

# I&D

## IDEAS & DERECHO

---

N° 24 | 2022 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321

---



ASTREA



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE  
FILOSOFÍA DEL DERECHO

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 24 | 2022 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE  
FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ideas & Derecho es una revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho que comenzó a publicarse como anuario en el año 2001. Abarca todas las escuelas de pensamiento referidas a la Teoría Jurídica, a la Filosofía del Derecho, a la Filosofía Política y a la Filosofía Social. Procura, asimismo, que las investigaciones científicas que se publican en sus páginas respondan a las necesidades de la comunidad jurídica y política nacional y extranjera. Por ello, la revista está abierta tanto a las contribuciones que aborden un análisis iusfilosófico general (desde el enfoque teórico de su preferencia), como a los estudios de áreas más específicas del campo jurídico, político y social, en la medida en que adopten una perspectiva iusfilosófica. Las contribuciones podrán pertenecer a las siguientes categorías: a) Estudios; b) Diálogos y ensayos, y c) Reseñas.

La revista Ideas & Derecho tiene como objetivos primordiales:

- a) Difundir los resultados de los avances logrados en el marco de la Teoría Jurídica, la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política y la Filosofía Social.
- b) Contribuir al debate acerca de las diferentes escuelas de pensamiento sostenidas a lo largo de la historia y las de la actualidad.
- c) Promover la construcción de pensamiento crítico en torno al mundo jurídico y a las disciplinas afines.
- d) Incentivar el desarrollo de la investigación y la docencia en estas materias.

Ideas & Derecho es una revista arbitrada que utiliza el sistema de doble ciego y recurre a evaluadores externos a la AAFD para la selección de los artículos a publicar.

Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial de la AAFD.

Ideas & Derecho. ISSN 2314-0321

Periodicidad semestral - N° 24, diciembre 2022

© ASOCIACIÓN ARGENTINA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (AAFD)

San Martín 569, piso 5º, of. "12" - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
(+54-11) 4011-1312 - info@aafder.org - www.aafder.org/revista.php

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina  
(+54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)  
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, en la segunda quincena de diciembre de 2022.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA  
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

PRESIDENTE

Diego Duquelsky Gómez

VICEPRESIDENTE

Claudina Orunesu

SECRETARIA

María Claudia Torrens

TESORERO

Juan Pablo Alonso

VOCALES TITULARES

Gabriel Ávila

Alejandro Calzetta

Jorge Douglas Price

Paula Gaido

Guillermo Munné

Carlos Pettorutti

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Débora Ranieri

María Gabriela Scataglino

Ornella Signoretta

Rodolfo Vigo

VOCALES SUPLENTE

Luciana Álvarez

María Isolina Dabove

Marcelo Fernández Peralta

Ricardo Guibourg

REVISORES DE CUENTAS

Diego Luna (titular)

María Marta Didier (suplente)

REVISTA IDEAS & DERECHO

DIRECTORES GENERALES

Diego Duquelsky Gómez (UBA) - Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Diego Luna (UBA)

Florencia Vazzano (Unicen)

COMITÉ EDITORIAL

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Juan Bautista Etcheverry (Conicet-U. Austral)

Claudina Orunesu (UNMdP)

María Gabriela Scataglini (UBA)

Débora Ranieri (UCA)

María Claudia Torrens (UNR)

CONSEJO ACADÉMICO

Robert Alexy (Alemania)

Javier Ansuátegui Roig (España)

Manuel Atienza (España)

Andrés Botero Bernal (Colombia)

Juan Ramón Capella (España)

Mario Chaumet (Argentina)

Miguel Ángel Ciuro Caldani (Argentina)

Paolo Comanducci (Italia)

Raffaele De Giorgi (Italia)

Alberto Filipi (Italia)

Juan Antonio García Amado (España)

Ricardo Guibourg (Argentina)

Carla Huerta (México)

Santiago Legarre (Argentina)

Raúl Madrid Ramírez (Chile)

José Juan Moreso (España)

Pablo Navarro (Argentina)

Julio Raffo (Argentina)

Cristina Redondo (Argentina)

Eligio Resta (Italia)

Oscar Sarlo (Uruguay)

Julián Sauquillo (España)

Lenio Luiz Streck (Brasil)

Damaso J. Vicente Blanco (España)

Rodolfo Vigo (Argentina)

Francesco Viola (Italia)

## TABLA DE CONTENIDO

### ESTUDIOS

<b>Florencia Ratti Mendaña</b>	
Precedente: estabilidad vs. cambio .....	3
<b>José A. Santos</b>	
Memoria colectiva y derechos humanos en relación con las vidas indignas de ser vividas .....	43
<b>Daniela Bardel</b>	
El diálogo de fuentes: un análisis desde la teoría trialista del derecho ....	67
<b>Sergio Raponi</b>	
El lado B de “Rosza” ¿Deben los jueces tener en cuenta las consecuencias? .....	91

### DIÁLOGOS Y ENSAYOS

<b>Carlos E. Pettoruti</b>	
Ante el espejo de Nüremberg a la luz de la egología existencial .....	117

### RESEÑAS

<b>Florencia Vazzano</b>	
Libro: WERNER GOLDSCHMIDT, <i>Filosofía autobiográfica. Meditaciones teórico-prácticas sobre la propia vida</i> (Buenos Aires, Astrea, 2022) .....	131
Normas de publicación para los autores .....	139
Declaración de originalidad .....	145



## **ESTUDIOS**



## PRECEDENTE: ESTABILIDAD VS. CAMBIO\*

**FLORENCIA RATTI MENDAÑA\*\***

**Resumen.** La Corte Suprema argentina también ha desarrollado en su jurisprudencia una doctrina, en virtud de la cual ha identificado ciertos factores que justificarían el cambio de precedente. Curiosamente, tal desarrollo evidencia una fuerte influencia del *stare decisis* estadounidense, tanto en las citas efectuadas como en la retórica y en la argumentación utilizadas<sup>1</sup>. Sin embargo, no se replican en Argentina, como en el país del norte, los estudios sobre el tópico: si bien hay enjundiosas pesquisas sobre el precedente judicial (algunas de las cuales abarcan la temática del cambio de precedentes en la Corte)<sup>2</sup>, no existen análisis exhaustivos –mucho menos estadísticos o historiográficos– sobre las alteraciones de la doctrina de la Corte argentina.

**Palabras clave:** Corte Suprema, precedente judicial, cambio, análisis.

\* Recepción: 8/5/2022; evaluación: 20/5/2022; aceptación: 1/7/2022.

\*\* Doctora en Ciencias Jurídicas, becaria doctoral y posdoctoral del Conicet, directora del proyecto “La sentencia como precedente: metodología y aplicación práctica”, docente de posgrado en Argentina, Chile y México. Correo electrónico: florenciaratti@uca.edu.ar.

<sup>1</sup> Tan profunda es la influencia del *stare decisis* estadounidense en Argentina, que se ha calificado a nuestro ordenamiento jurídico como “un país de *civil law* con un toque de *common law*”. LEGARRE - HANDY, *A civil law state in a common law nation, A civil law nation with a common law touch: judicial review and precedent in Louisiana and Argentina*, “Tulane Law Review”, n° 95, p. 445 a 486.

<sup>2</sup> GARAY, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*; LEGARRE, *La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis*, JA, 2013-II-3 a 12; SAGÜÉS, *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*, “Estudios Constitucionales”, año 4, 2006, p. 17 a 32.

### ***PRECEDENT: STABILITY VS. CHANGE***

**Abstract.** The Argentine Supreme Court has also developed a doctrine in its jurisprudence, by virtue of which it has identified certain factors that would justify the change of precedent. Curiously, such a development shows a strong influence of the American *stare decisis*, both in the quotes made and in the rhetoric and argumentation used. However, studies on the topic are not replicated in Argentina, as in the northern country: although there are substantial investigations on judicial precedent (some of which cover the issue of changing precedents in the Court), there are no exhaustive analyzes –much less statistical or historiographical– on the alterations in the doctrine of the Argentine Court.

**Keywords:** Supreme Court, judicial precedent, change, análisis.

### ***PRECEDENTE: ESTABILIDADE VS. MUDAR***

**Resumo.** A Suprema Corte Argentina também desenvolveu uma doutrina em sua jurisprudência, em virtude da qual identificou alguns fatores que justificariam a mudança de precedente. Curiosamente, tal desenvolvimento mostra uma forte influência do *stare decisis* americano, tanto nas citações feitas como na retórica e argumentação utilizadas. No entanto, os estudos sobre o tema não são replicados na Argentina, como no norte do país: embora existam investigações substanciais sobre precedentes judiciais (algumas das quais cobrem a questão da mudança de precedentes no Tribunal), não há análises exaustivas –e muito menos estatísticas ou historiográfico– sobre as alterações da doutrina da Corte Argentina.

**Palavras chave:** Suprema Corte, precedente judicial, mudar, análise.

## **A) INTRODUCCIÓN**

“Si la primera regla del precedente es que las decisiones pasadas merecen respeto, la segunda es que ninguna decisión es intocable”, afirma RANDY KOZEL, en su reciente libro sobre el cambio de prece-

dente en los Estados Unidos de América<sup>3</sup>. Allí, desde hace décadas, se examina cuándo la Suprema Corte puede despojarse de un precedente, abandonarlo, derogarlo<sup>4</sup>, a través de la técnica específica denominada *overruling*<sup>5</sup>. Es que rige en Estados Unidos de América –como en todos los países de la tradición jurídica del *common law*– el principio del *stare decisis* (tomado de la máxima latina, *stare decisis et non quieta movere*<sup>6</sup>), que compele a los tribunales a “estar a lo decidido, atenerse a lo ya resuelto”. Aun así, cuándo pueden los jueces derogar un precedente sigue siendo una cuestión debatida. Cuestión que, además, ha cobrado gran relevancia, a partir del dictado del fallo “Dobbs”<sup>7</sup> (por medio del cual se derogaron los precedentes “Roe v. Wade”<sup>8</sup> y “Planned Parenthood v. Casey”)<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. KOZEL, *Settled versus right*, p. 60. La traducción, salvo indicación en contrario, nos pertenece.

<sup>4</sup> Siempre es conveniente aclarar que, ante la falta de una traducción literal de *overruling*, el concepto de derogación o abandono parece ser el más adecuado para evidenciar que el precedente deja de ser parte del derecho y ya no será aplicable a casos futuros. En cambio, expresiones como “dejar sin efecto”, “anular” o “revocar” desdibujan el hecho de que la sentencia que actúa como precedente sigue teniendo efectos para el caso concreto que resolvió, pero ya no los tendrá para casos subsiguientes, relevantemente similares.

<sup>5</sup> Entre otros, vale la pena mencionar los siguientes estudios: BLAUSTEIN - FIELD, *Overruling opinions in the Supreme Court*, “Michigan Law Review”, nº 57, 1958, p. 184 a 193; MONAGHAN, *Stare decisis and constitutional adjudication*, “Columbia Law Review”, nº 88, 1988, p. 723 a 773; GERHARDT, *The role of precedent in constitutional decision-making and theory*, “George Washington Law Review”, nº 60, vol. 1, 1991, p. 68 a 150; JACOBS, *God save this postmodern Court: the death of necessity and the transformation of the Supreme Court’s overruling rethoric*, “University of Cincinnati Law Review”, nº 63, 1995, p. 1119 a 1178; BRENNER - SPAETH, *Stare indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*; STARGER, “*The dialectic of stare decisis doctrine*”, en PETERS (ed.), *Precedent on the US Supreme Court*, p. 19 a 45.

<sup>6</sup> “To stand by things decided, and not to disturb settled points. The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation”. GARNER, *et al.*, *Black’s law dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 1999.

<sup>7</sup> *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al.*, “*Petitioners v. Jackson Women’s Health Organization, et al.*”, 597 US (2022) (slip. op.).

<sup>8</sup> “*Roe v. Wade*”, 410 US 113 (1973).

<sup>9</sup> “*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*”, 505 US 833, 864 (1992). En dicha oportunidad, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América dedicó buena parte de la sentencia a analizar si los factores tradicio-

La Corte Suprema argentina también ha desarrollado en su jurisprudencia una doctrina, en virtud de la cual ha identificado ciertos factores que justificarían el cambio de precedente. Curiosamente, tal desarrollo evidencia una fuerte influencia del *stare decisis* estadounidense, tanto en las citas efectuadas como en la retórica y en la argumentación utilizadas<sup>10</sup>. Sin embargo, no se replican en Argentina, como en el país del norte, los estudios sobre el tópico: si bien hay enjundiosas pesquisas sobre el precedente judicial (algunas de las cuales abarcan la temática del cambio de precedentes en la Corte)<sup>11</sup>, no existen análisis exhaustivos –mucho menos estadísticos o historiográficos– sobre las alteraciones de la doctrina de la Corte argentina. Este tipo de investigaciones, es cierto, se ve desfavorecida por la habitual práctica del tribunal de abandonar un criterio sin siquiera explicitarlo o justificarlo: ello sin duda obstaculiza el hallazgo y la clasificación de sentencias por las que se deroga un precedente.

En tal estado de situación, parece necesario un esfuerzo académico por descubrir cuándo la Corte Suprema argentina “*podría*” abandonar un precedente judicial, cuándo “*debería*” hacerlo, y cuándo no se dan las circunstancias que ameriten tal abandono. Esto se llevará a cabo en este trabajo a través del análisis de los precedentes relevantes del tribunal argentino y de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, a la luz de los principios que la tradición del realismo clásico y la teoría de la decisión pueden aportar a la tensión entre estabilidad y cambio del derecho.

En primer lugar, entonces, se identificarán cuatro principios que deben guiar a los jueces a la hora de enfrentarse a un posible cambio de criterio: 1) el cambio debe ser la excepción; 2) el cambio exige una carga argumentativa especial; 3) la justificación especial no consiste

---

nales de *stare decisis* (que surgen de su propia jurisprudencia) exigían derogar o mantener aquellos precedentes. “*Dobbs*”, además de su importancia a nivel global en materia de aborto, constituye un verdadero hito en materia de *stare decisis*.

<sup>10</sup> Tan profunda es la influencia del *stare decisis* estadounidense en Argentina, que se ha calificado a nuestro ordenamiento jurídico como “un país de *civil law* con un toque de *common law*”. LEGARRE - HANDY, *A civil law state in a common law nation, A civil law nation with a common law touch: judicial review and precedent in Louisiana and Argentina*, “*Tulane Law Review*”, n° 95, p. 445 a 486.

<sup>11</sup> GARAY, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*; LEGARRE, *La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis*, JA, 2013-II-3 a 12; SAGÜÉS, *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*, “*Estudios Constitucionales*”, año 4, 2006, p. 17 a 32.

únicamente en mostrar que el nuevo criterio es mejor sino, especialmente, en fundamentar la necesidad de introducir un cambio; 4) tal necesidad debe ser analizada prudencialmente, caso por caso. En segundo lugar, se examinarán algunos factores que los tribunales mencionados han identificado como criterios justificatorios del cambio de precedente y que, sin embargo, no dejan de ser problemáticos en su armonización con los principios enunciados. Especialmente, se discurrirá: 1) sobre el carácter erróneo del precedente (y sobre las soluciones que la tradición clásica puede proponer al intrincado debate que ha provocado este tema en la arena estadounidense); 2) sobre la influencia del derecho internacional de los derechos humanos (DIDDHH) (en casos paradigmáticos en los que la Corte argentina abandonó precedentes), y 3) sobre el cambio de composición del tribunal como factor —explícito o implícito— de derogación de un precedente (elemento que ha aparecido y ha suscitado controversia tanto aquí como allá). Finalmente, se expondrán otros factores tradicionales del *stare decisis* de los Estados Unidos de América, que se articulan junto a aquellos tres en la concreción del abandono de un precedente. Cabe destacar que los principios referidos, y algunos de estos factores de cambio, han sido enunciados en otros estudios<sup>12</sup>. No obstante, aquí se desarrollará su fundamento desde la tradición clásica y la teoría de la argumentación y se discurrirá, con mayor profundidad, sobre los debates que han ocasionado tanto en Argentina como en los Estados Unidos de América.

El objeto de análisis se limita al precedente horizontal o auto-precedente: es decir, a la posible derogación de un precedente de la Corte Suprema por parte de la propia Corte. Se deja de lado, de ese modo, el precedente vertical (el seguimiento de los precedentes de la Corte por parte de los tribunales inferiores)<sup>13</sup>. No obstante, al menos en nuestro sistema, en virtud de que la Corte permite el apartamiento de su precedente por parte de los tribunales inferiores en ciertas circunstancias<sup>14</sup>, muchos de los principios sentados aquí sobre

<sup>12</sup> Cfr. RATTI, *El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, “Revista Jurídica Austral”, n° 1, vol. 2, p. 616 a 620.

<sup>13</sup> Sobre la distinción entre precedente horizontal y vertical, conviene remitir a LEGARRE - RIVERA (H.), *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 1, n° 33, p. 109 a 124.

<sup>14</sup> Desde CSJN, 1985, “Cerámica San Lorenzo”, *Fallos*, 307:1094, receptando la doctrina de algunos fallos anteriores, la Corte afirma que los tribunales inferiores deben seguir su precedente a menos que proporcionen nuevos argumentos, lo que LEGARRE ha dado en llamar “obligatoriedad atenuada” (*Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*).

el cambio de criterio en la Corte podrán irradiar sus efectos al precedente vertical.

La referencia al escenario jurídico de los Estados Unidos de América para problematizar la teoría y la práctica del cambio de precedente en la Corte Suprema argentina se encuentra doblemente justificada, sobre la base de lo explicitado hasta aquí. Por un lado, el debate filosófico y jurisprudencial respecto de este tópico ha recorrido allí mucho más camino. Por el otro, es la propia Corte argentina la que, a la hora de referirse al tema, trae a colación a su par estadounidense o a la doctrina que allí se ha desarrollado.

## **B) PRINCIPIOS GENERALES QUE DEBEN GUIAR EL ABANDONO DEL PRECEDENTE**

### § 1. *EL CAMBIO COMO EXCEPCIÓN: SUS EFECTOS NOCIVOS*

La dicotomía entre el *stare decisis* –en el sentido de “respeto por lo ya resuelto”– y la derogación del precedente lleva ínsita otras tensiones que son, en su mayoría, de imposible resolución en abstracto: se trata del equilibrio entre la estabilidad y la adaptación a las circunstancias cambiantes, entre igualdad formal y justicia material o entre seguridad jurídica y reparación de los errores. En definitiva, se trata del equilibrio adecuado entre estabilidad y cambio, ambas cualidades que son, en su justa medida, indispensables para cualquier sistema jurídico.

La Suprema Corte de Estados Unidos de América afirmó que el “*stare decisis* es el curso de acción preferido, en tanto promueve el desarrollo imparcial, predecible y consistente de los principios de derecho, fomenta la confianza en las decisiones judiciales y contribuye a la actual y valiosa integridad del proceso judicial”<sup>15</sup>. La Corte Suprema argentina parece adscribir a esta postura cada vez que afirma que los precedentes deben ser considerados y seguidos (principio general), a menos que existan causas graves que hagan ineludible el cambio (excepción). Expresamente, en “Schiffirin”, sostuvo: “el precedente de

<sup>15</sup> “*Payne v. Tennessee*”, 501 US 808, 827 (1991): “*stare decisis* is the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process”.

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”<sup>16</sup>.

La existencia de cambios frecuentes resulta nociva para la sociedad política: como afirmaba ARISTÓTELES –en referencia al cambio normativo, pero aplicable al cambio jurisprudencial–, el cambio incentiva la desobediencia y daña el hábito creado por la antigua norma, que solo se alcanza con el paso del tiempo<sup>17</sup>. TOMÁS de AQUINO continuó esta idea. Sostuvo al respecto: “Se modifica rectamente la ley solo cuando, mediante su mutación, se contribuye al bien común. Pero el mero cambio de una ley es ya en sí mismo un perjuicio para el bien común, porque la costumbre ayuda mucho al cumplimiento de las leyes [...] De ahí que no deba modificarse la ley humana sino cuando se favorezca el bien común por una parte lo que por otra se le perjudica. Esto acontece siempre que del nuevo decreto se saca un provecho muy grande y notorio o en caso de extrema necesidad, cuando la ley vigente por largo tiempo entraña una injusticia manifiesta y su cumplimiento es sumamente nocivo”<sup>18</sup>.

La deferencia hacia el precedente como principio general asume que el cambio tiene costos y que esos costos deben cotejarse y asumirse únicamente en casos excepcionales. La estabilidad o seguridad jurídica aparece así como un elemento del bien común<sup>19</sup>; una cualidad que permite a los integrantes del orden jurídico desenvolverse con tranquilidad, conocer las reglas de antemano y no verse perjudicados por intempestivos cambios de criterio<sup>20</sup>. Con un razonamiento similar, CUETO RÚA destacaba que “es preferible que exista un criterio

<sup>16</sup> CSJN, 28/3/2017, “Schiffirin, Leopoldo H. c/Poder Ejecutivo nacional s/acción meramente declarativa”; *Fallos*, 340:257, consid. 7°.

<sup>17</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, libro II, 1269a-22.

<sup>18</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 97, a. 2.

<sup>19</sup> Existen muchas otras razones en contra del cambio, aunque aquí se ponga el foco en la seguridad jurídica como elemento del bien común. Pero vale la pena mencionar, entre otras, la igualdad jurídica (la necesidad de que no se aplique la norma, en casos similares, de modo distinto), la confianza en la judicatura, la legitimidad del Poder Judicial, economía procesal o eficiencia judicial, entre otros.

<sup>20</sup> MONTEJANO trae a colación el dicho de GOETHE, también recogido por LEGAZ LACAMBRA: “prefiero la injusticia al desorden”, y explica que esto debe entenderse en el sentido de que no hay justicia posible en una sociedad que no reposa en el orden, en la tranquilidad, en la seguridad [*Los fines del derecho*, p. 50. La seguridad, para este autor, es un presupuesto de la justicia (p. 63), una exigencia del derecho natural (p. 65)].

definido, aunque criticable, a que no exista criterio alguno. Los miembros de la comunidad buscan certeza, seguridad. La incertidumbre paraliza y fomenta la anarquía<sup>21</sup>.

También suele desalentarse el cambio de criterio sentado en precedentes judiciales con un argumento democrático. Esta posición asume que, cuando el cambio sea necesario en una democracia, no es la interpretación jurisprudencial, sino la ley –norma escrita emanada del poder representativo– la que debe producir tal innovación<sup>22</sup>, es decir, la modificación de la regla del juego<sup>23</sup>. En la Corte Suprema argentina, su actual vicepresidente, CARLOS ROSENKRANTZ, se ha inclinado en este sentido al afirmar, sobre su rol en dicho tribunal, que es el tipo de juez que cree que debe juzgar a la luz del derecho y de las tradiciones de interpretación y que “la responsabilidad de cambiar el estado de cosas es de los órganos representativos de la voluntad popular”<sup>24</sup>. En esta misma línea, desde otro ángulo, se afirma que la teoría del precedente tiende a fortalecer las instituciones políticas, pues obliga a la ciudadanía a acudir a ellas en busca del cambio, en lugar de golpear la puerta de los tribunales<sup>25</sup>.

En la búsqueda de la verdad probable que impera en el derecho, respetar el precedente significa valerse de la experiencia. En este caso, de la experiencia de otros magistrados. Por lo que considerar

<sup>21</sup> CUETO RÚA, *Fuentes del derecho*, p. 145.

<sup>22</sup> MERRIL, *Originality, stare decisis and the promotion of judicial restraint*, “Constitutional Commentary”, n° 22, 2005, p. 275. Coincidentemente, KOZEL, *Settled versus right*, p. 18: “el cambio en el derecho debe ocurrir no a través de los tribunales, sino de otros canales: canales tales como la sanción de leyes federales y estatales para proteger derechos fundamentales o la propuesta de enmiendas constitucionales de consideración y debate nacional. Cuando el proceso político no puede o no quiere actuar, el derecho permanece intacto, incluso ante el costo de soportar un error del pasado”.

<sup>23</sup> Cfr. ALVIM WAMBIER, *La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el Estado de derecho. Civil law y common law*, “Themis”, n° 58, p. 80. La actual jueza de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, AMY C. BARRETT, receptó este argumento y puso de manifiesto que fue apoyado por el juez BLACK de la Suprema Corte y por el académico LAWRENCE MARSHALL; cfr. BARRETT, *Statutory stare decisis in the Courts of appeals*, “George Washington Law Review”, n° 73, 2004-2005, p. 319, 325 y siguientes.

<sup>24</sup> ROSENKRANTZ, *El tema del impuesto a las ganancias no es la consagración de un privilegio*, [www.lanacion.com.ar/2190572-carlos-rosenkrantz-el-tema-del-impuesto-a-las-ganancias-no-es-la-consagracion](http://www.lanacion.com.ar/2190572-carlos-rosenkrantz-el-tema-del-impuesto-a-las-ganancias-no-es-la-consagracion), (consultado el 18/8/2022).

<sup>25</sup> MERRIL, *Originality, stare decisis and the promotion of judicial restraint*, “Constitutional Commentary”, n° 22, 2005, p. 273 y p. 275, nota al pie n° 15.

esa experiencia es parte de la prudencia jurídica y dejarla de lado requiere una razón de primer orden. En este sentido, MASSINI ha sostenido que “el recurso a la jurisprudencia permite un diálogo intemporal entre todos aquellos que tuvieron entre sus manos la responsabilidad de decidir situaciones semejantes. La riqueza y virtualidades de este diálogo son enormes, ya que a raíz de la variabilidad y contingencia de las cosas humanas, el único modo de lograr cierta seguridad en los juicios consiste en el recurso al pasado, extrayendo pautas y parámetros de decisión de la experiencia que solo él puede darnos”<sup>26</sup>.

A partir de lo dicho, parece adecuado afirmar que, como principio general, debe haber una presunción en contra del cambio de criterio: el curso preferido de acción es el mantenimiento del precedente y el respeto por lo ya decidido en casos relevantamente similares<sup>27</sup>. El apartamiento de los precedentes es, entonces, una suerte de *ultima ratio*<sup>28</sup>: una excepción habilitada únicamente frente a determinados factores o circunstancias, que deben ser delineados con la mayor objetividad posible –para evitar que las meras preferencias personales de los jueces se cuelen en favor del cambio– y minuciosamente evaluados en el caso concreto.

Cuándo se produce esa excepción, cuándo es necesario asumir los costos que *per se* origina el cambio es, quizá, el aspecto más problemático de la doctrina del precedente. En la segunda parte de este trabajo se intentará dar algunas respuestas a este asunto.

## § 2. **LA CARGA ARGUMENTATIVA DEL CAMBIO**

Tal como se mencionó en el acápite anterior, la Corte Suprema argentina ha exigido “una argumentación suficiente”<sup>29</sup> para dar lugar

<sup>26</sup> MASSINI, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, p. 60. Coincidentemente, KOZEL, *Settled versus right*, p. 38, se refiere al razonamiento judicial como una empresa colectiva en la que la experiencia de otros jueces puede mejorar la toma de decisiones.

<sup>27</sup> No viene al caso extenderse sobre este punto aquí, pero sí aclarar que, si hubiera una diferencia relevante, el precedente sería inaplicable o susceptible de ser distinguido (*distinguished*).

<sup>28</sup> Cfr. SODERO, *Sobre el cambio de los precedentes*, “Isonomía”, n° 21, p. 230. En igual sentido, TARUFFO, “Dimensiones del precedente”, en *Cinco lecciones mexicanas*, p. 197 y 198.

<sup>29</sup> CSJN, 28/3/2017, “Schiffirin, Leopoldo H. c/Poder Ejecutivo nacional s/acción meramente declarativa”, *Fallos*, 340:257, consid. 7°.

al abandono de un precedente. Aún más, en “Arte Radiotelevisivo” se ha referido a una “carga argumentativa calificada”, según la cual “quien pretenda del tribunal un nuevo examen sobre la cuestión constitucional de que se trata deberá 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”<sup>30</sup>. Esto, con una curiosidad: la Corte entendió que esa carga se profundiza cuando la parte que solicita el cambio de criterio también ha intervenido en el caso en el que se hubiera dictado el precedente.

Desde la teoría de la decisión, el abandono de los precedentes sin una justificación expresa resulta inadmisibles<sup>31</sup>, por cuanto lesiona la coherencia del tribunal y la obligación de los jueces de fundar sus decisiones, a la vez que menoscaba la certeza en el derecho. Fundar el apartamiento de un precedente viene exigido por el principio de inercia, por el cual resulta irrazonable abandonar una concepción ya aceptada sin fundamento<sup>32</sup>.

El cambio de jurisprudencia requiere, entonces, una mayor fundamentación<sup>33</sup>, una justificación especial<sup>34</sup>, el desarrollo de razones suficientes<sup>35</sup>. En principio es quien promueve el cambio quien tiene,

<sup>30</sup> CSJN, 11/2/2014, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/EN-JGM s/amparo ley 16.986”, *Fallos*, 337:47, consid. 7°.

<sup>31</sup> Cfr. SODERO, *Sobre el cambio de los precedentes*, “Isonomía”, n° 21, p. 229.

<sup>32</sup> Desde la teoría de la argumentación, ALEXY postula que “ningún hablante puede contradecirse” y que quien pretende tratar a *A* de modo diverso que a *B* está obligado a fundamentarlo. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, p. 185 y 191. SPOTA se ha referido a esto como el “principio de la lógica de los antecedentes” (*Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, p. 69 a 75, y *El principio de la supremacía de la Constitución y los medios establecidos para garantizarla en la Argentina, en el ámbito del Poder Judicial federal*, LL, 1993-C-766).

<sup>33</sup> SAGÜES, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, t. 1, p. 204 y 205.

<sup>34</sup> Cfr. “Dickerson v. United States”, 530 US 428, 443-44 (2000); “Lawrence v. Texas”, 539 US 558, 577-78 (2003); “Arizona v. Gant”, 556 US 332, 348-51 (2009).

<sup>35</sup> Aunque la expresión fue criticada por su amplitud: “La noción de ‘razón suficiente’, sin embargo, puede abarcar cualquier tipo de situación y, por eso mismo, no es digna de confianza. Solo se puede superar esta desconfianza aclarando cuáles son razones suficientes para excepcionar el estándar y por qué lo son”. Cfr. MENDONÇA, *Igualdad en la aplicación de la ley*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, año 5, n° 1, p. 325.

sobre sí, tal carga argumentativa<sup>36</sup>. Esta carga aplica tanto para la parte que pretende estimular, en el tribunal, la reconsideración de su criterio<sup>37</sup>, como para el propio tribunal, cuando finalmente elige el camino del cambio<sup>38</sup>.

### § 3. **LA JUSTIFICACIÓN ESPECIAL**

El presupuesto básico de cualquier decisión judicial que pretende derogar un precedente conlleva reconocer explícitamente esa derogación. Es en vano teorizar sobre la fundamentación que debe ofrecer el tribunal si antes este no se ha tomado el trabajo de encontrar el precedente aplicable, invocarlo y, entonces sí, justificar por qué el criterio que allí se asienta debe ser abandonado<sup>39</sup>.

En otras palabras, la justificación exige “*hacerse cargo*” del precedente. El primer paso, por ende, es reconocer su existencia. No basta con ignorarlo y desarrollar el plexo argumentativo en favor del nuevo criterio como si se tratara de una cuestión en la que no existe un precedente. Los jueces que se encuentran con la existencia de un precedente no tienen la libertad de evaluar el caso como si lo estuviera decidiendo por primera vez. No pueden sencillamente elegir el criterio que consideran correcto o más conveniente. Pueden existir múltiples y válidas razones para adoptar una cierta solución, pero si existe ya un precedente que adopta otra, tales razones no son suficientes: es necesario que existan razones adicionales que demuestren que es preciso dejar de lado la solución anterior.

Una vez que se ha invocado el precedente y se lo reconoce como integrante del marco de la decisión, el segundo paso consiste en dialogar con él y explicitar el cambio que se está proponiendo. Es decir que no alcanza con remitir a las disidencias contenidas en el pre-

<sup>36</sup> Cfr. AHARON, *Judicial discretion*, p. 241.

<sup>37</sup> Así lo dijo la Corte en CSJN, 11/2/2014, “Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/EN - JGM s/amparo ley 16.986”, *Fallos*, 337:47, consid. 7°.

<sup>38</sup> Así se reconoció en CSJN, 28/3/2017, “Schiffrin, Leopoldo H. c/Poder Ejecutivo nacional s/acción meramente declarativa”, *Fallos*, 340:257.

<sup>39</sup> Esto sucede, por ejemplo, en CSJN, 13/3/2012, “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, *Fallos*, 335:197, donde ni siquiera se mencionan los precedentes en los que la Corte había reconocido el derecho a la vida de la persona por nacer, sobre la base de la interpretación constitucional y convencional. Se volverá sobre esto más adelante.

cedente<sup>40</sup> o hacer una mención meramente retórica de su existencia, para luego continuar con el libre criterio del juzgador. Es imprescindible que el tribunal dialogue con la decisión anterior, muestre sus falencias, analice sus argumentos y, si corresponde, los refute.

La fundamentación supone no solo una enunciación de las bondades del nuevo criterio, sino la evidencia de que es necesario derogar el criterio anterior<sup>41</sup>. El tercer paso es, entonces, mostrar por qué el cambio es necesario. Los integrantes del tribunal deben ellos mismos encontrar los motivos por los cuales hacer caer la presunción de que las cosas deben mantenerse como están y para eso, en primer lugar, es preciso que los busquen y, luego, que los pongan de manifiesto en la sentencia. Si no los encuentran o, peor aun, si ni siquiera los buscan (ignoran el precedente, a sabiendas o en virtud de un uso descuidado de la jurisprudencia) o si simplemente se limitan a manifestar por qué el criterio que ellos proponen es mejor, esa alteración del precedente está injustificada. En definitiva, pesa sobre el tribunal que abandona un precedente una carga: está obligado a llevar adelante un esfuerzo argumentativo para demostrar que se está ante un caso de excepción, que es necesario alterar el *statu quo*, convencer a los justiciables –y a toda la sociedad– de que la situación que impera, por algún motivo, no puede persistir. Para esto se han identificado factores que sopesar a la hora de decidir si un precedente debe ser mantenido o derogado.

Finalmente, es útil que el tribunal visualice –y explicité– la capacidad de universalización de la nueva solución y de su adopción como pauta para resolver las situaciones concretas que pudieran darse en el futuro<sup>42</sup>. Esto último comprende la consideración de que la nueva solución propuesta es la que mejor se adecúa al bien común como

<sup>40</sup> Esto es moneda corriente en nuestra Corte Suprema: sucede en CSJN, 22/6/1987, "Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo nacional-Camps, Ramón y otros", *Fallos*, 310:1162; íd., 26/3/2019, "Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/inc. de verificación", *Fallos* 342:459; íd., 20/4/2010, "Baldivieso César A. s/causa n° 4733", *Fallos*, 333:405; íd., 28/7/2005, "Sánchez, María del C. c/ANSeS s/ajustes varios", *Fallos*: 328:2833. Estos casos serán oportunamente examinados en la segunda parte de este trabajo.

