

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 16 | 2018 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



IDEAS & DERECHO

Nº 16 | 2018 | Buenos Aires



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° 16, diciembre 2018

© 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 - URL: <http://www.aafder.org/ideasderecho/>

© 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, y fue impresa en Prosa-Amerian, en la segunda quincena de diciembre de 2018.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

PRESIDENTE

Juan Pablo Alonso

VICEPRESIDENTE

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

SECRETARIA

María Gabriela Scataglini

TESORERA

María Claudia Torrens

VOCALÉS TITULARES

Eduardo Barbarosch

Martín F. Böhmer

Hernán G. Bouvier

Jorge Eduardo Douglas Price

Diego Duquelsky Gómez

Juan B. Etcheverry

Daniel Alejandro Herrera

Eduardo Méndez

Claudina Orunesu

Alicia Enriqueta Carmen Ruiz

Rodolfo Vigo

VOCALÉS SUPLENTE

Eugenio Bulygin

Carlos Cárcova

María Isolina Dabove

Eduardo Quintana

REVISORES DE CUENTAS

Eloy Emiliano Suárez (titular)

Luciano Laise (suplente)

REVISTA IDEAS & DERECHO

DIRECTORES GENERALES

Juan Pablo Alonso (UBA) - Jorge Douglas Price (UNComa)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Natalia V. Gutierrez (UBA)

Diego Luna (UBA)

COMITÉ EDITORIAL

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Claudina Orunesu (UNMdP)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

María Gabriela Scataglini (UBA)

Eduardo Soderó (UNL)

María Claudia Torrens (UNR)

CONSEJO ACADÉMICO

Robert Alexy (Alemania)

Javier Ansuátegui Roig (España)

Manuel Atienza (España)

Andrés Botero Bernal (Colombia)

Eugenio Bulygin (Argentina)

Juan Ramón Capella (España)

José Calvo González (España)

Carlos Cárcova (Argentina)

Mario Chaumet (Argentina)

Miguel 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

Gabriel Ávila	
Iusnaturalismo y complejidad	1
Gianella Bardazano Gradín	
Disposiciones interpretativas y contienda por el sentido	21
Federico De Fazio	
Teoría de los principios. Avances y problemas	43
Eduardo Esteban Magoja	
Derechos fundamentales, dignidad y filosofía ambiental en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	73

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Jeremy Waldron	
El valor distintivo de la dignidad humana	103
Mariano Garreta Leclercq	
<i>Laudatio</i> académica a Jeremy Waldron	123

RESEÑAS

Florencia Vazzano	
Libro: ANDRUET (H.), ARMANDO SEGUNDO (dir.), <i>Ética judicial</i> , Buenos Aires, Astrea, 2016	137
Normas de publicación para los autores	147
Declaración de originalidad	155

ESTUDIOS

IUSNATURALISMO Y COMPLEJIDAD*

GABRIEL ÁVILA**

Resumen. Partiendo de la tesis de que no todos los modelos teóricos jurídicos asumen la noción de complejidad, el presente trabajo pretende demostrar argumentativamente la articulación existente entre la teoría iusnaturalista y el concepto de complejidad como elemento configurativo del mundo jurídico. En esa línea de trabajo se ponen en relación algunos postulados o tesis sostenidos por corrientes de pensamiento o autores de matriz iusnaturalista con el “entramado o tejido junto” de lo cual dá cuenta la idea de “complexus”. Para ello se analizan cuestiones como el proceso de comprensión, la noción de Derecho, la teoría interpretativa, la no insularidad del fenómeno jurídico, entre otras, para terminar concluyendo que el iusnaturalismo, en tanto posicionamiento jurídico, político y moral, asume en sus principales postulados la complejidad constitutiva de la práctica social denominada Derecho.

Palabras claves: iusnaturalismo, complejidad, comprensión, interpretación, derecho.

IUSNATURALIST THEORY AND COMPLEXITY

Abstract. Starting from the thesis that not all legal theoretical models assume the notion of complexity, this paper in-

* Recepción: 27/8/18; evaluación: 18/11/18; aceptación: 23/11/18.

** Abogado (UCSE). Especialista en la Enseñanza de la Educación Superior (UCCuyo). Vicedecano de la Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas (UCSE). Profesor titular de “Filosofía del Derecho” e “Introducción al Derecho” (UCSE). Docente de posgrado (UCSE y UNR). Correo electrónico: gabriel.avila@ucse.edu.ar

tends to demonstrate argumentatively the articulation between the iusnaturalist theory and the concept of complexity as a configurative element of the legal world. In this line of work, some postulates or theses sustained by currents of thought or authors of an iusnaturalist matrix are related to those sustained by complexity. To this purpose, issues such as the process of understanding, the notion of law, the interpretative theory, the non-insularity of the legal phenomenon, among others, are analyzed to conclude that the iusnaturalism, as a legal, political and moral position, assumes in its main postulates the constitutive complexity of the social practice called Right.

Keywords: iusnaturalism, complexity, understanding, interpretation, law, rights.

IUSNATURALISMO E COMPLEXIDADE

Resumo. Partindo da tese de que não todos os modelos teóricos jurídicos assumem a noção de complexidade, este trabalho quer demonstrar argumentativamente a articulação existente entre a teoria iusnaturalista e o conceito de complexidade como elemento configurativo do mundo jurídico. Nessa linha de trabalho se arrumam relação alguns postulados ou teses sustentados pelas correntes do pensamento ou autores de matriz iusnaturalista com a “estrutura ou tecido junto”, o que dá conta da ideia de “complexus”. Por isso se analisam questões como o processo de compreensão, a noção de Direito, a teoria interpretativa, o não insularidade do fenômeno jurídico entre outras, para acabar concluindo que o iusnaturalismo com o posicionamento jurídico, político e moral, assume nos seus principais postulados a complexidade constitutiva da prática social chamada Direito.

Palavras-chave: iusnaturalismo, complexidade, compreensão, interpretação, direito.

§ 1. *INTRODUCCIÓN*

En términos generales escribimos acerca de aquellos temas que –de un modo u otro– nos interpelan, nos interrogan y precisamente por ello los abordamos con la finalidad de encontrar respuestas. Este es uno de esos casos. El presente desarrollo de ideas posee la intencionalidad de poner en relación la teoría iusnaturalista en tanto posicionamiento jurídico, moral y político (asumiendo la di-

versidad de autores y líneas de pensamiento existentes hacia su interior), con la noción de complejidad. Llevar a cabo este cometido implica, como instancia inexcusable y preliminar, intentar precisar qué significación y alcance se dará, en el contexto de la presente comunicación, tanto a la expresión “iusnaturalismo” como a la de “complejidad”. Explicitadas que fueren estas cuestiones se analizarán las principales tesis de algunas teorías y autores que se inscriben en la línea de pensamiento iusnaturalista en miras a demostrar su articulación con la noción de complejidad. Se trata, en definitiva y sin mayores preludios, de intentar responder un interrogante medular: ¿assume el iusnaturalismo, en sus principales postulados, la categoría conceptual de complejidad? Los desarrollos que siguen procurarán demostrar, con fundamentación racional, que esta postura de asunción efectivamente se materializa en el marco de la teoría iusnaturalista.

§ 2. **HACIA UN CONCEPTO DE COMPLEJIDAD**

La noción de complejidad es analizada por EDGAR MORIN en su obra *Introducción al pensamiento complejo*¹ como una *metodología* para el estudio de diversos fenómenos inmersos en la complejidad, afirmando que “la palabra complejidad es una palabra problema y/o una palabra solución”².

¿Qué es entonces la complejidad? En una primera mirada, y en esta perspectiva de pensamiento, se trata en principio de un fenómeno cuantitativo, una cantidad extrema de interacciones e interferencias entre un número muy grande de unidades. Pero la complejidad no comprende solamente cantidades de unidades e interacciones que desafían nuestras posibilidades de cálculo, comprende también incertidumbres, indeterminaciones y fenómenos aleatorios. El filósofo francés la conceptualiza como: “un tejido (*complexus*: lo que está tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados: presenta la paradoja de lo uno y lo múltiple... es el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares que constituyen nuestro mundo... se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, lo inextricable, el desorden, la ambigüe-

¹ MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, p. 9.

² PAKMAN, “Introducción”, en MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, p. 14, nota 2.

dad, la incertidumbre... de ahí la necesidad para el conocimiento de poner orden en los fenómenos rechazando el desorden, de descartar lo incierto, es decir, de seleccionar los elementos de orden y de certidumbre, de quitar *ambigüedad, clarificar, distinguir, jerarquizar*³. El pensamiento complejo aspira al conocimiento multidimensional y articulado evitando la tentación de todo reduccionismo. En el marco de la complejidad todo objeto de conocimiento, cualquiera que él sea, no puede ser estudiado en sí mismo sino en relación con su entorno. Precisamente por ello, toda realidad (y la jurídica no es la excepción) es sistema. Se busca superar el principio de “holismo” (no ve más que el todo) y del “reduccionismo” (no ve más que las partes). El pensamiento complejo se propone analizar las partes en el todo y el todo en las partes; es capaz de unir conceptos que aparentemente se rechazan entre sí y que son desglosados y catalogados en compartimentos cerrados, insulares, por el pensamiento no complejo.

Todo esto no supone rechazar lo simple sino de verlo articulado con otros elementos, se trata de separar y enlazar al mismo tiempo. Se plantea el principio de relación entre el observador-conceptuador y el objeto observado, concebido. La complejidad implica, medularmente, asumir la pluralidad de dimensiones o instancias en toda realidad: cada una de ellas es decisiva, cada una de ellas es insuficiente para lograr una comprensión acabada del objeto o proceso. La noción de complejidad refiere a la capacidad de interconectar las múltiples y diferentes dimensiones de lo real. Ante la emergencia de hechos u objetos multidimensionales, interactivos y con componentes aleatorios y circunstanciados, el sujeto necesita desarrollar una estrategia de pensamiento que no sea reductiva ni totalizante, sino reflexiva. La complejidad representa al mundo como una gran red formada por delgados hilos que se entrelazan y relacionan. El pensamiento complejo tiene la pretensión de un conocimiento multidimensional, pero asume desde el comienzo que el conocimiento completo es imposible, precisamente porque uno de los axiomas de la complejidad es la imposibilidad incluso teórica de la omnisciencia. En definitiva, la complejidad puede ser entendida como un rasgo configurativo de toda la realidad, desde lo inanimado a lo viviente y desde lo humano a lo social. Es un entramado de dimensiones que se articulan y retroalimentan entre sí y en el que es posible distinguir y enlazar lo uno y lo múltiple.

³ MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, p. 32

§ 3. **LA TEORÍA IUSNATURALISTA**

Tal como ocurre hacia el interior de otras teorías jurídicas también en el iusnaturalismo se advierte una significativa diversidad y heterogeneidad de posicionamientos con relación a temáticas idénticas. Ante esta constatación solo nos resta intentar identificar aquellas tesis mínimas que constituyen el “núcleo duro” o el común denominador de cualquier teoría o autor que se consideren o puedan ser llamados iusnaturalistas. En este cometido estimamos que ellas son las siguientes: *a)* la existencia de un conjunto mínimo de principios de moralidad y justicia que resultan asequibles a la razón humanay que son constitutivamente universales; *b)* la existencia de un núcleo de juridicidad *per se* o *propio vigore* independiente de lo estatuido autoritativamente como Derecho; *c)* en íntima vinculación con la primera, la tesis de la conexión necesaria o conceptual entre Derecho y Moral de tal suerte que si aquello que se pretende crear como Derecho no respeta ese coto vedado o plexo de principios no habrá nacido como realidad jurídica, *d)* en consonancia con lo expresado precedentemente, la tesis de la armónica articulación y complementación entre Derecho Positivo y Derecho Natural, y *e)* la radical finalidad antropológica del fenómeno jurídico.