<sup>41</sup> GASCÓN, *Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent*, "Archive für Rechts-und Sozial Philosophie", n° 133, p. 41 y 42.

<sup>42</sup> MARINONI, "El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del civil law: la contribución de Taruffo", en FERRER BELTRÁN - VÁZQUEZ (eds.), *Debatando con Taruffo*, p. 133 a 156.

fin del derecho. El tribunal está creando un nuevo precedente que, potencialmente, regirá en un universo de casos. La experiencia de vigencia del precedente pasado puede brindarle un panorama de la casuística configurada y ayudarlo a encontrar una mejor respuesta para los casos que vendrán<sup>43</sup>.

No siempre la Corte argentina ha cumplido con estos parámetros. El caso paradigmático de la invocación retórica del precedente es “Vizzoti”<sup>44</sup>, donde se abandonó el criterio sentado en “Villarreal”<sup>45</sup> y “Mareco”<sup>46</sup>, sobre la constitucionalidad del límite a la base salarial previsto en la ley de contrato de trabajo para calcular la indemnización por despido sin justa causa. Solo se mencionaron aquellos precedentes en el primer considerando, al relatar que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo había fundado su decisión justamente en ellos. Luego no volverán a aparecer en toda la sentencia.

Algo similar sucedió en “Alitt”<sup>47</sup>, que modificó la interpretación del art. 33 del Cód. Civil adoptada en “Comunidad Homosexual Argentina (CHA)”<sup>48</sup> y dispuso reconocer la personería jurídica a la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual. La Corte reconoció explícitamente que, con esa decisión, estaba abandonando el criterio sentado en el precedente “CHA”, pero no desarrolló un diálogo con la argumentación de ese precedente, tendiente a desacreditarla ni a mostrar lo ineludible del cambio. Simplemente se enumeraron los fundamentos del tribunal en favor del reconocimiento de la personería jurídica. Si bien una cuestión está directamente relacionada con la otra, puesto que los argumentos en un sentido debilitan, en cierto modo, los argumentos en sentido contrario, no hay una consideración seria del precedente. Para peor, en este último caso,

<sup>43</sup> Vuelve a aparecer aquí la idea de que los jueces anteriores son interlocutores del juez actual, quien debe aprovechar su experiencia para acercarse lo mejor posible a la verdad probable propia de lo jurídico.

<sup>44</sup> CSJN, 14/9/2004, “Vizzoti Carlos c/AMSA SA s/antigüedad art. 245 de la LCT modif. art. 153”, *Fallos*, 327:3677.

<sup>45</sup> CSJN, 10/12/1997, “Villarreal, Adolfo c/Roemmers s/cobro de salarios”, *Fallos*, 320:2665.

<sup>46</sup> CSJN, “Mareco, Juana Yolanda c/Textil Formosa E. P.”, *Fallos*, 306:1094.

<sup>47</sup> CSJN, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual c/Inspección General de Justicia y otro s/recurso contencioso administrativo”, *Fallos*, 329:5266.

<sup>48</sup> CSJN, 22/11/1991, “Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia s/personas jurídicas”, *Fallos*, 314:1531.

citaron únicamente la disidencia del precedente que estaban abandonando, en respaldo del nuevo criterio (consids. 7° y 8° del voto de la mayoría y consid. 9° del voto concurrente de FAYT).

En “Baldivieso”<sup>49</sup> se derogó el precedente “Zambrana Daza”<sup>50</sup>: ni en el voto mayoritario (de los jueces LORENZETTI, FAYT, MAQUEDA y ZAFFARONI) ni en el voto concurrente (de PETRACCHI y HIGHTON DE NOLASCO) se justificó el abandono del precedente que necesariamente tiene lugar a partir de la solución del caso que proponían. A pesar de que, como surge del relato de los antecedentes de la causa, tanto la defensa como los tribunales inferiores habían esbozado una distinción entre ambos casos, el tribunal no se hizo cargo de apoyarla o rebatirla ni de fundar por qué se dejaba de lado la interpretación formulada en ese precedente. Únicamente la jueza ARGIBAY se hizo cargo de la existencia de ese precedente y justificó por qué, a su parecer, debía permanecer el criterio allí sentado (más allá de que por otras razones igualmente votó por declarar la nulidad de lo actuado en ese expediente).

#### § 4. *EL ANÁLISIS CIRCUNSTANCIADO DEL CAMBIO: CASO POR CASO*

No existe una causal justificatoria del cambio de precedente en abstracto, cuya mera invocación baste para fundarlo. La configuración de las circunstancias concretas que exigen o ameritan un cambio, así como la relevancia de cada factor que lo justifique, deben ser evaluadas en cada caso concreto y sopesadas, a su vez, con las desventajas que conlleva el abandono del precedente<sup>51</sup>. Se trata de un análisis caso por caso<sup>52</sup>. Esta ponderación, a su vez, debe quedar

<sup>49</sup> CSJN, 20/4/2010, “Baldivieso César s/causa n° 4733”, *Fallos*, 333:405.

<sup>50</sup> CSJN, 12/8/1997, “Zambrana Daza, Norma B. s/ infracción a la ley 23.737”, *Fallos*, 320:1717.

<sup>51</sup> En este sentido, ver SODERO, *Sobre el cambio de los precedentes*, “Isonomía”, n° 21, p. 217 a 254. En la misma línea, FINNIS coloca, como uno de los ocho desiderata del gobierno del derecho, que las reglas sean relativamente estables (*Natural law and natural rights*, p. 270 y 271). Cierta estabilidad de las reglas –esto es, cierta seguridad– es, generalmente, abrazada por todas las posturas filosóficas. Quizás con excepción de NIETZSCHE, del fascismo italiano –con su lema “vivere pericolosamente”–, y de juristas como LARENZ, cercanos al nacionalsocialismo, tal como se advierte en MONTEJANO, *Los fines del derecho*, p. 64.

<sup>52</sup> Cfr. WALKER JR., *The role of precedent in the United States: how do precedents lose their binding effect?*, “Stanford Law School China Guiding Cases Project”, 2016, *passim*.

plasmada en la sentencia que provoca un cambio de precedente. Por eso no es posible desarrollar una teoría general sobre los cambios de precedentes o alcanzar una fórmula que permita resolver, *a priori*, si un precedente debe ser mantenido o derogado. Aquella razón que pudo haber justificado, en el pasado, el *overruling* de un precedente, puede no configurarse en el presente o no tener la entidad suficiente, en un caso posterior, para dejar de lado el principio general de que el precedente no puede modificarse. Sin perjuicio de ello, puede ser útil identificar los factores que habitualmente ayudan (o, en ocasiones, compelen) a los jueces a tomar la decisión de abandonar o mantener un precedente, lo que se hará seguidamente.

### **C) FACTORES QUE AUTORIZAN, EXIGEN O IMPIDEN JUSTIFICAR UN CAMBIO DE PRECEDENTE**

Ha sido dicho, hasta aquí, que el tribunal que desea modificar su criterio debe dar razones para ese cambio. Ahora bien, tal justificación especial o argumentación suficiente no pueden tener cualquier contenido: presuponen, por un lado, la consideración de los costos que el abandono del criterio acarrea y, por el otro, el hallazgo de una muy buena razón para promover el cambio. En relación con esto último, la Corte argentina ha ido delineando, influenciada por el *stare decisis* estadounidense, ciertos factores que deben configurarse para habilitar el abandono de un precedente. En la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos de América, a su vez, pueden identificarse otros factores tradicionales.

Sobre la base de los principios asentados en la primera parte y de los valores del Estado de derecho que el precedente tiende a asegurar, se consideran a continuación algunos factores que han surgido de la jurisprudencia de los tribunales mencionados y que han sido problemáticos en su aplicación.

#### **§ 5. EL PRECEDENTE ERRÓNEO**

Desde 1937, en el caso “Baretta”, la Corte argentina admitió que la solución de un caso debía buscarse en los precedentes, “a menos que resultase de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones ya recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito”. En esa

sentencia, la Corte invocó múltiples doctrinarios de los Estados Unidos de América e, incluso, mencionó expresamente la existencia de una suerte de principio de *stare decisis* en materia constitucional<sup>53</sup>.

El error y la inconveniencia se convirtieron así –y persisten, hasta hoy– en los factores que el propio tribunal reconoce como criterios para el abandono de un precedente. En efecto, la referencia al error como factor de cambio se repitió en varias oportunidades. Por ejemplo, en “Montalvo”<sup>54</sup> –con la propuesta de mantener el criterio sobre la criminalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal sentado en “Bazterrica”– el juez PETRACCHI (en disidencia) dijo que el *stare decisis* no es una regla absoluta ni rígida y que, en casos excepcionales, los tribunales, “como cualquier otra institución humana, también pueden aprovechar del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión”. Citó, en sustento de su afirmación, un caso de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América<sup>55</sup> y también invocó el caso “Baretta”. Seguidamente, agregó que entre las causas para fundar un cambio de criterio, la Corte estadounidense había “considerado que no existen razones importantes para mantener un precedente que se considera erróneo”<sup>56</sup>.

En cierto modo, el error en el precedente también fue el argumento que le permitió, a los jueces ARGIBAY y ZAFFARONI, deshacerse del precedente “Chocobar”<sup>57</sup> en “Sánchez”<sup>58</sup>. En efecto, sostuvieron que el argumento central de “Chocobar” presentaba “falencias de tal magnitud que hacían imposible a esta Corte mantenerlo”. Esa falencia radicaba, según los ministros, en la falsa premisa de que la ley de convertibilidad había derogado el artículo pertinente de la ley 18.037 (régimen general de movilidad de jubilaciones). 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

<sup>53</sup> CSJN, 1939, “Baretta, Miguel c/Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales”, *Fallos*, 183:409, p. 413.

<sup>54</sup> CSJN, 11/12/1990, “Montalvo, Ernesto psa. inf. ley 20.771”, *Fallos*: 313:1333.

<sup>55</sup> La cita fue de la disidencia del juez Black, en “Green v. US”, 356 US 165, p. 195.

<sup>56</sup> CSJN, 11/12/1990, “Montalvo, Ernesto psa. inf. ley 20.771”, *Fallos*: 313:1333, consid. 16.

<sup>57</sup> CSJN, 27/12/1996, “Chocobar Sixto c/INSP-Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad”, *Fallos*, 319:3241.

<sup>58</sup> CSJN, 28/7/2005, “Sánchez, María del C. c/ANSeS s/reajustes varios”, *Fallos*: 328:2833.

había esbozado en “Baretta”, de conformidad con la cual la Corte podría apartarse del precedente si hubiera causas graves que hicieran ineludibles el cambio de criterio (consid. 3°). La fórmula del error y la inconveniencia como factores de cambio del precedente se reiteró en otros precedentes de la Corte<sup>59</sup>. ARGIBAY quizás es la jueza del tribunal que más seriamente se ha tomado los precedentes, pero ya desde sus audiencias de confirmación manifestaba que no se sentiría obligada a votar de acuerdo a la jurisprudencia si no creyera que esa resolución estuviese bien<sup>60</sup>.

En Estados Unidos de América, en cambio, la cuestión del error como factor de abandono de un precedente ha conllevado un profundo debate. Tradicionalmente, el error fue considerado un factor habilitante del *overruling* en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América<sup>61</sup>. Sin embargo, desde la década de 1980, ha surgido la idea de que no basta que el o los jueces que deben resolver un caso entiendan que el precedente fue resuelto erróneamente para apartarse de él<sup>62</sup>.

El juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, SCALIA, sostuvo en varias ocasiones que el verdadero punto del *stare decisis* es que la justificación especial necesaria para derogar un precedente debe ir más allá de la demostración de que el precedente era errado<sup>63</sup>. Actualmente, varios miembros del tribunal se han manifestado en ese sentido. El actual *chief justice* de la Suprema Corte, ROBERTS, ha afirmado que, a los efectos de evaluar cuándo un precedente constitucional que se considera erróneo debe ser reexaminado y, eventualmente, modificado, se debe ponderar la necesidad

<sup>59</sup> El último uso de este estándar que arroja la página oficial de la Corte es en el caso CSJN, 9/5/2019, “Ingenieros, María G. c/Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/accidente-ley especial”, *Fallos*, 342:761.

<sup>60</sup> Versión taquigráfica de la Reunión de la Comisión de Acuerdos de la Cámara de Senadores de la Nación, llevada a cabo en el Salón Azul el 23/6/2004, p. 12.

<sup>61</sup> Cfr. STARGER, “*The dialectic of stare decisis doctrine*”, en PETERS (ed.), *Precedent on the US Supreme Court*, p. 19 a 45. En igual sentido, NELSON, *Stare decisis and demonstrably erroneous precedent*, “*Virginia Law Review*”, vol. 87, n° 1, 2001, p. 1 a 84.

<sup>62</sup> Esta idea fue desarrollada por diversos profesores, como GERHARDT, *The role of precedent in constitutional decision-making and theory*, “*George Washington Law Review*”, n° 60, vol. 1, 1991, p. 112-113, y MONAGHAN, *Stare decisis and constitutional adjudication*, “*Columbia Law Review*”, n° 88, 1988, p. 756 a 63.

<sup>63</sup> “*Hubbard v. United States*”, 514 US 695, 716 (1995) (voto concurrente del juez SCALIA).

de que los interrogantes constitucionales sean decididos frente a la importancia de que sean decididos correctamente<sup>64</sup>. La jueza KAGAN hizo suyo el argumento años más tarde<sup>65</sup>. La jueza SOTOMAYOR, por su parte, entendió que “establecer que un precedente es erróneo no justifica, sin más, su derogación”<sup>66</sup>.

En la doctrina, también se ha afirmado que permitir que un juez o un tribunal dejen sin efecto un precedente, únicamente sobre la base de considerarlo erróneo, importa negar su obligatoriedad, y atribuirle una mera fuerza persuasiva<sup>67</sup>. Se postula que la adhesión al precedente, incluso en aquellos casos en que la decisión parezca equivocada a la mayoría del tribunal actual, contribuye a la noción de que el derecho es de carácter impersonal<sup>68</sup>.

Esta posición parte de la idea de que la fuerza del precedente no se deriva de que sea correcto, sino del mero hecho de que haya sido dictado<sup>69</sup>. Tal parecer es compartido por especialistas argentinos y de otras parte del mundo<sup>70</sup>; para tales autores la esencia del *stare decisis*

<sup>64</sup> “Citizens United v. FEC”, 130 S. Ct. 876, 920 (2010), del voto concurrente del *chief justice* ROBERTS.

<sup>65</sup> Cfr. “Harris v. Quinn”, 134 S.Ct. 2618, 2652 (2014) (disidencia de la jueza KAGAN).

<sup>66</sup> “Alleyne v. United States”, 133 S.Ct. 2151, 2164 (2013) (voto concurrente del juez SOTOMAYOR).

<sup>67</sup> HELLMAN, *The importance of appearing principled*, “Arizona Law Review”, n° 37, p. 1120, nota al pie 75.

<sup>68</sup> En referencia al precedente constitucional, pero aplicable a todos los casos: MONAGHAN, *Stare decisis and constitutional adjudication*, “Columbia Law Review”, n° 88, 1988, p. 757.

<sup>69</sup> GRAY, *Judicial precedents. A short study in comparative jurisprudence*, “Harvard Law Review”, vol. 9, n° 1, p. 27 a 28.

<sup>70</sup> GARAY, *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, p. 203: “debemos tener presente que una de las características de la remanida ‘obligatoriedad’ consiste en que ella solo es tal cuando quien debe resolver un nuevo caso análogo quiere hacerlo de otra manera a como lo fue en el precedente. Pues un juez que considere que el caso presente merece la misma solución que la del o los anteriores, no sentirá que esa obligación es algo que se le impone a su voluntad: es él mismo quien así lo juzga”. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, “Revista de Processo”, vol. 39, n° 229, 2014, p. 6: “Scopriamo cioè che efficacia o vincolo hanno modo di esprimersi ad una condizione: che il giudice, se non fosse per quell’efficacia o per quel vincolo, deciderebbe la causa in modo diverso, e magari migliore. Tutte le volte che, invece, il giudice, per sua autonome valutazioni, avrebbe risolto la fattispecie oggetto del giudizio in maniera identica a come è stata precedentemente risolta da altri giudici, non sussiste, evidentemente, alcuna operatività del precedente: quando decido che due più

“es la adhesión a decisiones anteriores lisa y llanamente porque alguna vez los casos pasados han sido decididos de ese modo, aunque el tribunal en el caso posterior se sintiera preparado para decir, sobre la base de otro criterio interpretativo, que la interpretación que brinda el precedente es errónea”<sup>71</sup>.

En otras palabras, la obligatoriedad del precedente no podría ceder frente al mero reconocimiento de su error. Esta es la que se conoce como la “versión fuerte” del *stare decisis*, a la cual no le interesa si el precedente es erróneo: “el segundo tribunal no se preguntará si es demostrablemente erróneo en virtud del derecho subyacente, sino que lo seguirá a menos que haya probado ser inviable o esté causando otros problemas. Únicamente ese tipo de desventajas prácticas justificaría derogar un precedente”<sup>72</sup>. Si no existe una razón o justificación especial para derogarlo –fundada en otros factores tales como la disfuncionalidad o inviabilidad del precedente, la falta de confianza de la sociedad en él o los cambios materiales en los hechos–, el precedente deberá ser mantenido, aun cuando fuera errado o los actuales jueces tuvieran sus reservas respecto de la solución que adopta.

Esta versión del *stare decisis*, en los Estados Unidos de América, habría tenido origen en un voto de la jueza O’CONNOR en “Arizona v. Rumsey”<sup>73</sup> y se habría desarrollado con detalle en “Payne v. Tennessee”<sup>74</sup>. Finalmente, se consagró en “Casey”, donde la mayoría sostuvo que “la decisión de derogar el precedente debe fundarse en alguna razón especial por encima de la creencia de que el caso ante-

---

due fanno quattro, non arrivo al risultato grazie all’autorità di chi ha fatto lo stesso calcolo ed è pervenuto allo stesso risultato prima di me”). SCHAUER, *Precedent*, “Stanford Law Review”, vol. 3, n° 39, p. 576: “If precedent matters, a prior decision now believed erroneous still affects the current decision simply because it is prior. Only if a rule makes relevant the result of a previous decision regardless of a decision maker’s current belief about the correctness of that decision do we have the kind of argument from precedent routinely made in law and elsewhere”.

<sup>71</sup> PAULSEN, *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?*, “Yale Law Journal”, n° 109, p. 1538, nota al pie n° 8. En el mismo sentido, véase SCHAUER, *Precedent*, “Stanford Law Review”, vol. 3, n° 39, p. 571.

<sup>72</sup> NELSON, *Stare decisis and demonstrably erroneous precedent*, “Virginia Law Review”, vol. 87, n° 1, 2001, p. 53. En el mismo sentido, MONAGHAN, *Stare decisis and constitutional adjudication*, “Columbia Law Review”, n° 88, 1988, p. 755.

<sup>73</sup> 467 US 203, 212 (1984).

<sup>74</sup> 501 US 808, 827-30 (1991).

rior fue decidido erróneamente”<sup>75</sup> y que “Roe v. Wade” debía mantenerse “más allá del grado de renuencia que alguno [...] pudiera tener”<sup>76</sup>. También apareció en “Kimble v. Marvel”, oportunidad en la que la Suprema Corte afirmó: “el argumento de que hay un error –incluso un buen argumento al respecto– no puede justificar dejar de lado el precedente [...] no es suficiente para derogar un precedente el que nosotros hubiéramos decidido el caso de un modo diferente”<sup>77</sup>. Algo similar sucedió en “Patteron v. McLean Credit Union”<sup>78</sup> y en “Dickerson v. United States”<sup>79</sup>, al invocar los principios del *stare decisis* como impedimento para dejar sin efecto el precedente, más allá de si estaban de acuerdo o no con él o si hubieran decidido la cuestión del mismo modo si lo hubiesen tenido que resolver por primera vez.

Frente a esto, se erige una versión “débil” de *stare decisis* que, aunque con sus variantes, se caracteriza por reconocer peso argumentativo al hecho de que el precedente sea erróneo. NELSON, por ejemplo, define al precedente demostrablemente erróneo como aquel que objetivamente se aparta de la interpretación permisible que la norma exige<sup>80</sup> y entiende que, en esos casos, debe ser derogado, a menos que exista una razón o justificación especial para mantenerlo (la confianza, su funcionalidad, los costos de la derogación). El autor parte de la hipótesis –que intenta comprobar en la historia estadounidense– de que cuanto más se acepta la determinación del derecho a partir de fuentes externas (el derecho natural, la justicia, la razón práctica), menos deferencia se le puede reconocer al *stare decisis*. Porque, en todos los casos que se aparten de esa fuente externa, será necesario derogar el precedente y acomodarlo a ella.

<sup>75</sup> 505 US 833, 864 (1992). Aunque, en rigor, en “Casey” el voto plural analizó si “Roe” era erróneo y concluyó que, si lo era, el error no residiría en haber otorgado un “derecho constitucional al aborto”, sino en no haber estimado lo suficiente el interés estatal en la protección del feto. 505 US 833, 858 (1992).

<sup>76</sup> 505 US 833, 861 (1992).

<sup>77</sup> “Kimble v. Marvel Entertainment”, LLC, 135 S.Ct. 2401, 2409 (2015).

<sup>78</sup> 491 US 164 (1989), p. 175.

<sup>79</sup> 530 US 428 (2000), p. 429.

<sup>80</sup> NELSON, *Stare decisis and demonstrably erroneous precedent*, “Virginia Law Review”, vol. 87, n° 1, 2001, *passim*. En similar sentido, MARKMAN critica los precedentes que le hacen decir a la ley lo que esta no dice (*Precedent: tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions*, “Texas Review of Law & Politics”, vol. 8, n° 2, p. 283 a 288).

En definitiva, desde la “versión débil” de *stare decisis*, no todos los precedentes erróneos deben ser derogados: hay algunos que sí, pero muchos otros que no<sup>81</sup>. Así, si el precedente se limita a consagrar una de las muchas interpretaciones jurídicas posibles que la vaguedad del derecho habilita, el hecho de que el juez posterior considerase que otra de las interpretaciones posibles es más correcta, más conveniente o más eficaz, no bastaría para abandonar ese precedente. Debería argumentar que existen otras razones que justifican el abandono (en este punto, la versión fuerte y la débil convergen, ambas exigen el estándar de la justificación especial). Por ejemplo: la norma permite la interpretación *A* y *B*, y el precedente adopta el criterio *A*. Incluso si el juez posterior tuviera razones para pensar que la interpretación *B* es la adecuada, debe atenerse a la interpretación consagrada en el precedente. En cambio, en aquellos casos en los que el precedente recepta una interpretación que demostrablemente se aparta de la norma (en el ejemplo que se venía desarrollando, el precedente consagra la interpretación *C*), allí la carga argumentativa se invierte: el precedente debe ser dejado de lado, a menos que existan razones atendibles para mantener ese error. El juez THOMAS, de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, adhiere a esta terminología de precedente demostrablemente erróneo<sup>82</sup>.

“Dobbs” retoma la idea de que el error es uno de los factores (aunque, ciertamente, no el único) que la Suprema Corte debe considerar al momento de derogar un precedente. El voto mayoritario alude allí, como primer factor para justificar la derogación de “Roe” y en “Casey”, a la naturaleza del error cometido en esos precedentes y al daño que ese error provoca. El error, para ellos, reside en que el reconocimiento del derecho al aborto era absolutamente incompatible con cualquier interpretación de la Constitución y que la Corte haya sustraído del poder democrático la decisión sobre el aborto<sup>83</sup>. La Corte no se refirió allí al error demostrable, sino que aludió al precedente “*terriblemente*”

<sup>81</sup> Las divisiones entre ambas versiones se desdibujan, desde el momento en el que parece que no ha existido un juez de la Suprema Corte que considere que jamás se puede derogar un precedente erróneo. Incluso la disidencia en “Dobbs” admite esta posibilidad.

<sup>82</sup> “Gamble v. US”, 587 US (2019) (slip. op.), p. 2, voto concurrente de THOMAS, “Ramos v. Louisiana”, 590 US (2020) (slip. op.), p. 2 y 3, voto concurrente de THOMAS.

<sup>83</sup> “Dobbs”, p. 44 y 45.

erróneo, en una terminología propuesta por KAVANAUGH en precedentes anteriores<sup>84</sup>.

Pretender resolver si el carácter erróneo del precedente tiene peso para derogarlo parece exigir un previo acuerdo sobre el concepto de error. En otras palabras, la noción de error –para poder ser aplicada consistentemente como factor de derogación de un precedente– presupone un acuerdo mínimo sobre la posibilidad de conocer la verdad, de extraer soluciones objetivas y correctas de la ley, en definitiva, sobre la inteligibilidad del derecho. El problema, en un mundo de pluralismo ideológico e interpretativo, es que muchos jueces actuales no comparten tal optimismo sobre la objetividad del derecho, sobre la posibilidad de alcanzar la verdad ni de conocer el bien o lo justo<sup>85</sup>. En consecuencia, esos jueces posiblemente tenderán a otorgarle al concepto de “precedente erróneo” un contenido maleable a su ideología: el riesgo consiste en que tal concepto les puede funcionar como válvula de escape para desechar lo que no sea acorde con aquella. Para poner un ejemplo, dado el pluralismo existente en las teorías sobre la interpretación de la Constitución en los Estados Unidos de América, para los originalistas será un error demostrable aquel precedente que interprete la Constitución desviándose de su significado original, mientras que para un juez activista el error consistirá en desviarse de las exigencias de la evolución de la sociedad y las necesidades de la sociedad actual. Es decir, el error se configurará de acuerdo a los presupuestos iusfilosóficos de cada juez: algunos considerarán que el precedente erróneo –y, por ende, derogable– es el injusto; otros, el que se opone al significado original de la Constitución; otros, el que limita la autonomía, la libertad o el libre desarrollo de la personalidad, y otros el que no resulta útil. Por eso, si bien en la teoría no podemos renunciar a afirmar la existencia de la verdad en el derecho (apodíctica o probable, según sea el

<sup>84</sup> “Janus”, 585 US (2018) (slip. op.), p. 34 a 47 y “Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt”, 587 US (2019) (slip. op.), p. 16 a 18.

<sup>85</sup> De hecho, en un estudio tendiente a examinar la retórica del *overruling* en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, se contrasta la retórica objetiva del pensamiento clásico del siglo XIX con la retórica posmoderna, fragmentada, indeterminada, de fines del siglo XX. Cfr. JACOBS, *God save this post-modern Court: the death of necessity and the transformation of the Supreme Court's overruling rethoric*, “University of Cincinnati Law Review”, n° 63, 1995, *passim*. Sobre las implicancias del posmodernismo en la retórica del *overruling*, que la ha privado de contenido, véase especialmente la parte II de dicha investigación (p. 1142 en adelante).

caso) y, en virtud de ello, a postular que el precedente que se aparte de esa verdad, de ese bien jurídico, debería ser derogado, en la práctica debemos ser conscientes de que abrazar la idea de que el error debe ser enmendado conlleva el peligro de que tal concepto de error sea deformado por el relativismo y de que el precedente, en definitiva, se manipule según resulte o no funcional a la ideología del juez de turno.

Ante este dato de la realidad –la pluralidad y discrepancia interpretativa y filosófica– han surgido teorías del *stare decisis* como la de KOZEL<sup>86</sup>, quien postula que, en un mundo regido por el pluralismo interpretativo, el precedente puede ser una solución a la discrecionalidad judicial. Pero, para ello, los efectos reales que provoca el precedente no deben ser tenidos en cuenta a la hora de decidir si mantenerlos o derogarlos, puesto que eso abre, una vez más, la puerta a las diferencias interpretativas<sup>87</sup>. Propone, entonces, reposar en factores impermeables a esas diferencias interpretativas, tales como la confianza que ha despertado ese precedente en la sociedad (*reliance*), el cambio en los hechos y la posibilidad de extraer de él una regla aplicable a casos futuros (*workability*). Desde esta posición, los jueces deberían hacer concesiones constantes y resolver los cambios de criterio sobre la base *de factores* que dejen de lado la corrección del precedente. Aunque pudiera parecer que KOZEL renuncia a la noción de bien y a la búsqueda de justicia en el derecho, en realidad, deja una puerta abierta al afirmar que habría una pequeña categoría de casos que constituirían la excepción a esa desconsideración de los efectos reales del precedente: aquellos que fueran extraordinariamente dañinos<sup>88</sup>.

A esta altura, parece necesario recuperar la tradición realista clásica, para echar luz a la cuestión de qué tipo de errores no pueden tolerarse a la hora de decidir si derogar un precedente. Conviene traer a colación lo que ARISTÓTELES afirmaba respecto de la mutación de la ley, aplicado aquí al precedente judicial: “Cuando la mejora sea pequeña y, en cambio, sea malo el acostumbrar a abrogar con facilidad las leyes, es evidente que hay que permitir algunos errores de los legisladores y de los gobernantes”<sup>89</sup>. En la misma línea –como se mencionó en la primera parte de este trabajo– TOMÁS de AQUINO aducía

<sup>86</sup> KOZEL, *Settled versus right, passim*.

<sup>87</sup> KOZEL, *Settled versus right*, p. 121 y siguientes.

<sup>88</sup> KOZEL, *Settled versus right*, p. 123.

<sup>89</sup> ARISTÓTELES, *Política*, 1269a-23.

que el cambio de la ley, si bien es un perjuicio en sí mismo al bien común, está justificado cuando el beneficio para el bien común que trae la nueva ley es grande y notorio o cuando nos encontramos ante una injusticia manifiesta<sup>90</sup>.

Por su parte TOMÁS de AQUINO muestra, además, que la prudencia –que debe regir al juez en la toma de decisiones– versa sobre lo humano, lo contingente y que la verdad en esos casos no es una certeza apodíctica: “La prudencia, como se ha dicho, trata de las acciones contingentes. En estas no puede el hombre regirse por la verdad absoluta y necesaria, sino por lo que sucede comúnmente”<sup>91</sup>. Lo que sucede, comúnmente, esa verdad en los hechos contingentes, la brinda la experiencia (la experiencia, en este caso, de los jueces pasados). Por ende, en materia jurídica, muchas veces debemos conformarnos con una verdad probable<sup>92</sup>. Si bien hay principios evidentes del derecho natural –así como conclusiones inmediatas de esos principios– que efectivamente constituyen verdades apodícticas y que no pueden ser dejadas de lado por ninguna norma, no todo está determinado por la ley natural. Como sostenía TOMÁS de AQUINO, la mayoría de las cuestiones deben ser determinadas por la ley positiva y, una vez que ella las determina de un modo, es justo cumplirlas así<sup>93</sup>.

Entonces, si la interpretación judicial contenida en el precedente no se refiere a una verdad apodíctica o no compromete un principio del derecho natural, sino que es una entre tantas interpretaciones posibles de lo contingente jurídico, debe ser mantenida, por más de que el juez pueda tener razones para adherir a otra interpretación que considere más conveniente, oportuna o eficaz. En cambio, el error que consiste en una desviación de los primeros principios del derecho natural no puede ser sostenido<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 97, a. 2.

<sup>91</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, II-II, q. 49, a. 1. Por ello el derecho es parcialmente dialéctico. Cfr. RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, p. 295.

<sup>92</sup> Con mucha claridad, afirmaba ARISTÓTELES: “Es propio del hombre sensato e instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos en la medida en que lo admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara razones probables, como reclamar demostraciones exactas a un retórico” (*Ética a Nicómaco*, I, 3, 1094b 25).

<sup>93</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 3.

<sup>94</sup> Esta postura se acerca al constitucionalismo del bien común (*common good constitutionalism*), que recientemente está adquiriendo notoriedad en los

El otro error que ameritaría dejar de lado un precedente sería el apartamiento objetivo de la Constitución o de la norma, cuando ese apartamiento no obedece a razones de derecho natural. El juez del precedente debe ser un juez deferente, pues el activismo, de la mano de un precedente vinculante, es altamente peligroso para el Estado de derecho. Así, ante la existencia de una norma escrita, y frente a la conveniencia de que estemos regulados por la ley y no por los hombres<sup>95</sup>, un precedente que se apartara de toda interpretación razonable de la norma debería ser abandonado, a menos que tal abandono produjera un mal mayor que el provocado por el precedente.

A la luz de lo analizado, el concepto de precedente erróneo podría reducirse a aquel que se aparte manifiestamente de la ley escrita o del derecho natural, siempre que seguir ese precedente cause mayor injusticia que reemplazarlo por otro. Tal propuesta de solución no es, por lo demás, extraña a la tradición jurídica anglosajona ni a la práctica del precedente, si se tiene en cuenta que el propio BLACKSTONE consideraba que el precedente absurdo o injusto no era derecho y, por ende, no debía ser seguido. Por lo demás, otros autores tradicionales del *common law* –p.ej., COKE– apelaban también a fuentes objetivas de validez del derecho, tales como la ley divina, el derecho natural y la razón<sup>96</sup>. Sin embargo, la constatación de una verdad probable en muchos aspectos del derecho –y la admisión de que, en esos casos, sea valioso mantener el *statu quo*– permite superar la absoluta incompatibilidad que algunos han señalado entre el iusnaturalismo y el precedente vinculante<sup>97</sup>. También deja en claro que la adhesión a una doctrina

---

Estados Unidos de América de la mano de VERMEULE, como una recuperación de la tradición iusnaturalista clásica. VERMEULE llama a los conservadores a abandonar la postura originalista, que sirvió para hacer frente al progresismo, pero que está vacía de contenido moral. En su lugar, propone recuperar una moral natural objetiva. Sobre esto, véase VERMEULE, *Common good constitutionalism*, [www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/](http://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/).

<sup>95</sup> ARISTÓTELES, *Política*, Libro III, 1282-b, 20.

<sup>96</sup> NELSON, *Stare decisis and demonstrably erroneous precedent*, “Virginia Law Review”, vol. 87, n° 1, 2001, p. 25.

<sup>97</sup> Ver, por ejemplo, MAGALONI, *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial estadounidense*, p. 32 y ss., especialmente, p. 33: “el carácter vinculante del precedente era incompatible con la visión blackstoniana del *common law*”, p. 36, y sus citas. La incompatibilidad se fundaría en que, al considerar que los jueces simplemente *declaran* el derecho y no lo crean, el precedente que se apartara de lo que el derecho verdaderamente es, necesariamente debería ser dejado de lado.

del precedente vinculante, con excepciones, no necesariamente debe conllevar la separación entre el derecho y la moral.

La postura ofrecida es, por otra parte, superadora del racionalismo ilustrado que, al parecer, primaba en la retórica clásica de la derogación del precedente en los Estados Unidos de América del siglo XIX y comienzos del XX. Desde esa mirada, el derecho era una ciencia capaz de alcanzar una certeza similar a la matemática, un todo completo con una respuesta correcta alcanzable por la razón humana para todos los supuestos<sup>98</sup>. Si el precedente consagraba la respuesta incorrecta, no era considerado derecho. La contingencia del obrar humano –que aquí se recupera de la mano de ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO– permite redescubrir que el método jurídico es parcialmente deductivo, que en muchos casos solo podemos aspirar a una verdad probable y que, en tales supuestos, conviene que la respuesta probable se mantenga estable.

Vale decir, por último, que en Argentina la propuesta de precedente erróneo como precedente injusto puede ser encuadrada en el propio discurso de la Corte, que ha reconocido que el precedente puede ser dejado de lado por “razones de justicia”. Así, en “García de Thorndike”<sup>99</sup>, y luego en “Barreto”, se hizo referencia a “razones de justicia” como fundamento de un cambio de criterio. Este factor, que nuestra la Corte ancla precisamente en ciertas disidencias del tribunal estadounidense, no es un tópico que aparezca en la retórica de este último<sup>100</sup>.

## § 6. ***EL NUEVO “TALISMÁN” 101 DE LA CORTE ARGENTINA. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS***

Cuando la Corte Suprema argentina enumera en su jurisprudencia los factores que habilitan el abandono de un precedente no menciona

<sup>98</sup> GREY, *Langdell's Orthodoxy*, “University of Pittsburgh Law Review”, n° 45, p. 2, nota 6.

<sup>99</sup> CSJN, *Fallos*: 248:115.

<sup>100</sup> En efecto, a pesar de la profunda injusticia acarreada por “Roe” y por “Casey” (que avalaron más de treinta y seis millones de abortos), esta realidad no fue tratada en “Dobbs” (salvo por una mención en el voto concurrente de THOMAS). Claro que, a diferencia del ordenamiento estadounidense, en el argentino la justicia es un valor promovido por el propio Preámbulo de la Constitución. La propia Corte ha aludido a razones de justicia para deshacerse de un precedente.

<sup>101</sup> Se recoge esta metáfora, empleada por MILLER, para referirse al uso del derecho extranjero en la jurisprudencia argentina (cfr. *The authority of a foreign*

el derecho internacional de los derechos humanos (DIDDHH). No obstante, en la práctica, su invocación ha sido recurrente a la hora de fundamentar un cambio de criterio (o de llevar adelante un cambio jurisprudencial, sin fundamentarlo) en casos trascendentes para nuestro país.

Si bien desde la teoría debería aceptarse que un cambio normativo provocase uno jurisprudencial acorde, como se verá, la invocación del DIDDHH para fundar el abandono de ciertos precedentes no siempre cumple con los principios enumerados en la primera parte de este trabajo ni responde a un cambio normativo (en ocasiones, en cambio, responde a interpretaciones o dictámenes de órganos especializados o a fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que Argentina no fue parte). Es más, en varias oportunidades la Corte había interpretado tales instrumentos en los precedentes aplicables, en un sentido diametralmente opuesto. Entonces, se incluye una remisión genérica a instrumentos internacionales, sin hacerse cargo de la existencia de tales precedentes, o sin evaluar la aplicación al caso concreto de tales instrumentos o mediante la invocación inexacta de decisiones de tribunales regionales. Otras veces, parecería que los DIDDHH son una pantalla que encubre el cambio de criterio debido al cambio de composición. De allí que se postule que la apelación al DIDDHH constituye un “talismán” a través del cual, en ocasiones, la Corte se desentiende de la argumentación que ella misma exige para abandonar un precedente. Seguidamente se recogen, a modo de ejemplo, algunos casos en los que esto ha sucedido.

“*Ekmekdjian c/Sofovich*”<sup>102</sup> constituye un hito de la jurisprudencia argentina. Generalmente, el caso despierta atención por la decisión de fondo que consagró y su impacto en la temática de fuentes en nuestro derecho, pero lo cierto es que, en lo que aquí interesa, esa sentencia dejó sin efecto un precedente dictado tan solo cuatro años antes: “*Ekmekdjian c/Neustadt*”<sup>103</sup>. No hubo allí fundamentación

---

*talismán: a study of US constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine elite's leap of faith*, “*American University Law Review*”, n° 46, p. 1483 a 1572). FERRARI, en el manuscrito de su tesis doctoral, aún no defendida, tomó también esta idea para hacer referencia al uso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por parte de la Corte argentina.

<sup>102</sup> CSJN, 7/7/1992, “*Ekmekdjian, Miguel Á. c/Sofovich, Gerardo y otros*”, *Fallos*: 315:1492.

<sup>103</sup> CSJN, 1/12/1988, “*Ekmekdjian, Miguel Á. c/Neustadt, Bernardo y otros s/ amparo*”, *Fallos*, 311:2497.

explícita del cambio: la Corte se limitó a decir que no compartía, en su actual integración, la postura que había adoptado el tribunal en el precedente. Además, intentó efectuar una distinción con el precedente, sobre la base del diverso contenido de las injurias y los intereses que había detrás, que sin embargo tampoco justificó el abandono de la interpretación consagrada sobre el derecho de réplica y su carácter operativo.

Es así que, en esa ocasión, la interpretación del tribunal regional –adoptada gracias a un cambio de composición de la Corte– fue decisiva en el abandono de un precedente reciente. En definitiva, lo que motivó el cambio fue la modificación en la integración de la Corte, aunque también impactó aquí el DIDDH, pero la reinterpretación de los instrumentos internacionales aplicables fue la razón alegada por la cual “el tribunal en esta composición” no compartió el precedente. La nueva composición adhirió a la OC 7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (consid. 21), que había interpretado el art. 14.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>104</sup>. También apareció por primera vez allí lo que SABELLI denomina el argumento de “la evitación de la responsabilidad internacional”<sup>105</sup>, según el cual la adopción de una postura contraria haría incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

Por su parte, PETRACCHI y MOLINÉ O’CONNOR, en su disidencia, coincidieron con la mayoría en cuanto al abandono del criterio sentado en “Ekmekdjian c/Neustadt” y, en consecuencia, en el carácter operativo del derecho a réplica. Para ello, manifestaron expresamente que la cuestión “se esclarece si se la estudia desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”. Aunque, en su voto, la fundamentación del cambio parece ser algo más sólida, dado que aludieron también a aquellas razones de justicia que, tantos años después, impedían mantener la interpretación del carácter programático del derecho de réplica, pues dicho criterio ya se había vuelto injusto.

<sup>104</sup> Asimismo, como “antecedentes relevantes” de su recepción normativa, se invocan múltiples instrumentos internacionales, como el Proyecto de Código de Honor de Periodistas de las Naciones Unidas, admitido por una comisión de la Asamblea General de 1952 y múltiples ejemplos de derecho extranjero (consids. 13 y 14).

<sup>105</sup> SABELLI, *No habrá más penas ni olvidos. O de cómo la Corte Suprema sentó las bases de la crisis de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal en los casos de delitos de lesa humanidad*, JA, 2006-I-376.

Algo similar ocurrió con el cambio de criterio producido entre “Camps”<sup>106</sup> y “Simón”<sup>107</sup>, que tampoco fue debidamente justificado. Esa vez, lo que intermedió entre un precedente y otro fue el dictado del fallo “Barrios Altos”<sup>108</sup>, por parte de la Corte IDH. La traslación al caso argentino de dicha solución del tribunal regional –que repudiaba la autoamnistía otorgada por el gobierno peruano–, fue vista por la Corte como “imperativa” (consid. 23), aun cuando significaba echar por tierra la interpretación constitucional que la propia Corte había consagrado en “Camps”, según la cual las leyes de “obediencia debida” y “punto final” eran constitucionales. De este modo, con una aplicación retroactiva del DIDDHH –no exentas de críticas<sup>109</sup>–, la Corte abandonó su criterio.

En “Schiffrin”<sup>110</sup> también se visualiza la fuerte influencia del argumento internacional en el abandono del criterio establecido en “Fayt”<sup>111</sup>, respecto de la inconstitucionalidad del límite de edad incorporado en la Constitución en la reforma de 1994. Reaparece allí la doctrina de la evitación de la responsabilidad internacional.

Lo mismo sucede en “Fal”<sup>112</sup>, cuando la Corte decidió que no es punible la interrupción del embarazo cuando este es producto de violación: nuevamente, se invocan instrumentos internacionales (en su mayoría, *soft law*), y la interpretación de esos instrumentos por órganos que no resultan vinculantes para nuestro país. Esto significó echar por tierra lo que la propia Corte en precedentes como

<sup>106</sup> CSJN, 22/6/1987, “Causa incoada en virtud del decreto 280/84 del Poder Ejecutivo nacional-Camps, Ramón y otros”, *Fallos*, 310:1162.

<sup>107</sup> CSJN, 14/6/2005, “Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertades”, *Fallos*, 328:2056.

<sup>108</sup> Corte IDH, 30/11/2001, “Barrios Altos vs. Perú”, *reparaciones y Costas*, serie C87.

<sup>109</sup> Cfr. ELÍAS, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de derecho*), *JA*, 2006-III-351; ROSENKRANTZ, *En contra de los “préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, vol. 6, n° 1, 2005, p. 71 a 96. La mayor crítica que puede hacerse al uso de “Barrios Altos”, para modificar el precedente de la Corte es que no existía siquiera una plataforma fáctica similar al caso argentino, por cuanto el caso peruano implicaba una autoamnistía.

<sup>110</sup> CSJN, 28/3/2017, “Schiffrin, Leopoldo H. c/Poder Ejecutivo nacional s/acción meramente declarativa”, *Fallos*, 340:257.

<sup>111</sup> CSJN, 19/8/1999, “Fayt, Carlos S. c/Estado nacional s/proceso de conocimiento”, *Fallos*, 322:1616.

<sup>112</sup> CSJN, 13/3/2012, “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”, *Fallos*, 335:197.

"Portal de Belén"<sup>113</sup>, "Sánchez"<sup>114</sup> y "Tanus"<sup>115</sup>, en los que claramente había reconocido el derecho a la vida de la persona por nacer, sin siquiera mencionarlos<sup>116</sup>.

En el caso "Institutos Médicos"<sup>117</sup>, se dejó de lado el criterio establecido, tan solo cuatro meses antes, en el precedente "Asociación Filantrópica Francesa"<sup>118</sup>, sin siquiera hacerse cargo de ese cambio de criterio<sup>119</sup> y con una argumentación en clave de DIDDHH. Ambos casos se trataban de reclamos por daños provocados por mala praxis en el nacimiento y consiguiente discapacidad, y en ambos los establecimientos médicos habían declarado su quiebra, por lo que el damnificado reclamaba un privilegio en el cobro sobre la base de su discapacidad. En el primer caso, el privilegio fue denegado, mientras que en el segundo fue concedido. Así, los magistrados que integraron la mayoría de decisión, en el segundo caso impusieron su interpretación de las exigencias del derecho convencional en desmedro de la interpretación diametralmente opuesta que la Corte había consagrado unos meses antes en un precedente con una plataforma fáctica sustancialmente similar. En efecto, el juez MAQUEDA sostuvo que "en el caso se presentaba una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad que este tribunal no puede desatender en orden a las exigencias

<sup>113</sup> CSJN, 5/3/2002, "Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", *Fallos*, 325:292.

<sup>114</sup> CSJN, 22/5/2007, "Sánchez, Elvira c/M° J y DDHH-Art. 6°, ley 24.411 (res. 409/01)", *Fallos*, 330:2304.

<sup>115</sup> CSJN, 11/1/2001, "T. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", *Fallos*, 324:5.

<sup>116</sup> Sobre esto, ver RATTI, "La argumentación de la Corte Suprema argentina sobre cambio de precedente: del dicho al hecho", en LIONETTI DE ZORZI - LELL (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*, p. 87 a 89.

<sup>117</sup> CSJN, 6/11/2018, "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L. A. R. y otros", *Fallos*, 341:1511.

<sup>118</sup> CSJN, 26/3/2019, "Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/inc. de verificación", *Fallos* 342:459.

<sup>119</sup> Peor aun, como parece habitual en la Corte, se invocaron las disidencias de tal precedente como si se trataran de la decisión oficial del tribunal. Sobre esto, véase RATTI, "La argumentación de la Corte Suprema argentina sobre cambio de precedente: del dicho al hecho", en LIONETTI DE ZORZI - LELL (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*, p. 87 a 89.

de los tratados internacionales citados”. El juez ROSATTI, por su parte, reconoció que “la pretensión debía ser analizada bajo el prisma de los derechos de los niños y de las personas con discapacidad consagrados en los instrumentos de esa naturaleza” (consid. 11). Nada se dijo, en este caso, del error, la inconveniencia o las razones de justicia que explicarían abandonar el criterio sentado por la Corte en “Institutos Médicos”. Hay que decir, por lo demás, que en este giro jurisprudencial el factor clave parece haber sido la excusación del ministro ROSENKRANTZ y la integración del tribunal con la conjueza MEDINA, cuyo voto modificó así la composición de la mayoría y la minoría.

Los casos mencionados hacen pensar que el DIDDH puede haber encubierto grandes quiebres en la jurisprudencia de la Corte argentina, producidos sin una profunda reflexión sobre el respeto por lo decidido por el tribunal anteriormente y sobre la necesidad de introducir el cambio.

## § 7. *EL CAMBIO DE COMPOSICIÓN*

Algunos de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, en los que se invocó el DIDDH como fundamento del nuevo criterio, encubrían un cambio de composición del tribunal. “Institutos Médicos” es, probablemente, un caso paradigmático en este sentido. También la Corte alude expresamente, en “Ekmekdjian c/Sofovich”, a la famosa (y criticada) frase, según la cual “la Corte en su actual composición” no comparte el precedente<sup>120</sup>. La historia de la Corte Suprema argentina da cuenta de muchas situaciones de manipulación del precedente judicial a partir de los cambios en la composición del tribunal (no solo a partir de “la variación en la composición de los nombres de sus ministros, sino también por el cambio de composición en la cantidad de los ministros”<sup>121</sup>).

<sup>120</sup> La frase aparece en el voto mayoritario de “Montalvo”, donde se afirma que “sin desconocer” la existencia de precedentes en sentido contrario, “esta Corte, en su actual composición, decide retomar la doctrina” de ‘Colavini’”. CSJN, 11/12/1990, “Montalvo, Ernesto, psa. inf. ley 20.771”, *Fallos*: 313:1333. De todos modos, la Corte luego proporciona otros argumentos para fundar el cambio (ver consids. 26 y 27).

<sup>121</sup> Cfr. OTEIZA, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*. En el mismo sentido, ver SEDLACEK, “*Bases para la aplicación de la teoría del precedente de la República Argentina*”, presentado en XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

El cambio de jurisprudencia horizontal provocado por el cambio de las personas físicas que integran el tribunal ha sido aceptado desde siempre en nuestro ordenamiento jurídico, sin mayores cuestionamientos. Al comentar la ley 7055 –que introdujo por primera vez el plenario entre las dos cámaras civiles de la Capital Federal– se admitía el cambio de esa doctrina, entre otras razones, a partir de un cambio de composición<sup>122</sup>. En el mismo sentido, se sostenía que “la jurisprudencia de los tribunales, para que tenga fuerza, necesita de los elementos del tiempo, *del cambio de personal*, de la semejanza de los casos y de su número [...] solo cuando hay uniformidad en un lapso más o menos largo, que permita el cambio en el personal de los tribunales, se les debe considerar como una interpretación semejante a la doctrinal”<sup>123</sup>.

Actualmente, la aceptación de esta suerte de “cambio jurisprudencial personalizado” sigue estando vigente y da lugar a afirmaciones tales como que un inferior debe mantener el criterio del superior “*mientras no se altere la integración de su revisor*”<sup>124</sup>. Del mismo modo, las partes que acuden ante la Corte no tienen ningún reparo en argumentar el cambio de composición como factor justificatorio del cambio de criterio que están solicitando. Ello se visualiza con claridad en el caso “Baldivieso”<sup>125</sup> –que abandonó el criterio sentado en el caso “Zambrana Daza”<sup>126</sup>– en cuyo voto ARGIBAY señala:

<sup>122</sup> “La jurisprudencia fijada por las dos cámaras no tiene el valor de un imperativo categórico ineludible, para los jueces inferiores y no importa tampoco impedir que las mismas cámaras, *sea por un cambio en su composición*, sea por una nueva orientación en la evolución social y jurídica, atenuen, modifiquen o abandonen completamente la jurisprudencia anterior, estableciendo una nueva” [GARMENDIA, *Derecho civil y procesal. Fallos dictados por las cámaras de apelaciones constituidas en tribunal pleno desde la sanción de la ley n° 7055 sobre reorganización de la justicia ordinaria de la Capital*, p. 13 (el resaltado nos pertenece)].

<sup>123</sup> MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. I, p. 50 a 51 (el resaltado nos pertenece).

<sup>124</sup> MOSSMAN, *El precedente judicial en Argentina*, “Revista de Derecho Público”, 2016, [www.academia.edu/27109776/El\\_precedente\\_judicial\\_en\\_Argentina\\_publicado\\_en\\_Revista\\_de\\_Derecho\\_Publico\\_Ed\\_Rubinzal\\_Culzoni\\_2016-1\\_Cuestiones\\_Procesales\\_del\\_federalismo\\_argentino\\_1](http://www.academia.edu/27109776/El_precedente_judicial_en_Argentina_publicado_en_Revista_de_Derecho_Publico_Ed_Rubinzal_Culzoni_2016-1_Cuestiones_Procesales_del_federalismo_argentino_1), p. 21 (consultado el 14/11/2018).

<sup>125</sup> CSJN, 20/4/2010, “Baldivieso, César A. s/causa n° 4733”, *Fallos*, 333:405.

<sup>126</sup> CSJN, 12/8/1997, “Zambrana Daza, Norma B. s/ infracción a la ley 23.737”, *Fallos*, 320:1717. En “Zambrana Daza”, la Corte había sostenido que “podía considerarse válida la prueba inculpativa obtenida durante la atención médica, en contra de la misma persona que ha concurrido a un hospital en procura de asistencia” (cfr. consid. 5° del voto concurrente de ARGIBAY en “Baldivieso”).

“En el recurso extraordinario la defensa criticó que el tribunal a quo rechazara sus agravios aplicando el precedente ‘Zambrana Daza’ a un supuesto de hecho distinto. Situó la diferencia en que en aquel fallo la imputada no se vio inmersa en el dilema de optar entre la cárcel o la muerte, mientras que la situación de Baldivieso era apremiante. Por lo demás, estimó que, ‘*aun si se reputase aplicable el citado precedente, había cambiado la composición de los miembros de la Corte, circunstancia que justificaba su revisión*’”<sup>127</sup>.

La necesidad de evitar que el cambio de composición de un tribunal produzca un cambio en la jurisprudencia es motivo de preocupación también en los sistemas jurídicos pertenecientes al *common law*. En las audiencias en las que el Senado de los Estados Unidos de América interroga a los candidatos para ocupar el cargo de juez de la Suprema Corte, la pregunta sobre la postura del candidato en relación al *stare decisis* es recurrente<sup>128</sup>.

Esto no significa desconocer que, como sostenía el juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, ANTONIN SCALIA, generalmente los cambios de criterio se producen cuando media un cambio en la integración del tribunal<sup>129</sup>.

A lo que apuntan estas reflexiones es a que el cambio en la integración podrá llegar a ser la circunstancia que hace posible que el cambio se haga efectivo, pero no el factor que lo justifica: la nueva integración deberá dar acabada cuenta de las “*razones objetivas*” por las cuales ese precedente debe ser modificado. En otras palabras, el *stare decisis* no es compatible con que el cambio en la identidad de

<sup>127</sup> CSJN, 20/4/2010, “Baldivieso, César A. s/causa n° 4733”, *Fallos*, 333:405, consid. 1° del voto concurrente de la jueza ARGIBAY. El resaltado nos pertenece.

<sup>128</sup> A su vez, la relación de los cambios de precedente y los cambios de composición también fue abordada, en el Reino Unido, por la House of Lords, al momento de interpretar la *practice statement* que pondría fin a la prohibición de *outruling*. En este sentido, afirmó que nada podría ser más indeseable que permitir a los litigantes, una vez que la House hubiera dictado un precedente, el retornar a ella con la esperanza de que un comité con diferente constitución modificase ese precedente y que ese, sin duda, no había sido el objetivo de la *practice statement*: “*Nothing could be more undesirable, in fact, than to permit litigants, after a decision has been given by this House with all appearance of finality, to return to this House in the hope that a differently constituted committee might be persuaded to take the view which its predecessors rejected*”, “*Chancery Lane Safe Deposit and Offices Co. Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*” (1966) AC 85.

<sup>129</sup> “*South Carolina v. Gathers*”, 490 US 805 (1989).

las personas físicas que suscribieron el precedente sea el único motivo para dejarlo sin efecto<sup>130</sup>.

### § 8. **OTROS FACTORES TRADICIONALES DEL “STARE DECISIS” ESTADOUNIDENSE**

Seguidamente, se enlistarán brevemente cuáles son esos factores “objetivos” de *stare decisis* que alegan quienes pretenden aislar la decisión de mantener un precedente de la postura interpretativa del juez, así como quienes niegan el error como factor de cambio. Son aquellos que la Corte de los Estados Unidos de América ha utilizado tradicionalmente y, justamente, varios de ellos se utilizaron en “Dobbs” para complementar el análisis del carácter erróneo de la decisión:

a) *VIABILIDAD (WORKABILITY)*. Responde a la pregunta de si los tribunales, los justiciables y otros interesados han podido o no extraer una regla de esa decisión y obrar conforme a ella sin dificultades<sup>131</sup>. Así, se ha dejado sin efecto el precedente que hubiera resultado de confusa y dificultosa aplicación<sup>132</sup> o que hubiera provocado contradicciones en los tribunales inferiores<sup>133</sup>.

b) *CONFIANZA (RELIANCE)*. La consideración de este asunto se orienta a identificar cómo quedaría afectada la sociedad si el precedente fuera dejado sin efecto. Concretamente, apunta a evaluar la confianza que las personas pudieran haber depositado en él y las probabilidades de que hubieran fundado sus actos, contratos o decisiones a partir de lo que el precedente establecía<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> TRIBE, *The invisible Constitution*, p. 208; FRICKEY, *Stare decisis in constitutional cases: reconsidering national league of cities*, “Constitutional Commentary”, 1985, vol. 2, n° 2, p. 123, 127, 128, 140; ISRAEL, *Gideon v. Wainwright: the “art” of overruling*, “Supreme Court Review”, 1963, p. 217 (“Decisions can hardly gain acceptance as based upon the enduring principles of the Constitution without the prospect that they will live an ‘indefinite while,’ at least beyond the life expectancy of the justices deciding”).

<sup>131</sup> KOZEL, *Settled versus right*, p. 109 y 110.

<sup>132</sup> “Nichols v. United States”, 511 US 738, 746 (1994); “García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority”, 469 US 528, 546 (1985).

<sup>133</sup> “Dobbs”, p. 60.

<sup>134</sup> Para un análisis detallado de este factor en particular, puede consultarse KOZEL, *Precedent and reliance*, “Emory Law Journal”, 2013, p. 1459 a 1507. El factor “confianza” fue mencionado en la *Practice Statement* de la House of Lords, en

En general, se trata de un parámetro que es mayormente aplicado para asuntos comerciales<sup>135</sup>. Algunos proponen que el mecanismo para ponderar este factor sea un balance entre la ganancia esperada y la pérdida esperada, en el que se cuestione "qué tan importante es la previsibilidad para aquellos afectados por la decisión, y si ese nivel de previsibilidad vale el precio de la reiteración de resultados subóptimos, multiplicado por los costos de esos resultados subóptimos"<sup>136</sup>. También se ha interpretado que el precedente genera menor confianza en los casos en que hay fuertes disidencias o una votación muy pareja<sup>137</sup> y se ha demostrado, también, que esos precedentes son los más propensos a ser dejados sin efecto<sup>138</sup>. Su aplicación en "Casey" fue muy cuestionada en "Dobbs"<sup>139</sup>.

c) *CRÍTICA ACADÉMICA*. La verdad no es producto del consenso y no siempre el consenso social refleja lo justo. Tampoco la opinión pública puede ser determinante a la hora de que los jueces decidan si conservar o no un precedente, pues ellos están obligados a aplicar el derecho con objetividad, sin ceder a presiones políticas, académicas ni populares<sup>140</sup>. Así y todo, la incorporación de este factor como parámetro de evaluación puede resultar útil para mostrar el error del precedente o su inhabilidad para producir una regla viable de conducta. Es decir, la crítica puede ser el reflejo de otros factores que ayuden a los jueces en la elucidación de si están dadas las condiciones suficientes para justificar un cambio. Por ejemplo, si el precedente encuentra una gran resistencia y es constantemente desafiado en los tribunales<sup>141</sup>, ello muestra que no es viable o que difícil-

---

la que manifestaron que si bien el precedente podría ser modificado de allí en más, los lores tendrían en cuenta el peligro de afectar retrospectivamente las bases en las que los contratos, acuerdos fiscales u otro tipo de negocios pudieran haber sido realizados. *Practice Statement*, [1966] 3 All E.R. at 77 (U.K.).

<sup>135</sup> "Payne v. Tennessee", 501 US 808, 828 (1991) ("Considerations in favor of stare decisis are at their acme in cases involving property and contract rights, where reliance interests are involved").

<sup>136</sup> SCHAUER, *Precedent*, "Stanford Law Review", vol. 3, nº 39, p. 598.

<sup>137</sup> "Payne", 501 US, 829.

<sup>138</sup> Cfr. LEROY, *Death of a precedent: should justices rethink their consensus norms?*, "Hofstra Law Review", 2014, vol. 43, nº 2, art. 3, p. 378.

<sup>139</sup> Sobre esto, puede verse RATTI MENDAÑA - CALDERONE, *Anatomía de Dobbs. Una sentencia que renueva el debate*", *EDonline*, ED-MMMCCCXC-615.

<sup>140</sup> Esto ha sostenido, justamente, el voto mayoritario en "Dobbs", p. 67 a 69.

<sup>141</sup> "Payne v. Tennessee", 501 US 808 (1991), 729.

mente se haya generado una confianza en él por parte de la sociedad. En “Dobbs” se incluyeron reiteradas menciones al hecho de que “Roe” hubiera sido criticado incluso por quienes se pronunciaban a favor del aborto.

d) *EROSIÓN (ABANDONMENT)*. La invocación de este factor es confusa, pues el abandono de un precedente significaría que este fue dejado sin efecto ya, en una suerte de *overruling* ilegítimo<sup>142</sup>. La única forma de que pueda convertirse en doctrina abandonada es el ejercicio ilegítimo de un *distinguishing* que reduzca la aplicación de la *ratio* a una plataforma fáctica mínima e irrepetible. Pero, en ese caso, lo que hubiera correspondido era el *overruling* y admitir en estos casos el abandono del precedente significaría legitimar el *overruling* anterior ilegítimo. Este factor, de todos modos, ya no aparece con frecuencia en el discurso de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. De hecho, KAVANAUGH no lo menciona en su esquematización de los factores tradicionales del *stare decisis* que ofrece en “Ramos v. Louisiana”<sup>143</sup>, ni tampoco es considerado en el caso “Dobbs”.

## § 9. *CONCLUSIÓN*

Del análisis aquí esbozado cabe concluir que el cambio de criterio por parte de un tribunal, máxime si se trata del tribunal de cierre del sistema, debe ser un asunto analizado con seriedad y, en especial, justificado.

Existen razones de peso que inclinan la balanza, en la mayoría de los casos, hacia la estabilidad, hacia el mantenimiento del criterio fijado. La seguridad jurídica, la coherencia de los tribunales y la necesidad de que los cambios se lleven a cabo por los órganos representativos son algunas de esas razones. Los precedentes se presentan, en tal contexto, como la experiencia de jueces del pasado, que puede esclarecer el camino hacia la búsqueda de la verdad probable que la contingencia del derecho implica.

Eso no siempre es posible mantener: frente a la injusticia manifiesta o a los profundos efectos nocivos que pudiera ocasionar, el pre-

<sup>142</sup> Ver, al respecto, PAULSEN, *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?*, “Yale Law Journal”, n° 109, p. 1561, en especial, nota al pie n° 74.

<sup>143</sup> 590 US (2020) (slip. op.), p. 2, voto concurrente de KAVANAUGH.

cedente debería ceder. Otras razones también podrían ameritar un giro jurisprudencial, como los cambios normativos o fácticos. Mientras que algunas circunstancias, como el cambio de integración de un tribunal, no constituyen un fundamento válido para abandonar el precedente.

Los pilares de la doctrina del cambio de precedente parecen coincidir en los escenarios estadounidense y argentino y atienden a que el cambio responda a factores objetivos. Sin embargo, en la práctica, el tribunal argentino debilita esos pilares, cada vez que ignora la existencia de un precedente aplicable o lo desestima fácilmente, sin la debida fundamentación.

Los principios asentados aquí –según los cuales el cambio es una excepción que, cuando procede, debe ser justificada tanto en la mejora que introduce como en la necesidad de esa mejora y en la consideración prudencial del caso concreto– se presentan como faros que podrían mejorar la práctica de la Corte Suprema argentina.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AHARON, BARAK, *Judicial discretion*, New Haven, Yale University Press, 1989.
- ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. por M. ATIENZA - I. ESPEJO, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALVIM WAMBIER, TERESA A., *La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el Estado de derecho. Civil law y common law*, “Themis”, nº 58, p. 80.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Tecnos, 2018.
- *Política*, M. GARCÍA VALDÉS (trad.), Madrid, Biblioteca Clásica Gredos.
- BARRETT, AMY C., *Statutory stare decisis in the Courts of appeals*, “George Washington Law Review”, nº 73, 2004-2005, p. 319.
- BLAUSTEIN, ALBERT P. - FIELD, ANDREW H., *Overruling opinions in the Supreme Court*, “Michigan Law Review”, nº 57, 1958, p. 184.
- BRENNER, SAUL - SPAETH, HAROLD, *Stare indecisis. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema de Estados Unidos, 1946-1992*, trad. por S. FIGUEROA - G. SPOERER, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- CHIARLONI, SERGIO, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, “Revista de Processo”, vol. 39, nº 229, 2014, p. 6.
- CUETO RÚA, JULIO, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.
- ELÍAS, SEBASTIÁN, “Simón” (*o de cómo las buenas intenciones pueden socavar el Estado de derecho*), *JA*, 2006-III-351.
- FERRER BELTRÁN - VÁZQUEZ (eds.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- FINNIS, JOHN, *Natural law and natural rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

- FRICKEY, PHILIP, *Stare decisis in constitutional cases: reconsidering national league of cities*, “Constitutional Commentary”, 1985, vol. 2, n° 2, p. 123.
- GARAY, ALBERTO F., *La doctrina del precedente de la Corte Suprema*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013.
- GARMENDIA, MIGUEL A., *Derecho civil y procesal. Fallos dictados por las cámaras de apelaciones constituidas en tribunal pleno desde la sanción de la ley n° 7055 sobre reorganización de la justicia ordinaria de la Capital*, Buenos Aires, Librería Nacional, 1915.
- GARNER, BRYAN A., *et al.*, *Black’s law dictionary*, St. Paul, Minn., West Group, 1999.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA, *Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent*, “Archive für Rechts-und Sozial Philosophie”, n° 133.
- GERHARDT, MICHAEL J., *The role of precedent in constitutional decision-making and theory*, “George Washington Law Review”, n° 60, vol. 1, 1991, p. 68.
- GRAY, JOHN, *Judicial precedents. A short study in comparative jurisprudence*, “Harvard Law Review”, vol. 9, n° 1, p. 27.
- *Langdell’s Orthodoxy*, “University of Pittsburgh Law Review”, n° 45, p. 2, nota 6.
- HELLMAN, DEBORAH, *The importance of appearing principled*, “Arizona Law Review”, n° 37, p. 1120.
- ISRAEL, JEROLD, H., *Gideon v. Wainwright: the “art” of overruling*, “Supreme Court Review”, 1963, p. 123.
- JACOBS, ANDREW M., *God save this postmodern Court: the death of necessity and the transformation of the Supreme Court’s overruling rethoric*, “University of Cincinnati Law Review”, n° 63, 1995, p. 1119.
- KOZEL, RANDY, *Precedent and reliance*, “Emory Law Journal”, 2013, p. 1459.
- *Settled versus right. A theory of precedent*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- LEGARRE, SANTIAGO, *La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis*, *JA*, 2013-II-3.
- *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, Ábaco, 2016.
- LEGARRE, SANTIAGO - HANDY, CHRISTOPHER, *A civil law state in a common law nation, A civil law nation with a common law touch: judicial review and precedent in Louisiana and Argentina*, “Tulane Law Review”, n° 95, p. 445.
- LEGARRE, SANTIAGO - RIVERA, JULIO C. (H.), *Naturaleza y dimensiones del “stare decisis”*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 1, n° 33, p. 109.
- LIONETTI DE ZORZI, JUAN P. - LELL, HELGA (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, Ed. UNLPampa, 2021.
- LEROY, MICHAEL H., *Death of a precedent: should justices rethink their consensus norms?*, “Hofstra Law Review”, 2014, vol. 43, n° 2, art. 3, p. 378.
- MACHADO, JOSÉ, *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1898.