En esta instancia, y realizadas estas precisiones, corresponde avanzar en el desarrollo de aquellas tesis propiamente iusnaturalistas en las que, a nuestro juicio, se encuentra asumida la noción de complejidad como rasgo o característica constitutiva del fenómeno jurídico.

§ 4. **LA NOCIÓN DEL PROCESO DE COMPRENSIÓN EN CLAVE IUSNATURALISTA**

Un autor iusnaturalista como PEDRO SERNA afirma en relación con esta temática: “Ya se ha señalado que el proceso o acto de comprender no es autoconstitutivo de la totalidad del plexo que lo integra. Tanto el prejuicio como el texto son independientes del acto de comprender, aunque este los modifique y suponga para ellos una suerte de recreación”⁴.

En esta afirmación del profesor español subyacen algunas ideas centrales que, a su tiempo, nos servirán para fundamentar la articu-

⁴ SERNA, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, p. 130.

lación entre iusnaturalismo y complejidad: *a)* que en el proceso de comprensión no se verifica el modelo de separación entre objeto y sujeto; *b)* que la tesis anterior de modo alguno implica negar la existencia de una realidad independiente del sujeto que comprende; *c)* que esta realidad, en tanto comprendida, integra elementos heterónomos cuyo origen es el propio sujeto que comprende (pre-comprensiones), y *d)* que el texto comprendido se trata de un acto de objetivación del espíritu humano ontológicamente diferente del sujeto que comprende.

En este punto resulta relevante destacar, en buena medida siguiendo a GADAMER, que el acto de comprensión se encuentra inserto en el seno de la tradición y mediado, en todos los casos, por el lenguaje. Al configurarse de esta manera este comprender –que es simultáneamente un autocomprender– no se constituye como un acto individual y unidimensional, sino complejo, en razón de que la tradición, así como el lenguaje, resultan necesariamente transubjetivos. Llegados a este punto coincidimos con el profesor SERNA en el sentido de que todo lo hasta aquí desarrollado no es obstáculo para sostener la posibilidad de objetividad del conocer. En efecto, las inevitables pre-comprensiones, en tanto se tornen conscientes y se expliciten, son susceptibles no solo de ser superadas sino, además, de ser sometidas a un proceso de reflexión crítica y racional. Como ha escrito J. CRUZ: “La Historia, como tradición, es un nexo ontológico: no de continuidad de realidad, sino de continuidad de posibilitación... Ahora bien, esto significa que la tradición no es una simple entrega de estilos sino la entrega de un estilo posibilitante. Es necesario estar en un estilo; pero no necesariamente ese estilo, por ser transmitido, expresa un valor. Por lo primero somos necesariamente históricos; por lo segundo, queda afectada la Historia críticamente por los valores y por el control de la razón”⁵.

En sintonía con las ideas precedentes, KAUFMANN afirma que el proceso de comprensión de ningún modo autoconstituye su objeto de abordaje. Contrariamente a esto, cualquier tipo de conocimiento implica necesariamente la existencia de un “algo” susceptible de ser conocido, interpretado, comprendido. Como señala PEDRO SERNA⁶ se entiende ese “algo” “*en el sentido de realidad diferente del sujeto*

⁵ CRUZ, *Libertad en el tiempo. Ideas para una teoría de la historia*, p. 114 y 168.

⁶ SERNA, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, p. 132.

y del proceso mismo de comprender". En el ámbito específico del conocimiento y de la comprensión jurídicos postular la no existencia de este objeto-realidad transubjetivo implicaría sostener, sin más, el imperio de la irracionalidad, un discurso jurídico que se agota así mismo en la pura argumentación, sin referente ontológico alguno; un relato constructivista solo capaz de conducirnos al voluntarismo y a la subjetividad o intersubjetividad en sus expresiones más puras. Y una vez más resulta necesario insistir que instalar de manera inexcusable el proceso de comprensión en las coordenadas de la propia tradición (o eventualmente en otra diferente que será tomada como referente para contrastar y comparar unas con otras) no constituye óbice alguno para sostener la objetividad en el proceso del comprender. Esta tradición, en tanto bagaje heredado y transmitido, es la condición de posibilidad de todo conocimiento. Sin embargo, y muy por el contrario, no implica recepción acrítica y no reflexiva. Sostener esto último nos llevaría a la aporía de una tradición estática y sin vida. Muy lejos de este posicionamiento teórico lo que en estas líneas se afirma es la tesis de una tradición con la virtualidad configurativa de ser modificada, recreada, superada y, en algunos casos, dejada de lado a partir de un proceso de análisis crítico racional que tenga como referente último la persona humana y aquellos bienes que representan algunas de las dimensiones de la plenitud de aquélla.

Sostiene PAKMAN que "la mente humana si bien no existe sin cerebro, tampoco existe sin tradiciones familiares, sociales, genéricas, étnicas, raciales que⁷ solo hay mentes encarnadas en cuerpos y culturas". En este sentido, el auténtico desafío de la complejidad es el de generar un pensamiento complejo como metodología de acción cotidiana, sin importar el campo disciplinar de que se trate o el ámbito de nuestro quehacer profesional.

Una vez más compartimos las conclusiones del profesor SERNA cuando afirma: "En este sentido, un punto de vista hermenéutico como el que aquí se sostendría no equivale negar la existencia independiente de la realidad. Lo que se niega es que esta realidad este disponible como objeto puro, como un algo que yace ante un sujeto completa y directamente accesible para él, sin mediación de índole alguna. Dicho de otro modo, la hermenéutica contemporánea no es

⁷ PAKMAN, "Introducción", en MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, p. 9 y 10.

incompatible necesariamente con la ontología. En contra de esta posición, MASSINI CORREA, 'Hermenéutica clásica y objetivismo jurídico' en *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Bs. As., Ábaco, 1999, p. 126 a 136"⁸.

A nuestro juicio una conceptualización en clave hermenéutica del proceso de comprensión como la desarrollada en los párrafos precedentes resulta compatible con la asunción de la complejidad en el iusnaturalismo. En efecto, un proceso de conocimiento como el descrito se encuentra muy lejos de una concepción unidimensional y sesgada de la temática bajo análisis. Por el contrario, implica asumir la multidimensionalidad del proceso, su enclave histórico-traditivo, el inevitable punto de partida de las precomprensiones, la transformación de ellas en comprensiones a través de un proceso de reflexión crítica y racional, la articulación sistémica entre estas diferentes dimensiones configurativas, la retroalimentación de las mismas en un proceso unitario en el que es posible distinguir lo uno de lo múltiple. Todos estos argumentos refieren a una complejidad (como entramado) que atraviesa ontológicamente el comprender humano y que, desde ella como componente insoslayable, transita el camino de la búsqueda de la objetividad. En esta perspectiva, y con este alcance, se construye un puente articulador entre Hermenéutica y Ontología.

De manera concordante, un autor iusnaturalista como MAURICIO BEUCHOT afirma, citando a OLIVE que "las cosas existen de manera independiente de nuestros marcos conceptuales, pero vienen a nuestra existencia, o a nuestro conocimiento, gracias a esos marcos. Nos basta con que no sean del todo contruidos ni del todo dados"⁹. A nuestro criterio, y una vez más, el profesor mexicano plantea un realismo ontológico, en clave hermenéutica, signado por la complejidad. Se trata de una ontología mínima, pero suficiente, en la cual coexisten entramados la realidad objetiva como referente necesario, los marcos contextuales posibilitantes desde los cuales el sujeto accede a esa realidad, las condiciones que sujeto y realidad se imponen recíprocamente y en cuyo encuentro cada uno plantea al otro exigencias que operan como límites, y una verdad como correspondencia sujeta a un permanente proceso de crítica racional y eventual corrección.

⁸ SERNA, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, p. 7.

⁹ BEUCHOT - ARENAS DOLZ, *Hermenéutica de la encrucijada*, p. 74.

FINNIS, probablemente uno de los referentes contemporáneos más destacados del iusnaturalismo, en un sentido análogo al planteado, y en el contexto del Capítulo I de su obra *Ley natural y derechos naturales* plantea la tesis de la inextricable unión de las descripciones y de las valoraciones. Entendemos que en ella subyace, una vez más, la noción de complejidad. El profesor de Oxford afirma no solo la existencia de un proceso complejo en la formación de los conceptos para una ciencia social sino, además, la retroalimentación entre valoraciones y descripciones. En efecto, sostiene FINNIS que “la adquisición disciplinada de un conocimiento correcto sobre los asuntos humanos –y por ende sobre lo que otros hombres han considerado importante prácticamente– ... es una ayuda importante para el teórico crítico y reflexivo en el esfuerzo por convertir sus propios “prejuicios” prácticos (y los de su cultura) en juicios verdaderamente razonables acerca de que es bueno y prácticamente razonable”¹⁰. Este proceso descrito por FINNIS, constitutivamente, implica una circularidad entre las estimaciones sobre el bien humano (valoraciones) y las descripciones explicativas del contexto humano en el que se alcanza o destruye el bienestar del hombre. Finalmente, este entramado se patentiza aún más en lo que FINNIS denomina el proceso de “reconceptualización” que se verifica cuando, partiendo de determinados “juicios de significación” (prejuicios) y luego de llevar a cabo las descripciones del caso, se reformulan los primeros para concluir en “juicios de importancia” diferentes a aquellos de los cuales el teórico ha partido en la primera fase del proceso.

Concluyendo, son tesis como las explicitadas, las que fundamentan la convicción de que iusnaturalismo y complejidad se asumen en una matriz teórica multidimensional, articulada y sistémica que da cuenta de la presencia de múltiples elementos de diferente naturaleza, entramados o tejidos juntos, en el proceso de la comprensión.

§ 5. **LA DEFINICIÓN DE DERECHO**

La teoría iusnaturalista no evade enfrentar una de las preguntas probablemente más medulares que transversalizan el fenómeno jurídico... *¿qué es el Derecho?* Distintos autores, y no sin polémica, han intentado responder el interrogante de diferentes maneras o, cuando

¹⁰ FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 50.

menos, poniendo el énfasis en no siempre las mismas dimensiones de la realidad jurídica. TOMÁS DE AQUINO dirá que el Derecho, en tanto objeto de la Justicia, es la misma *cosa justa*, realizando la distinción entre el Derecho y la Ley. Otros autores iusnaturalistas como KALINOWSKI, OLGIATI y MASSINI, identifican el Derecho con la *conducta humana*, aquella que le da al otro lo que es suyo o no lo priva de ello (con basamento en un título jurídico natural o autoritativo). Autores como LACHANCE o BENDER conceptualizan el Derecho como una “relación” que se establece entre dos o más personas. FINNIS, partiendo de la distinción entre el “significado focal” y el “significado periférico”, opta por asimilar el primero de estos sentidos del Derecho al *conjunto de reglas autoritativamente producidas*. Más allá de las diferencias de matices, todos estos intentos por conceptualizar el objeto de la realidad jurídica claramente asumen la complejidad y heterogeneidad de elementos que configuran el Derecho. El común denominador de todas estas respuestas elaboradas hacia el interior del iusnaturalismo dan cuenta de un esfuerzo por comprender y conceptualizar una realidad multidimensional, entramada, tejida con y a partir de elementos diferenciados que reclaman ser reconocidos y asumidos, sin mutilaciones sesgadas ni artificiales.