- MAGALONI, ANA M. *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial estadounidense*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
- MARKMAN, STEPHEN, *Precedent: tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions*, “Texas Review of Law & Politics”, vol. 8, n° 2, p. 2.
- MASSINI, CARLOS, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- MENDONÇA, DANIEL, *Igualdad en la aplicación de la ley*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, año 5, n° 1, p. 325.
- MERRIL, THOMAS, *Originality, stare decisis and the promotion of judicial restraint*, “Constitutional Commentary”, n° 22, 2005, p. 275.
- MILLER, JONATHAN, *The authority of a foreign talisman: a study of US constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentine elite’s leap of faith*, “American University Law Review”, n° 46, p. 1483.
- MONAGHAN, HENRY P., *Stare decisis and constitutional adjudication*, “Columbia Law Review”, n° 88, 1988, p. 723.
- MONTEJANO, BERNARDINO, *Los fines del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967.
- MOSSMAN, VICTORIA, *El precedente judicial en Argentina*, “Revista de Derecho Público”, 2016, [www.academia.edu/27109776/El\\_precedente\\_judicial\\_en\\_Argentina\\_publicado\\_en\\_Revista\\_de\\_Derecho\\_Publico\\_Ed\\_Rubinzal\\_Culzoni\\_2016-1\\_Cuestiones\\_Procesales\\_del\\_federalismo\\_argentino\\_I](http://www.academia.edu/27109776/El_precedente_judicial_en_Argentina_publicado_en_Revista_de_Derecho_Publico_Ed_Rubinzal_Culzoni_2016-1_Cuestiones_Procesales_del_federalismo_argentino_I), p. 21 (consultado el 14/11/2018).
- NELSON, CALEB, *Stare decisis and demonstrably erroneous precedent*, “Virginia Law Review”, vol. 87, n° 1, 2001, p. 53.
- OTEIZA, EDUARDO, *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*, La Plata, Platense, 1994.
- PAULSEN, MICHAEL S., *Abrogating stare decisis by statute: may Congress remove the precedential effect of Roe and Casey?*, “Yale Law Journal”, n° 109, p. 1538.
- PETERS, CHRISTOPHER J. (ed.), *Precedent on the US Supreme Court*, New York, Springer, 2014.
- RATTI, FLORENCIA, *El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, “Revista Jurídica Austral”, n° 1, vol. 2, p. 616.
- RATTI MENDEÑA, FLORENCIA - CALDERONE, SOFÍA, *Anatomía de Dobbs. Una sentencia que renueva el debate*, *EDonline*, ED-MMMCCCXC-615.
- RECASENS SICHES, LUIS, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1973.
- ROSENKRANTZ, CARLOS, *El tema del impuesto a las ganancias no es la consagración de un privilegio*, [www.lanacion.com.ar/2190572-carlos-rosenkrantz-el-tema-del-impuesto-a-las-ganancias-no-es-la-consagracion](http://www.lanacion.com.ar/2190572-carlos-rosenkrantz-el-tema-del-impuesto-a-las-ganancias-no-es-la-consagracion), (consultado el 18/8/2022).
- *En contra de los “préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, vol. 6, n° 1, 2005, p. 71.
- SABELLI, HÉCTOR, *No habrá más penas ni olvidos. O de cómo la Corte Suprema sentó las bases de la crisis de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal en los casos de delitos de lesa humanidad*, *JA*, 2006-1-376.

- SAGUÉS, NÉSTOR P., *La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina*, “Estudios Constitucionales”, año 4, 2006, p. 17 a 32.
- *Recurso extraordinario*, 5ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2023.
- SCHAUER, FREDERICK, *Precedent*, “Stanford Law Review”, vol. 3, n° 39, p. 576.
- SEDLACEK, FEDERICO, “*Bases para la aplicación de la teoría del precedente de la República Argentina*”, presentado en XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, 2015.
- SODERO, EDUARDO, *Sobre el cambio de los precedentes*, “Isonomía”, n° 21, p. 230.
- SPOTA, ALBERTO, *El principio de la supremacía de la Constitución y los medios establecidos para garantizarla en la Argentina, en el ámbito del Poder Judicial federal*, LL, 1993-C-766.
- *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975.
- TARUFFO, MICHELE, *Cinco lecciones mexicanas: memoria del taller de derecho procesal, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, 2003*.
- TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1993.
- TRIBE, LAWRENCE, *The invisible Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- VERMEULE, ADRIAN, *Common good constitutionalism*, [www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/](http://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/).
- WALKER, JOHN (JR.), *The role of precedent in the United States: how do precedents lose their binding effect?*, “Stanford Law School China Guiding Cases Project”, 2016.

## **MEMORIA COLECTIVA Y DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN CON LAS VIDAS INDIGNAS DE SER VIVIDAS<sup>1\*</sup>**

**JOSÉ A. SANTOS<sup>\*\*</sup>**

**Resumen.** El artículo analiza la relación de la memoria colectiva, como herramienta epistémica, con los derechos humanos, situándose en el escenario posterior a la segunda posguerra. Para ello, utiliza el caso paradigmático de las llamadas vidas indignas de ser vividas o vidas carentes de valor vital (*Lebensunwertes Leben*) durante el nacionalsocialismo como colectivo especialmente vulnerable y olvidado, con el objetivo de que sirva de ejemplo para poner el foco de atención en el respeto de los seres humanos y en su especial vulnerabilidad. Como punto de partida, se propone la imposibilidad de hacer filosofía del derecho después de la segunda posguerra sin mirar a Auschwitz; en especial, si se practica una filosofía del derecho en conexión con los derechos humanos.

**Palabras clave:** memoria colectiva, derechos humanos, juicios de Núremberg, posguerra, vida indigna de ser vivida.

### **COLLECTIVE MEMORY AND HUMAN RIGHTS IN RELATIONSHIP TO LIVES UNWORTHY OF BEING LIVED**

**Abstract.** The article analyzes the relationship of collective memory, as an epistemic tool, with human rights, situating

<sup>1</sup> Este trabajo se concluyó gracias a una estancia de investigación, como investigador sénior (*erfahrener Gastwissenschaftler*), en la Cátedra de Filosofía del Derecho y Filosofía Social de la Universidad de Gotinga, en Alemania. Agradecemos a la Fundación Alexander von Humboldt el apoyo recibido.

\* Recepción: 15/6/2022; evaluación: 28/6/2022; aceptación: 1/8/2022.

\*\* Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Rey Juan Carlos (España). Correo electrónico: joseantonio.santos@urjc.es.

itself in the post-WWII scenario. To do this, it uses the paradigmatic case of the so-called lives unworthy of being lived or lives devoid of vital value (*Lebensunwertes Leben*) during National Socialism as a particularly vulnerable and forgotten group, to serve as an example to focus attention on respect for human beings and their special vulnerability. As a starting point, the impossibility of doing philosophy of law after the second post-war without looking at Auschwitz is proposed; especially if a philosophy of law is practiced in connection with human rights.

**Keywords:** collective memory, human rights, Nuremberg trials, postwar, life unworthy of life.

### ***MEMÓRIA COLETIVA E DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO ÀS VIDAS INDIGNAS DE SER VIVIDAS***

**Resumo.** O artigo analisa a relação da memória coletiva, como ferramenta epistêmica, com os direitos humanos, situando-se no cenário pós-Segunda Guerra Mundial. Para tanto, utiliza o caso paradigmático das chamadas vidas indignas de serem vividas ou desprovidas de valor vital (*Lebensunwertes Leben*) durante o Nacional Socialismo como grupo particularmente vulnerável e esquecido, com o objetivo de servir de exemplo para focalizar atenção ao respeito pelos seres humanos e sua especial vulnerabilidade. Como ponto de partida, propõe-se a impossibilidade de fazer filosofia do direito após o segundo pós-guerra sem olhar para Auschwitz; especialmente se uma filosofia do direito é praticada em conexão com os direitos humanos.

**Palavras chave:** memoria coletiva, direitos humanos, julgamentos de Nuremberg, pós-guerra, vida indigna de ser vivida.

#### § 1. ***LA MEMORIA COLECTIVA: CONTEXTO Y ANÁLISIS***

El concepto de vidas indignas de ser vividas era utilizado, por el régimen nazi, para describir a determinadas personas que no tenían derecho a vivir, al no cumplir ciertos estándares establecidos en la época. El exterminio de este tipo de seres humanos englobados bajo aquella categoría humana pone de relieve en la actualidad el esfuerzo por poner en valor el respeto debido a los seres humanos vulnerables, especialmente, al inicio y final de la vida. En este ámbito es posible partir de dos presupuestos: por un lado, que el avance del

cientificismo no puede llevar a una sociedad basada casi exclusivamente en la tecnociencia; por otro, el deber moral de no predefinir la existencia humana.

Recuperar la memoria pos-Auschwitz implica recrear el proceso de pensamiento posterior a 1945, a fin de afrontar el presente con relación a la memoria colectiva y los derechos humanos. La memoria pos-Auschwitz, entendida como un tipo de memoria colectiva, es la capacidad mental de retener y recordar hechos pasados, contextualizados en el espacio y en el tiempo después de la Segunda Guerra Mundial, con la finalidad de sacar algunas enseñanzas que hagan pensar que no deben repetirse similares hechos vulneradores de derechos humanos. Es decir, cómo pensar después de lo ocurrido en Auschwitz. Ese "pensar" es comprendido hermenéuticamente como un "pensar bien", pero sobre todo como un "pensar mejor". Queda grabado en la retina el imperativo categórico de ADORNO: que Auschwitz no se repita, el cual gana prominencia en la forma de hacer y proceder en filosofía y en derecho. En su trabajo *Erziehung nach Auschwitz (Educación después de Auschwitz)*, ADORNO señaló que "cualquier debate acerca de los ideales educativos es vano e irrelevante" en comparación con aquel suceso. Para él había que repensar todo a la luz de la barbarie, porque "la barbarie persiste mientras persistan esencialmente las condiciones que provocaron esa recaída"<sup>2</sup>. No dejaba de sorprender que un filósofo de la talla de ADORNO tuviera que hacer pedagogía sobre aquello que no podía volver a repetirse, en un texto de 1966, más de veinte años después de la Segunda Guerra Mundial. En aquel imperativo categórico, ADORNO no podía haber previsto que los genocidios se sucederían también en Camboya, África Central, Bosnia y, en la actualidad, en Ucrania, por citar algunos. La historia se asemeja en varios de sus aspectos. Según REYES MATE, "hay una relación entre el olvido actual y la amnesia que caracterizaba a la lógica histórica que llevó a la catástrofe, por eso puede repetirse la historia"<sup>3</sup>.

Al hablar de la historia europea posterior a la guerra son recurrentes las palabras de REYES MATE, según el cual la "gran novedad fue que, frente a los totalitarismos de derecha e izquierda, se fomentó la democracia liberal, pero esta reprodujo, de alguna manera, una violencia, si no semejante, parecida. No ocurrió nada después de la

<sup>2</sup> ADORNO, "Erziehung nach Auschwitz", en TIEDEMANN, *Gesammelte Schriften*, t. 10, p. 674.

<sup>3</sup> MATE, *Por los campos de exterminio*, p. 168; también p. 51.

guerra, las corrientes filosóficas de la época eran las mismas de antes, los mismos autores, los mismos gustos, las mismas familias filosóficas. Todo ello es muestra de la debilidad que produce una sociedad con esa violencia"<sup>4</sup>. Una sociedad desmemoriada que no había sabido romper con su pasado. No es posible sanar sin cerrar las heridas para conseguir una memoria en paz, cosa que infructuosamente no sucedió en la segunda posguerra. Una memoria que es fruto de la comprensión acerca de la reconstrucción de los hechos, de cómo sucedió esto o aquello por medio de los recuerdos de diferentes sujetos. Para ello, es preciso no solo reconocer los errores, sino también acertar las culpas. El ser humano debía plantearse quién era después de lo sucedido y, sobre todo, quién quería ser. Aquella crítica en el campo de la filosofía puede ser atemperada por la existencia de pensadores como KARL JASPERS, WALTER BENJAMIN, MAX HORKHEIMER, ERICH FROMM, HANS JONAS, THEODOR ADORNO, HANNAH ARENDT, ROBERT SPAEMANN o JÜRGEN HABERMAS que, a pesar de las notables diferencias entre ellos, es claro el nexo común por mostrar sus dudas frente a la reificación del individuo y su interés por "*salvar la existencia humana*".

El valor otorgado a la estabilidad contribuyó, según BESSEL, a configurar la exitosa cultura conservadora de la década de 1950 en la Alemania Occidental y a socavar la política de alteraciones continuas y transformación impulsada por el gobierno de la República Democrática. Un factor clave de la cultura de aquella Alemania de la posguerra residía en la búsqueda de seguridad<sup>5</sup>. En los años cincuenta, las injusticias de los criminales se consideraban como justificadas, según parte del clamor popular, lo que propició que el segundo grupo de procesos obtuviera una menor desaprobación que el primero. Los verdugos se convirtieron en víctimas. La estrategia consistía en desacreditar los juicios de Núremberg como "justicia de los vencedores" incluso como conspiración judía y de la izquierda vencedora, en la forma de un tribunal militar con el *etos* de un tribunal internacional<sup>6</sup>. Años más tarde, se debatió la prescripción de los delitos e incluso desde determinados sectores se abogó por una amnistía general. No hubo una persecución real y seria de los criminales nazis. Se minimizaron

<sup>4</sup> MATE, *Hay que pensarlo todo a la luz de la barbarie*, "Revista de Estudios Sociales", n° 50, p. 184.

<sup>5</sup> BESSEL, *Germany 1945. From war to peace*, New York, Hape Perennial, 2010, p. 278.

<sup>6</sup> WEINDLING, *Nazi medicine and the Nuremberg trials*, p. 133 y 134. Más en detalle sobre la "justicia de los vencedores", p. 161 a 165.

las consecuencias de la acción T4 y de las diferentes políticas eugenésicas. El no querer recordar mostraba una visión sesgada de los hechos, una amnesia provocada por un deliberado interés por olvidar. WIESEL hace balance, varias décadas después, de aquella trágica situación: “Cuando pienso en los médicos nazis, los médicos verdugos, pierdo la esperanza. Para encontrarla de nuevo, pienso en los otros: los médicos víctimas, veo de nuevo sus miradas ardientes y sus rostros color ceniza”<sup>7</sup>.

Los diferentes procesos llevados a cabo contra los criminales nazis despertaron en las jóvenes generaciones, que habían conocido muy poco el nacionalsocialismo, un ansia por conocer más sobre los sucesos acaecidos. El ansia por dulcificar el nacionalsocialismo sufrió un nuevo revés con el arresto el 11/5/1960 de Eichmann en Buenos Aires, cuya misión fue dirigir el programa que realizó la “*solución final*” de Hitler. Un punto final provisional se produjo con la declaración de culpabilidad de Eichmann por parte del tribunal, siendo condenado a muerte y ejecutado el 1/6/1962, proceso que se había iniciado un año antes. Marcó un antes y un después por la magnitud de los crímenes cometidos y por su negación de estos, argumentando que él obedecía reglas de la guerra. Se entraba en una etapa de contenido más marxista con una Alemania dividida por el muro, que tampoco hacía ver el problema con la debida transparencia. En el fondo se planteaba una confrontación con los otros un tanto estéril. Los buenos tiempos tampoco eran, necesariamente, ni los de los otros ni los nuestros, más bien sería preferible hablar de los tiempos con los otros. ADORNO tuvo claro el cambio de paradigma: la exigencia de que Auschwitz no volviera a producirse es ante todo una cuestión de educación; de ahí que esta deba tomarse en serio con un pensamiento que no sea ajeno a la filosofía<sup>8</sup>.

A partir de allí, ARENDT tomaría el testigo para profundizar en aquella barbarie, después de haber descrito los últimos instantes de la vida de Eichmann: “Fue como si en aquellos últimos minutos resumiera la lección que su larga carrera de maldad nos ha enseñado, la lección de la terrible *banalidad del mal*, ante la cual las palabras y

<sup>7</sup> WIESEL, *Without conscience*, “The New England Journal of Medicine”, vol. 352, p. 1513.

<sup>8</sup> ADORNO, “Erziehung nach Auschwitz”, en TIEDEMANN, *Gesammelte Schriften*, t. 10, p. 674 y 683. Aprovecha para alertar a la clase política para que Auschwitz no se repita, p. 690.

el pensamiento se sienten impotentes"<sup>9</sup>. Tiempo después HABERMAS seguiría el testigo de aquel trágico suceso, aunque desde otro eje de coordenadas: "En Auschwitz quedó afectada una profunda capa de solidaridad entre todo aquello que lleva rostro humano; la integridad de esa capa profunda se había dado por supuesta hasta entonces, sin reparar mucho en ella, pese a todas las bestialidades que registra la historia universal. Ese lazo de ingenuidad quedó roto entonces, una ingenuidad de la que habían extraído su autoridad tradiciones incuestionadas, de las que se habían nutrido continuidades históricas. Auschwitz cambió las condiciones relativas a la continuación de la vida histórica, y con ello no solo en Alemania"<sup>10</sup>. Su singularidad se centraba ante todo en el pueblo judío, pero sirve igualmente como recordatorio para todas las víctimas, especialmente las olvidadas. Aquel hecho se puede entender como un acontecimiento particular y, sobre todo, singular, "en el sentido de que con él la humanidad alcanza un grado hasta entonces desconocido de inhumanidad". Auschwitz es el paradigma del Holocausto, en este caso como hecho inexplicable, que sí podía ser objeto de comparación, pero de manera diferenciada. Después vendrían los otros "*holocaustos*". Era el tiempo del perdón y la reconciliación. Desgraciadamente "el hombre causa y padece dolor e injusticia. Recordar Auschwitz es tanto como reconocer que la pregunta por la felicidad no puede hacerse de espaldas al sufrimiento"<sup>11</sup>. Mucha justicia con pocas dosis de caridad, lo que significa que anteponer la caridad a la justicia sería un error a la hora de valorar el recuerdo hacia los enfermos psíquicos y físicos asesinados. El repensar la memoria implica hacerlo desde la serenidad y la prudencia, pero con firmeza. Con este tipo de memoria no solo se pretende repensar el derecho, la filosofía y la ética, sino también en buena medida el lenguaje.

El problema es que el inadecuado uso de la memoria colectiva divide, crea bandos; en particular, si se hace una utilización partidista de ella. Por esta razón, resulta pertinente abogar por la "lectura renovadora de esa memoria colectiva, que ha sido tantas veces desenfocada u oscurecida, puede aportar informaciones e, incluso, soluciones. La historia del pensamiento no está agotada"<sup>12</sup>. El genocidio nazi

<sup>9</sup> ARENDT, *Eichmann in Jerusalem*, p. 231.

<sup>10</sup> HABERMAS, "Geschichtsbewusstsein und posttraditionale Identität", en *Eine Art Schadensabwicklung. Kleine Politische Schriften VI*, p. 163.

<sup>11</sup> MATE, *Por los campos de exterminio*, p. 66 y 92, respectivamente.

<sup>12</sup> LLEDÓ, *La filosofía hoy*, p. 165.

siempre se recuerda como el paradigma del Holocausto, aunque fueron también asesinatos indiscriminados que no pueden calificarse de genocidio dado que no afectaron a un grupo étnico específico puesto que eran pacientes con enfermedades físicas o mentales graves. Sobre esta base, es apropiado actuar con responsabilidad al tomar decisiones que puedan afectar a la vulnerabilidad de los seres humanos. Es preciso mirar hacia atrás para comprender mejor el presente con relación a los derechos humanos. Esto es, la realización de un proceso bidireccional del suceso a lo sucedido para afianzar su efecto pedagógico. Los tiempos actuales hacen que el pasado se mezcle con el presente al repensar la existencia todavía hoy de vidas indignas de ser vividas<sup>13</sup>. Esta forma de pensar implica entender la masacre ocurrida durante el nacionalsocialismo como un hecho singular; aunque esto no incluye solo el Holocausto, sino también uno de los grupos más olvidados: los denominados "*discapacitados*" físicos o mentales graves. La política del olvido se practicó mucho más rápidamente con estas categorías humanas que con otras.

Después de los crímenes contra la humanidad perpetrados por el nazismo la máxima de HEGEL "lo que es racional es real y lo que es real es racional"<sup>14</sup>, perdió parte de su sentido, dado que ni lo racional ni lo existente podían elevarse al más alto grado de racionalidad posible. La sinrazón había superado a cualquier tipo de razón: ocurrió lo impensable. Las palabras de ADORNO cobrarían protagonismo años después a consecuencia del fatal desenlace: "Después de Auschwitz, la sensibilidad no puede menos que ver una charlatanería en toda afirmación de la positividad de la existencia, una injusticia hacia las víctimas, y tiene que rebelarse contra la extracción de un sentido, por abstracto que sea, de aquel trágico destino"<sup>15</sup>.

La memoria es siempre un fenómeno colectivo, a pesar de que pueda ser experimentada de forma individual. Es un cúmulo de memorias individuales razonables. Ahora bien, por definición, la memoria es selectiva al aceptar (casi) únicamente los recuerdos que convienen para su discurso; pero la mirada tiene que estar puesta en no realizar un falseamiento interesado de la realidad de los hechos, de ahí que sea

<sup>13</sup> Este tema fue objeto de detallado análisis en SANTOS, *Los olvidados del nacionalsocialismo*. De este libro se toman algunos argumentos mostrados en el texto.

<sup>14</sup> HEGEL, en MOLDENHAUER - MICHEL (eds.), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Werke in 20 Bänden mit Registerband*, t. 7, p. 24.

<sup>15</sup> ADORNO, *Negative Dialektik*, p. 352 y p. 356.

muy conveniente conocer los documentos históricos. Eso no es obstáculo para que existan narraciones diferentes de un mismo hecho con puntos en común. Cada sujeto en su memoria individual tiene distintas interpretaciones sobre un suceso, pero existen lugares comunes que hacen pensar que algo sucedió de la manera en que se contó por diferentes testigos de ese acontecimiento. La filosofía del derecho suscripta rompe con una visión puramente cronológica de la historia para adentrarse en una visión en el que los sucesos son entendidos como un "continuo" generador de un cambio. El punto de partida de este repensar el tiempo histórico es la segunda posguerra, por el cambio sustancial producido en el paradigma de los derechos humanos a nivel supranacional: el establecimiento de responsabilidades individuales por las atrocidades cometidas se llevará a cabo a través de los trece juicios de Núremberg. Esta época trajo consigo unas instituciones sólidas diseñadas desde los cimientos, aunque en ocasiones no tuvieran el carácter de verdadera universalidad que se les quiso otorgar en origen. Dejadas atrás las transformaciones semánticas, tocaba el tiempo de hablar de la "gramática de los derechos"<sup>16</sup> que diría ORREGO. Claramente quedaba plasmada en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (1945): "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional"<sup>17</sup>. De este texto cabe resaltar el hecho del reconocimiento del sufrimiento del otro, no solo por su valor terapéutico, sino también por su valor restaurativo.

Siguiendo una línea parecida, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 supuso para los 51 países firmantes un empezar de nuevo que, de acuerdo con ORREGO, "surgió en un momento de radical autoconciencia de la humanidad acerca de su capacidad tanto para excederse en el mal como para hacer prevalecer la justicia me-

<sup>16</sup> Se toma el término de ORREGO, "La 'gramática de los derechos' y el concepto de derechos humanos", en FINNIS, *Persona y derecho*, vol. 59, p. 138 a 144.

<sup>17</sup> Es la primera vez que aparece el término dignidad en un documento del siglo xx. Preámbulo de la *Carta de las Naciones Unidas*, 26/6/1945.

dian­te el uso de la fuerza. A la vista del Holocausto, palidecieron por unos instantes los atractivos del relativismo y del escepticismo sobre la dignidad de la persona humana”<sup>18</sup>. La dignidad humana se alzaba como indisponible<sup>19</sup>, pero a la vez se fraguaba una consecuencia ambivalente: no era necesario argumentar sobre la fundamentación de los derechos humanos, porque estos ya estaban recogidos por escrito en un documento pactado. Los derechos humanos aparecen como noción histórica de carácter contingente: la institución de los derechos humanos existe, pero podría dejar de existir. Esa gramática de los derechos tomaba cuerpo en diferentes textos internacionales a partir de 1948: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación Ajena (1949), el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (1950), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968) o la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanas o Degradantes (1984), por citar algunos.

Una vez superado el trauma sufrido por los supervivientes de Auschwitz, el siguiente paso es repensar y reinterpretar los recuerdos del olvido, que surten su efecto cuando se acompañan –como dice el propio RICOEUR– de un deber de memoria consistente en un deber de no olvidar. El deber de no olvidar toma la forma en un compromiso de responsabilidad del ser humano con sus congéneres<sup>20</sup>. En el campo del derecho se dictaron un número importante de normas jurídicas para remediar que volviera a producirse hechos parecidos al nazismo, a pesar de que imperó bastante el silencio y un sorprendente interés por pasar página. La memoria colectiva se nutre de iniciativas privadas de personas, de instituciones de distinto tipo, así como de asociaciones.

<sup>18</sup> ORREGO, “La ‘gramática de los derechos’ y el concepto de derechos humanos”, en FINNIS, *Persona y derecho*, vol. 59, p. 135 y 136.

<sup>19</sup> La inclusión de la dignidad humana al comienzo de la Ley Fundamental de Bonn supuso la “reflexión sobre los fundamentos de la civilización”, a la vez que una “continuidad de la tradición filosófica” y una “reacción directa” contra la dictadura nazi; STARCK, “Artikel 1”, en STARCK (ed.), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, p. 38, 39 y 43.

<sup>20</sup> Con razón señala HABERMAS: “La idea de la humanidad nos obliga a asumir la perspectiva de un nosotros, desde la que nos contemplamos mutuamente como miembros de una comunidad inclusiva, que no excluye a ninguna persona”, HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur*, p. 98.

El deber de no olvidar aparece concatenado con la obligación de buscar, en el espacio y en el tiempo, el momento o el lugar "donde se ha producido un determinado hecho que nos ha impresionado. Nuestros recuerdos, que hasta ese momento se encontraban sin manifestarse, se exteriorizarían para adaptarse a los recuerdos de los otros. Sin embargo, este acuerdo sería a lo sumo accidental, ya que supone la presencia de memorias individuales preexistentes que nos ayudarían a coordinar nuestros recuerdos sin que los produjesen"<sup>21</sup>. Por eso, la importancia del efecto pedagógico de la cultura de los derechos humanos que contribuye a construir y mejorar la cultura democrática y jurídica de una sociedad. La memoria colectiva tiene también su sentido en la historia del pensamiento jurídico acerca de los derechos humanos, a fin de proteger a los seres humanos y resolver los problemas entre ellos por medio de la equidad. Una particular justicia del caso concreto que tiene su mirada puesta en los vulnerables que, en ocasiones, coincide con los vencidos. Esa forma de perdedores que parten de una posición desventajosa frente a los vencedores.

## § 2. **EL PARADIGMA DE LAS VIDAS INDIGNAS DE SER VIVIDAS Y EL JUICIO A LOS MÉDICOS EN NÚREMBERG**

A pesar de este volver a empezar, términos como eugenesia y eutanasia<sup>22</sup> ya estaban en la mentalidad de los médicos alemanes, al igual que en determinados círculos de poder. El lenguaje servía de "medio" donde realizarse "el acuerdo de los interlocutores y el consenso sobre la cosa"<sup>23</sup>. Las lecturas de NIETZSCHE y de otros autores anteriores y posteriores habían dejado un poso para la configuración de un determinado lenguaje realmente peyorativo: *Ballsexistenzen*, *lebensunwertes Leben*, *Nebennmenschen*, *Untermenschen*, etcétera. En definitiva, se trataba de reducir a los enfermos psíquicos<sup>24</sup> o físicos graves a la nada. Otros grupos también sufrieron las consecuencias del establecimiento de la higiene racial, aunque con distinto grado de un mayor reconocimiento: católicos, comunistas, homosexuales,

<sup>21</sup> HALBWACHS, *Les cadres sociaux de la mémoire*, p. 140.

<sup>22</sup> En este contexto, la palabra eutanasia entrecomillada es usada como sinónimo de exterminio, tal y como se utilizaba durante el nacionalsocialismo.

<sup>23</sup> GADAMER, *Hermeneutik I: Wahrheit und Methode*, p. 387.

<sup>24</sup> Particularmente, las enfermedades mentales seguían siendo devastadoras, no en vano la psicofarmacología utilizaba todavía medios rudimentarios en los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado.

socialdemócratas, etcétera. El profesionalismo médico y el consentimiento eran conceptos todavía inexistentes. Hubieron de pasar varias décadas para que aquello cambiase, quizá excesivamente en el sentido inverso. Los enfermos psíquicos y físicos nunca prestaron su consentimiento para que se llevase a cabo su esterilización o exterminio; no obstante, algunos de aquellos enfermos sabían cuál iba a ser su suerte. Todos los sujetos, enmarcados en esas categorías, terminaban por convertirse en seres humanos sin rostro e invisibles para la sociedad por diversas razones: por un lado, sus familiares no deseaban que trascendieran los hechos por miedo al rechazo; por otro, no estaban amparados por instituciones o grupos de presión como otros colectivos. Rápidamente permanecieron en un segundo plano respecto de otros grupos como el judío, desempeñando así un papel menor en la memoria colectiva. Solo comparables al muy heterogéneo grupo de los asociales, los cuales podían incluso ser catalogados bajo distintas categorías ante la dificultad de ubicarles en una sola de ellas. El escaso interés político que tuvieron los asociales se demuestra, según parte de la doctrina, por el hecho de que fueran excluidos posteriormente de las medidas de indemnización concedidas a los otros grupos que fueron objeto de la política de exterminio. Carecían, pues, de capacidad reivindicativa y tenía poco o ningún apoyo popular. Incluso “algunos políticos que habían estado con ellos codo con codo en los campos de concentración rechazaron expresamente que también los asociales fueran indemnizados, porque si se les indemnizaba igual que a ellos, decían, se confirmaba una de las tesis perversas del nacionalsocialismo: equiparar a la oposición política con los criminales y asociales”<sup>25</sup>. Pocos se acuerdan de sus rostros o de sus nombres. Suerte parecida corrieron los enfermos mentales y físicos. La persecución del enfermo y, en general, del diferente acabaría siendo una constante del régimen nazi; al igual que la obsesión por los niños, dado que ellos serían los que determinasen la pureza de la sangre y la raza.

Después de Auschwitz llegaba una nueva era con un derecho y una filosofía totalmente distintos, al menos, en cuanto a su enfoque; en definitiva, un inédito despertar atravesado por la memoria. Desde el derecho cobra especial sentido la búsqueda de la verdad y fijación de los hechos. Según NEUMANN, “la ideología jurídica oficial del nacionalsocialismo es metodológicamente más cercana al pensamiento

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, “La esterilización de los asociales en el nacionalsocialismo”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA - ZUGALDÍA ESPINAR, *Dogmática y ley penal*, p. 594 y 607.

‘iusnaturalista’ de los sistemas tradicionales del derecho natural que a su concepción positivista<sup>26</sup>. Esa afirmación es matizable, porque el derecho natural se utilizó de forma ambivalente: durante el nacional-socialismo como derecho natural de la raza, mientras que durante la segunda posguerra como “*neoiusnaturalismo*” canalizado a través de la naturaleza de las cosas. Especialmente, en la segunda posguerra, se hizo hincapié en establecer unos valores objetivos y un intento de jerarquización de estos, a fin de superar la crisis de valores acontecida.

Una transición compleja y difícil de manejar para lo cual había que articular un sistema que intentase contrarrestar el sinsentido acaecido años atrás. Un sistema que tuvo como primera piedra un particular ajuste de cuentas asimétrico: los juicios de Núremberg<sup>27</sup>. Asimétrico porque la barbarie sufrida se saldó con un puñado de ejecuciones y condenas de algunos importantes nazis que acallaron ciertas voces. Otros, en cambio, ya se habían suicidado o habían conseguido huir de la justicia. Una serie de procesos de desnazificación<sup>28</sup> iniciados el 20/11/1945 y prolongados hasta el 14/4/1949. No deja de sorprender que Estados Unidos de América hubiera tardado un tiempo en convencerse de la culpabilidad de los nazis. El motivo radicaba, según OWEN, en que ellos no habían sufrido la ocupación alemana y, en sus campañas iniciales en el norte de África e Italia, sus tropas apenas habían presenciado asesinatos raciales<sup>29</sup>.

En esta ocasión interesa centrar la atención en uno de los procesos llevados a cabo en Núremberg: el denominado proceso a los médicos<sup>30</sup> (“USA v. Karl Brandt et al”), a pesar de que también se llevaron a cabo importantes procesos por tribunales nacionales. Por ejemplo, en el llamado juicio de Hadamar en Fráncfort en 1947, un tribunal juzgó a varios empleados de ese centro por la muerte de 10.000

<sup>26</sup> Cfr. NEUMANN, “Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945”, en SIMON, *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, p. 147.

<sup>27</sup> Sobre las diferentes interpretaciones tanto iusnaturalistas como positivistas a la hora de enjuiciar a los acusados, cfr. PÉREZ TREVIÑO, *Los juicios de Núremberg*, p. 65.

<sup>28</sup> Extraño concepto que, actualmente, también se utiliza en el conflicto bélico ruso-ucraniano.

<sup>29</sup> El ansia de venganza de los estadounidenses se dirigía principalmente a los japoneses, que los habían atacado en Pearl Harbor sin previo aviso y le habían abocado a la guerra, OWEN, *Nuremberg. Evil on trial*, p. 11.

<sup>30</sup> Entre otros, también fueron relevantes los juicios llevados a cabo contra los altos mandatarios y determinados abogados y jueces, pero no son objeto de este trabajo por exceder los límites del presente estudio.

pacientes dentro de sus instalaciones entre 1940 y 1945. El juicio de Hadamar se centró en médicos, enfermeras y personal administrativo y técnico. Una de las consecuencias fue que el oficial en el área de Wiesbaden, Fritz Bernotat, jefe de las instituciones psiquiátricas de Hesse, nunca fue realmente procesado<sup>31</sup>. Igualmente, son destacables los juicios de Bergen-Belsen cuyo proceso fue llevado a cabo por tribunales militares británicos frente al grupo de nazis que dirigió la administración del campo de concentración de tal nombre.

El 9/12/1946 se inicia el juicio contra los médicos que fueron juzgados por crímenes de guerra y crímenes contra la comunidad, que culminaría el 20/8/1947. Un tribunal militar internacional, compuesto por cuatro jueces estadounidenses<sup>32</sup>, emitió una sentencia condenatoria contra un total de veintitrés personas –veintidós hombres y una mujer– de los cuales dieciséis fueron declarados culpables. Una vez terminado todo el proceso, el resultado en algunos casos fue menos gravoso de lo esperado. Entre los acusados de cometer crímenes de guerra y de lesa humanidad, y por pertenencia a organización criminal, siete acabaron condenados a morir en la horca: Viktor Brack, Karl Brandt, Rudolf Brandt, Karl Gebhardt, Waldemar Hoven, Joachim Mergowsky y Wolfram Sievers; en cambio, Fritz Fischer y Karl Genzken fueron condenados a cadena perpetua. Un segundo grupo fueron declarados culpables de crímenes de guerra y de lesa humanidad, siendo condenados a las siguientes penas: Siegfried Handloser, Gerhard Rose y Oskar Schröder a cadena perpetua; Hermann Becker-Freyseng y Hertha Oberheuser a veinte años de prisión; por último, Wilhelm Beiglböck a quince años. En tercer lugar, Helmut Poppendick fue condenado a diez años de prisión por pertenencia a organización criminal. Por último, Kurt Blome, Adolf Pokorny, Hans Wolfgang Romberg, Paul Rostock, Siegfried Ruff, Konrad Schäfer y Georg August Weltz fueron absueltos<sup>33</sup>. Todos ellos llevaron su interés por mejorar la raza hasta sus últimas consecuencias, con los resultados ya conocidos.

<sup>31</sup> WEINDLING, *Nazi medicine and the Nuremberg trials*, p. 101.

<sup>32</sup> Los jueces fueron: WALTER BEALS actuando de presidente (presidente del Tribunal Supremo del Estado de Washington), JOHNSON CRAWFORD (antiguo juez del tribunal de distrito de Oklahoma), HAROLD SEBRING (juez asociado del Tribunal Supremo de Florida) y VICTOR SWEARINGEN (antiguo asistente especial de la fiscalía estadounidense).