La clave de bóveda para comprender de manera acabada estas afirmaciones las encontramos en un referente del iusnaturalismo actual, como lo es RODOLFO LUIS VIGO, quien sostiene: “El llamado permanente de la escuela es no perder de vista la persona humana con su intrínseca dignidad, dado que si se pierde de vista al hombre y su sociedad nos quedamos con estructuras que resultan ininteligibles al perder de vista el por qué y el para que de las mismas... y si no contamos con esa radical medida, el riesgo es que lo creado resulte no solo alejado del hombre sino contra el mismo”¹¹.

En esta lógica de la teoría iusnaturalista, el mundo jurídico posee una teleología radicalmente antropológica. Y en esta finalidad última –la Persona– se encuentra asumida de modo acabado la noción de complejidad la cual no es otra cosa que la multidimensionalidad inherente al ser humano. Asumir esta postura conlleva necesariamente a entender al Derecho como un fenómeno complejo en el cual se entrelazan de manera interdependiente las dimensiones ética, social, histórica, política, cultural, individual, entre tantas otras, de

¹¹ Vigo, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo*, p. 62.

la persona humana. Si el *telos* del fenómeno jurídico es el Hombre va de suyo la asunción de su intrínseca complejidad. La teoría iusnaturalista, como un común denominador, enclava el Derecho en el campo de la razón práctica; precisamente ella reclama la necesaria referencialidad a la naturaleza humana. El profesor VIGO sostiene en este sentido “sin esta referencia se torna –como en KANT– racionalista, formal, apriorística, autónoma, deontológica y universalista. Por el contrario, si el camino y la medida de la razón práctica es la persona humana, ella no puede ignorar el papel de la voluntad en la ética, tampoco prescindir de los contenidos y consecuencias de los deberes, y del condicionamiento razonable que padecen a tenor de los cambiantes contextos”¹². Conforme las ideas desarrolladas, las propias exigencias de la razonabilidad práctica reclaman asumir la complejidad de la acción humana la cual es, en todos los casos, necesariamente contextualizada, histórica, al mismo tiempo que se debe a exigencias tan objetivas como universales. De esta manera, la teoría iusnaturalista sostiene la referencialidad antropológica del Derecho y, en ella, la necesaria conexión y respeto a la complejidad constitutiva de la Persona Humana.

En sentido análogo, un autor como ROBERT ALEXY afirma: “ningún no-positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social”¹³. Una vez más se afirma la multidimensionalidad de la realidad jurídica, su intrínseca complejidad, el entramado de sus diversos elementos que, aun en su diversidad, se articulan retroalimentándose entre sí. El riesgo de silenciar cualquiera de estas dimensiones es llegar a un concepto de Derecho viciado de reductivismo, sesgado, y por tanto, incapaz de dar cuenta de lo que el fenómeno jurídico es en su riqueza ontológica.

En esta línea el realismo aristotélico tomista sostiene que el Derecho, en perspectiva metafísica, no constituye una realidad sustancial (como lo es el hombre) sino accidental o de orden. Una afirmación de esta naturaleza implica conceptualizar el Derecho en base al modo en que se encuentran relacionados diferentes elementos que, de manera articulada, componen un todo. Una vez más nos encontramos frente a una tesis iusnaturalista que asume e implica la noción de complejidad.

¹² VIGO, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo*, p. 201.

¹³ ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, p. 14.

§ 6. **LA NOCIÓN DEL PROCESO DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA**

No son pocos los autores de matriz iusnaturalista los que, no siempre explícitamente, conceptualizan la interpretación (argumentación) jurídica como un proceso complejo, multidimensional, articulado y con variadas aristas que se condicionan y retroalimentan las unas a las otras. Es probable que la temática de la *interpretatio iuris* constituya uno de los puntos de convergencia no solo de iusnaturalistas sino de muchas otras teorías no-positivistas contemporáneas en el que claramente se intenta superar aquella visión reduccionista, de raíz positivista, que sesgo el proceso hermenéutico a una cuestión puramente metodológica.

RODOLFO VIGO, sin utilizar el adjetivo de “complejo”, afirma enfáticamente que en la interpretación jurídica pueden llegarse a identificar hasta cinco dimensiones: *a)* la propiamente jurídica o regulatoria; *b)* la fáctica; *c)* la axiológica; *d)* la lingüística o semiótica, y *e)* la lógica¹⁴. Esta afirmación de un autor explícitamente iusnaturalista da cuenta de un proceso hermenéutico multidimensional que no se agota en lo meramente metodológico y en el que se entrecruzan y “tejen juntos” elementos normativos, fácticos, valorativos, lingüísticos y lógicos. En esta perspectiva analizar solo una o varias de las dimensiones reseñadas, olvidando otras, no basta, resulta insuficiente. Cada una de ellas son relevantes y significativas, sin embargo solo constituyen una parte del proceso. En igual sentido, no alcanza con considerarlas como individualidades. Es necesario avanzar en determinar sus conexiones recíprocas, sus retroalimentaciones, comprenderlas sistémicamente en cuanto partes constituyentes de un todo.

Esta asunción de la complejidad en el proceso interpretativo se encuentra también presente, a nuestro juicio, en BEUCHOT, cuando al desarrollar su tesis de la “hermenéutica analógica” afirma: “Y es que, en lugar de tomar partido por el sujeto o por el objeto, nos situamos en el encuentro de ambos. Desde allí examinamos a uno y a otro y consideramos las condiciones de su encuentro. Hay condiciones en el objeto que se plantean al sujeto para que puedan hacer contacto. Ni puro sujeto ni puro objeto. Se dan condiciones de su encuentro... Sí, hay objetos –o, al menos, aspectos de los objetos– independientemente del hombre, de sus marcos conceptuales”¹⁵.

¹⁴ VIGO, *Interpretación jurídica*, p. 10.

¹⁵ BEUCHOT - ARENAS DOLZ, *Hermenéutica de la encrucijada*, p. 68 y 69.

En clave analógica la hermenéutica así entendida implica sostener: *a)* una verdad de la interpretación, como relación de correspondencia con respecto al texto; *b)* una relación entre pensamiento, lenguaje y realidad que, aun siendo de correspondencia, no es una relación exacta o biyectiva, sino aproximativa; *c)* la afirmación de que no cualquier interpretación es verdadera pero que sí es posible hablar de varias interpretaciones válidas; *d)* la existencia de un margen para la construcción epistemológica, pero que en ella hay un límite constituido por las condiciones de cognoscibilidad impuestas por la realidad, por tanto un límite ontológico, y *e)* la necesaria confluencia y articulación de naturaleza (lo dado) y cultura (lo construido).

En la propuesta de BEUCHOT se vislumbra claramente un proceso hermenéutico configurado por múltiples elementos que se condicionan los unos a los otros: un sujeto que interpreta desde una necesaria subjetividad, un texto interpretado que aporta objetividad, marcos conceptuales que determinan (hasta cierto punto) el encuentro entre ambos, una tradición en cuyo seno tiene lugar el acto interpretativo, la intención del autor del texto, la intencionalidad del intérprete, lo construido, lo dado, el necesario referente ontológico de la realidad, una comunidad interpretativa que opera como límite crítico y reflexivo. En este contexto, la complejidad de la interpretación se vislumbra como un dato insoslayable del proceso bajo estudio. Los elementos reseñados se entraman entre sí, perfectamente identificables en su individualidad, condicionándose recíprocamente y conformando un proceso –sistema en el cual todos resultan igualmente relevantes al tiempo de alcanzar una comprensión del todo–.

En idéntico sentido, y de manera complementaria, un significativo número de autores iusnaturalistas (PILAR ZAMBRANO, RODOLFO VIGO, ALFONSO SANTIAGO, MICHEL VILLEY, entre otros) sostienen la existencia de alguna dimensión creadora en el proceso de interpretación (argumentación). Una tesis de esta naturaleza remite necesariamente a la categoría conceptual de complejidad. En efecto, y con diferentes matices según el autor de que se trate, implica concebir el proceso hermenéutico como una instancia multidimensional en la cual se entreteje, como un entramado, material normativo y fáctico recibido, dado, con elementos subjetivos y de contexto aportados por el propio intérprete y los marcos históricos-culturales. Afirma ALFONSO SANTIAGO (H.) que “el sujeto que la realiza pone algo de sí, de su libertad y creatividad, de su carácter único e irrepetible, de su cultura, de su tiempo, de su historio personal, de su visión del mundo, de sus valores... El juez interpreta y recrea desde el caso el sentido y alcance

de las normas involucradas, construye una nueva norma adecuada al caso y conforme a la cual se le dará solución, decide el fallo y brinda los argumentos normativos, fácticos y axiológicos que explican y fundamentan la sentencia”¹⁶. Esta afirmación no implica de modo alguno la inexistencia de límites en el acto interpretativo. Por el contrario, supone una labor de creación no completamente libre y sí fuertemente reglada. El “límite ontológico” del que habla MAURICIO BEUCHOT o el “objeto-realidad- transubjetivo” al que refiere PEDRO SERNA¹⁷.

Sostener alguna dimensión creadora en la interpretación jurídica implica de suyo concebir el proceso hermenéutico transversalizado por la complejidad. El acto interpretativo se constituye en un espacio privilegiado donde convergen las precomprensiones del sujeto, las instancias de racionalización de ellas, las reglas lingüísticas en que se expresa la norma, las características singulares del caso a resolver, los fines objetivos del Derecho y la razonabilidad en la elección de las perspectivas morales desde las cuales el intérprete determina el sentido de los conceptos morales del Derecho. Estamos frente a un entramado de elementos heterogéneos que se condicionan recíprocamente, articulándose los unos con los otros, tejiéndose juntos. Se trata de una red en la cual cada hilo que la integra juega un papel decisivo a la hora de generar el resultado interpretativo o la determinación del sentido.

BEUCHOT, luego de sostener la conexión entre la problemática de la creatividad hermenéutica y la de la verdad, afirma: “en hermenéutica, la creatividad, la originalidad, la innovación, vendría a ser aportar una interpretación nueva y, además, argumentar para sustentar su verdad, o, por lo menos, su verosimilitud, además de su fecundidad. Hay dos movimientos, pues, en ello: uno de comprensión, que es la nueva interpretación, y otro de explicación, que es probar la adecuación –en cualquier grado– de la interpretación con respecto al texto que se interpreta”¹⁸. El profesor mexicano nos acerca una nueva perspectiva de análisis de la “creatividad” en el proceso interpre-

¹⁶ SANTIAGO (H.), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*, p. 121 y 131.

¹⁷ En sentido análogo destaca F. VIOLA que la interpretación jurídica no es ni pura reproducción del significado abstracto de la norma (formalismo), ni pura creación (en cuyo caso no habría interpretación) sino un punto intermedio entre ambos extremo (“Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica”, en *Diritto Privato*, 2001-2002, VII- VIII, p. 57).