<sup>33</sup> MITSCHERLICH - MIELKE, *Medizin ohne Menschlichkeit*, p. 280 y 281. En aquel proceso faltaban algunos nombres como Max de Crinis o Carl Schneider, ausentes por haberse suicidado en 1945, o el mismísimo Josef Rudolf Mengele, desaparecido sin apenas dejar rastro, por citar algunos. Sobre otros científicos que se suicidaron, WEINDLING, *Nazi medicine and the Nuremberg trials*, p. 106.

La estrategia para el procesamiento consistía en la demostración de cómo la eutanasia suponía un crimen de guerra, a fin de que la justicia militar tuviera competencia para conocer del asunto. En general, se pretendía atacar a la medicina como ineficiente, poco científica y monumentalmente destructiva. Los acusados y sus abogados legitimaron la eutanasia al entenderla como verdadero alivio del sufrimiento de los enfermos incurables y discapacitados graves cuyas vidas carecían de valor. Al mismo tiempo, Karl Brandt y Viktor Brack afirmaron que la eutanasia realizada no difería en mucho de las prácticas defendidas en los demás países. Para ello citaron una serie de justificaciones literarias de la eutanasia, incluidos ensayos del austriaco eugenista socialista y judío JULIUS TANDLER, y extractos de la obra *Man, the unknown* de ALEXIS CARREL. Karl Brandt negaría tener poder general en cuestiones médicas, que se extendiera a la eutanasia y el genocidio, y estar involucrado o tener conocimiento de los experimentos humanos. Así procedía a realizar una distinción entre la eutanasia ética y médicamente justificada en los casos individuales, y los asesinatos en masa de pacientes psiquiátricos. Incluso Karl Brandt pidió utilizar, en el juicio, las películas *Ich klage an*, *Life unworthy of life* y *Existence without life*, para demostrar al tribunal que la eutanasia era ética y humana<sup>34</sup>.

Las distintas sentencias condenatorias tuvieron un carácter ejemplarizante, a pesar de que los encarcelados fueron puestos en libertad antes de cumplir íntegramente sus penas<sup>35</sup>. Las muertes de los ajusticiados no podían ser un asunto privado, de ahí que fueran ahorcados y que se diera publicidad por los hechos cometidos, aunque no toda la que hubiera sido deseable para determinados sectores de la población. No se recordó ni se repensó suficientemente lo sucedido.

En aquel proceso mencionado se enjuiciaba a una serie de personas que, en buena parte, habían posibilitado un tipo de medicina de las más avanzadas del mundo. Como señala HASSENFELD, individuos normales con vidas corrientes, que se habían formado bien en la facultad, estudiado arte, ciencia y ética de la medicina, y que al térmi-

<sup>34</sup> WEINDLING, *Nazi medicine and the Nuremberg trials*, p. 251, 254 y 256. Para la referencia al documento en que se apoya, véase la nota 37 p. 436.

<sup>35</sup> El inicio de esta justicia penal internacional se mostraba como incierta y controvertida desde numerosos puntos de vista: "La autonomía e imparcialidad de las cortes, en particular de los fiscales generales, el respeto de los derechos de *habeas corpus* de los imputados, la calidad de las penas infligidas a los condenados, su finalidad y eficacia preventiva" (ZOLO, *La justicia de los vencedores*, p. 159).

no de sus estudios habían realizado el juramento hipocrático. Entonces, ¿qué salió mal?, ¿en qué se había fallado?<sup>36</sup>. Luces y sombras caen sobre las causas del rápido acomodamiento de los médicos a los programas de higiene racial destinados a experimentar y, en última instancia, aniquilar a seres humanos cuyas vidas carecían de valor para el régimen nazi. Desgraciadamente sí se conoce la poca difusión que tuvo aquella sentencia, al igual que el resto de las decisiones jurídicas dictadas en Núremberg.

La población en general rechazó las prácticas eugenésicas y eutanásicas, pero la respuesta fue más dramática de lo esperado: imperó el silencio. El motivo de esta actitud dista de ser clara en el ámbito académico: “Si lo hicieron por oportunismo, por convencimiento o por otras razones, es algo que pertenece a la conciencia de cada uno y que es difícil juzgar desde el momento presente. Es cierto que hubo también una ‘mayoría silenciosa’ que, desde luego, no opuso resistencia, pero tampoco colaboró de una manera entusiasta, o simplemente se dedicó a estudiar cuestiones técnicas o menos comprometidas políticamente”<sup>37</sup>. El gobierno de Adenauer influyó en esa actitud con una política más anticomunista que antinazi, en base a la cual no interesaba demasiado que se abrieran procesos contra antiguos nazis<sup>38</sup>. Klemperer muestra lúcidamente su descontento calificando de “enfermedad mortal” a la llamada desnazificación. Así afirma: “No deseo ni creo que esta horrorosa palabra tenga una vida duradera; desaparecerá y tan solo llevará una existencia histórica, una vez que haya cumplido su actual deber”. Palabra que algún día caerá en el olvido, porque ya no persista la situación a la que debía poner fin. Esto

<sup>36</sup> HASSENFELD focaliza su atención más en los psiquiatras, siendo complicado establecer qué salió mal (*Doctor-patient relations in nazi Germany and the fate of psychiatric patients*, “Psychiatric Quarterly”, vol. 73, nº 3, p. 184).

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, p. 78.

<sup>38</sup> Incluso pudieron continuar su actividad profesional con bastante normalidad personajes como W. Bayer, H. Hefelman, W. Heyde, J. Mengele, O. von Verscheuer o el mismísimo H. J. Sewering, a pesar de su pasado nazi. Prueba de ello fue que la necrología, publicada por HOPPE y VILMAR, en la cual se opta por el silencio de la participación de este médico en el programa de eutanasia de Hitler (*Hans Joachim Sewering †: Gestalter im Dienst der Ärzteschaft*, “Deutsches Ärzteblatt”, año 107, fasc. 28-29, 2010, p. 1409). La reacción a la necrología no se hizo esperar y se publicó, en esa misma revista, una breve réplica firmada por HOHENDORF, FANGERAU, WAHRIG y otros setenta y ocho profesionales. En ella se critica el carácter incompleto de la necrología, lo que puede significar un paso hacia atrás a la hora de presentar la realidad de los hechos (*Kein Hinweis auf die Rolle im Nationalsozialismus*, “Deutsches Ärzteblatt”, año 107, fasc. 31 y 32, 2010, p. 1520).

todavía durará un tiempo, puesto que “no solo ha de desaparecer la acción nazi, sino también las convicciones nazis, los hábitos de pensamiento nazis y su caldo de cultivo: el lenguaje del nazismo”<sup>39</sup>. Por desgracia, todavía no ha desaparecido.

A raíz de las conclusiones de los jueces derivadas de aquel proceso, en 1947 se promulga el Código de Núremberg –sobre cuestiones éticas en la experimentación con seres humanos– como punto de partida para el desarrollo de los límites en la investigación médica. Entre otros aspectos, se planteó como totalmente esencial el consentimiento voluntario y libre del paciente<sup>40</sup>; la investigación basada en experimentación animal previa, acompañada de un conocimiento de la historia natural de la enfermedad que pueda prometer resultados que justificasen su realización; cautelas relacionadas con la ponderación de los riesgos; medidas apropiadas para salvaguardar de cualquier tipo de prejuicios (lesiones, muerte, etc.) que se pudieran causar; la posibilidad de terminar con el experimento por parte tanto del paciente como del médico responsable, y también la cualificación del personal sanitario implicado<sup>41</sup>.

La elaboración de distintos documentos pactados, como la Declaración de Helsinki de 1964 por la Asociación Médica Mundial<sup>42</sup>, no impidió que continuaran las políticas eugenésicas con distinto grado en diferentes países del mundo. Fácilmente se recuerdan los casos de “eutanasia precoz” como el conocido proceso de la talidomida de Lieja de 1962, en el cual fueron absueltos una madre y un médico que habían matado a un niño nacido sin brazos. Al igual quede también se absolvió, a comienzos de los 80, a un médico británico que “hizo dormir” a un niño con síndrome de Down profundo mediante tranquilizantes y se-

<sup>39</sup> KLEMPERER, *LTI*, p. 7 y 8.

<sup>40</sup> Indudablemente es uno de los temas “de más perdurable importancia en el debate bioético. Ello es evidente en el espacio que se le asigna en los documentos emblemáticos de la bioética estadounidense, como el Informe Belmont, y en otros documentos internacionales como la Declaración de Helsinki o las pautas del *Council of International Organizations for Medical Sciences* (CIOMS)” (LOLAS, “Medicina antropológica y bioética. Viktor von Weizsäcker sobre el juicio de Núremberg”, en *La medicina antropológica y el juicio de Núremberg. El aporte de Viktor von Weizsäcker*, p. 53 y 54).

<sup>41</sup> El Código de Núremberg publicado el 20/8/1947.

<sup>42</sup> Sería objeto de sucesivas versiones posteriores: 1975, 1983, 1989, 1996, 1999 y 2000. En 1931 se dictó un documento en esta línea titulado “*Richtlinien für neuartige Heibehandlung und für die Vornahme wissenschaftlicher Versuche am Menschen*”, “*Deutschen Medizinischen Wochenschrift*”, fasc. 57, p. 509.

dantes. En cambio, se condenó por tentativa de homicidio a un médico –en 1970, en Hamburgo– por haber arrojado al lavabo, junto con la placenta, a un niño prematuro al que no dio posibilidades de vida<sup>43</sup>.

No dejaba de sorprender que después de lo sucedido se realizaran experimentos médicos sin demasiadas cautelas<sup>44</sup>. Hasta los años 70 se llevaron a cabo medidas estatales de esterilización como el famoso experimento Tuskegee desarrollado de 1932 a 1972 en Alabama. El fallo del caso “*Buck v. Bell*” siguió siendo la mejor defensa de la esterilización legalmente establecida, incluso inmediatamente después del Holocausto<sup>45</sup>. Hasta la década de 1970, las medidas estatales de esterilización se llevaron a cabo como el famoso experimento Tuskegee desarrollado desde 1932 hasta 1972 en Alabama. Con este experimento, según LOMBARDO y DORR, “la eugenesia reforzó y actualizó así la ‘medicina racial’ del siglo XIX, estableciéndola sobre bases científicas firmemente modernas”<sup>46</sup>. Entre otras circunstancias, a raíz de aquel trágico suceso surgió el Informe Belmont, donde se formulaban los que por aquel entonces se consideraban los tres principios de la bioética (beneficencia, respeto por las personas y justicia). Posteriormente, se añadió el principio de no maleficencia (*primum non nocere*) a los otros tres<sup>47</sup>.

La memoria colectiva hace ver ciertas coincidencias entre el modo de pensar del siglo XX y el actual. Sirva de ejemplo, la utilización de la muy loable técnica CRISPR/Cas9<sup>48</sup>, cuyo mal uso había sido llevado por el genetista He Jiankui hacia un terreno resbaladizo en el 2018. El científico puso de relieve la utilización de la técnica en dos gemelas, concebidas mediante inseminación artificial, con la finalidad de que pudieran ser resistentes al VIH. En el fondo, el mal uso de estas técnicas persigue lo mismo que la vieja eugenesia: modificar a los seres humanos y a su descendencia para mejorarlos.

<sup>43</sup> KAUFMANN, *Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Frühheuthanasie*, “Juristenzeitung”, nº 37, p. 481.

<sup>44</sup> Por desbordar los límites de la presente investigación no se presta atención a los casos sucedidos en Estados Unidos de América.

<sup>45</sup> LOMBARDO, *Three generations no imbeciles*, p. 239.

<sup>46</sup> LOMBARDO - DORR, *Eugenics, medical education, and the public health service: another perspective on the Tuskegee Syphilis Experiment*, “Bulletin of the History of Medicine”, vol. 80, nº 2, p. 292.

<sup>47</sup> BEAUCHAMP - CHILDRESS, *Principles of biomedical ethics*.

<sup>48</sup> Es un instrumento de laboratorio utilizado para editar el genoma que puede hacer realidad el sueño de curar enfermedades hereditarias.

### § 3. **¿POR QUÉ ES UNA NECESIDAD REPENSAR LA MEMORIA POS-AUSCHWITZ COMO MEMORIA COLECTIVA?**

Después de terminado el régimen nazi, los supervivientes de los campos de concentración y de los sanatorios fueron liberados. Ellos serían la imagen viva del recuerdo y el testimonio. Con su muerte se producirá el olvido, si antes no se hace nada para que el recuerdo no muera. Ante este panorama, la tarea del pensar pos-Auschwitz se muestra de manera fructífera y necesaria a fin de construir un discurso para que no se repita algo similar a la sinrazón nazi<sup>49</sup>. El pensar contemporáneo condicionado por Auschwitz que tiene un "valor epocal"; por ello, "hay un antes y un después, también para la filosofía"<sup>50</sup>.

Tras la Segunda Guerra Mundial se toma la persona como referente en el ámbito del derecho, posteriormente en la bioética, aunque con el paso de los años ha ido diluyéndose aquella concepción antropológica que subyacía en la legislación y jurisprudencia de la década de los 50 a 70 en Alemania. En torno a cómo repensar la memoria regían fundamentalmente dos actitudes: la de aquellas personas que querían olvidar y la de aquellas que intentaban recordar. Si se opta por la segunda, es loable comprender que "Auschwitz no pudo ser pensado en todo su horror, pero tuvo lugar. Cuando lo impensado tiene lugar, se convierte en referencia obligada del pensamiento, es decir, en lo que da que pensar. Pensar después de Auschwitz significa retrotraernos a ese punto de negatividad a la hora de pensar los problemas de nuestro tiempo". Con ello se quiere expresar que "la memoria es el principio del pensar. Se ha producido un cambio sustantivo en la valoración social de la memoria y también en sus contenidos. La memoria cotiza, en efecto, al alza. Es un fenómeno mundial"<sup>51</sup>.

Un proceso jurídico-filosófico de tal calado pone de relieve el interés por revitalizar la memoria pos-Auschwitz para llevar a cabo una reinterpretación de los derechos humanos, en clave historicista, que tiene en cuenta aquella afirmación diltheyana de que el ser humano es "un ser histórico"<sup>52</sup>. La memoria colectiva no debe ser ni rencorosa

<sup>49</sup> ADORNO se dedica agudamente a reflexionar sobre la injusticia perpetrada hacia las víctimas (*Negative Dialektik*, p. 352).

<sup>50</sup> MATE, *Tratado de la injusticia*, p. 39.

<sup>51</sup> MATE, *Tratado de la injusticia*, p. 173.

<sup>52</sup> Así se puede leer: "Lo que sea él, solo se lo dice su historia" (*Was er sei, sagt ihm nur seine Geschichte*) (DILTHEY, *Gesammelte Schriften*, t. VIII, p. 226).

ni revanchista. A veces, como señala RICOEUR, al hablar de la memoria, más parece una "competición entre ideologías" que un debate sereno sobre argumentos racionales: "Es siempre el otro el que se sume en la ideología"<sup>53</sup>. Por el contrario, se debe intentar ser ecuánime, al menos, en el punto de partida, toda vez que en el punto de llegada nunca se podrá serlo, dado que la memoria es por definición "*parcial y subjetiva*"<sup>54</sup>. La memoria colectiva como recuerdo toma un importante cariz de reconocimiento al ser puesta en consonancia con los derechos humanos. Si no hay reconocimiento a través del derecho, la recuperación del recuerdo puede quedar en cierta manera vacía de contenido.

Este concepto no debe asimilarse al de memoria histórica<sup>55</sup>, a pesar de la relativamente reciente difusión del segundo. Por su propia idiosincrasia, las nociones de historia y memoria no suelen compatibilizarse bien, hasta el punto de que la historia puede suponer la destrucción de la memoria<sup>56</sup>. La historia supone la destrucción de la memoria, dado que en varias ocasiones los elementos utilizados en la memoria como la retentiva o el recuerdo no superan las pautas metodológicas de los historiadores. La palabra memoria histórica<sup>57</sup> no es más que un oxímoron. GUSTAVO BUENO diferencia, acertadamente, ambos conceptos: "La historia, en lo que tiene de ciencia, no es efecto de la memoria, ni tiene que ver con la memoria más de lo que tenga

<sup>53</sup> RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, p. 100.

<sup>54</sup> Como es obvio, resulta sumamente difícil hablar de imparcialidad y objetividad absolutas tanto en el conocimiento filosófico como en el jurídico.

<sup>55</sup> VICENTE ARREGUI y CHOZA detectan bien las dos tesis de DILTHEY sobre la conciencia histórica: "La primera es que para comprender lo que el hombre es, debemos atender a sus productos, a sus *expresiones*. El hombre se expresa en la historia". Más interesante para este estudio resulta la segunda: como "la historia no ha concluido, las expresiones humanas no se han totalizado, y por tanto, el conocimiento que tenemos de nosotros mismos no es absoluto, sino *hermenéutico*". La conciencia histórica "es la toma de conciencia del carácter histórico del hombre" (*Filosofía del hombre*, p. 341). Su interés por hacer continuar su crítica de la razón histórica, investigando la naturaleza y la condición de la conciencia histórica, queda reflejada en su pequeño trabajo *Rede zum 70. Geburtstag*, citado por ellos. La última palabra de la concepción histórica del mundo es la finitud de toda manifestación histórica; por consiguiente, la relatividad de todo tipo de concepción humana del nexo de las cosas. Incluido en *Gesammelte Schriften*, t. 5, p. 9.

<sup>56</sup> Sobre la ruptura entre memoria e historia, RICOEUR, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, p. 523 y 524.

<sup>57</sup> Incluso sería más adecuado el uso del término memoria democrática, como se hace en algunas legislaciones.

que ver la química o las matemáticas. La historia no es sencillamente un recuerdo del pasado. La historia es una interpretación o reconstrucción de las 'reliquias' (que permanecen en el presente) y una ordenación de estas reliquias. Por tanto, la historia es obra del entendimiento, y no de la memoria"<sup>58</sup>. La intención no pasa por "hacer historia" como persigue el historiador, sino más bien por "hacer memoria"<sup>59</sup> como quiere el filósofo (también el filósofo del derecho). Esta, normalmente, es colectiva<sup>60</sup> o individual por definición, aunque al fin y al cabo la primera puede componerse de una especie de "*memorias individuales razonables*". Tal es así que "el sentido sustantivo de la memoria no es el de recordar el tiempo pasado sino el de traer al presente, el de reconocer la vigencia del pasado marginado, del pasado de los perdedores"<sup>61</sup>. No solo de los perdedores, sino también de los olvidados. Una tarea de tal envergadura adquiere especial relevancia en toda la tradición que eleva la memorización al grado de *ars memoriae*<sup>62</sup> y la interpretación al de *ars interpretandi*. Tanto texto y contexto resultan más que necesarios para esa necesidad de hacer memoria que conjugue toda una serie de "*memorias individuales razonables*".

Hacer memoria implica acercarse al contexto histórico pasado, con la finalidad de interpretar sus conceptos, para detectar los errores y no repetirlos en el futuro. Heroísmo, patriotismo y uniformes fueron tres sellos de identidad durante el nacionalsocialismo. Alemania, siempre en busca de su identidad, intentó quedarse con el que mejor cumplía el papel de la posguerra: el heroísmo. Si la sociedad no tiene conciencia de que ese héroe anónimo realiza una tarea positiva para la humanidad, los esfuerzos realizados por grupos como *La Rosa Blanca (die wei e Rose)*, el *Círculo de Kreisau (Kreisauer Kreis)* o el *Círculo de Solf (Solf-Kreis)* hubieran resultado baldíos. Los hijos de la generación pos-Auschwitz siempre echarán en cara a sus pa-

<sup>58</sup> BUENO, *Sobre el concepto de memoria histórica común*, "El Catoblepas", nº 11, 2003, p. 2, [www.nodulo.org/ec/2003/n011p02.htm](http://www.nodulo.org/ec/2003/n011p02.htm).

<sup>59</sup> Ello no es obstáculo para que la "memoria colectiva" enriquezca "las preguntas que el historiador hace al pasado" (MATE, *Tratado de la injusticia*, p. 180).

<sup>60</sup> Con razón, la memoria colectiva corre el peligro de ser utilizada "como munición ideológica para justificar intereses políticos de colectivos actuales", circunstancia que ha llevado a desdibujar un análisis serio y sosegado del tema. Para el entrecomillado, MATE, *La herencia del olvido*, p. 157.

<sup>61</sup> MATE, *Por los campos de exterminio*, p. 172.

<sup>62</sup> RICOEUR, *La Mémoire, l'histoire, l'oubli*, p. 73 a 77. También p. 453, 538 y 553, entre otras.

dres que no hicieran suficiente resistencia<sup>63</sup>. Como forma de amortiguar aquello, desde los años 70 del siglo pasado, se utilizan consignas como “nuestros padres no eran asesinos” (*unsere Väter waren keine Verbrecher*) por radicales de extrema derecha y que ahora cobran nuevos ropajes con manifestantes de similar ideología con pancartas que dicen: “El abuelo estaba en orden” (*Opa war in Ordnung*), a raíz de las exposiciones sobre las “fuerzas de defensa” (*Wehrmacht*) en diferentes lugares de Alemania. Es pertinente detectar, como hace INOWLOCKI, la “relación entre las generaciones, personificada por el ‘abuelo’ de la familia, se contrasta con los hechos históricos. En este sentido hay un paralelismo con las abanderadas femeninas”, unido al “hecho de que los jóvenes porten el estandarte es una expresión escénica de que está apareciendo un imaginario colectivo de viejos y jóvenes luchadores”<sup>64</sup>. Toda esa simbología tendente a dulcificar el nazismo y representada por una generación de jóvenes que sale en defensa de sus abuelos. Esa mezcla de heroísmo y simbolismo que duramente criticó KLEMPERER: “El nazismo nunca conoció oficialmente un heroísmo honesto y auténtico. De este modo falsificó y desacreditó todo el concepto”<sup>65</sup>. El heroísmo fue sustituido por simbolismo. Los oficiales con sus trajes. Un uniforme creado por el único partido que absolutizaba todo el poder con la ayuda de los medios de comunicación. Una particular simbología se reflejaba en las diferentes películas y documentales de los sanatorios para enfermos mentales: por un lado, los enfermos mentales con sus características ropas y las imágenes de sus trastornos; por otro, las de los profesionales sanitarios con sus batas blancas impolutas, armados de paciencia frente a seres humanos tachados de inadaptados y a veces de violentos, con vidas insignificantes.

#### § 4. **CONCLUSIONES**

Por tanto, no se ha pretendido trazar una historia selectiva, pero sí interesa poner de relieve que tan rápido como nos apegamos a la historia, a la vez tan rápido la olvidamos. La experiencia histórica

<sup>63</sup> ARENDT tilda de sentimentalismo barato la actitud de determinados jóvenes alemanes que expresan sentimientos de culpabilidad, a la vez que portan sin inmutarse la carga de la culpa de sus padres (*Eichmann in Jerusalem*, p. 229).

<sup>64</sup> INOWLOCKI, “Zur rechtsextremen Rhetorik der Rechtsfertigung im Generationenverhältnis”, en KILLGUSS, HANS-PETER - LANGEBACH, MARTIN (eds.), *Opa war in Ordnung! Erinnerungspolitik der extremen Rechten*, p. 69.

<sup>65</sup> KLEMPERER, *LTI*, p. 12.

no se tiene suficientemente en cuenta. Prueba de ello son las políticas eugenésicas de diferente calado practicadas años después en diversos países, que conducen al temor de la selección artificial de seres humanos, por lo que resulta necesario un marco normativo claro. MÜLLER-DOOHM recalca en HABERMAS "la contingencia de la dotación genética del hombre" como "presupuesto tanto de la formación de la identidad propia como de la igualdad fundamental de las relaciones interhumanas. Una intervención en el genoma humano, la manipulación de la herencia genética, amenazaría la indisponibilidad de la persona, que con ello pasaría a ser tratada como una cosa"<sup>66</sup>. Por ello, como dice REYES MATE, "no basta recuperar los instrumentos analíticos de los avisadores del fuego, sino que al ser Auschwitz lo impensado, se convierte en el punto de partida de lo que da que pensar"<sup>67</sup>.

Con la exposición de esta problemática, se muestra un legado común mejor para las generaciones futuras: el repensar la memoria colectiva a través de la filosofía y el derecho. Es crucial decidir tener un futuro con memoria o sin memoria en conexión con los derechos humanos. Si se opta por la segunda opción, cabe detectar que el avance de dicha memoria tendrá más de aprendida que de vivida. Cuando desaparezcan todos los supervivientes del nazismo solo quedará la memoria colectiva aprendida. La memoria colectiva presenta inevitablemente un carácter selectivo, que siempre goza de un componente de memoria soñada. Los tiempos pasados hacen que lo pasado se mezcle con lo presente, porque sin recordar lo pasado habremos cometido los excesos de haber querido demasiado el presente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ADORNO, THEODOR W., *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1966.
- ARENDT, HANNAH, *Eichmann in Jerusalem. A report on the banality of evil*, New York, Viking Press, 1963.
- BEAUCHAMP, TOM L. - CHILDRESS, JAMES F., *Principles of biomedical ethics*, New York, Oxford University Press, 1979.
- BESSEL, RICHARD, *Germany 1945. From war to peace*, New York, Hape Perennial, 2010.
- BUENO, GUSTAVO, *Sobre el concepto de memoria histórica común*, "El Catoblepas", nº 11, 2003, p. 2, [www.nodulo.org/ec/2003/n011p02.htm](http://www.nodulo.org/ec/2003/n011p02.htm).

<sup>66</sup> MÜLLER-DOOHM, *Jürgen Habermas*, p. 358.

<sup>67</sup> MÜLLER-DOOHM, *Jürgen Habermas*, p. 167.

- DILTHEY, WILHELM, *Gesammelte Schriften. Die geistige Welt. Einleitung in die Philosophie des Lebens. Erste Hälfte. Abhandlungen zur Grundlegung der Geisteswissenschaften*, Stuttgart-Göttingen, B. G. Teubner Verlagsgesellschaft, Vandenhoeck & Ruprecht, 1982.
- *Gesammelte Schriften. Weltanschauungslehre. Abhandlungen zur Philosophie der Philosophie*, Stuttgart, Vandenhoeck & Ruprecht, 1931.
- FINNIS, JOHN, *Persona y derecho*, vol. 59, 2008, p. 135 y 136.
- GADAMER, HANS G., *Hermeneutik I: Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1986.
- HOHENDORF, GERRIT - FANGERAU, HEINER - WAHRIG, BETTINA y otros, *Kein Hinweis auf die Rolle im Nationalsozialismus*, "Deutsches Ärzteblatt", año 107, fasc. 31 y 32, 2010, p. 1520.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2002.
- *Eine Art Schadensabwicklung. Kleine Politische Schriften VI*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987.
- HALBWACHS, MAURICE, *Les cadres sociaux de la mémoire*, Paris, Albin Michel, 1994.
- HASSENFELD, IRWIN N., *Doctor-patient relations in nazi Germany and the fate of psychiatric patients*, "Psychiatric Quarterly", vol. 73, nº 3, p. 184.
- HOPPE, JÖRG-DIETRICH - VILMAR, CARSTEN, *Hans Joachim Sewering †: Gestalter im Dienst der Ärzteschaft*, "Deutsches Ärzteblatt", año 107, fasc. 28-29, 2010, p. 1409.
- KAUFMANN, ARTHUR, *Zur ethischen und strafrechtlichen Beurteilung der sogenannten Früheuthanasie*, "Juristenzeitung", nº 37, 1982, p. 481.
- KILLGUSS, HANS-PETER - LANGEBACH, MARTIN (eds.), *Opa war in Ordnung! Erinnerungspolitik der extremen Rechten*, Köln, NS-Dokumentationszentrum, 2016.
- KLEMPERER, VICTOR, *LTI. Notizbuch eines Philologen*, Aufbau, Berlin, 1949.
- LLEDÓ, EMILIO, *La filosofía hoy. Hoy es siempre todavía*, Barcelona, RBA, 2015.
- LOLAS, FERNANDO, *La medicina antropológica y el juicio de Nüremberg. El aporte de Viktor von Weizsäcker*, Chile, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética - Universidad de Chile.
- LOMBARDO, PAUL A., *Three generations no imbeciles. Eugenics. The Supreme Court, and Buck v. Bell*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 2008.
- LOMBARDO, PAUL A. - DORR, GREGORY M., *Eugenics, medical education, and the public health service: another perspective on the Tuskegee Syphilis Experiment*, "Bulletin of the History of Medicine", vol. 80, nº 2, 2006, p. 292.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO - ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ M. (eds.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons e Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2004.
- MATE, REYES, *Hay que pensarlo todo a la luz de la barbarie*, "Revista de Estudios Sociales", nº 50, p. 179.
- *La herencia del olvido. Ensayos en torno a la razón compasiva*, Madrid, Errata Naturae, 2008.
- *Por los campos de exterminio*, Barcelona, Anthropos, 2003.
- *Tratado de la injusticia*, Barcelona, Anthropos, 2011.
- MITSCHERLICH, ALEXANDER - MIELKE, FRED (eds.), *Medizin ohne Menschlichkeit. Dokumente des Nürnberger Ärzteprozesses*, Frankfurt am Main, Hamburg, Fischer Bücherei, 1960.

- MOLDENHAUER, EVA - MICHEL, KARL MARKUS (eds.), *Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Werke in 20 Bänden mit Registerband*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1979.
- MÜLLER-DOOHM, STEFAN, *Jürgen Habermas: Una biografía*, trad. A. CIRIA, Madrid, Trotta, 2020.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- OWEN, JAMES, *Nuremberg. Evil on trial*, London, Headline Review, 2006.
- PÉREZ TREVIÑO, JOSÉ L., *Los juicios de Núremberg*, Barcelona, Universidad Oberta de Cataluña, 2007.
- RICOEUR, PAUL, *La mémoire, l'histoire, l'oubli*, Paris, Seuil, 2000.
- SANTOS, JOSÉ A., *Los olvidados del nacionalsocialismo. Repensar la memoria*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- SIMON, DIETER (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994.
- STARCK, CHRISTIAN (ed.), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, München, Franz Vahlen, 1999.
- TIEDEMANN, ROLF, *Gesammelte Schriften*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977.
- VICENTE ARREGUI, JORGE - CHOZA, JACINTO, *Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad*, Madrid, Rialp, 2002.
- WEINDLING, PAUL J., *Nazi medicine and the Nuremberg trials*, New York, Palgrave Macmillan, 2004.
- WIESEL, ELIE, *Without conscience*, "The New England Journal of Medicine", vol. 352, p. 1513.
- ZOLO, DANILO, *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, trad. E. BOSSI, Madrid, Trotta, 2007.

## **EL DIÁLOGO DE FUENTES: UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA TRIALISTA DEL DERECHO\***

***DANIELA BARDEL\*\****

**Resumen.** Las teorías del derecho se han ocupado de los problemas que pueden darse en el ordenamiento normativo y en este sentido con el fin de preservar el ideal de coherencia han desarrollado técnicas en procura de la misma, tales como los métodos de solución de antinomias entre reglas. En este esquema irrumpe el “diálogo de fuentes” en la academia latinoamericana a partir de los aportes de la autora brasileña CLAUDIA LIMA MARQUES, postulando una metodología capaz de solucionar las antinomias corriendo el eje de la “exclusión” hacia el de la “coordinación”. El constructo está presente en el proceso de recodificación del derecho privado argentino mediante la introducción del mismo en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial.

La pregunta que motiva este trabajo es ¿cómo cabe analizar al diálogo de fuentes desde la perspectiva de la teoría del derecho, específicamente de la teoría trialista del mundo jurídico? Las XXXVI Jornadas Nacionales de Filosofía Jurídica y Social que llevan por título “La filosofía del derecho ante la protección de los derechos” resultan un espacio propicio para vincular los aportes de la filosofía del derecho con los de la dogmática jurídica.

**Palabras claves:** diálogo de fuentes, teoría trialista del mundo jurídico, dogmática jurídica, funcionamiento de la norma, ordenamiento normativo.

\* Recepción: 15/6/2022; evaluación: 28/6/2022; aceptación: 20/7/2022.

\*\* Doctora en Derecho, Facultad de Derecho, UNR. Becaria posdoctoral en Conicet. Profesora titular en la asignatura Teoría general del derecho, Facultad de Derecho, Unicen. Correo electrónico: daniela.bardel@azul.der.unicen.edu.ar.

## ***THE DIALOGUE OF SOURCES: AN ANALYSIS FROM THE TRIALIST THEORY OF LAW***

**Abstract.** Law theories have dealt with the problems that can occur in the regulatory system and in this sense, in order to preserve the ideal of coherence, they have developed techniques in search of it, such as the methods of solving antinomies between rules. In this scheme, the “dialogue of sources” bursts into the Latin American academy based on the contributions of the Brazilian author CLAUDIA LIMA MARQUES, postulating a methodology capable of solving the antinomies running the axis of “exclusion” towards that of “coordination”. The construct is present in the process of recoding Argentine Private Law by introducing it into the foundations of the Draft of the Civil and Commercial Code.

The question that motivates this work is how can the dialogue of sources be analyzed from the perspective of legal theory, specifically from the Trialist Theory of the legal world? The XXXVI National Conference on Legal and Social Philosophy entitled “The Philosophy of Law before the protection of rights” is a suitable space to link the contributions of the philosophy of Law with those of legal dogmatics.

**Keywords:** dialogue of sources, trialist theory of the legal world, legal dogmatics, functioning of the norm, normative system.

## ***O DIÁLOGO DAS FONTES: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA TRIALISTA DO DIREITO***

**Resumo.** As teorias do direito têm lidado com os problemas que podem ocorrer no sistema normativo e, nesse sentido, para preservar o ideal de coerência, têm desenvolvido técnicas em busca disso, como os métodos de solução de antinomias entre regras. Nesse esquema, o “diálogo das fontes” irrompe na academia latino-americana a partir das contribuições da autora brasileira CLAUDIA LIMA MARQUES, postulando uma metodologia capaz de resolver as antinomias que giram o eixo da “exclusão” para o da “coordenação”. A construção está presente no processo de recodificação do Direito Privado Argentino, introduzindo-o nos fundamentos do Projeto de Código Civil e Comercial.

A questão que motiva este trabalho é como o diálogo das fontes pode ser analisado sob a ótica da teoria jurídica, especificamente a partir da Teoria Trialista do mundo jurídico? As XXXVI Jornadas Nacionais de Filosofia Jurídica e Social intituladas “A filosofia do direito diante da proteção dos direitos” são um espaço propício para articular as contribuições da filosofia do direito com as da dogmática jurídica.

**Palavras chave:** diálogo de fontes, teoria trialista do mundo jurídico, dogmática jurídica, funcionamento da norma, ordenamento normativo.

### **A) INTRODUCCIÓN Y ACLARACIONES METODOLÓGICAS**

En el presente trabajo intentamos un acercamiento al diálogo de fuentes como constructo que propone una solución alternativa para alcanzar la coherencia en el ordenamiento normativo<sup>3</sup>. Es decir, buscamos una aproximación desde la teoría trialista del mundo jurídico en torno al significado y función de la técnica que propone respuestas de “coordinación” en lugar de las de “exclusión” de las que se había ocupado la teoría del derecho para la resolución de antinomias: esto es, los criterios de jerarquía, temporalidad, especialidad o el criterio de cierre axiológico. Desde la teoría trialista lo podríamos entender como la especial exigencia de justicia o el centro crítico que justifica la existencia de una rama jurídica<sup>4</sup>: esto es la protección del administrado, del reo, del trabajador, del consumidor, del anciano, del educando, etcétera. En última instancia un criterio transversal lo encontraríamos en el principio *pro homine*<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> El trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Diálogos y desacuerdos de fuentes del derecho. Excepción y pandemia” (03/J024), Facultad de Derecho-Unicen, dirigido por el profesor FERNANDO RONCHETTI. Agradezco los aportes de ISOLINA DABOVE, FERNANDO RONCHETTI, MARIO CHAUMET y JUAN J. BENTOLILA a este trabajo. Asimismo, a los participantes de las Jornadas Académicas Diálogo de Fuentes. Su actualidad y eficacia en diversas ramas jurídicas, realizadas en la Facultad de Derecho de la Unicen el 29/11/2022.

<sup>4</sup> Cada rama presenta criterios generales orientadores y fraccionamientos propios. CIURO CALDANI, *La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas*, “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, t. II, p. 186. Puede verse también CIURO CALDANI, *Las ramas del mundo jurídico, sus centros críticos y sus esferas críticas*, “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, nº 21, p. 73 y 74.

<sup>5</sup> BOBBIO lo denomina como criterio respecto de la forma y este consistiría en establecer un grado de prevalencia, en caso de ambigüedad o incertidumbre a la in-

La irrupción del diálogo de fuentes sobre todo a nivel de la dogmática del derecho privado, y su reconocimiento en los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación da cuenta de un espacio oportuno para la interacción con los desarrollos de la teoría del derecho, en tanto, esta brinda a la dogmática su marco teórico<sup>6</sup>.

En este trabajo proponemos entonces abordar el diálogo de fuentes desde la teoría trialista del mundo jurídico. Para ello procuraremos: *a)* conceptualizar y contextualizar al constructo; *b)* analizarlo desde la teoría trialista. En consecuencia, es un abordaje de tipo teórico del objeto prescindiendo de los usos que los operadores jurídicos le han otorgado en su “*praxis*”<sup>7</sup>.

La hipótesis que sostengo se basa en las siguientes afirmaciones: *a)* el diálogo de fuentes –aun sin una conceptualización como tal– se encontraba ya presente en las tareas del funcionamiento normativo y esta circunstancia surge evidente cuando situamos tal funcionamiento dentro del ordenamiento normativo; *b)* los supuestos de diálogo de fuentes no desplazan totalmente las técnicas para la resolución de antinomias entre reglas. Su ámbito de aplicación resulta más cercano al razonamiento por principios, el cual no implica exclusión sino ponderación y preferencia en el caso concreto.

## **B) EL DIÁLOGO DE FUENTES: CONCEPTO Y CONTEXTUALIZACIÓN**

### **§ 1. EL CONCEPTO EN LA DOGMÁTICA**

Se reconoce a la autora brasileña CLAUDIA LIMA MARQUES como la expositora de la relación (o diálogo) de fuentes en Latinoamérica, en tanto, al analizar los vínculos entre el Código de Defensa del Consumidor

---

terpretación favorable antes que la odiosa. Se entiende por *lex favorabilis* aquella que concede determinada libertad (facultad o derecho subjetivo) y por *lex odiosa* aquella que impone una obligación (seguida de sanción), señalando seguidamente el autor la debilidad del canon atento a la bilateralidad de las normas jurídicas (*Teoría general del derecho*, p. 197).

<sup>6</sup> AARNIO, *El significado del elemento teórico en la investigación jurídica*, “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, n° 2, p. 223 a 240.

<sup>7</sup> Desde un enfoque de análisis de sentencias y el empleo del diálogo de fuentes puede verse HABIB, *El diálogo de fuentes en la jurisprudencia ¿se trata solo de retórica?*, LL, 2022-C-1; con especial atención al derecho procesal, MEROI, *Derecho procesal: ¿un olvidado del “diálogo de fuentes”?*, “Revista de Derecho Procesal”, n° 1, 2022, p. 25 a 73.

–en adelante CDC– vigente desde el año 1991, y el Código Civil –en adelante CC– en vigencia desde el año 2003 en la República Federativa de Brasil, en donde el CDC es una fuente anterior, especial y jerárquicamente superior y el CC es posterior, general y jerárquicamente inferior<sup>8</sup>. Esto sitúa al desarrollo del concepto en la problemática de la interacción entre las fuentes y subsistemas mencionados.

La autora tomaría la noción del iusprivatista internacional ERIC JAYME, quien habría señalado en su curso de La Haya del año 1995 ante la pluralidad de leyes la necesidad de su coordinación como exigencia para lograr un sistema jurídico eficiente y justo<sup>9</sup>. En esta línea LIMA MARQUES postula la armonía y coordinación de normas en el ordenamiento jurídico concebido como sistema, en lugar de la exclusión. A lo que denominaría “coherencia derivada o restaurada”<sup>10</sup>.

En la doctrina nacional pueden verse por ejemplo los aportes de MOSSET ITURRASPE, quien lo aborda como una relación entre el macrosistema del Código Civil y el microsistema del derecho del consumidor<sup>11</sup>. De LORENZETTI, quien afirma que ante la pluralidad de fuentes que se superponen y hasta contradicen son insuficientes las reglas de la antinomia, surgiendo el “diálogo de fuentes” y dando lugar a la

<sup>8</sup> LIMA MARQUES, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, en STIGLITZ - HERNÁNDEZ (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, t. I, p. 143 a 180. Partir de esta teorización sobre el diálogo de fuentes implica al mismo tiempo dejar de lado la pregunta sobre otras construcciones (plano teórico) o aplicaciones (plano fáctico) del concepto. La primera publicación de LIMA MARQUES es del año 2003. OCHOA-MUÑOZ, “El diálogo de las fuentes ¿Un aporte del derecho internacional privado a la teoría general del derecho?”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*, t. I, p. 337 a 366.

<sup>9</sup> La obra del autor es JAYME, *Identitéculturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, Cours Général de Droit International Privé, 1995.

<sup>10</sup> LIMA MARQUES, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, en STIGLITZ - HERNÁNDEZ (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, t. I, p. 145. Por coherencia derivada o restaurada se entiende la eficacia funcional –y no solo jerárquica– del sistema plural y complejo del derecho contemporáneo –posterior a la decodificación, la tópica y la microrrecodificación–, para evitar la contradicción, la incompatibilidad o incoherencia (el concepto proviene de NATHALIE SAUPHANOR). OCHOA-MUÑOZ, “El diálogo de las fuentes ¿Un aporte del derecho internacional privado a la teoría general del derecho?”, en AA.VV., *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*, t. I, p. 337 a 366.

<sup>11</sup> MOSSET ITURRASPE, *Del “micro” al “macro” sistema y viceversa. El “diálogo de las fuentes”*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 1, 2009, p. 7 a 30.

complementariedad<sup>12</sup>. O SOZZO, quien señala: “El diálogo de fuentes es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad o de jerarquía”<sup>13</sup>.

Por su parte, CLAUDIA LIMA MARQUES reconoce los siguientes “tipos de diálogos”: diálogo sistemático de coherencia; diálogo sistemático de complementariedad y subsidiariedad; y diálogo de coordinación y adaptación sistémica. Siguiendo a la autora, veamos cada uno de ellos:

*Diálogo sistemático de coherencia:* consiste en la aplicación simultánea de dos leyes, en la cual una puede servir de base conceptual a la otra, particularmente si una ley es general y la otra, especial. Así, si una ley es la central del sistema, y la otra un microsistema específico, no completo materialmente, solo con compleción subjetiva de tutela de un grupo. De esta manera, por ejemplo, conceptos abarcativos quedarían definidos por la ley general si no tuvieran una definición estipulativa en la ley especial o en el microsistema<sup>14</sup>.

*Diálogo sistemático de complementariedad y subsidiariedad en antinomias aparentes o reales:* se presenta en la aplicación coordinada de dos leyes, cuando una ley puede complementar la aplicación de la otra, dependiendo de su alcance en el caso concreto, al indicar la aplicación complementaria tanto de sus normas cuanto de sus principios, en lo pertinente, en lo que fuera necesario o subsidiariamente. Ejemplifica la autora señalando que las cláusulas generales de una ley pueden encontrar uso subsidiario o complementario en un caso regulado por otra ley, por ejemplo, subsidiariamente, el sistema general de responsabilidad civil sin culpa, o el sistema general de caducidad, pueden ser usados para regular aspectos de casos de consumo, si traen normas más favorables al consumidor<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, p. 77 y ss., 252 y siguientes.

<sup>13</sup> SOZZO, *El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino*, “Revista de Derecho de Daños”, n° 1, 2017, p. 228.

<sup>14</sup> LIMA MARQUES, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, en STIGLITZ - HERNÁNDEZ (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, t. I, p. 149.

Desde la teoría general del derecho podemos encuadrar tal situación como elemento “abarcativo” de diversas ramas jurídicas. Puede verse: CIURO CALDANI, *Lecciones de teoría general del derecho*, “Revista Investigación y Docencia”, vol. 32, p. 38.

<sup>15</sup> LIMA MARQUES, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, en STIGLITZ - HERNÁNDEZ (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, t. I, p. 149 y 150.

*Diálogo de las influencias recíprocas sistémicas*: este tipo sucedería en el caso de una posible redefinición del campo de aplicación de una ley, o de la posible transposición de las conquistas del derecho de los jueces alcanzadas en una ley para la otra<sup>16</sup>.

## § 2. **EL CONCEPTO EN LOS FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

En los fundamentos del Anteproyecto al Código Civil y Comercial, al señalarse las razones de la existencia de un título preliminar, es decir, al justificar el diseño estructural se apunta: “Es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores”<sup>17</sup>.

Puede decirse entonces que el diálogo de fuentes está en relación con decidir cuál o cuáles son las fuentes que resultan aplicables, tarea que desde nuestra perspectiva ubicamos en el reconocimiento o identificación de la norma. Asimismo, se señala la utilización no solo de reglas, sino también de principios y valores, lo cual puede ser entendido como diversos modos de construir las normatividades<sup>18</sup>, o diversas fuentes: reales (las reglas) y de fundamentación (los principios y los valores), las cuales presentan también un diverso funcionamiento: una realización excluyente en las reglas y una optimización en los principios.

Por otro lado, en los fundamentos del anteproyecto también se indica: “En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de estas [...] Por lo que se considera muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del

<sup>16</sup> LIMA MARQUES, “La defensa del consumidor en Brasil. Diálogo de fuentes”, en STIGLITZ - HERNÁNDEZ (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, t. I, p. 150.

<sup>17</sup> Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, p. 12.

<sup>18</sup> Existen diversas posibilidades de construcción de las normatividades (normas, principios, ordenamientos). Los principios jurídicos son tales porque comienzan con juridicidad, en este despliegue comienzan con normatividad. Disponen una optimización, no una realización excluyente. CIURO CALDANI, *Una teoría triárista del mundo jurídico*, p. 86.

sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores”<sup>19</sup>.

Como señala CIURO CALDANI, el art. 31 de la Const. nacional y los arts. 1° y 2° del Cód. Civil y Comercial brindan panoramas de la concepción del complejo de las fuentes que tienen los autores respectivos. Al legalismo del Código de VÉLEZ SÁRSFIELD le sucedieron una mayor apertura a otras fuentes en la reforma de la ley 17.711 y un amplio “diálogo de fuentes”, que incluye los principios y los valores, en el Código Civil y Comercial. En este ingresan los neoconstitucionalismos y el razonamiento por principios y valores<sup>20</sup>.

En particular la inclusión de los arts. 1° y 2° del CCC sitúan al juez, en palabras de CIURO CALDANI, más como un hermeneuta que como un intérprete, es decir, en una función de descubridor o creador de sentidos más que como un mero intérprete de palabras<sup>21</sup>.

### C) ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO

Entendemos que el diálogo de fuentes es una categoría conceptual que cumple un rol vinculado a las tareas del funcionamiento de la norma, en tanto, la acción de “dialogar” se encuentra relacionada con el aspecto dinámico del derecho que se pone en acción para que el proyecto de reparto se realice. Es necesaria la presencia de una conducta decisora para que ello tenga lugar. En cambio, la noción de fuentes remite al aspecto estático del derecho, a su origen. En síntesis, la categoría “diálogo de fuentes” atraviesa dos momentos decisivos en una teoría del derecho: el funcionamiento y el origen de las normas.

En consecuencia, el concepto debe ser situado y analizado desde el ordenamiento normativo, lo cual aportará una línea esclarecedora.

<sup>19</sup> Fundamentos del Anteproyecto Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, p. 9 y 10. Puede verse RABBI BALDI-CABANILLAS, “Título Preliminar” y “Derecho”, en RIVERA - MEDINA (dirs.) - ESPER (COORD.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 51 a 69. Señala el autor la acentuación del nervio central de la vida jurídica en la sentencia judicial lo cual entraña poner el acento en “el caso”.

<sup>20</sup> CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 93. Sobre neoconstitucionalismo puede verse, entre muchos otros, VIGO, *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones*, “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”, nueva época, n° 1, p. 255 a 288.

<sup>21</sup> CIURO CALDANI, *Una introducción a la interpretación judicial*, “Revista de Filosofía Jurídica y Social”, n° 39, p. 19.

Recordemos que “el ordenamiento normativo funciona a través del funcionamiento de sus normatividades relativamente aisladas”<sup>22</sup>.

Por ello, para la reflexión desde la teoría trialista partimos de la dimensión normológica, y dentro de esta del aspecto macro porque en definitiva las normas se crean y funcionan en el sistema. Como señala DABOVE, existe un “funcionamiento sistémico”<sup>23</sup>.

En las tareas del funcionamiento de la norma subyacen las relaciones más o menos tensas entre los autores de las normatividades y los aplicadores de ellas. Pero también es necesario tener presente la “unidad” del ordenamiento normativo.

### § 3. **DIMENSIÓN NORMATOLÓGICA: EL ORDENAMIENTO NORMATIVO**

Conforme a la teoría trialista el conjunto del ordenamiento realiza el valor coherencia y cuando este se encamina a la justicia es armonía. A su vez, los ordenamientos normativos suelen tener subordinamientos dotados de relaciones normativas propias –por ejemplo de principios generales propios–, lo cual implica el reconocimiento al interior de diversas ramas jurídicas con especiales racionalidades y exigencias de justicia<sup>24</sup>.

Estimamos importante traer a colación las relaciones planteadas por los desarrollos de la teoría trialista en cuanto a las vinculaciones verticales de producción donde se reconoce el valor subordinación y las relaciones verticales de contenido donde se encuentra la ilación. Asimismo, las vinculaciones horizontales de producción con la presencia de la infalibilidad y en las relaciones horizontales de contenido con el reconocimiento de la concordancia. Realizando el conjunto del ordenamiento la satisfacción de la coherencia<sup>25</sup>.

Siguiendo la ejemplificación de CIURO CALDANI podemos decir que la ley de defensa del consumidor se ubica en el ordenamiento porque fue producida como lo indica la Constitución (relación vertical de producción) y con sus contenidos (relación vertical de contenido); cuenta con el aseguramiento de su cumplimiento en la ley penal (relación horizontal de producción) y toma contenido de otras leyes (vinculación

<sup>22</sup> CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 115.

<sup>23</sup> DABOVE, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho*, “Dikaion”, año 29, vol. 24, n° 1, p. 40.

<sup>24</sup> CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 113.

<sup>25</sup> CIURO CALDANI, *Metodología jurídica*, p. 18

horizontal de contenidos)<sup>26</sup>. Esto nos parece relevante, en tanto, demuestra que en las relaciones que se dan en el ordenamiento normativo ya está presente la noción de “diálogo” en las perspectivas indicadas.

Al mismo tiempo, los sistemas –a diferencia de los meros órdenes– transfieren el poder a los encargados del funcionamiento, y en el sistema material –como sucede en el caso del CCC–, en caso de lagunas los encargados del funcionamiento tienen el deber de resolver sin estar limitados por un criterio de cierre, como sucede en los sistemas formales<sup>27</sup>.

Si seguimos a CIURO CALDANI y antes de ingresar en cada una de las tareas del funcionamiento de la norma, podemos decir que la interpretación y la aplicación son los mayores bastiones funcionales de la coherencia del ordenamiento, en tanto, la determinación y la elaboración corresponden a sus mayores grados de crisis y de posibilidad de creación<sup>28</sup>. Al mismo tiempo, tal como lo postula CHAUMET, nos encontramos en presencia de una “nueva coherencia” que se construye desde lo particular<sup>29</sup>.

La situación descrita puede estar en oposición con el entendimiento de la coherencia como valor que promueve que pueda conjeturarse sobre el funcionamiento de la norma con acierto. Como indica CIURO CALDANI, un funcionamiento no conjeturable lo coloca en el terreno del misterio<sup>30</sup>.

Adelantando el desarrollo que se expondrá consideramos que el diálogo sistemático de coherencia está vinculado con la interpretación, particularmente con la interpretación sistemática. El de complementariedad y subsidiariedad está en relación o bien con la tarea de identificación o interpretación con la pauta de reconocimiento o interpretación “más favorable” o con la tarea de elaboración por autointegración (es decir, con la elaboración recurriendo al propio sistema en caso de carencia “histórica” o “dikelógica”). En tanto, el diálogo de las influencias

<sup>26</sup> CIURO CALDANI, *Acerca de la estrategia jurídica*, LL, 2014-C-784.

<sup>27</sup> CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 114.

<sup>28</sup> CIURO CALDANI, *Relato sobre el funcionamiento de la norma*, “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, nº 11, p. 23 a 29.

<sup>29</sup> CHAUMET, *Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles*, “Cartapacio de Derecho”, nº 4, 2003, p. 22.

<sup>30</sup> CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, p. 13.

recíprocas sistémicas también se encuentra vinculado a la tarea de elaboración, en tanto implica la “redefinición” del campo de aplicación de una ley o la incorporación de alcances dados por definiciones judiciales.

#### § 4. **LAS TAREAS EN EL ORDENAMIENTO NORMATIVO**

a) **RECONOCIMIENTO.** En esta primera tarea esencial en la cual el decisor identifica las fuentes aplicables al caso, puede encontrarse con la confluencia de una pluralidad. De esta manera, se puede presentar el primer problema para el operador jurídico, cual es que las fuentes sean contradictorias, es decir, que se encuentre en presencia de antinomias.

Conforme a BOBBIO la antinomia es “aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento”. Como condiciones para la presencia de antinomias, las normas deben pertenecer al mismo ordenamiento y tener el mismo ámbito de validez: temporal, espacial, material y personal<sup>31</sup>.

Para las antinomias aparentes o solubles y en miras de realización del valor coherencia la teoría del derecho se ocupó de los criterios para la elección de la fuente aplicable, quedando las restantes –si de razonamiento por reglas estamos hablando– excluidas<sup>32</sup>. Así, las clásicas técnicas de jerarquía (ley superior deroga ley inferior); temporalidad (ley posterior deroga ley anterior), y especialidad (ley es-

<sup>31</sup> BOBBIO, *Teoría general del derecho*, p. 188 y 189. Luego BOBBIO distingue tres tipos de antinomias: la total-total cuando las dos normas incompatibles tienen igual ámbito de validez; la parcial-parcial cuando dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diverso, la antinomia existe solo en aquellas partes que tengan en común; total-parcial entre dos normas incompatibles una tiene un ámbito de validez igual al de la otra, pero más restringido, es decir, su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra, hay antinomia total de la primera norma respecto de la segunda, y solo parcial de la segunda respecto de la primera (*Teoría general del derecho*, p. 189).

<sup>32</sup> A su vez, el autor distingue entre antinomias aparentes o solubles que son aquellas que se pueden resolver mediante la aplicación de las reglas (criterio cronológico; criterio jerárquico y criterio de especialidad); y las insolubles o reales que son las que no se pueden resolver dado que o bien no se les puede aplicar ninguna de las reglas ideadas para la solución; o se le pueden aplicar al mismo tiempo dos o más reglas opuestas entre sí (BOBBIO, *Teoría general del derecho*, p. 191).

pecial deroga ley general); eventualmente, la cláusula de cierre axiológica a favor del sujeto débil de la relación jurídica<sup>33</sup>.

Como mencionáramos, hacia la superación de estas técnicas de resolución de antinomias, se dirige el diálogo de fuentes postulando la posibilidad de coordinación en lugar de la exclusión. No obstante, advertimos que en al menos los tres supuestos que se tomaron para el desarrollo de este trabajo: diálogo sistemático de coherencia, diálogo sistemático de complementariedad y subsidiaridad; diálogo de coordinación y adaptación sistémica no suponen *per se* la presencia de una contradicción normativa, y si la admiten recurren al criterio de resolución de tipo material o axiológico<sup>34</sup>.

b) *INTERPRETACIÓN*. Es una tarea pasible de considerarse desde múltiples posiciones ideológicas. CIURO CALDANI señala la posibilidad de ser "reconstructiva" de la voluntad del autor de la normatividad; o "constructiva": y aquí caben diferentes posibilidades: la de los decisores, los interesados en el caso, o la comunidad<sup>35</sup>. Por consiguiente, el alcance de la interpretación no es unívoco.

A diferencia de la construcción goldschmidtiana el posicionamiento de CIURO CALDANI no sostiene que la interpretación deba atenerse siempre al contenido de la voluntad de sus autores<sup>36</sup>. Para WERNER GOLDSCHMIDT la interpretación es una tarea cognoscitiva destinada a revelar la voluntad del autor, y este posicionamiento obedece al propósito de dar "nitidez repartidora", intencionalidad que resulta esclarecedora<sup>37</sup>.

Especial relevancia en el diálogo de fuentes ocupa la interpretación sistemática, dado que arroja luz acerca del significado de la

<sup>33</sup> Puede verse GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 240 a 250.

<sup>34</sup> Esta situación no está exenta de dificultades. Como desarrolla DE CLÉMENT en relación al principio *pro homine*, el mismo contiene una amplia gama de facetas y carece de una estructura jurídica. Funciona así, como criterio interpretativo, regla de preferencia o predominio, principio generador del derecho de los derechos humanos, entre otros. No tiene un significado uniforme, ya que es complejo por su origen, las vías de aplicación y los fines que persigue (*La complejidad del principio pro homine*, JA 2015-I, p. 98 a 111).

<sup>35</sup> CIURO CALDANI, *Reconstrucción y construcción en la interpretación*, "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 16, p. 31 a 35.

<sup>36</sup> CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 86.

<sup>37</sup> CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 99.

fuerza, en atención al lugar que ocupa dentro del sistema normativo y a su jerarquía<sup>38</sup>.

Como señalara GOLDSCHMIDT: “La regla de elegir entre varias interpretaciones posibles aquella que asegure a la norma su conformidad con la Constitución nacional o con el derecho internacional público, es corolario del elemento sistemático”<sup>39</sup>.

Estaríamos así en el ámbito de la interpretación conforme que surte el efecto de conservar la validez de los textos normativos, en tanto, interpretando de esa forma, se evita declarar la invalidez (la ilegitimidad) de un texto normativo que resultaría inválido si se interpretara de otro modo<sup>40</sup>.

Los jueces asumen la función de ser los “últimos sentidos” de las normatividades que emplean<sup>41</sup>, y por tanto, tienen el “deber” de asegurar la coherencia<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 257 y siguientes. DABOVE, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho*, “Dikaion”, año 29, vol. 24, n° 1, p. 46.

Conforme a GUASTINI, “se llama sistemática a toda interpretación que pretenda obtener el significado de una disposición a partir de su ubicación en el ‘sistema’ del derecho: algunas veces, en el sistema jurídico en su conjunto; más frecuentemente, en un subsistema del sistema jurídico, esto es, en el conjunto de las disposiciones que regulan una determinada materia o una determinada institución” (*Distincuiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* p. 228).

<sup>39</sup> GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 258 y 259.

Como se señala en los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial: “De todos modos, queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si esta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del orden jurídico por lo que solo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la carta magna” (2012, p. 12).

<sup>40</sup> GUASTINI, *Distincuiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, p. 232.

<sup>41</sup> CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 89.

<sup>42</sup> BOBBIO, *Teoría general del derecho*, p. 205 y siguientes.

c) *DETERMINACIÓN*. Como señala DABOVE, hay tareas que funcionan como mecanismos adaptativos al cambio y la evolución como sucede con la determinación (de principios y su funcionamiento a través de la ponderación), la elaboración y la argumentación<sup>43</sup>.

Si seguimos a la autora, la determinación y la elaboración son las vías que permiten la flexibilización del derecho positivo, y por tanto, como se señaló suponen poner en crisis a la coherencia. Estas tareas son expresivas de la textura abierta del derecho y de la responsabilidad que ello genere en el operador<sup>44</sup>.

La determinación como tarea del funcionamiento normativo tiene lugar cuando el operador jurídico se encuentra con una indeterminación que debe ser o bien precisada (determinación por precisión); reglamentada (determinación por reglamentación); o desarrollada (a través del desarrollo o del funcionamiento de los principios). En estos últimos dos supuestos surge evidente la necesidad que la tarea se desarrolle teniendo presente las demás fuentes del ordenamiento. De esta manera, el "diálogo sistemático de coherencia" resulta implícito tanto en la reglamentación como en el desarrollo de principios<sup>45</sup>.

A su vez, el "diálogo sistemático por complementariedad" por aplicación complementaria de principios está presente en su funcionamiento a través de la ponderación. En este aspecto, ya se han desarrollado diversas críticas a la ponderación como procedimiento racional, en la que no nos detendremos en este espacio. Sin embargo, lo apuntando en relación a consistir en una figura retórica que permite altos niveles de subjetividad, en tanto, no existen estándares

<sup>43</sup> DABOVE, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del Derecho*, "Dikaion", año 29, vol. 24, nº 1, p. 36 a 65

<sup>44</sup> DABOVE, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho*, "Dikaion", año 29, vol. 24, nº 1, p. 17.

<sup>45</sup> En los fundamentos del Anteproyecto se expresa: "También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico" (Fundamentos del Anteproyecto Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, p. 13).

racionales para ponderar, *mutatis mutandi*, puede ser extendido a la acción de hacer dialogar las fuentes<sup>46</sup>.

d) *ELABORACIÓN*. Es la tarea del funcionamiento normativo destinada a lograr la “plenitud” dentro del sistema, en tanto, por medio de ella el operador jurídico puede crear la norma para la solución del caso, cuando se encuentra con una laguna en un sistema material. Esto es, cuando está frente a una carencia normativa de tipo histórica o sociológica –porque no hay una norma en el sistema que dé una solución al caso, lo cual puede obedecer a diversos supuestos: olvido de legislador, novedad de la situación, o ausencia de consenso sobre la respuesta jurídica a dar por parte del legislador o por carencia dialéctica– es cuando se reconoce una norma como aplicable al caso, pero al decisor le resulta injusto aplicarla, no obstante es importante recalcar –como aclara CIURO CALDANI– que tal carencia no es dable de declararla ante cualquier aparente injusticia, sino cuando descartar la norma existente sea el “mal menor”<sup>47</sup>. Esto puede ser situado desde la jerarquía del ordenamiento jurídico en términos de control de constitucionalidad o convencionalidad.

En la elaboración se hace notorio nuevamente la importancia del ordenamiento normativo, en tanto, para que el operador jurídico elabore debe recurrirse en primer lugar a la “autointegración”, es decir, a la “justicia formal” plasmada en las fuentes del propio sistema jurídico a través de recursos, tales como la analogía o los principios generales. En otras palabras, para crear una norma que resuelva el caso el encargado del funcionamiento se nutre de lo que el propio sistema le proporciona. Es evidente que aquí también está presente el diálogo de fuentes, en especial el diálogo sistemático de complementariedad y subsidiariedad en antinomias aparentes o reales y el diálogo de las influencias recíprocas sistémicas<sup>48</sup>.

En el caso que no sea viable integrar en base al propio sistema, cabe la posibilidad de la “heterointegración” por medio de la cual el

<sup>46</sup> ALEXY, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, LL, 2008-F-785. Puede verse GUIBOURG, *El sincero ocaso del derecho*, LL, 2015-D-1.

<sup>47</sup> CIURO CALDANI, *Metodología jurídica*, p. 17.

<sup>48</sup> Como se apunta en los Fundamentos del Anteproyecto: “Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero” (Fundamentos del Anteproyecto Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, p. 13).

decisor recurre, por ejemplo, al derecho comparado, o directamente a un criterio de “justicia material”.

Entendemos que tras la armonización perseguida por el diálogo de fuentes, y cuando el campo de la interpretación sistemática es desbordado, podemos encontrarnos con supuestos de elaboración donde el operador jurídico crea una solución al caso e invoca el recurso del diálogo de fuentes para la elaboración. Esto es independiente de la corrección de la solución a la que arribe, que puede encontrar acuerdos o desacuerdos en la dogmática jurídica o en otros jueces que los consideren razonables y lo tomen como modelo para sus decisiones. Lo que queremos poner de relieve aquí es la explicitación de la tarea del funcionamiento normativo que está realizando el operador jurídico.

e) *SÍNTESIS*. El desenvolvimiento del trialismo ha mostrado que hay veces en que varias normas, que por separado podrían aplicarse a un caso, confluyen en él y no permiten esa aplicación, requiriéndose una tarea de síntesis (p.ej., en el concurso real de delitos, en el concurso de derecho privado, etcétera). En ciertas soluciones de síntesis las normas en conflicto son ordenadas jerárquicamente, en otras se las reduce en sus alcances, etcétera<sup>49</sup>.

f) *ARGUMENTACIÓN*. Esta tarea de corte transversal a las demás (esto es, identificación, interpretación, determinación, elaboración, síntesis y aplicación), también implica tener presente al complejo de las fuentes, en tanto, las mismas dan “razones” para decidir de una u otra forma. Aquí cabe además la necesidad de tener presente, que los diferentes subordenamientos presentan racionalidades y exigencias de justicia propias que pueden ser convergentes o divergentes con otros subordenamientos (ramas), en consecuencia, en el marco de la fundamentación el operador jurídico tiene que justificar, de manera especial las razones de su adjudicación a los beneficiarios.

Como sostiene LARIGUET, al menos en los sistemas jurídicos continentales, no suele verificarse “constancia semántica”, en tanto, los mismos términos pueden significar cosas diferentes en muchas ramas. Esta situación presentaría el reverso de la situación dada por la posibilidad de una interpretación sistemática y de la “transposición”

<sup>49</sup> CIURO CALDANI, *Metodología jurídica*, p. 17. El diálogo de fuentes puede tener un despliegue en esta eventual tarea del funcionamiento normativo, que se vincula a ramas jurídicas particulares como son el derecho internacional privado y el derecho penal.

de conceptos de una rama jurídica a otra. Conforme al autor, y lo que nos parece más relevante en torno a las relaciones que se pueden presentar entre las ramas, es que las mismas pueden no presentar “constancia valorativa”, por cuanto cada subsistema pone el acento en valores que pueden estar en pugna con valores de otros. Esta situación puede generar que sea el o la juez quién decida respecto de cuál subsistema aplicar a un mismo caso<sup>50</sup>.

g) *APLICACIÓN*. Conforme GOLDSCHMIDT la aplicación de la norma consiste en la solución del caso en virtud de la norma, implicando así la realización de un reparto.

## § 5. ***LAS FUENTES EN EL SISTEMA NORMATIVO***

Desde el aspecto estático o remitido al origen del derecho cabe la reflexión sobre cuáles fuentes han de dialogar. Además de las fuentes formales reales, la redacción de los arts. 1° y 2° del CCC incluyen a las fuentes de fundamentación: los principios y los valores.

Se abren interrogantes así sobre, por ejemplo, la posibilidad de poner en relación a los “proyectos de fuentes”, es decir, a las respuestas jurídicas que no lograron la aprobación conforme al procedimiento establecido o, en términos más amplios, a fuentes de *soft law*.

## § 6. ***¿HAY ALGO NUEVO EN EL CONCEPTO DE DIÁLOGO DE FUENTES?***

Del breve recorrido realizado por las tareas del funcionamiento de la norma en el cual adquiere un lugar preponderante la idea de ordenamiento normativo, en tanto las normas funcionan en él, podemos decir que en cada tarea desarrollada desde la concepción de la teoría trialista estaba ya presente la posibilidad dialógica entre las fuentes. La tipología de diálogo tomada para este trabajo siguiendo a LIMA MARQUES podemos advertirla en el reconocimiento, en la interpretación –de manera destacada en la sistemática–; en la determinación sobre todo en la reglamentación y el desarrollo y funcionamiento de principios; en la elaboración por autointegración, en la argumentación y en la aplicación. Pero, al mismo tiempo, el diálogo en un

<sup>50</sup> LARIGUET, *Todo lo que usted quería saber sobre la coherencia y no se atrevió a preguntarle a Amalia Amaya*, “Revista Discusiones”, n° 10, 2011, p. 98; CIURO CALDANI, *Relaciones entre las ramas del mundo jurídico*, “Revista Investigación y Docencia”, vol. 21, 1992, p. 51 a 54.

sentido amplio entendido como “comunicación” se encuentra en estas tareas del funcionamiento de la norma.

Tal afirmación no desconoce la complejidad en la que se desenvuelve el derecho –particularmente por lo que a este trabajo refiere el derecho privado–<sup>51</sup> y las transformaciones en los criterios generales orientadores de la rama, sino que intenta una aproximación desde la teoría del derecho con el propósito de aportar un análisis que procura ser esclarecedor.

El derecho privado ha modificado sus criterios y, en este sentido, el Código Civil y Comercial refleja los consensos axiológicos de su época; por ejemplo, como señala LORENZETTI, la constitucionalización del derecho privado, la igualdad; el paradigma no discriminatorio, los derechos individuales y colectivos, la nueva cosmovisión en materia de bienes, la multiculturalidad de la sociedad y la seguridad en las transacciones comerciales<sup>52</sup>.

El fraccionamiento de las exigencias de justicia ha llevado, como afirma HERNÁNDEZ, al “plurijuridismo” expresado en la coexistencia de ordenamientos normativos “generales” (códigos) y “especiales” (leyes microsistémicas) que pugnan por delimitar sus campos de actuación. De esta manera, cuando los intereses sociales que reclaman protección encuentran reconocimiento legislativo generan cuerpos normativos “autosuficientes” que reclaman que sus lagunas deban ser integradas mediante el recurso a sus propios principios y de manera residual por aplicación de las normas codificadas, particularizando el autor que no parece razonable una exagerada afirmación de la especialidad, cuestionando si las soluciones contenidas en los microsistemas pueden desconocer los principios informadores del sistema de derecho privado<sup>53</sup>. En esta tensión tiene lugar el recurso al diálogo de fuentes, pero sus aportes están comprendidos en las tareas del funcionamiento de la norma ya diferenciadas desde la teoría trialista, sin lograr aportar una metodología que de reglas a efectos de proceder a tal diálogo. Quizás porque tal situación no sea posible, ni conveniente.