¹⁸ BEUCHOT - ARENAS DOLZ, *Hermenéutica de la encrucijada*.

tativo. En esta oportunidad como sinónimo de innovación respecto de otras interpretaciones ya disponibles. En este marco entendemos que, una vez más, hermenéutica y complejidad se asumen necesariamente. En efecto, la innovación interpretativa se nos presenta como una instancia compleja y entramada en la cual es posible avizorar una multiplicidad de elementos interdependientes entre sí: la tradición interpretativa o comunidad hermenéutica que influye (y plantea resistencia) en nuestra comprensión de un texto; la fidelidad (objetividad) al texto que se interpreta; los inexcusables límites impuestos por cuestiones semánticas, sintácticas y pragmáticas; las dosis de libertad y servidumbre que coexisten en el proceso; la posibilidad de superar y trascender la tradición interpretativa; las razones o argumentos sin los cuales es imposible legitimar la innovación de sentido; el dialogo razonable en cuyo seno de desplegarán las argumentaciones interpretativas. La creatividad hermenéutica se presenta de esta manera como un proceso en red, multidimensional, entramado, complejo. Ninguna lógica unívoca, reduccionista, sesgada tendrá la posibilidad de abordar esta instancia creativa sin pagar el alto precio de desfigurarla, de transformarla en algo que en realidad no es, de subvertir su natural configuración. En este punto la complejidad se nos presenta como el camino más apto para el abordaje y la acabada comprensión del proceso.

§ 7. **LA NO INSULARIDAD DEL DERECHO**

Probablemente una de las tesis más compartidas por los autores iusnaturalistas clásicos sea el rechazo a todo juridicismo extremo que procure aislar al fenómeno jurídico de toda vinculación con otras disciplinas. Esta afirmación implica no solo conceptualizar el Derecho sino además propiciar una práctica de este que reconozcan y asuman las dimensiones ética, política, social, histórica, cultural, entre otras, de la realidad jurídica. En esta lógica, el Derecho no se basta a sí mismo como lo han pretendido otros marcos teóricos. Por el contrario, la creciente complejidad de las problemáticas humanas emergentes requieren inexcusablemente de abordajes interdisciplinarios, de la solidaridad entre las diferentes disciplinas, del reconocimiento de la multidimensionalidad del Derecho y de la necesidad de procurar soluciones que integren y articulen elementos de diversa naturaleza. Los interrogantes más medulares y significativos que atraviesan la teoría jurídica exigen respuestas que trascienden la dimensión

sistémica-formal del Derecho. Una prueba inequívoca de ello es el impacto que produjo la irrupción de los principios jurídicos, con su contenido sustancialmente axiológico, dentro del campo del Derecho. Muchas otras problemáticas, entre ellas y de manera especial la vinculada con la validez, dan cuenta de la insuficiencia de lo estrictamente juridico-formal para resolverlas. Un juridicismo radical nos conduce de manera inexorable no solo a un autismo reduccionista sino a la imposibilidad intelectual de resolver de manera satisfactoria las encrucijadas en las que nos sitúa el Derecho.

La apertura de la realidad jurídica a construir puentes con otras disciplinas, así como el asumir la propia multidimensionalidad, es el espacio de encuentro entre Iusnaturalismo y Complejidad.

Afirma EDGAR MORIN que “nos enseñan desde la escuela primaria a aislar los objetos (de su entorno), a separar las disciplinas (más que a reconocer sus solidaridades), a desunir los problemas, más que a vincularlos e integrarlos. Nos inducen a reducir lo complejo a lo simple, es decir, a separar lo que está unido, a descomponer y no a recomponer, a eliminar todo lo que le aporta desorden o contradicciones a nuestro entendimiento”¹⁹.

A nuestro criterio la teoría iusnaturalista asume, en este sentido, una “complejidad pura” que, reconociendo la existencia de múltiples dimensiones interconectadas entre sí, no las identifica ni asimila en un todo indiferenciado. Por el contrario, admite la pluralidad de elementos constitutivos pero realizando las pertinentes distinciones. Es prueba de ello la afirmación del profesor VIGO cuando sostiene: “La preocupación por la ética de la escuela en cuestión no la lleva a identificar moral y derecho, pues está claro que este no está para prohibir todas las conductas reprochables desde la moral, sino solo aquellas más graves para la vida en común, pues el derecho no busca “buenos hombres” sino que prioriza o se conforma con “buenos ciudadanos”²⁰.

En párrafos anteriores hemos afirmado que, en términos generales, la teoría iusnaturalista sostiene la radical finalidad antropológica del Derecho. De manera consistente con esta afirmación resultaría un contrasentido intentar construir una teoría jurídica que pretenda explicar el Derecho desde el puro Derecho. Un intento de estas características constituiría más que una solución, un auténtico problema. Claramente la complejidad de la Persona Humana exige

¹⁹ MORIN, *La cabeza bien puesta*, p. 15.

²⁰ VIGO, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo*, p. 67.

un abordaje multidimensional, entramado, interdependiente, con elementos heterogéneos que se retroalimentan y condicionan los unos a los otros. En este sentido, el Iusnaturalismo es consecuente con sus propios postulados. La finalidad o *telos* determina y condiciona la modalidad de abordaje. La referencialidad antropológica supone la asunción de la complejidad. La compartimentación del saber jurídico resulta abiertamente incompatible con los presupuestos (ontológicos, gnosceológicos y antropológicos) del iusnaturalismo. La teoría asume de suyo que la aptitud para contextualizar e integrar los saberes, resulta una cualidad fundamental del pensamiento humano que es necesario desarrollar antes que atrofiar.

Un autor iusnaturalista como FINNIS afirma: “los clasificadores de manuales denominarían una “ética”, una “filosofía política” y una “filosofía del derecho” o “teoría del derecho” (jurisprudence). Podemos aceptar las denominaciones como un uso académico cómodo, pero no la implicación de que las “disciplinas” así referidas son realmente distintas y pueden cultivarse sin riesgos por separado”²¹. El énfasis y la lucidez puesta por FINNIS en esta cuestión es destacada incluso por un positivista como H. HART al afirmar: “El mérito principal, y muy grande, de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas, y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el derecho e integran la judicación”²².

En la teoría iusnaturalista el rechazo a toda forma de juridicismo extremo supone necesariamente asumir la complejidad del Derecho y, con ella, la necesidad ineludible de la interdisciplinariedad.

§ 8. **CONCLUSIONES**

Como lo anticipáramos en la Introducción estas líneas han tratado de demostrar que el iusnaturalismo, como teoría jurídica, asume y se hace cargo de la complejidad en tanto característica configurativa de la realidad del Derecho. Y este no resulta un dato menor en tanto no todas las teorías jurídicas lo hacen. Una vez más es necesario poner de manifiesto que, en el limitado contexto de este trabajo, solo se han desarrollado algunas tesis de autores iusnaturalistas en las

²¹ FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 33.

²² HART, *Essays in jurisprudence and philosophy*, p. 10.

cuales es posible advertir con claridad la asunción de este “entramado” o “tejido junto”, de estas múltiples dimensiones de lo jurídico que se condicionan y retroalimentan las unas a las otras. Quedan otras tantas que serán probablemente objeto de ulteriores desarrollos en otros contextos. Estas páginas tienen la pretensión de constituirse en un disparador, generar un lugar diferente desde el cual pensar no solo la conceptualización del Derecho sino además su práctica. Un “*topoi*” que, evitando la tentación de cualquier forma de reductivismo, asuma la riqueza, la heterogeneidad, la diversidad y la intrínseca complejidad del entramado jurídico sin renunciar a la pretensión de objetividad. En nuestra estima el Iusnaturalismo se hace cargo de este desafío.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa. 1977.
- BEUCHOT, MAURICIO - ARENAS DOLZ, FRANCISCO, *Hermenéutica de la encrucijada*, Anthropos. México. 2008.
- CRUZ, JUAN, *Libertad en el tiempo. Ideas para una teoría de la historia*, EUNSA, Pamplona, 1993.
- FINNIS, JOHN, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- HART, HERBERT, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- MORIN, EDGAR, *Introducción al pensamiento complejo*, trad. M. PAKMAN, Barcelona, Gedisa. 2007.
- *La cabeza bien puesta*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1999.
- PAKMAN, MARCELO, “Introducción”, en MORIN, EDGAR, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa. 2007.
- SANTIAGO, ALFONSO (H.), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- SERNA, PEDRO, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006.
- VIGO, RODOLFO, *Interpretación jurídica*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1999.
- *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, EDUCA, 2015.
- VIOLA, FRANCESCO. “Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica”, en *Diritto Privato*, 2001-2002, VII-VIII.

DISPOSICIONES INTERPRETATIVAS Y CONTIENDA POR EL SENTIDO*

GIANELLA BARDAZANO GRADÍN**

Resumen. Este artículo busca presentar una aproximación a los usos de la interpretación auténtica a través de un caso reciente de la legislación uruguaya y su peripecia judicial que, teniendo en cuenta los actores, el contenido del diferendo y su trascendencia institucional, integra el fenómeno de judicialización de la política.

Palabras clave: interpretación auténtica, derecho, política, judicialización.

INTERPRETATIVE DISPOSITIONS AND CONTENTION FOR THE MEANING

Abstract. This article aims to present an approach to the use of authentic interpretation through a recent case of uruguyan legislation and judicial vicissitude which integrates the phenomenon of judicialization of politics, taking into account the actors, the content of the dispute and its institutional importance.

Keywords: authentic interpretation, law, politics, judicialization.

DISPOSIÇÕES INTERPRETATIVAS E DISPUTA PELO SENTIDO

Resumo. Este artigo busca apresentar uma aproximação a os usos da interpretação autêntica a través de um caso re-

* Recepción: 17/9/18; evaluación: 21/10/18; aceptación: 30/10/18.

** Profesora (G5) de Filosofía y Teoría General del Derecho (UDELAR).

cente da legislação uruguaia e sua peripécia judicial que, tendo em conta os atores, o conteúdo da discrepância e sua transcendência institucional, integra o fenômeno de judicialização da política.

Palavras-chave: interpretação autêntica, direito, política, judicialização.

§ 1. **PRESENTACIÓN**

El contenido del presente artículo forma parte de una investigación de más amplio aliento, a propósito de las disposiciones interpretativas y su incidencia, teniendo en cuenta sus usos y funciones técnicos y políticos, en el relacionamiento entre poderes en Uruguay y su eficacia simbólica en la cultura jurídica nacional. En dicha investigación, intento testear la utilidad de las nociones teóricas vinculadas a la interpretación auténtica y las disposiciones interpretativas, y las ficciones que implican –asumiendo que las ficciones integran un programa jurídico político que se apoya en las construcciones dogmáticas–, para analizar sus funciones técnicas y políticas en contextos de conflictos por el sentido de disposiciones legislativas que revisten consecuencias políticas e institucionales relevantes. Existen en Uruguay varios casos recientes en los que ese tipo de conflictos ha tenido lugar. En esta oportunidad me limitaré a presentar uno de ellos, por su relevancia, en la medida en que se ha traducido en una disputa institucional por el sentido, desarrollada entre 2010 y el presente, sin que pueda todavía considerarse efectivamente concluida.

Procuro, por tanto, que el abordaje sea, a la vez, analítico y empírico¹, es decir buscando poner el foco en el uso del mecanismo y la noción (o las nociones) de interpretación auténtica que, en un momento histórico determinado, están presentes en las prácticas de los operadores jurídicos, incluyendo en ese objetivo, dar cuenta de la incidencia, por ejemplo, de consideraciones ideológicas, políticas, corporativas.