<sup>51</sup> Tal como desarrolla ZABALZA, *El diálogo de fuentes como expresión del desafío de la complejidad. Algunos aspectos en torno a la toma de decisiones terapéuticas*, LLonline, AR/DOC/3947/2017.

<sup>52</sup> LORENZETTI, *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, LL, 2012-C-581.

<sup>53</sup> HERNÁNDEZ, *Las diferentes manifestaciones del plurijuridismo en el ámbito del derecho privado*, “Trabajos del Centro”, vol. 5, p. 7 y 8.

Como indicara CIURO CALDANI: “La interrelación entre las fuentes del ordenamiento hace desde siempre sostenible que también en el hay ‘diálogo entre las fuentes’ (constituciones formales, tratados, leyes, decretos, sentencias, contratos, etcétera). En el ordenamiento se hace más claro que todo influye en todo. Aunque fuera una normatividad inferior, el Código Civil era la pieza decisiva para el cumplimiento de la parte que mayoritariamente se cumplió de la Constitución nacional, referida a la propiedad. Hoy el diálogo es motivo de mayor consideración”<sup>54</sup>.

## § 7. *DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA*

Desde una perspectiva fáctica, el “diálogo” sitúa como protagonista al encargado del funcionamiento acentuando su deber de lograr la coherencia. Se entiende que al legislador le cabría un rol *a priori*, al momento de la producción normativa, mientras que al encargado un rol *a posteriori* en el momento de la aplicación, lo cual lo sitúa también en presencia del caso –de modo especial en lo referente al antecedente o tipo legal–<sup>55</sup> como advierten CHAUMET y MEROI en relación a la constitucionalización del derecho y a la creciente presencia de reglas indeterminadas, principios y directrices en la normatividad, en tanto implica un ensanchamiento de los derechos que además se pretenden exigibles presenta una mirada alentadora. Pero no pueden soslayarse sus riesgos: la tensión de las razones democráticas del Estado de derecho, vicisitudes de la legitimidad del Poder Judicial, crisis de la imagen del tercero imparcial, surgimiento de nuevas formas de control sobre el Poder Judicial, peligro de utilización de los criterios propios del juez, entre otros<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 116.

<sup>55</sup> Trayendo a colación los Fundamentos del Anteproyecto: “Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto” (Fundamentos del Anteproyecto Código Civil y Comercial de la Nación, 2012, p. 13).

<sup>56</sup> CHAUMET-MEROI, *Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado*, LLonline, AR/DOC/4128/2016.

Asimismo, en el diálogo adquieren un papel preponderante las razones alegadas por el encargado del funcionamiento para justificar los motivos de su decisión. Siguiendo a MEROI, el diálogo de fuentes puede verse como un argumento jurídico muy difundido y dúctil entre los disponibles de la caja de herramienta de los operadores<sup>57</sup>.

Da cuenta CIURO CALDANI del desenvolvimiento jurídico pensado de manera “más difusa”<sup>58</sup>.

Con relación a las “fuentes”, es relevante tener presente el “salto a las fuentes materiales” para entender cómo se relacionan en la facticidad, si son exactas, si se encuentran vigentes, si son inaplicadas, etcétera.

## § 8. ***DIMENSIÓN AXIOLÓGICA***

Desde la perspectiva del “diálogo” la tarea de determinación –especialmente en el funcionamiento de los principios– y de elaboración vinculan el funcionamiento normativo con la justicia y el plexo valorativo de las ramas y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

El diálogo de fuentes resulta más cercano a la posibilidad de desfraccionamiento, es decir, de apertura de aquello que se encontraba fraccionado. Desde la perspectiva de la teoría trialista el desfraccionamiento otorga “mayor justicia”, pero no es menos cierto que el fraccionamiento nos da seguridad jurídica y, como señalara GOLDSCHMIDT, esta es la “marea baja” de la justicia. La determinación por funcionamiento de principios y la elaboración presentan supuestos de desfraccionamientos y posteriores fraccionamientos (con el resultado de la ponderación en el caso o la elaboración de la norma para el caso).

Al poner el acento en el encargado del funcionamiento, el diálogo de fuentes se legitimaría más en la aristocracia de los mismos, es decir, en la superioridad técnica, científica o moral; mientras que las técnicas clásicas de resolución de antinomias lo harían más desde la perspectiva de la infraautonomía dado por el sistema de producción de normas en los sistemas democráticos. El diálogo de fuentes puede presentarse también como “escollo de la confusión de roles”, y ser

<sup>57</sup> MEROI, *Derecho procesal: ¿un olvidado del “diálogo de fuentes”?*, “Revista de Derecho Procesal”, n° 1, 2022, p. 25.

<sup>58</sup> CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 99.

una vía para oscurecer la distinción entre “hacer” el derecho y “aplicar el “derecho”<sup>59</sup>.

En relación con las “fuentes” el constructo invita a tener presente los valores y los principios, como fuentes de normatividad, y pensar en su desenvolvimiento también como fuentes indirectas al momento de la creación jurídica.

## § 9. **CONCLUSIONES**

Uno de los aportes a los que está llamada la teoría del derecho es poder construir un pensamiento crítico y reflexivo sobre el propio objeto, y además, brindar categorías que ayuden a funcionar al derecho disminuyendo las zonas de incerteza.

La teoría trialista propone pensar que las teorías del derecho dan una forma de entendimiento de cómo funciona el derecho, cómo se desenvuelve para dar potencia o impotencia a las personas, cómo configura y repercute en sus vidas. Por ello, creemos necesario que la teoría del derecho esté en conexión con el funcionamiento del mismo, ya sea para dar respuestas desde sus constructos como para esclarecerlo. El desarrollo del funcionamiento normativo y del origen de las normas que propone la teoría trialista –en donde se encuentra a nuestro entender el diálogo de fuentes– procura dar luz.

El funcionamiento es un reparto, adjudica: da y quita, por eso los beneficiarios del derecho deberíamos procurar también previsibilidad y una adecuada fundamentación con relación sobre todo a las impotencias recibidas. Las tareas del funcionamiento de la norma desarrolladas por la teoría trialista intentan aportar en tal cometido, dando “nitidez repartidora”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- AA.VV., *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Caracas, EJV, 2019.
- AARNIO, AULIS, *El significado del elemento teórico en la investigación jurídica*, “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, n° 2, 1982, p. 223.
- ALEXY, *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, LL, 2008-F-785.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del derecho*, trad. J. GUERRERO, Bogotá, Temis, 1997.

<sup>59</sup> CHAUMET-MEROI, *Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado*, LLonline, AR/DOC/4128/2016.

- CHAUMET, MARIO, *Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles*, "Cartapacio de Derecho", n° 4, 2003, p. 22.
- CHAUMET, MARIO - MEROI, ANDREA, *Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado*, LOnline, AR/DOC/4128/2016.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Acerca de la estrategia jurídica*, LL, año LXXVIII, n° 90, 2014, p. 1.
- *Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios*, "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 29, 2006, p. 9.
- *Complejidad del funcionamiento de las normas*, LOnline, AR/DOC/311/2008.
- *El capítulo derecho en el Código Civil y Comercial*, "Revista Investigación y Docencia", n° 49, 2015, p. 63.
- *Interrogantes y comentarios de filosofía y teoría general del derecho respecto del proyecto del Código Civil Argentino*, "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 23, 1999, p. 31.
- *La autonomía del mundo jurídico y de sus ramas*, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", t. II, p. 186.
- *La conjetura del funcionamiento de la norma jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- *Las ramas del mundo jurídico, sus centros críticos y sus esferas críticas*, "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 21, 1996, p. 73.
- *Lecciones de teoría general del derecho*, "Revista Investigación y Docencia", vol. 32, 1999, p. 33.
- *Meditación sobre los métodos de subsunción*, "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 11, 1988, p. 21.
- *Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- *Reconstrucción y construcción en la interpretación*, "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", 1993, p. 31.
- *Relaciones entre las ramas del mundo jurídico*, "Revista Investigación y Docencia", vol. 21, 1992, p. 51.
- *Relato sobre el funcionamiento de la norma*, "Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", n° 11, p. 23, [www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/360/270](http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/360/270).
- *Una introducción a la interpretación judicial*, "Revista de Filosofía Jurídica y Social", n° 39, p. 19.
- *Una teoría trialista del mundo jurídico*, Rosario, FDER Edita, 2019.
- DABOVE, M. ISOLINA, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho*, "Dikaion", año 29, vol. 24, n° 1, p. 40.
- DE CLÉMENT, ZLATA D., *La complejidad del principio pro homine*, JA, 2015-I-98.
- DO AMARAL JUNIOR, ALBERTO, *El "diálogo" de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo*, "Academia. Revista sobre la Enseñanza del Derecho", año 7, n° 13, 2009, p. 71-102.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005.

- GUASTINI, RICARDO, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. J. FERRER I BELTRÁN, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GUIBOURG, RICARDO, *El sincero ocaso del derecho*, LL, 2015-D-1, LLonline, AR/DOC/2309/2015.
- HABIB, JAVIER, *El diálogo de fuentes en la jurisprudencia ¿se trata solo de retórica?*, LL, 2022-C-1.
- HERNÁNDEZ, *Las diferentes manifestaciones del plurijuridismo en el ámbito del derecho privado*, “Trabajos del Centro”, vol. 5, p. 7.
- LARIGUET, GUILLERMO, *Todo lo que usted quería saber sobre la coherencia y no se atrevió a preguntarle a Amalia Amaya*, “Revista Discusiones”, n° 10, 2011, p. 87.
- STIGLITZ, GABRIEL - HERNÁNDEZ, CARLOS (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- LORENZETTI, RICARDO, *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación*, LL, 2012-C-581.  
— *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- MEROI, ANDREA, *Derecho procesal: ¿un olvidado del “diálogo de fuentes”?*, “Revista de Derecho Procesal”, n° 1, 2022, p. 25.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *Del “micro” al “macro” sistema y viceversa. El “diálogo de las fuentes”*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, n° 1, 2009, p. 7.
- RIVERA, JULIO - MEDINA, GRACIELA (dirs.), ESPER, MARIANO (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- SOZZO, GONZALO *El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino*, “Revista de Derecho de Daños”, n° 1, 2017, p. 228.
- VIGO, RODOLFO, *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones*, “Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”, nueva época, n° 1, p. 255.
- ZABALZA, GUILLERMINA, *El diálogo de fuentes como expresión del desafío de la complejidad. Algunos aspectos en torno a la toma de decisiones terapéuticas*, LLonline, AR/DOC/3947/2017.



## **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 consecuencialista<sup>1</sup>, representada por

<sup>1</sup> 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”<sup>2</sup>, y, por otro lado, la postura que rechaza esa solución, expuesta por RONALD DWORKIN en lo que denomina “*tesis de los derechos*”<sup>3</sup>. 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”<sup>4</sup> y “Bertuzzi”<sup>5</sup>), 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.

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

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

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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"<sup>6</sup>.

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"<sup>7</sup> posible. De allí que es su responsabilidad "descubrir" esas respuestas y no "inventar" retroactivamente soluciones nuevas<sup>8</sup>. 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".

<sup>6</sup> 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".

<sup>7</sup> 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").

<sup>8</sup> 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”<sup>9</sup>. 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”<sup>10</sup> que exige tener en cuenta

<sup>9</sup> DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 160 y 161.

<sup>10</sup> 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 catastróficas<sup>11</sup> (*summum ius, summa iniuri*<sup>12</sup>).

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*<sup>13</sup>). 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 mundo<sup>14</sup>. 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 principios<sup>15</sup>, sin vinculación con el interés general. La segunda de estas situaciones (conflicto entre una consideración de principio y una de

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

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

<sup>15</sup> 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 judicial<sup>16</sup> 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”<sup>17</sup>.

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”<sup>18</sup>.

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

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

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

<sup>18</sup> 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”<sup>19</sup>.

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*<sup>20</sup> no solo reflejan su posición doctrinaria anterior<sup>21</sup>, sino que explican también las motivaciones de algunos de sus votos (especialmente en “Massa”<sup>22</sup>).

Sostiene que “todo juez prudente debe valorar las consecuencias de las decisiones que adopta”<sup>23</sup>. 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”<sup>24</sup>. En este sentido, reproduce un considerando central de “Massa” en el que se señala al preámbulo como fundamento constitucional de esa facultad consecuencialista<sup>25</sup>.

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

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

<sup>20</sup> Ver, en general, LORENZETTI, *El arte de hacer justicia*.

<sup>21</sup> 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).

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

<sup>23</sup> LORENZETTI, *El arte de hacer justicia*, p. 53.

<sup>24</sup> LORENZETTI, *El arte de hacer justicia*, p. 69.

<sup>25</sup> “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”<sup>26</sup>.

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”<sup>27</sup>. 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”<sup>28</sup>. 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 norma<sup>29</sup>. 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

<sup>26</sup> LORENZETTI, *El arte de hacer justicia*, p. 261.

<sup>27</sup> LORENZETTI, *El arte de hacer justicia*, p. 93.

<sup>28</sup> 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.

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

las consecuencias sociales o institucionales<sup>30</sup>. El problema es que la misma Corte se ha visto atrapada por esta ambigüedad<sup>31</sup>.

Al atenderse entonces solo al tercero de los sentidos (consecuencias sociales), y más allá de los distintos tipos de "crisis"<sup>32</sup> 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 mismo<sup>33</sup>. 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-

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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".

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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 principales<sup>34</sup>. 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 mismos<sup>35</sup>. 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*<sup>36</sup>. También aquí la validación de los

<sup>34</sup> “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.

<sup>35</sup> 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).

<sup>36</sup> 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 invalidez<sup>37</sup>. 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 línea<sup>38</sup>. 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 mismos<sup>39</sup>. 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.

<sup>37</sup> 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".

<sup>38</sup> 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*.

<sup>39</sup> 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”<sup>40</sup>.

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*<sup>41</sup>), 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, nº 2, 2006, 194.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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 fallo<sup>42</sup>, 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.

<sup>42</sup> 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; íd., 10/10/1996, "Barry, María Elena c/ANSES s/reajuste de movilidad", *Fallos*, 319:2151; íd., "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 sentido<sup>43</sup>, 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

<sup>43</sup> 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"<sup>44</sup>. 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)<sup>45</sup>. 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).

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

<sup>45</sup> ALBERDI, *Bases*, p. 252.

El único antecedente legislativo pertinente se encuentra en la ley de ética en la función pública 25.188<sup>46</sup>. 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

<sup>46</sup> Esta ley, que incluye a los magistrados como sujetos de aplicación, en su art. 2°, 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 otro<sup>47</sup>. 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*)"<sup>48</sup>.

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"<sup>49</sup>, 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

<sup>47</sup> DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 147 y 148.

<sup>48</sup> DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 150.

<sup>49</sup> DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 160 y 161.

judiciales basadas en consecuencias generan (en ocasiones<sup>50</sup>) 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 inicial<sup>51</sup>, ni la doctrina parece haber tomado suficiente nota al respecto<sup>52</sup>. 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.

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> 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)<sup>53</sup>.

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.

<sup>53</sup> 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 política<sup>54</sup> y no para la judicatura<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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"<sup>56</sup>, 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*)<sup>57</sup>. Sin embargo, este recurso limita la intervención a "sentencia definitiva de primera instancia". Una interpretación amplia de este recurso (en línea con su espíritu general<sup>58</sup>), 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

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> Ley 26.790. Incorporación al CPCyCN de los arts. 257 bis y *ter*.

<sup>58</sup> "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.

## **DIÁLOGOS Y ENSAYOS**



## **ANTE EL ESPEJO DE NÜREMBERG A LA LUZ DE LA EGOLOGÍA EXISTENCIAL**

**CARLOS E. PETTORUTI\***

“En resumen: En el mar existiría por fin una cultura, si los tiburones fueran seres humanos” (de BERTOLT BRECHT, *Si los tiburones fueran seres humanos*)

**Resumen.** Con el nombre de “Juicios de Núremberg” se hace referencia a un momento histórico que en cierta forma marcó el final de la más cruenta guerra que ha sufrido la humanidad.

Estos juicios no solo echaron luz sobre la barbarie genocida de la guerra. Más allá del análisis respecto de las penas aplicadas, y hasta de los cuestionamientos que han llegado a hacerse acerca de la validez de una “justicia de vencedores” (que incluso ha dado contenido a la conocida película de STANLEY KRAMER del año 1961 cuyo título original en inglés es *Juicio en Núremberg* y ha sido –para nosotros inexplicablemente– traducida al español como *¿Vencedores o vencidos?*), nos ponen a toda la humanidad, a cada uno de los seres humanos, frente a nosotros mismos, tal como si viéramos nuestro reflejo ante un espejo.

**Palabras claves:** Juicios de Núremberg, humanidad, egología existencial.

### ***HUMANITY BEFORE THE MIRROR OF NÜREMBERG IN THE LIGHT OF EXISTENTIAL EGOLOGY***

**Abstract.** The name “Nüremberg Trials” refers to a historical moment that in a way marked the end of the bloodiest war that humanity has suffered.

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, profesor titular ordinario de Introducción al Derecho (UNLP), miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, corresponsal argentino del Hans Kelsen-Instituto (Viena). Correo electrónico: carlospettoruti@jursoc.unlp.edu.ar.

These trials not only shed light on the genocidal barbarity of the war. Beyond the analysis regarding the penalties applied, and even the questions that have been raised about the validity of a “victor’s justice” (which has even given content to the well-known STANLEY KRAMER film from 1961 whose original title in English it is “Judgment in Nuremberg” and it has been –for me inexplicably– translated into Spanish as “Winners or losers?”), they put all of humanity, each and every human being, in front of ourselves, just as if we saw our reflection in a mirror.

**Keywords:** Nuremberg trials, humanity, existential egology.

## ***A HUMANIDADE DIANTE DO ESPELHO DE NÜREMBERG À LUZ DA EGOLOGIA EXISTENCIAL***

**Resumo.** O nome “Julgamentos de Nuremberg” refere-se a um momento histórico que de certa forma marcou o fim da guerra mais sangrenta que a humanidade já sofreu.

Estes julgamentos não apenas lançam luz sobre a barbárie genocida da guerra. Para além da análise sobre as penas aplicadas, e mesmo das questões que têm sido levantadas sobre a validade de uma “justiça do vencedor” (que até deu conteúdo ao conhecido filme de STANLEY KRAMER de 1961 cujo título original em inglês é “Judgment em Nuremberg” e foi –para mim inexplicavelmente– traduzido para o espanhol como “Vencedores ou perdedores?”), eles colocam toda a humanidade, cada ser humano, diante de nós mesmos, como se víssemos o nosso reflexo em um espelho.

**Palavras chave:** Julgamentos de Nuremberg, humanidade, egologia existencial.

### § 1. ***NÜREMBERG***

El tema que convoca estas jornadas nacionales de la AAFD tiene dimensiones sociológicas, jurídicas, filosóficas, históricas, aunque todas unidas por un hilván común: las grandezas y miserias de los seres humanos pensadas con motivo de un hecho de inmensa relevancia ocurrido hace setenta y cinco años.

No sabríamos decir si setenta y cinco años es mucho tiempo atrás, o si, por el contrario, son hechos que ocurrieron hace muy poco. Personalmente pienso que se trata de un acontecimiento que conmociona como si hubiera ocurrido ayer. Una historia muy reciente.

Con el nombre de “Juicios de Nüremberg” se hace referencia a un momento histórico que en cierta forma marcó el final de la más cruenta guerra que ha sufrido la humanidad.

Tal vez nuestra expresión parezca redundante, pues toda guerra es cruenta, y en la historia de la humanidad las guerras son incontables. Pero dudamos mucho que alguna de ellas tuviera el grado de degradación humana que existió en la Segunda Guerra Mundial. Adviértase bien que no digo “deshumanización” sino degradación humana. Tiene su explicación. Esperamos que este desarrollo lo deje aclarado.

Los juicios fueron varios. Aunque generalmente se los vincule al juzgamiento de las principales cabezas genocidas nacionalsocialistas, abarcaron también a personas que se hallaron dentro de una cadena de responsabilidades, no solamente por sus funciones militares y político partidarias, sino también por el colaboracionismo a través de sectores industriales o de disciplinas tales como la medicina y el derecho. De allí la importancia que poseen los llamados “juicios de los doctores” y “juicios de los jueces” cuya temática específica será abordada por otro disertante en este encuentro. Fueron juicios que sacaron a la luz que la lógica de la Alemania nazi –como expresa el recientemente fallecido filósofo JEAN LUC NANCY– “no fue solamente la de la exterminación del otro, del subhombre exterior a la comunión de sangre y de tierra, sino también, virtualmente, la lógica del sacrificio de todos quienes en la comunidad ‘aria’, no satisfacían los criterios de la pura inmanencia”<sup>1</sup>, pero no una inmanencia que se refiere al ser humano como individuo, sino a la inmanencia del orden estatal, concepto que puede ser vinculado al “supraindividualismo” en el sentido que explica GUSTAVO RADBRUCH, en donde los valores de la personalidad están al servicio de los valores colectivos y, por lo tanto, subordinados al Estado.

Esa es una de las razones por las que hemos titulado a esta comunicación “La humanidad ante el espejo”. Estos juicios no solo echaron luz sobre la barbarie genocida de la guerra. Más allá del análisis respecto de las penas aplicadas, y hasta de los cuestionamientos que han llegado a hacerse acerca de la validez de una “justicia de vencedores” (que incluso ha dado contenido a la conocida película de STANLEY KRAMER del año 1961, cuyo título original en inglés es *Juicio en Nüremberg* y ha sido –para nosotros inexplicablemente– traducida al español como *¿Vencedores o vencidos?*), nos ponen a toda la hu-

<sup>1</sup> NANCY, *La comunidad inoperante*, p. 35.

manidad, a cada uno de los seres humanos, frente a nosotros mismos, tal como si viéramos nuestro reflejo ante un espejo.

No lo decimos en términos jurídicos, sino en términos iusfilosóficos: los hechos juzgados en Nüremberg fueron producidos por los seres humanos, y en esto seguimos la idea expuesta por HANNAH ARENDT en su obra “Eichmann en Jerusalén”, en el sentido que estos hechos atroces no fueron cometidos por “monstruos” o “bestias inhumanas”. Si “inhumano” etimológicamente significa aquello que no tiene cualidades de ser humano, lamento decir que los seres que los cometieron, sí pertenecieron a la especie humana. Esto nos exhibe las peores miserias a las cuales pueden degradarse los seres humanos.

Nüremberg y los hechos allí juzgados no pueden ser olvidados, deben ser permanentemente recordados para evitar la ausencia de pensamiento, que es, en definitiva, lo que “banaliza” estos hechos en el sentido que lo expone ARENDT.

Allí se enjuiciaron hechos que produjeron uno de los mayores –si no el mayor– genocidios de la historia, pero también se enjuició el ciego fanatismo ideológico, la miseria de la ambición humana, el terror ignorante hacia lo diverso y la cobardía de quienes advirtiendo lo que ocurría, nada hicieron. Así lo señala PRIMO LEVI cuando también pone al pueblo alemán frente al espejo y se refiere a los grandes culpables, pero también a los que creyeron y a los que, no creyendo, callaron.

Es cierto que el derecho solo nos requiere que lo cumplamos. No nos pide que seamos héroes, pero estoy convencido que hay muchas veces en las que se deben realizar actos heroicos o supererogatorios.

## § 2. **LA RAÍZ DEL PROBLEMA**

La lucha por el poder, la imposición de las ideologías y el derecho como una espada de doble filo para controlar o concretar ambas han ocurrido a lo largo de toda la historia de la humanidad, pero creo que, durante el siglo xx, y como consecuencia de los impactos y desastres producidos por la Primera y la Segunda guerras mundiales es donde más fuertemente se desarrollaron teorías destinadas a establecer el control del derecho a través de las ideologías o que, por el contrario, esforzaron por contener las ideologías a través del derecho. Pero lo más grave de todo es que no solo hablamos de teorías, sino que la humanidad sufrió inmensamente sus consecuencias.

Con la caída de la República de Weimar, y el advenimiento del nacionalsocialismo en 1933, surge una concepción distinta del Estado entendido no tanto como una comunidad de leyes, sino como una comunidad del pueblo fundada sobre la sangre y la raza.

De esta manera se subvirtió totalmente el principio de control jurídico constitucional propuesto en su momento por HANS Kelsen, puesto que no correspondía a los jueces controlar las decisiones políticas con instrumentos jurídicos sino que, por el contrario, las normas pasaron a ser controladas sobre la base de una ideología política: el juez era considerado como un representante de esa comunidad viviente y por lo tanto debía atenerse más que a las leyes a los principios y las directrices de quien encarna el espíritu de dicha comunidad (el llamado *Führerprinzip*)<sup>2</sup>.

Las ideas opositoras a la República de Weimar, aun antes de que Hitler fuera designado canciller, fueron especialmente sostenidas por CARL SCHMITT, quien en el año 1928 publicó su teoría de la Constitución, en donde efectuó un análisis jurídico sistemático de la constitución de Weimar, a la cual culpaba de sostener un liberalismo neutralizador y debilitador del Estado, que no permitía solucionar los problemas de la democracia de masas, ya que la fuente del parlamentarismo democrático se hallaba en el caduco método de gobierno burgués<sup>3</sup>.

Por ello, SCHMITT sostenía que el principio que debía regir la democracia no es el pluralismo o la libertad sino la igualdad, principio que debe prevalecer por sobre los conceptos liberales de discusión y publicidad.

Se suele decir que la desilusión de SCHMITT respecto del sistema parlamentario y sus debilidades fue al menos uno de los motivos que lo instaron a formar parte del nacionalsocialismo. Con esta visión escribió su artículo *El führer protege al derecho*, publicado en el año 1934 en donde se consolida la afirmación del control del derecho por el poder político al señalar que “el Führer protege al derecho” de los peores malos usos cuando frente a la visión del peligro, con la fuerza de su poder de conducción como máxima fuente jurídica, crea el derecho. El verdadero conductor también es, siempre, juez. Esta atribución surge de la esencia de su función de conducción<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> FASSÓ, *Historia de la filosofía del derecho*, t. 3, p. 258.

<sup>3</sup> SCHMITT, *Leben und Denken*.

<sup>4</sup> KUNZE, *Aufsätze: Rezension “Carl Schmitt”*, <http://kunze.ahnenforschung.net>.

Por ello, SCHMITT construyó una teoría del Estado sobre el presupuesto de “lo político” que se manifiesta en la pura voluntad de la categoría fundamental “amigo-enemigo”, de donde deriva un decisionismo político que parte de la identificación del Estado y el pueblo, para llegar a la conclusión de que el derecho procede del Estado<sup>5</sup>.

### § 3. *LA VISIÓN EGOLÓGICA*

La egología de CARLOS COSSIO aborda innumerables aspectos de la teoría y de la filosofía jurídicas desde una perspectiva fenomenológica, existencial, y por sobre todas las cosas, con un profundo sentido humanista.

Es nuestra intención valernos de la “lupa egológica” para examinar Nüremberg desde dos aspectos a los que COSSIO prestó especial atención: los valores jurídicos y la función de quien juzga.

Es sabido que en la teoría de COSSIO el valor desempeña un papel constitutivo para el objeto cultural: el valor es precisamente lo que permite caracterizar un objeto cultural pues le confiere sentido al sustrato material que lo compone. El sentido se interrelaciona con el sustrato a través del método “empírico-dialéctico”. El derecho, como objeto cultural egológico se halla esencialmente vinculado al valor.

La importancia de la labor del juzgador se evidencia con gran claridad en la egología cuando COSSIO desarrolla lo que él llama “la experiencia jurídica”.

Comienza analizando el concepto kantiano de experiencia natural, que establece que la misma está integrada por dos elementos: una estructura lógica (que es formal y necesaria) y un contenido empírico (material y contingente).

Para COSSIO el derecho está en el mundo de la experiencia. Lo dice claramente cuando se refiere a la sentencia como punto central de la experiencia jurídica en su conocido libro *El derecho en el derecho judicial*. Allí expresa: “la sentencia como hecho de la experiencia jurídica es la conducta del juez, interfiriendo con la de las partes, con el sentido axiológico conceptualmente mentado en las normas procesales”. Pero aclara que sería un error pretender utilizar la estructura de la experiencia natural, ya que el derecho no es un objeto natural, sino cultural, y propone como elementos de la experiencia

<sup>5</sup> FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, “Schmitt, Carl”.

jurídica una estructura lógica (que es formal y necesaria), una valoración jurídica (material y necesaria) y un contenido dogmático (material y contingente).

Estructura, valoración y contenido material estuvieron presentes en los juzgamientos de Nüremberg. La estructura fue el proceso, el debate que permitió el tránsito del sustrato al sentido, el contenido material fueron los hechos que constituyeron ese sustrato fáctico, el sentido de cada uno de los casos juzgados fue asignado por el órgano decisor.

Ese sentido, y las consecuencias de la decisión (más allá de los argumentos y fundamentos proporcionados puntualmente en cada caso) pueden analizarse a la luz de la axiología egológica, que resalta el carácter de “alteridad” que poseen los valores jurídicos.

La alteridad tiene un sustento profundamente humanista ya que está dada por el hecho de que lo jurídico no se refiere nunca a alguien aislado, sino que, por el contrario, siempre va a implicar la conducta de dos o más personas en interrelación.

Por lo tanto, los valores jurídicos son para Cossio valores coexistentes. Enumera siete: seis valores parciales (tres valores fundantes, tres valores fundados, acompañados todos ellos por otros tantos “disvalores”, o valores opuestos) y un valor totalizador que es la justicia.

Los seis valores parciales se dan de acuerdo con las diferentes maneras en las que aparece “el otro” interfiriendo en la conducta, o, dicho en otras palabras, por las diversas formas en que se presenta la coexistencia.

Hagamos un ejercicio de imaginación y tratemos de representarnos qué es lo que ocurrió con cada uno de estos valores y disvalores egológicos en los diversos planos coexistentes en el contexto del nazismo.

La primera modalidad es la coexistencia como circunstancia, es decir, cuando la otra persona se presenta frente a mí circunstancialmente, interfiriendo en mi conducta como un mero hecho, como una incógnita riesgosa.

Ante esta aparición del otro como circunstancia, se presentan dos posibilidades: o bien su presencia me ampara y me brinda seguridad, o me desampara infundiéndome inseguridad. En el primer caso se presenta el valor seguridad y en el segundo el disvalor inseguridad. La forma de evitar la inseguridad se logra previniendo el riesgo,

para atravesar la circunstancia insegura de la forma menos riesgosa posible o directamente sin riesgo. Aquí es donde se presenta el valor orden.

Tanto el valor seguridad como el disvalor inseguridad son de "autonomía", porque se radican en la existencia individual. En cambio, el orden no es un valor que el individuo lleve a la sociedad, sino que es la sociedad en su conjunto la que la impone a cada uno de sus integrantes. Por eso se trata de un valor de "heteronomía".

Por ello, Cossio explica que el valor de heteronomía orden también presenta un disvalor, pero este no se da por defecto, sino por exceso: la hipertrofia del orden provoca el ritualismo.

El otro plano de la coexistencia se presenta cuando el "otro" no es ya como una incógnita de riesgo, sino otra persona con la cual convivo. Esa coexistencia como convivencia puede darse en unión o en desunión. Cuando hay unión, la convivencia se desarrolla en el marco del valor paz, y cuando hay carencia de paz, surge el disvalor fundante discordia, que presenta al "otro" como un agresor. En cuyo caso acudimos al poder como valor de heteronomía, ya que nos permite encauzar el conflicto de convivencia. Pero el uso exagerado del poder más allá de lo necesario para superar la discordia, nos pone frente al disvalor opresión, como vemos, también adviene por exceso o hipertrofia del valor fundado.

El tercer y último plano coexistencial es el de la sociedad que comparte un destino común. Este compartir puede presentarse en forma asociante o disociante. En el primer caso estamos frente al valor jurídico solidaridad, y en el segundo caso nos hallaremos con el disvalor extranjería (o aislamiento, como solía llamarlo el profesor CUETO RÚA).

La solidaridad consiste en la participación del sujeto causando efectos en la suerte de los demás. Cuando esto no ocurre, los individuos se aíslan o separan del grupo. El aislamiento como disvalor fundante aparece como un déficit o carencia de solidaridad.

La recuperación de las relaciones perdidas por falta de solidaridad se logra gracias al valor de heteronomía cooperación, y como en los casos anteriores, cuando se produce una hipertrofia del valor fundado, surge un nuevo disvalor: en este caso, cuando el exceso de cooperación anula por completo la individualidad, el "yo", aparece el disvalor masificación.

Tengamos en cuenta que en este "plexo axiológico" que plantea la eología. Todos los valores jurídicos son importantes. Por eso no

están organizados en una jerarquía a la manera que los imaginaban MAX SCHELER o NICOLAI HARTMANN, sino que se presentan o “salen a escena” según el plano coexistencial de que se trate, como si fueran telones de fondo que suben o bajan de acuerdo con las necesidades.

La regulación o equilibrio de estos distintos planos se logra con la justicia, que según COSSIO es el valor que armoniza y totaliza a los valores jurídicos parciales. Ella es la que establece el lugar y la proporción adecuada para la concreción de cada uno de los valores parciales racionalizando al derecho (pues la “racionalidad” es una característica del ser humano).

Utilizando los tres modos del principio de razón suficiente (razón de esencia, razón de existencia y razón de verdad), COSSIO concluye que como razón de existencia la justicia es libertad, porque la existencia y la coexistencia del ser humano deben desplegarse libremente. Como razón de esencia la justicia es creación, porque la creación es la esencia de la libertad, por oposición al principio de necesidad. Como razón de verdad, la justicia es igualdad, porque lo igual se refiere a lo idéntico, y la identidad es el principio supremo de la razón. Pero COSSIO dice que solo las cosas pueden ser iguales. Los seres humanos son todos diversos, pero pueden “igualarse” a pesar de esas diferencias. Así, decide reemplazar la palabra igualdad por igualación.

En síntesis, COSSIO caracteriza a la justicia como la creación de igualaciones en libertad.

#### § 4. ***EL NAZISMO COMO “ANTIEGLOGÍA”***

Nada resume con mayor precisión el antihumanismo de la ideología nacionalsocialista que el libro *Mi lucha*, de ADOLFO HITLER. Cualquier página tomada al azar asombra y estremece. Muchas de sus frases resultan terriblemente agraviantes, así que no haremos mención a ellas, pero sí a esta en particular, que aparece en el capítulo XII: “La gran masa no es más que una parte de la naturaleza y no cabe en su mentalidad comprender el mutuo apretón de manos entre hombres que afirman perseguir objetivos contrapuestos. Lo que la masa quiere es el triunfo del más fuerte y la destrucción del débil o su incondicional sometimiento”. Esto fue escrito en el año 1924 y pareciera ser la “crónica de una tragedia anunciada”.