De los varios casos de disposiciones legislativas interpretativas que han sido consideradas inconstitucionales por la Suprema Corte

¹ Para el análisis de los casos se tienen en cuenta los discursos ejecutivo, legislativo y judicial, expresados en los mensajes al Parlamento, la deliberación legislativa y las sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad de la ley.

de Justicia (SCJ), el caso que llamaremos “del desenganche”² (que se describirá en el apartado siguiente) tiene la particularidad de incluir: a) la sanción de dos disposiciones interpretativas (cuya eficacia está relacionada al mismo tema y que existe entre ambas una distancia temporal de cuatro años, que permite dimensionar la magnitud del conflicto interpretativo); b) la derogación de las disposiciones interpretada e interpretativa declarada inconstitucional, y c) el dictado de sentencias de condena por los efectos del no cumplimiento de lo establecido en la disposición original. Este contrapunto entre el Legislativo (sancionando disposiciones a iniciativa del Ejecutivo) y el Judicial interpretando con un alcance “no querido” por los otros poderes la disposición original, y declarando luego las disposiciones interpretativas inconstitucionales, motiva la referencia a la “disputa por el sentido” en el título de la exposición, así como la consideración de un instituto (el de la interpretación auténtica) como lugar de una expresión particularmente intensa de la relación entre derecho y política.

En ese sentido, al testeo de la utilidad descriptiva de las nociones teóricas se suma la preocupación por evaluar si puede emplearse, y en qué sentido, la noción de judicialización de la política en el análisis de estos conflictos que encuentran manifestación institucional en la sanción de disposiciones interpretativas por el Parlamento y decisiones del máximo tribunal que las declara inconstitucionales. Teniendo en cuenta para ello, quiénes son los actores involucrados, la extensión en el tiempo del conflicto en términos de disputa por el sentido de la ley, los fines prácticos que persiguen las decisiones interpretativas involucradas, el no cumplimiento de sentencias de condena y, finalmente, si las decisiones judiciales en esos casos se encuentran incluidas entre los motivos de iniciativas de reforma de la administración de justicia anunciadas por actores políticos. Del mismo modo, las carencias o insuficiencias de los procedimientos judiciales como vía para la tramitación de un diferendo cuyo resultado afecta a los decisores, pueden constituir un elemento a fa-

² Me han interesado especialmente el que llamo “caso del desenganche” (vinculado al cálculo de la retribución de los ministros de Estado que afecta el cálculo de la retribución de los ministros de Corte, de los jueces y demás funcionarios judiciales) y el que llamo “caso de la impunidad” (vinculado al alcance temporal de la ley 18.831, sancionada en 2011, cuya finalidad era dejar sin efecto la ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado y, por tanto, establecer la imprescriptibilidad de los delitos alcanzados por la ley de 1986).

vor de la caracterización del caso “del desenganche” como un caso de judicialización de la política.

§ 2. **BREVE DESCRIPCIÓN DEL CASO**

En 2010, en Uruguay fueron aprobadas en la ley de presupuesto nacional (ley 18.719) dos disposiciones que modificaban el mecanismo de cálculo de la retribución de los ministros de Estado³, y que –conforme las prácticas interpretativas tradicionales– podrían afectar al alza las retribuciones de los ministros de la Suprema Corte de Justicia (SCJ), del resto de los jueces y, también, en virtud de disposiciones que datan de 1985⁴ y que establecen los denominados “enganches”, podrían afectar incluso las retribuciones de los funcionarios judiciales. La aplicación de esas disposiciones por la SCJ, en ocasión de la liquidación de haberes, motivó la sanción de otra ley (18.738) en 2011, a propuesta del Poder Ejecutivo, cuyo texto establece que se interpreta con carácter auténtico que los únicos cargos cuyas retribuciones se determinarían con relación al sueldo nominal de senador de la República, eran los enumerados taxativamente en la disposición de 2010. Es decir, los ministros de Estado y otros cargos del ámbito del Poder Ejecutivo. Con ello, se excluía del alcance de la disposición a los ministros de la SCJ, jueces y demás funcionarios del Poder Judicial. Cientos de jueces promovieron acciones de inconstitucio-

³ La intención del Poder Ejecutivo al incluir el punto en el mensaje presupuestal era aumentar los salarios nominales de los ministros de Estado, equiparándolos con los de los senadores. La práctica que se procuraba corregir era que, habitualmente, aquellos senadores electos que son designados como ministros de Estado continúan cobrando el salario por su cargo parlamentario, en tanto aquellos ciudadanos que son designados como ministros por el presidente de la República, cobran el salario por ese cargo, que suele ser un ingreso menor al que tendrían en la actividad privada y que, a su vez, es distinto al que perciben los electos senadores luego designados como ministros. La aprobación de una regla jurídica en el marco de la ley de presupuesto nacional tenía, a la luz de las anteriores declaraciones, como finalidad política corregir una práctica valorada como perjudicial para la gestión de gobierno.

⁴ El art. 85 de la ley de organización de los tribunales establece que “la dotación de los miembros de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no podrá ser inferior a la que en cada caso se establezca para los Ministros Secretarios de Estado” y agrega que las remuneraciones de los jueces de los demás grados tendrán como base el cien por ciento de la dotación que perciban los miembros de la SCJ y del TCA, y fija los porcentajes para cada jerarquía dentro del Poder Judicial.

nalidad y, en las sentencias que declararon inconstitucional la disposición interpretativa mencionada, se sostiene que se trata de una disposición innovadora que “se enmascara con el ropaje de una ley interpretativa” con la finalidad de lograr la eficacia temporal desde la fecha de la ley interpretada⁵.

La discrepancia desencadenó un significativo enfrentamiento entre los poderes, que –estrictamente– aún no ha concluido⁶. En los hechos, a partir de las sentencias de declaración de inconstitucionalidad, se obtuvieron sentencias de condena por cobro de pesos, en virtud de demandas promovidas por jueces y otros funcionarios alcanzados por los “enganches”, que reclamaban los aumentos salariales impagos. Dichas sentencias, en algunos casos se encuentran en proceso de ejecución por la falta de cumplimiento y, en otros, llevaron al establecimiento de acuerdos de pago de montos inferiores entre el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y los gremios de jueces, fiscales y funcionarios, luego de medidas gremiales, incluido el paro.

El recurso a la interpretación auténtica también fue ensayado en 2015 (ley 19.310), a través de la sanción de una disposición interpretativa cuya Exposición de motivos presentaba la iniciativa legislativa como una solución a la “situación conflictiva generada a raíz de la entrada en vigencia” de la disposición original, y que, en definitiva, establece cómo debe entenderse el término “dotación” incluido en la disposición de 1985 sobre la retribución de los magistrados, explicitando las partidas que la componen⁷.

⁵ Esta decisión presupone que la redacción de los arts. 64 y 68 de la ley de presupuesto no fue suficiente para que la formulación normativa diera cuenta de la intención del Poder Ejecutivo, expresada en la discusión parlamentaria, de excluir del aumento salarial a los integrantes de la SCJ y del TCA, en tanto la redacción no elimina la vigencia del art. 85 de la ley 15.750, de la Judicatura y la Organización de los Tribunales.

⁶ Se firmaron acuerdos entre el Poder Ejecutivo y los diferentes gremios involucrados por montos inferiores a los establecidos en las sentencias de condena; numerosos funcionarios que no participaron de los acuerdos con las organizaciones gremiales promovieron la ejecución de sentencia; se solicitaron audiencias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por considerar que “el desenganche” afecta la independencia judicial.

⁷ El inciso primero de la disposición establece: “Interprétase que la dotación de los miembros de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo a que se refiere el art. 85 de la Ley 15.750, de 24 de junio de 1985, está integrada por la totalidad de las sumas que por cualquier concepto puedan recibir los mismos, independientemente de su fuente de financiamiento, grupo u objeto de gasto al que se impute, se encuentren o no alcanzadas por las contribuciones a

La Corte la declaró inconstitucional, por entender que, si bien se pretende constituir una “interpretación auténtica” del concepto de “dotación” contenido en una disposición anterior, en realidad modifica la interpretación que de ella se ha tenido desde su sanción y posteriormente, a partir de la ejecución orgánica del rubro por el obligado al pago (Poder Judicial), así como por la interpretación tácita a partir de leyes presupuestales posteriores que establecieron las partidas que ahora se pretenden incluir en dicho concepto⁸.

El recurso por el Legislativo a esta segunda disposición interpretativa, en el marco de la disputa por el sentido generada en 2010, parece tener, entonces, como finalidad práctica modificar los hechos que habilitaban que la eficacia de la disposición original incluyera a ministros de Corte, jueces y funcionarios judiciales. Es decir, si todas las partidas que reciben los jueces se incluyen en la noción de “dotación” incluida en una disposición de 1985, entonces –retroactividad de la disposición interpretativa mediante– el aumento salarial no podría haberse producido, porque la retribución (todo incluido) no era inferior a la de un senador de la República.

§ 3. ***LOS DISCURSOS INSTITUCIONALES ACERCA DEL SENTIDO DE LA LEY Y LAS REFERENCIAS DOGMÁTICAS TOMADAS EN CUENTA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA***

En la determinación del alcance de la noción de interpretación auténtica y, por tanto, de la finalidad práctica perseguida por su empleo, están en cuestión la caracterización de la interpretación, la determinación de las reglas que la rigen y la complejidad de su determinación: a) si la actividad interpretativa, por ejemplo, exige ubicarse en el momento de la creación de la disposición interpretada, reconstruyendo el sentido querido por el autor de las disposiciones como una unidad, o bien, si corresponde atenerse al uso vigente en la comunidad relevante al momento de la aplicación; b) si la asignación de significado a los términos y expresiones de los materiales normativos debe hacerse conforme su significado ordinario, si debe remi-

la seguridad social e impuestos”. Recordemos que el art. 85 referido establece que “la dotación de los miembros de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no podrá ser inferior a lo que en cada caso se establezca para los Ministros Secretarios de Estado”.

⁸ SCJ, 30/11/15, “Rinaldi, Roberto, y otros c/Poder Ejecutivo y otros-acción de inconstitucionalidad”, n° 311/2015, Base de Jurisprudencia Nacional.

tirse a nociones de carácter técnico-jurídico⁹ y cuál es la relevancia de las prácticas de la comunidad de intérpretes en esa atribución de sentido. Estas cuestiones, que alcanzan a la interpretación de todos los materiales normativos, incluyen, en un nivel metanormativo, a las llamadas reglas de interpretación, identificadas en el orden jurídico uruguayo con las disposiciones del Título Preliminar del Código Civil, entre las cuales se encuentra –en el art. 13– la que establece: “La interpretación auténtica o hecha por el legislador, tendrá efecto desde la fecha de la ley interpretada; pero no podrá aplicarse a los casos ya definitivamente concluidos”.

De modo que a la autoridad de la autenticidad le viene añadida la posibilidad de incidir en el ámbito temporal de validez, excepcionando a las disposiciones interpretativas del principio de irretroactividad de la ley, al unificar su sentido con el de la disposición interpretada.

La narrativa del Ejecutivo en la Exposición de motivos de la disposición interpretativa de 2015, propone un “repaso del proceso” que insiste en la prioridad del argumento psicológico para la interpretación de la disposición de 2010, y que se extiende a las iniciativas de interpretación auténtica posteriores: “fue voluntad del Poder Ejecutivo en el presente gobierno, al remitir su iniciativa correspondiente al Presupuesto Nacional 2010-2015; así como del Poder Legislativo al aprobar la Ley 18.719, subsanar el retraso que las retribuciones de los Ministros de Estado y otros cargos de la Administración Central habían sufrido respecto de las correspondientes de otros de similar responsabilidad o exigencia”.

El fundamento del argumento psicológico está asociado a la concepción imperativista de las normas, es decir, a una comprensión de la ley como mandato. De modo que asignarle sentido al documento en el cual el mandato es formulado “quiere decir remontarse a la voluntad de la cual el documento es expresión”¹⁰, al legislador histórico concreto. A su vez, este argumento reposa en una comprensión formalista de la doctrina de la separación de poderes, que entiende que la creación de derecho es una actividad exclusivamente reservada al legislador y que la función judicial se reduce a una actividad sin espesor interpretativo y decisonal. Sin embargo, si la comprensión de los procesos de formación del derecho es complejizada y se incluye dentro de sus componentes a la voluntad de los aplicadores,

⁹ HABA, *El espejismo de la interpretación literal*, p. 65.

¹⁰ TARELLO, *La interpretación de la ley*, p. 327.

sus prácticas, y la incidencia de la dogmática, el argumento psicológico pierde fuerza en su potencial de justificación de decisiones interpretativas. También la pierde si pensamos en procedimientos de formación de los materiales normativos que incluyen la participación de una pluralidad de actores en sucesivas etapas, o en los que participan “portadores de diversos y conflictuales intereses, voluntades y pretensiones” que acuerdan un enunciado normativo y, precisamente, como consecuencia de ser interpretable en sentidos diversos y conflictuales, los órganos interpretativos podrán basarse en los más diversos argumentos, excepto el psicológico, para atribuirle sentido al enunciado¹¹.

La narrativa de la Corte¹², por el contrario, justifica su interpretación en el argumento sistemático para concluir que corresponde el aumento salarial. Con distintas integraciones conformadas por Ministros de Tribunales de Apelaciones, considera que la disposición sancionada en 2011 no es interpretativa sino innovadora, en tanto deroga y modifica disposiciones de una ley de presupuesto, alterando remuneraciones de funcionarios públicos sin revestir ella misma el carácter de ley presupuestal, violentando disposiciones constitucionales. Considera, a su vez, que la interpretación auténtica es un acto rigurosamente dispositivo de una ley posterior por el cual se determina el alcance de una ley anterior¹³.

Esa atribución de sentido, podía anticiparse en las expresiones vertidas en la etapa de discusión legislativa, por quienes luego serían promotores de las inconstitucionalidades, así como en la jurisprudencia constante de la SCJ acerca de las leyes interpretativas. Por otro lado, a partir del tenor del texto legislativo aprobado en 2010 y del

¹¹ TARELLO, *La interpretación de la ley*, p. 329.

¹² A partir de la sentencia: SCJ, 19/8/13, “Brause, Alberto, y otros c/Estado-Poder Legislativo-Acción de inconstitucionalidad. Ley 18.738”, n° 391/2013, Base de Jurisprudencia Nacional.

¹³ La Corte incluye entre las referencias dogmáticas acerca de la noción de interpretación auténtica a COUTURE: “la misma Ley se limita a establecer normativamente lo mismo que la Ley anterior, y en este caso la interpretación se reduce a una mera confirmación redactada en otros términos, o dice algo más, y en este caso ya no estamos en presencia de una Ley interpretativa [...] La llamada interpretación legislativa viene a quedar sensiblemente limitada como medio para desentrañar el sentido de una Ley. En su sentido normativo, si es el mismo, solo agrega claridad y si es algo mas es una nueva norma” (CSJN, 30/11/15, “Rinaldi, Roberto, y otros c/ Poder Ejecutivo y otros-acción de inconstitucionalidad”, n° 311/2015, Base de Jurisprudencia Nacional).

recurso a la voluntad del legislador concreto, como argumento interpretativo en el cual se apoyan las justificaciones de las soluciones legislativas posteriores adoptadas, puede decirse que la iniciativa del Poder Ejecutivo da cuenta, en primer lugar, de una banalización (o menosprecio) del lugar de los intérpretes y las tradiciones interpretativas en la determinación del sentido de una disposición normativa y, en segundo lugar, de la intención de corregir las consecuencias de ese desconocimiento, invadiendo la función jurisdiccional, en la medida que la interpretación *en concreto*¹⁴ es ejercicio de la función jurisdiccional¹⁵.

En cuanto a las referencias dogmáticas, a propósito del conflicto interpretativo que había quedado de manifiesto entre el recurso a la voluntad del legislador (y del Poder Ejecutivo, que es el que proyecta el presupuesto) en 2010, y la interpretación sistemática del Judicial (que tiene en cuenta la disposición de 1985 en la asignación de sentido a la disposición original) la Corte señala, citando a EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, que el Ejecutivo olvida que “la ley, una vez dictada, se desprende de su creador, tiene sentido propio, que puede aún llegar a ser distinto o exceder la voluntad subjetiva de su autor [...] Puede no coincidir esa voluntad objetiva, histórica, con la voluntad psicológica concreta de los autores de la ley y llegar a comprender aquella en la latitud de sus términos”¹⁶.

La doctrina nacional citada con relación a las leyes interpretativas¹⁷, caracteriza a la interpretación en términos cognoscitivos: como el esfuerzo para entender y comprender el significado de la norma, captando el sentido de las ideas que la ley contiene.

¹⁴ GUASTINI, *Las fuentes del derecho*, p.250.

¹⁵ A su vez, la discusión en el ámbito de la Comisión de Presupuesto en 2010, exhibía con claridad las discrepancias interpretativas, de modo que la redacción sancionada instala –en el campo de la interpretación– la controversia acerca de la vigencia del artículo 85 de la ley 15.750, cuya significación institucional como una regla de garantía asociada a la independencia judicial, es incuestionable dentro de la comunidad de intérpretes aplicadores. Ese es, en definitiva, el centro político e institucional del diferendo que se tramita en el marco de la identificación de las disposiciones aprobadas como expresando normas nuevas o con carácter interpretativo de las disposiciones anteriores.

¹⁶ SCJ, 11/6/14, “Canessa Sorin, Fanny, y otra c/Poder Judicial y otros. Acción de inconstitucionalidad. Ley 18.738”, n° 601/2014, Base de Jurisprudencia Nacional.

¹⁷ SUPERVIELLE, *El alcance de la ley interpretativa*, “Revista de Derecho Público y Privado”, t. 42-43, 1959, p. 359 a 399; GONZÁLEZ BIANCHI, *La ley interpretativa*, “La Justicia Uruguaya”, vol. 92, 1986, p. 85 a 117.

A su vez, siguiendo criterios interpretativos que el máximo tribunal ha sostenido desde hace casi tres décadas¹⁸, se descarta el carácter interpretativo de las disposiciones identificadas por el legislador como “interpretativas”, en la medida que no aclaran el texto de la ley interpretada, sino que innovan. En ese sentido, la doctrina recibida por la Corte desde entonces exige que la ley interpretativa satisfaga dos requisitos: a) un supuesto de hecho, que consiste en que exista una situación de duda o incertidumbre en relación a la interpretación de la disposición; es decir, que exista jurisprudencia contradictoria o un desacuerdo doctrinario acerca del alcance de la disposición que opere como advertencia de la falta de certeza del derecho. En otras palabras, las características del supuesto de hecho reflejan la comprensión del mecanismo de la ley interpretativa como una salvaguarda de la seguridad. b) En términos normativos, la finalidad de la disposición interpretativa debe ser aclaratoria del sentido de la disposición incierta: “declarar y fijar el sentido de la antigua ley”, tal como señalaba el codificador a propósito de la adhesión a la tesis de la retroactividad aparente de la ley interpretativa que supone que, “está en la naturaleza de las cosas que la interpretación, que no es sino la ley explicada claramente, se retrotraiga a la fecha de la ley interpretada”¹⁹. La calificación formal hecha por el legislador no determina la calidad interpretativa de la disposición, en la medida que si no satisface las exigencias señaladas, puede encubrir el establecimiento de la retroactividad.

La Corte descarta la configuración del supuesto de hecho en los términos referidos, señalando que “la pretensa norma interpretada (art. 64 de la ley 18.719) no planteaba ningún problema interpretativo, pues examinada en su contexto –art. 9° de la ley 15.809 y art. 85 de la ley 15.750– determinaba, por remisión, el aumento de las dotaciones de los miembros de la Suprema Corte y el incremento de las retribuciones de todas las que se fijan en relación a ellas”; y que, en consecuencia, lo que hace la disposición de 2011 es modificar la disposición anterior, restringiendo su ámbito subjetivo de aplicación²⁰.

¹⁸ SCJ, 22/4/92, “Aldana SA c/Intendencia Municipal de Montevideo. Inconstitucionalidad”, n° 28/1992, Base de Jurisprudencia Nacional.

¹⁹ SUPERVIELLE, *El alcance de la ley interpretativa*, “Revista de Derecho Público y Privado”, t. 42-43, 1959, p. 359 a 399.

²⁰ SCJ, 13/12/13, “Aberastegui Palmina, Ana, y otros c/Poder Judicial y otros. Acción de inconstitucionalidad. Ley 18.738”, n° 600/2013, Base de Jurisprudencia Nacional; íd., 11/6/14, “Canessa Sorin, Fanny, y otra c/Poder Judicial y

En el mismo sentido, y con apoyo en la misma doctrina argumentada en 2015, en oportunidad de declarar la inconstitucionalidad de la segunda disposición interpretativa sancionada en el marco de este conflicto. Los dos presupuestos que deben configurarse para que una disposición sea considerada verdaderamente interpretativa de una disposición anterior son, por un lado, la incertidumbre en la interpretación expresada en la existencia de jurisprudencia contradictoria y de dificultades en la doctrina para la determinación del sentido de la disposición anterior; y por otro lado, que el legislador en función de la incertidumbre existente resuelve aprobar una ley con miras a fijar en forma precisa y definitiva el sentido del texto²¹. En el caso, la Corte señala que no existía discusión doctrinaria o jurisprudencial acerca del sentido del término “dotación” en las disposiciones interpretadas (Ley 15.750 de 1985). Por el contrario, la cuestión era objeto de discusión en el marco de la controversia generada entre los poderes a partir de las promulgaciones del art. 64 de la ley 18.719, los arts. 1° y 2° de la ley 18.738 y los arts. 15 y 16 de la ley 18.996, y del dictado de sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las disposiciones mencionadas de las leyes 18.738 y 18.996. La SCJ considera, en definitiva, que se está modificando el campo de aplicación de la ley interpretada y, en consecuencia, “dictando una disposición nueva no contenida en el antiguo texto, y por lo tanto no hay interpretación sino abrogación de aquella ley y creación de una ley nueva”²².

En definitiva, los rasgos esenciales que debería presentar el producto del mecanismo legislativo de la interpretación auténtica (esto es: las disposiciones interpretativas) para ser reconocido como tal, son asunto de consenso en la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

otros. Acción de inconstitucionalidad. Ley 18.738”, n° 601/2014, Base de Jurisprudencia Nacional.

²¹ SUPERVIELLE, *El alcance de la ley interpretativa*, “Revista de Derecho Público y Privado”, t. 42-43, 1959, p. 359 a 399.