Nüremberg no hizo ni más ni menos que desenmascarar la barbarie que generaron y llevaron adelante seres humanos que no pensaron

en otros seres humanos como semejantes. La ideología nacionalsocialista destruyó los valores coexistenciales fundantes seguridad, paz y solidaridad, aplastando al individuo, pero también destruyó los valores coexistenciales fundados orden, poder y cooperación, destruyendo la cohesión social bajo la falsa imagen de una comunidad de raza. Eso sí, fue muy eficaz en el sostener los disvalores de inseguridad, discordia, aislamiento, ritualismo, opresión y masificación. Sobre esos disvalores construyeron su cultura ideológica en forma similar a la que BRECHT describe en su relato "Si los tiburones fueran seres humanos". Lo terrible es que no hubo aquí tiburones, sino solo y ni más ni menos que seres humanos.

No es nuestra pretensión abordar cuestiones procesales o de competencia de estos juicios. Sí nos interesa señalar que estos fueron un hito para que la humanidad se pusiera frente al espejo y entendiera que mantenerse en el camino de la justicia implica el respeto y la aceptación del otro admitiendo las diferencias. Lo único inadmisibles, innegociables, son los actos que atentan contra la vida y la dignidad de la persona. La vida y la dignidad no son derechos, son mucho más que eso, son presupuestos sin los cuales el derecho no puede existir.

Una visión coexistencial y humanista de lo que aconteció en Nüremberg va más allá de la perspectiva del positivismo dogmático o del iusnaturalista metafísico. Implica poner el derecho al servicio del ser humano.

Como dice NINO<sup>6</sup> sirve para despertar la conciencia dormida y exponer al conocimiento público este tipo de hechos, como una forma de superar las trampas del mal radical a través de una deliberación pública, lo cual es lo absolutamente opuesto al autoritarismo, y permiten no solo a las víctimas directas, sino a toda la humanidad, recuperar el respeto por sí misma.

Ese ha sido también el efecto no solo jurídico, sino más allá de lo jurídico, de los juicios a las juntas militares –a los que hará referencia otro de los expositores en este encuentro– y que realmente constituyen un hecho ejemplar y ejemplificador en nuestra historia, pues en este caso sí, indiscutidamente, un tribunal conformado en el contexto de un sistema democrático y republicano enjuició a los autores del genocidio que se produjo en la última dictadura militar en la Argentina.

<sup>6</sup> NINO, *Juicio al mal absoluto*, p. 227 y siguientes.

Nüremberg fue un primer gran paso porque nos puso a todos ante el espejo de lo que es capaz la degradación del ser humano. La humanidad puesta ante el espejo no es otra cosa que tomar conciencia nosotros mismos, de que no puede haber derecho sin los presupuestos de la vida y de la dignidad, y que los valores coexistenciales con la justicia como eje central humanizan al derecho.

La humanidad puesta ante el espejo es tener la capacidad y el valor de hacernos responsables de todos aquellos hechos que atentan contra estos presupuestos, ya que de no ser así ¿cuántos Nüremberg más pueden ocurrir? ¿A quiénes vamos a enjuiciar por las guerras étnicas y religiosas que actualmente se desarrollan en Oriente Medio? ¿A quienes vamos a responsabilizar por la existencia de un 50 % de personas pobres? ¿Quiénes serán juzgados por la violación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes de los cuales, según Unicef, cien mil millones sufrirán en el futuro la degradación ambiental? ¿Quién será juzgado porque África sea el continente al cual menos se han destinado vacunas contra el covid-19?

Todas las personas, pero muy especialmente las mujeres y los hombres del derecho tenemos la obligación de utilizarlo como un instrumento humanizado, por su carácter coexistencial, y racionalizado por la justicia.

Entonces, sí nos quedará la esperanza que se cumpla lo que señala JUAN B. ALBERDI y actualizamos nosotros a estos tiempos, cuando afirma que las guerras, y agregamos, y todos los actos que atenten contra la humanidad, serán más escasos a medida que la responsabilidad de sus efectos se haga sentir en aquellos que los causan<sup>7</sup>.

Cerramos con una frase de CARLOS COSSIO en su libro de poemas *Agua herrada*: "El eterno horizonte: ya que eres humano, que todo lo humano te interese; pues nuestra alma, sin sus miserias, no sería tan grande como lo es"<sup>8</sup>.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALBERDI, JUAN B., *El crimen de la guerra*, Buenos Aires, Cadal, 2020.  
COSSIO, CARLOS, *Agua herrada*, Buenos Aires, Emecé, 1964.

<sup>7</sup> ALBERDI, *El crimen de la guerra*, p. 83.

<sup>8</sup> COSSIO, *Agua herrada*, p. 97.

- FASSÓ, GUIDO, *Historia de la filosofía del derecho*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2018.
- FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 2012.
- KUNZE, KLAUS, *Aufsätze: Rezension “Carl Schmitt”*, <http://kunze.ahnenforschung.net>.
- NANCY, JEAN LUC, *La comunidad inoperante*, trad. J. GARRIDO WAINER, Santiago de Chile, Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, 2020.
- NINO, CARLOS S., *Juicio al mal absoluto*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2015.

## **RESEÑAS**



**LIBRO**

**WERNER GOLDSCHMIDT, *Filosofía autobiográfica. Meditaciones teórico-prácticas sobre la propia vida*** (Buenos Aires, Astrea, 2022)



**FLORENCIA VAZZANO\***

*Filosofía autobiográfica. Meditaciones teórico-prácticas sobre la propia vida* es una obra que fue escrita por WERNER GOLDSCHMIDT donde relata acontecimientos de su vida y su obra.

*Filosofía autobiográfica* permite no solo conocer y comprender la biografía de WERNER GOLDSCHMIDT, sino también pensar la importancia de la filosofía aplicada a nuestras vidas, a nuestro despliegue vital en un espacio y tiempo determinado.

Por su parte, WERNER GOLDSCHMIDT fue el creador de la teoría trialista del mundo jurídico, concepción tridimensional que entiende que el derecho se integra con tres elementos: la realidad social, las normas jurídicas y los valores. Es así que lo define como el conjunto de adjudicaciones compuestas por distribuciones y por repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), captados por normatividades (dimensión normológica) y valorados, tanto los repartos como las normatividades, por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión axiológica-dikelógica)<sup>1</sup>. GOLDSCHMIDT introdujo así una iusfilosofía de enorme riqueza conceptual y de suma relevancia para comprender el derecho tratando siempre de conectar las normas

\* Magíster en Derecho Privado por la Facultad de Derecho (UNR). Docente en la asignatura Teoría General del Derecho, Filosofía del Derecho, y Derecho de la Vejez, Facultad de Derecho (Unicen). Investigadora del Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales, Facultad de Derecho (Unicen). Correo electrónico: florencia.vazzano@der.unicen.edu.ar.

<sup>1</sup> GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 8 a 40.

jurídicas con la vida, de manera que siempre sean confrontadas con la realidad social, y a su vez, que tanto las normatividades como la realidad sean examinadas a la luz de un principio supremo de justicia que refiere a la concesión de un espacio de libertad necesario para el desarrollo personal de cada individuo<sup>2</sup>.

A través de *Filosofía autobiográfica* es posible conocer al autor, su pensamiento, su trayectoria académica, sus vicisitudes, el impacto de su teoría y el contexto en el que desarrolló su vida y sus ideas. En palabras del profesor CIURO CALDANI, para comprender una teoría es importante conocer la biografía de su autor y la perspectiva de su país y del mundo<sup>3</sup>.

La obra comienza con un "Estudio preliminar" a cargo de la profesora ALICIA PERUGINI ZANETTI, quien compartió diecinueve años como su alumna y como integrante de su cátedra, y quien además recibió los escritos que componen esta producción de manos del propio GOLDSCHMIDT a partir de 1974.

La profesora PERUGINI ZANETTI refiere que el lector que sienta vocación por la filosofía podrá encontrar a lo largo de la obra respuestas a muchas de las cuestiones filosóficas que GOLDSCHMIDT se plantea, y el lector que no es afecto a la filosofía hallará una minuciosa precisión de aspectos privados y públicos de su azarosa vida, transcurrida en Alemania, España y Argentina: Primera y Segunda Guerra Mundial, Guerra Civil Española, guerra de guerrillas y alrededor de una decena de golpes de Estado en Argentina.

En la introducción, GOLDSCHMIDT caracteriza a la filosofía autobiográfica, expresando: "La autobiografía al servicio de la filosofía no se agota en el *curriculum vitae* ni en las obras anteriores a la presente, sino que contiene a la presente obra con cuanto incluye, o sea, con todas sus meditaciones.

*Filosofía autobiográfica* implica meditaciones acerca de la propia vida. Las meditaciones son en primer lugar de índole teórica. Ello significa que estoy obligado a averiguar si mis experiencias personales

<sup>2</sup> CIURO CALDANI, *Lecciones de teoría general del derecho*, "Investigación y Docencia", n° 32, p. 33 a 76. Para su profundización y conocer la versión actualizada de la teoría trialista, véase CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*. Vale destacar que el profesor CIURO CALDANI ha sido quien se ha dedicado a continuar y desarrollar la iusfilosofía de su maestro Werner GOLDSCHMIDT, realizando valiosos aportes que la han enriquecido y actualizado.

<sup>3</sup> CIURO CALDANI, *Razones del trialismo (a Werner Goldschmidt, treinta años después)* "Investigación y Docencia", n° 52, p. 125 a 152.

no han sido compartidas igualmente por otros y si la humanidad ha elaborado criterios al efecto. Las meditaciones son en segundo lugar de índole práctica, tengo que elaborar valoraciones tanto de lo ocurrido en mi currículum como de las generalizaciones.

La filosofía autobiográfica se distingue de todas las filosofías hasta ahora desarrolladas por este requisito metodológico de la indicación del currículum como base empírica de la labor filosófica.

En la primera parte, titulada "Autobiografía sin filosofía" y bajo el título de "Las largas noches", GOLDSCHMIDT comienza relatando las etapas más importantes de su vida en Alemania, España y Argentina. En relación con Alemania cuenta: "nacé el 9 de febrero de 1910, en las últimas horas de la noche. El parto no fue fácil. Nací en Berlín, capital del imperio alemán de los Hohenzollern. Mis padres eran James GOLDSCHMIDT, que nació el 17 de diciembre de 1874, y Margarete Lange, nacida el 13 de marzo de 1883.

Pertenecíamos a la burguesía. Mis dos abuelos habían sido comerciantes de indudable éxito. Mi padre era un afanado jurisconsulto, Profesor titular de Derecho Penal y Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín. Mi madre había sido una de las primeras jóvenes que había alcanzado el bachillerato e iniciado sus estudios universitarios en el curso del entonces incipiente movimiento de la emancipación de la mujer.

Después del bachillerato y pese a mi pasión filosófica, decidí estudiar abogacía por estimar recomendable escoger una carrera nutricional, un 'estudio que da pan'.

El 31 de julio de 1931, hice en Berlín, en el Kammergericht, el examen de 'referendario', y pocos días después, el 1° de agosto, me doctoré en Hamburgo con una tesis sobre *La conciencia de la antijuridicidad con miras al delito del allanamiento de morada*. Empecé acto seguido mi trabajo en los tribunales".

En relación con el exilio de su país natal refiere: "El 30 de enero de 1933 la noche se cernió sobre Alemania, para oscurecer, seis años más tarde, el mundo entero. Poco tiempo después, el 12 de abril, cuando me encontré en el edificio de Landgericht, una ordenanza me comunicó la orden de un juez de nombre Kiel de que abandonara el tribunal hasta que recibiera nuevas instrucciones. Se me invitó por escrito a pedir mi renuncia, sugerencia que repudí. Luego las vergonzosas leyes de Nüremberg 'decantaban' a los funcionarios expulsando a quienes no fueses arios.

Respecto de España cuenta: "En el mundo hispano-americano, en el antiguo imperio de Carlos V, en el reino en el cual el sol jamás se ponía, iba a hallar en fin mi segunda y definitiva morada.

Todo este principio promisorio se cortó cuando el 18 de julio de 1936 estalló la Guerra Civil Española.

El 17 de abril de 1937 me casé con DOLORES SÁNCHEZ DE RON ALCÁZAR. El casamiento religioso no pudo llevarse a efecto de modo público ya que el culto católico estaba perseguido.

También me dolió dejar España sin haber realizado una obra científica digna de mención, toda vez que la sucesión de guerra civil y guerra mundial habían obstaculizado todo trabajo científico provechoso. Comencé, por ello, la elaboración de mi *sistema y filosofía del derecho internacional privado*. Cuando lo había terminado me llegó una invitación de la Universidad Nacional de Tucumán, cuyo rector era Horacio Descole, para enseñar Derecho Internacional Privado en aquella universidad.

Respecto de Argentina, GOLDSCHMIDT destaca dos etapas, la primera en Tucumán: "En los primeros días de abril 1949 llegamos a Buenos Aires. Pocos días al llegar al país me presente en Tucumán, el nuevo lugar de mi vida. Pasé en aquella provincia diez años. La segunda etapa en Buenos Aires: trasladé mi domicilio de Tucumán a Buenos Aires, donde vivo a partir de abril de 1959, en la calle Alsina 960. La *Suma del derecho internacional privado* pudo salir en 1961, en una segunda edición. No obstante, el centro de mi actividad se había centrado en el campo de la filosofía jurídica. Elaboré, poco a poco, a través de las cuatro ediciones de mi *Introducción al derecho*, de las cuales la última salió en 1973 en la editorial Depalma, toda una doctrina iusfilosófica que denominaba 'teoría trialista del mundo jurídico'".

En la segunda parte de la obra, titulada "Autobiografía como filosofía", GOLDSCHMIDT distingue entre *cuero*, *alma* y *espíritu*: "Cuando hablamos de cuerpo no nos referimos al objeto de la anatomía, fisiología, medicina, etc., sino a las sensaciones corporales, o sea a aquellas sensaciones que no solo poseen una localización corporal, sino que son igualmente vividas como localizadas en distintas partes del cuerpo o en el cuerpo en general (hambre, sexo, dolores corporales, sueño, etc.). El alma comprende sentimiento y voliciones, más sus elementos intelectuales. El espíritu a su vez encuadra los pensamientos que reclaman vigencia objetiva mundanal".

Luego, refiere a las *relaciones humanas*, allí se expresa en relación al parentesco: “Mi padre James y mi madre Margarita pertenecían a la burguesía judía de Berlín. Mi madre fue una de las primeras jóvenes que cursó la totalidad de la enseñanza secundaria, aprobando el bachillerato y que empezó el estudio de la economía, que no terminó por celebrar matrimonio con mi padre. En aquella época, anterior a la Primera Guerra Mundial, reinaba en Alemania lo que más tarde, a la contraluz siniestra del hitlerismo, se llamaba un ‘antisemitismo discreto’. Un judío podía llegar a ser docente, incluso profesor extraordinario, lo que no solía ocurrir era que llegara a la titularidad de una cátedra. En efecto, mi padre no fue nombrado profesor titular ordinario sino después de la Primera Guerra Mundial.

La relación paterno filial comprende la educación, la enseñanza y el compañerismo. La educación era principalmente tarea de mi madre. La razón no estaba, como suele ocurrir en estos casos, que mi padre trabajaba fuera de casa, sino que aun dentro de casa estaba completamente absorbido por sus ocupaciones. Toda la organización de nuestro hogar giraba en torno al trabajo de mi padre: proporcionarle quietud y despreocupación era el fin sobresaliente de nuestra vida.

Si la educación se vinculaba a la figura de mi madre, la enseñanza giraba en torno a la personalidad de mi padre. Mi hermano mayor y yo estudiamos abogacía, la mayor parte de los semestres en Berlín, y era inevitable que nuestras carreras se iniciaran en las sombras del poderoso y frondoso árbol paternal. Aunque mi padre había sido formado en el entonces imperante unidimensionalismo normológico, incursionó en las dos dimensiones restantes del mundo jurídico.

Los cuatro hermanos nos dividíamos en dos grupos: Roberto y yo, por un lado, separados por tres años, pero unidos por una habitación común, y Víctor y Ada, por el otro lado, alejados el uno de la otra por cinco años y alojados igualmente, mientras que parecía decente, en un solo ambiente.

Clasificando las relaciones humanas por afinidad de acuerdo a su intensidad decreciente, podemos aventurarnos a proponer la siguiente graduación: la pareja, la amistad, los discípulos, los alumnos, los compañeros, los colegas y los vecinos”.

Con posterioridad, bajo el título de “Espíritu: aprendizaje y enseñanza”, GOLDSCHMIDT alude a su formación escolar, media y universitaria.

En esta parte se adentra en su teoría trialista del mundo jurídico de la siguiente manera: “Intenté convertir este programa tridimensional en una verdadera teoría trialista construyendo todos y cada

uno de los problemas jurídicos de manera triple, mediante un enfoque social, normológico y dikelógico. A este efecto es menester elaborar tres ciencias jurídicas o sea tres jurísticas: una jurística sociológica diferente de la Sociología Jurídica, una jurística normológica diferente de la Lógica Jurídica y una jurística dikelógica diversa de la filosofía política. Los objetos de las tres jurísticas se entrelazan, en cuanto la realidad social, como conjunto de adjudicaciones de potencia e impotencia y el conjunto de normas, se valoran desde el punto de vista de la justicia”.

En el último capítulo de la obra, titulado “La política y el autor. Meditaciones de un emigrante”, GOLDSCHMIDT retoma los relatos de las tres etapas de su biografía (Alemania, España y Argentina), mostrando que la política atravesó toda su vida y lo convirtió en un emigrante forzado: “En Alemania pasé mi infancia, adolescencia y juventud dedicadas las tres totalmente a la educación propia y al aprendizaje. Estas épocas transcurrieron durante el régimen de la República de Weimar y de Bonn. Mis primeros ocho años vividos durante el imperio de los Hohenzollern no poseen peso en mi memoria y formación.

Asesinada la República de Weimar, juntamente con Walther Rathenau, empieza la gestación del Tercer Reich en 1925, con la primera elección del exmariscal de campo Von Hindenburg como presidente de la Nación, siguiendo en 1932 su reelección.

El 30 de enero de 1933 Hindenburg nombró canciller del Reich a Adolfo Hitler.

El 3 de julio de 1933 abandoné definitivamente el suelo alemán, cruzando la frontera helvético-germana en Basilea.

En España había caído la monarquía. El último monarca había sido Alfonso XIII.

En Alemania desperté al abandonarla. En España no aprendí en libros sino en la vida. *Vi el abismo entre las normas de todo tipo y la realidad.*

Por último, *capté la grandeza de la fuerza cuando está al servicio de la justicia.* La invasión de Sicilia, el desembarco en Normandía y la destrucción del Tercer Reich me llenaron con una satisfacción sin reservas, lo cual solo se siente cuando uno está totalmente identificado con una causa, lo que ocurre muy pocas veces en la vida.

En octubre de 1948 firmé en Madrid un contrato con la Universidad Nacional de Tucumán que me obligaba a hacerme cargo de la enseñanza de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho.

Llegué durante la primera presidencia de Perón, que había subido al poder el 4 de junio de 1946.

Tanto en Alemania, como en España, como en Argentina había presenciado cambios fundamentales en apariencias similares.

Es preciso distinguir “hacer política y “ser político”. Hacer política consiste en repartir potencia e impotencia.

El político busca y defiende al poder que consiste en la fuerza de llevar a cabo repartos autoritarios.

Aunque, por ende, la vida me ha obligado como a todo el mundo a *hacer política*, nunca he sentido la más ligera inclinación de *ser político*. Prefiero al mundo de los hombres el campo de las ideas”.

### **BIBLIOGRAFÍA**

- CIURO CALDANI, MIGUEL A., *Lecciones de teoría general del derecho*, “*Investigación y Docencia*”, n° 32, p. 33.
- *Razones del trialismo (a Werner GOLDSCHMIDT, treinta años después)* “*Investigación y Docencia*”, n° 52, p. 125.
- *Una teoría trialista del mundo jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2020.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1995.



## NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

### A) SOBRE LAS SOLICITUDES DE PUBLICACIÓN

La revista Ideas & Derecho publica trabajos de investigación originales e inéditos, relacionados con las especialidades de Teoría Jurídica, Filosofía del Derecho, Filosofía Política y Filosofía Social. Abarca todas las escuelas de pensamiento y ciencias conexas. Los interesados en publicar en esta revista pueden enviar: a) *Estudios*: trabajos de investigación, artículos monográficos, de revisión, aportes teóricos o metodológicos y ponencias presentadas en eventos; b) *Diálogos y ensayos*: entrevistas a personalidades referidas a la especialidad y ensayos –reflexiones libres de los autores– que deberán demostrar claridad conceptual y coherencia argumentativa; c) *Reseñas*: Las reseñas podrán ser textos críticos o informativos referentes a libros, fallos o legislación.

### B) ESTILO Y ESTRUCTURA DE LAS PUBLICACIONES

#### § 1. PAUTAS EDITORIALES GENERALES, PARA TODO TIPO DE CONTRIBUCIÓN

- a) *Idioma*: se admitirán trabajos escritos en castellano, portugués e inglés.
- b) *Formato de envío*: los trabajos deberán realizarse en procesador de texto con la extensión .doc o similares y enviarse por correo electrónico a [ideasyderecho@aafder.org](mailto:ideasyderecho@aafder.org).
- c) *Tipografía*: fuente Times New Roman, 12 pts.; notas al pie, 10 pts.
- d) *Márgenes*: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- e) *Interlineado*: cuerpo principal y notas al pie 1,5 líneas.
- f) *Alineación*: texto completo justificado.

#### § 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El estilo de citación de la revista Ideas & Derecho tiene como base la norma internacional ISO 690:12<sup>a</sup> ed. 1987, con las adaptaciones que se detallan a continuación. Para las referencias bibliográficas se utiliza el método de *notas secuenciales a pie de página con bibliografía completa, citada al final (Bibliografía)*. En este sistema, cada vez que el autor quiera complementar el texto del cuerpo principal del trabajo con un texto secundario o la referencia a una fuente, debe insertar un número superíndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (<sup>1</sup>, <sup>2</sup>, <sup>3</sup>, [...]). Todas las citas bibliográficas a pie de página (de la primera a la última) se describirán en forma abreviada y en la bibliografía final, en forma completa. La bibliografía citada se registrará al final del texto, ordenada alfabéticamente por apellido de autor. Si dos o varias obras tienen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría francesa al inicio de cada obra. Se usará el guión largo o raya cuando se repitan los mismos au-

tores en la bibliografía final. Seguidamente, se indicará la forma de describir cada tipo de material de manera abreviada *En notas al pie* y de modo completo en la bibliografía final y se darán ejemplos.

a) *Libros*

*En notas al pie*

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra), si hay más de un autor se separa con guiones; título (en cursiva o bastardilla)<sup>1</sup>, sin subtítulos; tomo, volumen (si lo hubiere) páginas.

Ejemplos:

MIZRAHI, *Responsabilidad parental*, p. 98.

NAUCKE - HARZER, *Filosofía del derecho*, p. 154.

AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 21 a 78.

*En la Bibliografía final*

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título y subtítulo (en cursiva o bastardilla). Agregar solo el subtítulo principal. *No describir el contenido de la obra, que muchas veces aparece debajo del título o del subtítulo propiamente dicho*; n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas en el Anexo 1; labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función<sup>2</sup>, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

MIZRAHI, MAURICIO L, *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

NAUCKE, WOLFGANG - HARZER, REGINA, *filosofía del derecho*, trad. L. BROND, Buenos Aires, Astrea, 2007.

AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

b) *Parte de libro (capítulo, sección o párrafo completo de obra de más de un autor y donde se especifica quién escribió cada parte):*

*En notas al pie*

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s (del director/editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); tomo o volumen (si lo hubiere), y número de páginas.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, *Informática jurídica decisoria*, p. 191 a 211.

KLAMI, "Res ad ethicam venit", en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 17 a 36.

*En la Bibliografía final*

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s,

<sup>1</sup> Un título puede tener un subtítulo principal o destacado y otras informaciones sobre el título. El subtítulo propiamente dicho es una frase que suele acompañar y detallar o especificar al título; habitualmente figura en la portada en una tipografía más pequeña o diferenciada.

<sup>2</sup> Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); si reviste alguna jerarquía especial, consignarla abreviada entre paréntesis (director, coordinador, editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similitud: abreviatura de la función<sup>3</sup>, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, GLADYS S., “Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito”, en GUBOURG, RICARDO A. (dir.), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

KLAMI, HANNU, “Res ad ethicam venit”, en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

#### c) *Artículo de revista*

##### *En notas al pie*

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) y sin subtítulo. Si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista o vol., o n° o si no dispone de esa numeración, mes abreviado<sup>4</sup> y año de publicación en arábigos; números de páginas.

Ejemplos:

ALEXY, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático*, “Derechos y Libertades”, año V, n° 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, n° 9, p. 944 a 947.

##### *En la Bibliografía final*

Autor: apellido/s (en fuente versales), nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título del artículo: con subtítulo (en cursiva o bastardilla); título de la revista: con subtítulo (entre comillas). Si es conocida por su sigla o abreviatura ella va en cursiva, sin comillas; datos de publicación: año de la revista o vol. o n°, fecha de publicación (año o mes y año), páginas.

Ejemplos:

ALEXY, ROBERT, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático*, “Derecho y Libertades”. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid”, año V, n° 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, Año 20, n° 9, oct. 2013, p. 944 a 947.

#### d) *Libros y documentos publicados en internet*

##### *En notas al pie*

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

<sup>3</sup> Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

<sup>4</sup> Ver Anexo 4, Tabla de abreviaturas de meses del año en: <http://www.aafder.org/>.

*En la Bibliografía final*

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función<sup>5</sup>, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona (si la hubiere); datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año; URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, Buenos Aires, Clacso, 2012, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

e) *Artículos de revistas publicados en internet*

*En notas al pie*

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) sin el subtítulo si lo tuviere. Si es conocida por su sigla o abreviatura, las iniciales van en cursiva o bastardilla: URL o DOI (Digital Object Identifier); si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, <http://estudiosdel-desarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, *Elder Law*, "Ageing International", DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

*En la Bibliografía final*

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla), con subtítulos; título de la revista (entre comillas) con subtítulos; si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista o vol. o nº, fecha de publicación (año o mes y año), páginas (si lo hubiere); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, ERAMIS, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, "Observatorio del desarrollo", vol. 1, nº 4, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, M. ISOLINA, *Elder Law. A need that emerges in the course of life*, "Ageing International", sep. 2013, DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

f) *Congresos, conferencias, simposios, u otras reuniones o eventos académicos*

Las conferencias publicadas como libro o artículos de revistas deben registrarse según las reglas para esos tipos de fuentes. El resto de los materiales presentados en eventos académicos debe registrarse según la siguiente fórmula:

*En notas al pie*

Autor de la ponencia o "paper": apellido/s en fuente versales; título de la ponencia o "paper" (entre comillas); número y nombre del congreso o evento: antecedido por la frase "presentado en" (en cursiva o bastardilla); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet, agregar el URL de la ponencia.

<sup>5</sup> Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

*En la Bibliografía final*

Autor de la ponencia, “paper”: apellido/s en fuente versales, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título de la ponencia, o “paper”, etc. (entre comillas); número y nombre del congreso o evento, etc., antecedido por la frase “presentado en”, lugar y fecha de realización del evento (ciudad del evento, día, mes abreviado según Anexo 4, y año en números arábigos); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre “Verdad, Justicia y Derecho”, Ushuaia, 1 a 3 oct. 2015, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

g) *Jurisprudencia*

Los fallos se citan solo en notas al pie, teniendo en cuenta la tabla de abreviaturas de títulos de revistas y bases de datos jurídicas y la tabla de abreviaturas de organismos del Poder Judicial (ver Anexos 5 y 6 respectivamente).

*En notas al pie (para todo tipo de Tribunal)*

Tribunal (si no es nacional, indicar de dónde es el juez), lugar de la jurisdicción, sala o secretaría (si corresponde); fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en caso de corresponder, título de revista impresa o sigla, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplo:

CCivCom Mercedes, Sala II, 12/09/15, “Agüero, Carlos c/González, Arturo s/incidente de verificación”, *LLonline*, 2015-A-98.

*En notas al pie (para Fallos de la Corte Suprema Argentina).*

CSJN; fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de sentencias publicadas en la revista *Fallos* de la CSJN colocar únicamente, n° de tomo, : (dos puntos) y página. Si está publicado en alguna otra revista, colocar el *título de revista* impresa, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplos:

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *Fallos*, 312:986.

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *LL*, 1984-B-183.

h) *Legislación*

La cita de la legislación se registra en el cuerpo principal del texto entre paréntesis. Las leyes nacionales se citan por el número (v.gr., ley 11.723). Las leyes provinciales se citan indicando el número y la provincia (ley 10.000 de Santa Fe). Los decretos nacionales se citan por el número/año de vigencia (decr. 386/07). De tratarse de un decreto provincial, se citan por el número/año de vigencia y la aclaración de la provincia de que se trate (decr. 386/07 de Río Negro). En todos los casos, de ser un decreto anterior a 1920, se registran los cuatro números del año. En los demás casos referidos a disposiciones normativas de menor jerarquía, se indica la clase de fuente legal, seguido de la sigla del organismo que la dictó y el número/año (res. IGJ 7/15; ord. munic. 6287/96 CD de Rosario). En el caso de la legislación extranjera, se utiliza el mismo mecanismo, pero se adiciona el nombre de la ley, decreto, etc., desarrollado y con iniciales en mayúsculas.

## § 3. INCLUSIÓN DE IMÁGENES Y TABLAS

Dentro del texto principal del trabajo solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos en formato \*.jpg.

## § 4. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA ESTUDIOS

Los estudios no podrán exceder de los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Este tipo de contribuciones deberán incluir: título, subtítulo, si así lo requiere; resumen y palabras clave. El título deberá ir en mayúsculas, el resumen tendrá un máximo de mil (1.000) caracteres con espacios, y se registrarán cinco (5) palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave deberán figurar en tres idiomas: español, portugués e inglés. Secciones, subsecciones y párrafos: en caso de corresponder, los títulos de las secciones del artículo deberán estar escritos en negrita y centrados al ancho de la página, listados en letras mayúsculas (A, B, C). No colocar una Sección A si no hay al menos una Sección B.

Los títulos de las subsecciones, que excepcionalmente correspondan, deberán estar escritos en letra negrita y centrados al ancho de la página, numerados por números arábigos (1, 2, 3). La numeración de las subsecciones comienza en 1 para cada sección. No colocar una subsección 1 si no hay al menos una subsección 2. Los párrafos son la unidad temática básica. Deberán estar en letra cursiva o bastardilla y negrita, listados en forma sucesiva a lo largo de todo el texto del artículo, independientemente de que pertenezcan a distintas secciones o subsecciones (§ 1, § 2, § 3).

## § 5. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Los diálogos y ensayos no podrán exceder los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Los artículos de esta sección, en el caso de corresponder, deberán seguir las pautas de citación indicadas en el § 2. Referencias bibliográficas.

## § 6. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA RESEÑAS

Las reseñas pueden referirse a publicaciones, jurisprudencia, legislación y eventos. Los textos no deberán superar los 10.000 caracteres (con espacio).

## C) ENVÍO DE LAS CONTRIBUCIONES

## § 7. MODO DE REMISIÓN

Para garantizar el cumplimiento de las pautas de evaluación del sistema “doble ciego”, los trabajos deben ser enviados en un archivo electrónico en formato .doc o similares, nombrado con las tres (3) primeras palabras del título, y *sin la identificación del autor*. Su nombre y apellido, pertenencia institucional, cargos y datos de contacto, deberán enviarse en otro archivo con extensión .doc y encabezado con el apellido del autor seguido de las tres (3) primeras palabras del título.

## § 8. CORREO ELECTRÓNICO

Las contribuciones, ajustadas a las pautas editoriales referidas, deben dirigirse por correo electrónico a [ideasyderecho@aafder.org](mailto:ideasyderecho@aafder.org).

Ver pautas completas y anexos en el sitio web de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho: <http://www.aafder.org/>

## DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Sres. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

At.: Revista Ideas & Derecho

Ref. Autor/a del artículo [...] [...] [...] . /Título del artículo [...] [...] [...]

De mi mayor consideración:

Por medio de este documento, dejo constancia de que soy autor/a originario/a del trabajo que ofrezco para su posible publicación en la revista Ideas & Derecho de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están correctamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las citas bibliográficas al pie y en la bibliografía final.

Por lo antepuesto, asumiré cualquier reclamo relacionado con derechos de propiedad intelectual, del material aquí ofrecido, eximiendo de responsabilidad a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Además, dejo constancia de que este artículo no ha sido presentado para su publicación en otra revista, obra monográfica, ni bajo ninguna otra forma.

En caso de que el artículo ofrecido sea aprobado para su publicación, como autor/a y propietario/a de los derechos de autor autorizo de manera ilimitada en el tiempo a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho para que incluya dicho texto en la revista Ideas & Derecho, para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, internet o cualquier otro conocido o por conocer, por sí o por un tercero autorizado por ella.

Como única contraprestación por la presente autorización, declaro mi conformidad de recibir dos (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

Se firma esta declaración a los [...] días, del mes de [...], del año [...], en la Ciudad de [...]

Nombre/s y apellido/s del autor/a, firma, número de documento de identidad, teléfonos, domicilio particular y correo electrónico.



# CONTENIDO

## ESTUDIOS

**Florencia Ratti Mendaña**

Precedente: estabilidad vs. cambio

**José A. Santos**

Memoria colectiva y derechos humanos en relación con las vidas indignas de ser vividas

**Daniela Bardel**

El diálogo de fuentes: un análisis desde la teoría trialista del derecho

**Sergio Raponi**

El lado B de “Rosza”. ¿Deben los jueces tener en cuenta las consecuencias?

## DIÁLOGOS Y ENSAYOS

**Carlos E. Pettoruti**

Ante el espejo Nüremberg a la luz de la egología existencial

## RESEÑAS

**Florencia Vazzano**

Libro: GOLDSCHMIDT, WERNER, *Filosofía autobiográfica. Meditaciones teórico-prácticas sobre la propia vida* (Buenos Aires, Astrea, 2022)

**Asociación Argentina de Filosofía del Derecho**

San Martín 569, piso 5º, ofic. “12”

(C1004AAK) Ciudad de Buenos Aires, Argentina

Tel. (+54 11) 4393-5358, E-mail: [info@aafer.org](mailto:info@aafer.org)

[www.aafer.org](http://www.aafer.org)

ISSN 2314-0321



9 772314 032008