²² SCJ, 30/11/15, “Rinaldi, Roberto, y otros c/Poder Ejecutivo y otros. Acción de inconstitucionalidad”, n° 311/2015, Base de Jurisprudencia Nacional. Sin perjuicio de lo señalado respecto del carácter modificativo (no interpretativo) de la disposición impugnada, agrega otro argumento para establecer su inconstitucionalidad, vinculado a la violación de la separación de poderes. En efecto, entiende que la intención del legislador es intervenir en el funcionamiento de la Justicia en casos en los cuales es parte, para obtener un resultado que lo favorece económicamente.

§ 4. **CARACTERIZACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA Y SUS FUNCIONES EN EL CASO**

La interpretación auténtica remite a la actividad y el producto interpretativos del órgano que es autor del enunciado interpretado, circunstancia que conlleva privilegiar la autoridad del autor en la determinación del sentido, incluso si el sentido es atribuido con posterioridad a su redacción. Esta idea de la autenticidad tiene la limitación de estar asociada a una concepción de la ley como producto de la voluntad de un individuo concreto que, a su vez, sabe qué quiso decir con la expresión legislativa²³. En otras palabras, la interpretación auténtica refiere a la atribución de sentido a una formulación normativa, que puede llevarse a cabo mediante la sanción de las llamadas leyes interpretativas (o de disposiciones interpretativas) o mediante la sanción de interpretaciones declarativas del sentido de disposiciones preexistentes. La ley interpretativa prescribe una atribución de sentido específica, “un resultado interpretativo específico, concerniente a un determinado y circunscripto enunciado y a los enunciados de un determinado y circunscripto documento” legislativo anterior²⁴. Una disposición interpretativa consiste, en definitiva, en el producto de una decisión interpretativa que busca determinar el sentido de una disposición precedente²⁵. La idea de que las disposiciones interpretativas se limitan a declarar el sentido de una disposición preexistente tiene como consecuencia que se acepte su carácter retroactivo, más allá de que tal aceptación esté apoyada en la ficción de la identidad de autor de las disposiciones legislativas como rasgo que permite calificar como auténtica la interpretación hecha por el legislador²⁶.

Sin embargo, entender a la interpretación auténtica como un caso de interpretación decisoria llevada a cabo por el legislador, requiere de la verificación de determinadas circunstancias de hecho en las prácticas aplicadoras de los tribunales, para que la disposición interpretativa pueda, a su vez, ser interpretada como una unidad de sentido junto a la disposición interpretada, y no como un mero mecanismo a disposición del legislador orientado a sustraer a la función

²³ TARELLO, *La interpretación de la ley*, p. 228 y 229.

²⁴ TARELLO, *La interpretación de la ley*, p. 228.

²⁵ GUASTINI, *Las fuentes del derecho*, p. 239.

²⁶ GUASTINI, *Las fuentes del derecho*, p. 242.

jurisdiccional una de sus actividades típicas, cual es la facultad interpretativa.

De ese modo, tomando en cuenta la distinción entre interpretación *en abstracto* e interpretación *en concreto*²⁷, la interpretación auténtica es interpretación en abstracto, en la medida que es ejercicio de la función legislativa. Por otra parte, se trata de interpretación *decisoria* (la que supone la elección de un determinado sentido, descartando los otros)²⁸, en la medida que el legislador a través de una ley posterior se propone fijar o determinar el sentido de una disposición legislativa precedente.

Sin embargo, esta calificación de la interpretación auténtica como interpretación en abstracto y decisoria es de orden conceptual y, podrá constatarse en aquellos casos en los cuales existen interpretaciones judiciales (en concreto) que son divergentes y que, con respecto de la disposición normativa que en la práctica admite esas múltiples atribuciones de sentido, el legislador escoja una de las posibilidades.

En el caso, tal circunstancia no se configura. Estrictamente, teniendo en cuenta la naturaleza presupuestal de las disposiciones aplicadas, en la especie no podría haberse configurado la existencia de interpretaciones en concreto divergentes. Por tanto, no sería estrictamente interpretación decisoria. Planteado en otros términos: la disposición admitía una interpretación no contextual, aislada de otras disposiciones vinculadas a la forma de cálculo de las retribuciones de los magistrados que sería coherente con lo establecido en la disposición interpretativa, esta última apoyada en el argumento psicológico o de la voluntad del legislador. También permitía una interpretación contextual, con base en el argumento sistemático y en las prácticas históricas del Poder Judicial, cuyo resultado normativo se orienta a favorecer la comprensión del mecanismo de cálculo de las retribuciones como una garantía de la independencia judicial. Y este ha sido el único sentido normativo atribuido por los jueces al cálculo de las retribuciones que recurre a los enganches.

Según la concepción tradicional recogida por la doctrina y jurisprudencia nacionales, la ley interpretativa y la ley interpretada constituyen una unidad de sentido normativo, dado el carácter declarativo de su estructura y, a su vez, dado que se le otorga efecto retroacti-

²⁷ GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, p. 33.

²⁸ GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, p. 45.

vo. La disposición interpretativa, como señalamos en el apartado anterior, suele ser entendida por la doctrina –en general– y por la jurisprudencia de la CSJN desde hace al menos tres décadas como aquella que declara, aclara o determina el significado dudoso o controvertido de otra disposición; por lo cual, no es considerada interpretativa o declarativa si amplía o restringe el alcance de la disposición existente, o bien, si la disposición existente no ha sido objeto de interpretaciones jurisprudenciales discordantes. Es decir, la interpretación auténtica tendría carácter declarativo o de reconocimiento de un sentido normativo ya vigente, de acuerdo a la doctrina tradicional. Esta ha sido la base de la justificación de las decisiones de la SCJ respecto del instituto de la interpretación auténtica, siguiendo a la doctrina nacional que, por otra parte, no ha cambiado desde 1959 (fecha en que fue publicada la solución dogmática citada por la Corte en las sentencias dictadas durante este diferendo).

Por otra parte, y teniendo en cuenta la distinción analítica entre *disposición* y *norma*²⁹, la interpretación auténtica es interpretación decisoria y, teniendo en cuenta que no se configura en el caso la existencia de interpretaciones en concreto discordantes o divergentes, lo que tenemos puede entenderse como la disputa política por la primacía de la intención del Poder Ejecutivo deficientemente implementada en la ley de presupuesto de 2010 o de la interpretación sistemática que se sustenta en una posición consolidada en la práctica, respaldada por doctrina y jurisprudencia.

También puede problematizarse si las “disposiciones interpretativas” sancionadas durante este diferendo, constituyen casos de interpretación *en abstracto*, en la medida que pretenden determinar el cambio de una práctica institucional del Poder Judicial en relación con la liquidación de haberes de los magistrados, es decir, la finalidad práctica perseguida es incidir en la situación salarial, ya consolidada, de un conjunto determinado de funcionarios. Revertir el único sentido asignado por el Judicial a la disposición interpretada parece ser entonces un intento de ejercicio de la función jurisdiccional a través del instituto de la interpretación auténtica. Por lo cual, las disposiciones sancionadas, identificadas por el legislador como “interpretativas”, tampoco satisfacen los rasgos incluidos en la caracterización conceptual de la interpretación auténtica como interpretación en abstracto y decisoria³⁰.

²⁹ GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, p. 15.

³⁰ GUASTINI, *Las fuentes del derecho*, p. 244.

§ 5. ¿JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA?

A la luz de las conclusiones parciales hasta aquí esbozadas, puede afirmarse que el diferendo podría haber tenido un desarrollo discursivo más genuino (y, por tanto, menos encubierto en determinaciones de carácter técnico o dogmático) si hubiese sido canalizado a través de un registro de relacionamiento institucional alternativo, menos confrontativo y más sensible a las consecuencias que, precisamente, en términos institucionales acarrearía –como lo hizo–, en definitiva, el camino elegido. Es, en ese sentido, que la situación puede calificarse en términos de judicialización de la política, entendiendo por tal el hecho de que una controversia que tradicionalmente podría ser abordada y decidida por medios políticos explícitos, es condicionada por resoluciones judiciales³¹, cuya narrativa encubre opciones políticas en la determinación del sentido; o bien la decisión de recurrir al Poder Judicial para “continuar la discusión de decisiones que los órganos mayoritarios habían tenido por finales”³². La ampliación de los márgenes de la jurisdicción del derecho³³ implica la formulación de reivindicaciones de actores sociales en términos jurídicos y judiciales, es decir, echando mano a un registro contencioso. En el caso, los jueces que promovieron los procesos de declaración de inconstitucionalidad, en consonancia con el contenido de las declaraciones de su asociación gremial, formularon sus reivindicaciones en términos judiciales, configurándose el diferendo como un conflicto salarial que abarca magistrados y funcionarios judiciales. Luego el incumplimiento del Ejecutivo en facilitar los fondos para que pudieran cobrarse las diferencias salariales respaldadas por sentencias de condena, tuvo como respuesta la paralización de actividades del Poder Judicial y la negociación por los gremios de acuerdos de pago por montos inferiores a los establecidos en las sentencias.

³¹ TATE - VALLINDER, *The global expansion of Judicial Power*, p. 1 a 10; COUSO, *Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política*, “Revista de Ciencia Política”, vol. XXIV, n° 2, 2004, p. 29 a 48; SARLO - TRUJILLO, *Sistema judicial y judicialización en Uruguay*, “Espacio Abierto”, n° 7, 2007, p. 12 a 26.

³² BÖHMER, “La lógica político-institucional del Poder Judicial en la Argentina”, en ACUÑA, *¿Cuánto importan las instituciones?*, p. 157 a 208.

³³ ANSOLABEHRE, *Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia*, “Isonomía”, n° 22, abr. 2005, p. 39 a 61.

Sin perjuicio, entonces, de la falta de ajuste a las exigencias tanto de la concepción tradicional como de la concepción analítica de la interpretación auténtica, el contenido de la ley, y por tanto, el contenido del conflicto institucional generado, habilita a introducir algunas consideraciones que requieren poner en juego (tal vez con más claridad que en otras leyes interpretativas) la dimensión política de la disputa por el sentido y su impacto institucional, teniendo en cuenta la relación entre los poderes.

En ese sentido, podría pensarse el desacuerdo acerca del alcance de la norma presupuestal y su forma de tramitación como un caso de judicialización de un conflicto entre el Judicial y los poderes políticos, que termina por invertir la función de la interpretación auténtica. Es decir, la interpretación legislativa, en tanto acto de autoridad, obliga con carácter general y la interpretación judicial obliga respecto de la causa en la que se realiza. En el caso, la interpretación auténtica pretende redireccionar (desactivando los aumentos salariales) el sentido que el Poder Judicial le atribuyó a las disposiciones presupuestales interpretadas; y la interpretación judicial de las disposiciones presupuestales que surge de las decisiones de la SCJ con distintas integraciones, apoyada por la inconstitucionalidad de la disposición interpretativa, es obligatoria para el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, que fueron los demandados en los procesos de inconstitucionalidad iniciados por los magistrados.

Es pertinente recordar los diferentes sentidos de la expresión “poder judicial”, con miras a justificar la caracterización de la controversia comentada como un caso de judicialización de la política. En la medida que carece de unidad de agencia, el Poder Judicial es, en su sentido propio, el poder que tiene cada juez, no el poder de un agente colectivo. En ese sentido, la resolución del caso concreto no puede entenderse como una oportunidad para favorecer al juez o para avanzar alguna finalidad personal o corporativa. El Poder Judicial en el sentido impropio (que no da cuenta de sus características institucionales), como “Poder” del Estado, es una organización de la cual el juez es funcionario. Esto último no puede decirse del poder legislativo, en la medida que cada miembro de una cámara no tiene autoridad en la forma que la tiene un juez, sino que la tiene en virtud de que contribuye a formar la voluntad de un agente colectivo³⁴.

³⁴ ATRIA, *Jurisdicción e independencia judicial: el Poder Judicial como poder nulo*, “Revista de Estudios de la Justicia”, n° 5, 2004, p. 119 a 141, y *La forma del derecho*, p. 216.

Por el contrario, no es el Poder Judicial el que decide un caso, sino el tribunal respectivo. En ese sentido el Poder Judicial es nulo, no aparece. Pero, en la medida que se concibe a sí mismo como un agente colectivo, con intereses y demandas propias, existe la probabilidad de que el juez haga un uso instrumental del caso y no decida como juez, sino del modo que más conviene a la organización³⁵. Una característica institucional que puede afectar la capacidad del tribunal para atender el caso puede ser, por ejemplo, la falta de autonomía presupuestal. En efecto, en Uruguay, el Poder Judicial es uno de los organismos que integran el art. 220 del Constitución³⁶, lo cual determina que elabore reclamos cuya satisfacción depende de la disposición de otros poderes, o espere reformas que solo serían viables en caso de contar con el acuerdo de los otros Poderes con sus previsiones presupuestales. El Poder Judicial no tiene autonomía financiera. En ese marco de debilidad institucional, cobra sentido la comprensión del texto de 1985 referido a la retribución de los jueces como garantía de la independencia judicial. Un sentido institucionalmente valioso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte sostuvo –haciendo referencia a la voluntad del Ejecutivo en las iniciativas legislativas involucradas en la contienda– que, aun cuando pudiera compartirse que las impugnadas eran disposiciones interpretativas, igualmente correspondería declarar la inconstitucionalidad en virtud de que se transgrede el principio de separación de poderes en la medida que se incide en el funcionamiento de la justicia cuando, siendo parte el propio Estado, interviene para obtener un resultado que lo favorece económicamente³⁷.

Por otra parte, las reformas al sistema de justicia están explícitamente en la agenda del partido de gobierno desde hace varios años, por lo que ciertos hechos propios de la dinámica del sistema político rodeaban la disputa por el sentido que transcurría en los tribunales. En algunas ocasiones, como en 2008, luego de dictarse sentencias de inconstitucionalidad relativas a disposiciones legislativas especialmente relevantes (como la reforma tributaria), llegaron a producirse declaraciones de legisladores del Frente Amplio señalando que la SCJ no es neutral y “juega para los ricos”; y recordándole que es el Par-

³⁵ ATRIA, *La forma del derecho*, p. 218.

³⁶ Elabora su presupuesto y lo envía al Poder Legislativo y al Ministerio de Economía que, a su vez, en su mensaje presupuestal realiza las previsiones para los organismos del art. 220 de la Constitución.

³⁷ CSJN, 30/11/15, “Rinaldi, Roberto, y otros c/Poder Ejecutivo y otros. Acción de inconstitucionalidad”, n° 311/2015, Base de Jurisprudencia Nacional.

lamento el que vota las venias de los ministros de la corporación y el que vota su presupuesto³⁸. A esas declaraciones la Asociación de Magistrados del Uruguay respondió anunciando la denuncia ante el Relator Especial de ONU sobre la independencia de jueces y abogados, e interpretándolas como la reivindicación de un ilegítimo sometimiento del Poder Judicial al poder político³⁹. En 2015, no le fueron otorgados fondos incrementales al Poder Judicial en la ley de presupuesto. También se emitió una declaración del sector político al que pertenece el ministro de Economía, que sostuvo que el Poder Judicial avasallaba la competencia del Poder Legislativo de interpretar las normas y fijar los salarios públicos y alertó que el procedimiento genera “riesgo institucional”⁴⁰.

Por último, y precisamente teniendo en cuenta el contenido presupuestal/salarial de la disputa por el sentido, también observamos (ya nos referimos a las dificultades de aplicación de la noción de interpretación auténtica como interpretación en abstracto y decisoria) que no parecen satisfactorios los argumentos que tradicionalmente se han ofrecido a favor y en contra del mecanismo de la interpretación auténtica y que, en principio, esa inadecuación es consecuencia de las carencias o limitaciones institucionales para tramitar un conflicto como el del caso analizado.

A favor de la interpretación auténtica se sustentan tradicionalmente argumentos que hacen referencia a la doctrina democrática de la soberanía popular, de modo que identifican a las leyes interpretativas y a las disposiciones que contienen interpretaciones declarativas con mecanismos para lograr la efectiva prevalencia de los poderes políticos sobre la capacidad interpretativa de los jueces. Es decir, como un mecanismo que contribuye al aseguramiento del principio de sujeción del juez a la ley⁴¹. Por otro lado, en contra de estos

³⁸ Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay, *Jueces van a la ONU y plantean denuncia por ataque desde el FA*, 11/4/08, www.cnccs.com.uy/jueces-van-a-la-onu-y-plantean-denuncia-por-ataque-desde-el-fa/

³⁹ AMU: *declaraciones de Pérez son una presión*, “El Espectador”, 12/4/08, www.espectador.com/politica/119353/amu-declaraciones-de-perez-son-una-presion

⁴⁰ *Grupo de Astori acusa a la Corte de generar “riesgo institucional”. Afirma que fallo viola facultades exclusivas del Parlamento*, “El Observador”, 11/2/16, www.elobservador.com.uy/grupo-astori-acusa-la-corte-generar-riesgo-institucional-n865867.

⁴¹ GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, p. 102; ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia*, p. 119.

mecanismos legislativos, se ofrecen dos tipos de argumentos: el que aduce que las leyes interpretativas ostentan un carácter retroactivo logrado subrepticamente⁴² y el que las considera mecanismos que debilitan el principio de separación de poderes “en la medida que invaden el poder jurisdiccional o, al menos, una de sus funciones típicas como es precisamente la interpretación”⁴³, interpelando además la independencia del Poder Judicial. Entendida esta como “independencia frente a los otros poderes del Estado y a los centros de decisión de la propia organización judicial”, esto es, como independencia externa e interna⁴⁴ que, a los efectos del tema del cual nos estamos ocupando, no es incompatible con entender la independencia del Poder Judicial como referida a cada juez, es decir, como “independencia de los jueces para atender al caso y así aplicar la ley”⁴⁵.

Ahora bien, la interpretación auténtica como construcción dogmática supone que las interpretaciones declarativas realizadas por el legislador, apoyada en la ficción de que el legislador es único y racional, prescriben a los aplicadores una atribución de sentido específica a unos materiales legislativos anteriores. La idea de que las disposiciones interpretativas se limitan a declarar el sentido de una disposición preexistente tiene como consecuencia que se acepte su carácter retroactivo, más allá de que tal aceptación esté apoyada en la ficción de la identidad de autor. En disputas que involucran reclamos en términos de derechos fundamentales y en las cuales interviene el control de constitucionalidad de las leyes interpretativas, dicha ficción ha perdido utilidad para comprender el uso de la retroactividad sin afectar el valor de la seguridad jurídica como clave en la reconstrucción sistemática del derecho. Es decir, como construcción dogmática tienen eficacia simbólica asociada a determinados presupuestos epistemológicos acerca del derecho, asociados al formalismo (la concepción imperativista de las normas, la función judicial entendida en términos estrictamente aplicadores, entre otros). Podría decirse que, en contextos institucionales marcados por la interpretación constitucional a través del control de constitucionalidad de la ley, la utilidad epistémica de ficciones como la interpretación auténtica y, en

⁴² PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, p. 161.

⁴³ GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, p. 102.

⁴⁴ BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial*, p. 103; ANDRÉS IBÁÑEZ - MOVILLA ÁLVAREZ, *El Poder Judicial*, p. 52.

⁴⁵ ATRIA, *Jurisdicción e independencia judicial: el Poder Judicial como poder nulo*. “Revista de Estudios de la Justicia”, n° 5, 2004, p. 119 a 141.

consecuencia, la eficacia normativa de las disposiciones interpretativas se debilitan, y su permanencia en los discursos institucionales se termina reduciendo a una función retórica.

§ 6. **CONCLUSIÓN**

En el caso no parece haberse configurado la exigencia empírica (de la dogmática recibida por la jurisprudencia tradicional de la Corte) de que las prácticas interpretativas y de aplicación por los tribunales den cuenta de múltiples casos de atribución de sentidos divergentes a la disposición interpretada por la disposición posterior. Tal exigencia establece la única circunstancia en la cual la sanción de leyes interpretativas implicaría interpretación auténtica genuina, en tanto se trata de interpretación en abstracto. Si no fuera ese el caso, y tiene lugar interpretación en concreto, el legislador estaría ejerciendo función jurisdiccional y, por tanto se trata de una injerencia indebida por la vía de la sanción de legislación retroactiva para revocar decisiones judiciales específicas que suponían costos presupuestales no previstos. A su vez, el Judicial actuó como colegislador, en la medida que su intervención en los casos de control de constitucionalidad, tuvo entre sus consecuencias, derogaciones de disposiciones legislativas.

No puede decirse –a consecuencia de los diseños institucionales que incluyen al Poder Judicial entre los organismos a los cuales la Constitución no les confiere autonomía presupuestal, y que las decisiones judiciales quedaran en manos de eventuales beneficiarios del aumento salarial en disputa– que el Poder Judicial fue nulo o no apareció. En efecto, la Corte (integrada) decide en una disputa entre poderes en torno al alcance y los límites de la voluntad expresada por los poderes políticos que afecta a los funcionarios del poder del que la propia Corte posee la superintendencia.

Por otro lado, y atendiendo a la estrategia legislativa escogida, los órganos interpretativos, sus prácticas interpretativas y los procesos de consolidación de esas prácticas, constituyen elementos que deberían ser tenidos en cuenta al momento de la redacción de materiales normativos. No hacerlo, y asumir una concepción imperativista de las normas, supone banalizar la importancia de los intérpretes aplicadores en la producción de derecho. Tener en cuenta a los intérpretes y el espesor interpretativo y decisonal de su función, hace parte de la consideración del impacto institucional de la nueva disposición en

la organización jurídica y sus costos presupuestales e institucionales. En ese sentido, la insuficiencia de la concepción de la interpretación auténtica que se trasunta en el uso de reiteradas disposiciones interpretativas se centra en que su función normativa retroactiva se justifica recurriendo a unas construcciones dogmáticas que operan sobre la base de ficciones que han ido perdiendo operatividad y, por tanto, han ido perdiendo eficacia legitimadora de las decisiones institucionales. Esa pérdida de eficacia operativa de construcciones del discurso técnico dogmático parece tener como correlato en los hechos institucionales y decisiones políticas una muestra de debilidad del compromiso institucional. Debilidad que se expresa en el incumplimiento de sentencias de condena, acuerdos de pago por montos menores suscritos por organizaciones gremiales, controversias decididas por los propios beneficiarios de las decisiones judiciales, instrumentalización de la ley como intento de clausurar un diferendo político, e incapacidad para alcanzar soluciones colectivas que no sean onerosas para la comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA, CARLOS (comp.), *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO - MOVILLA ÁLVAREZ, CLAUDIO, *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986.
- ANSOLABEHERE, KARINA, *Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia*, "Isonomía", n° 22, abr. 2005, p. 39 a 61.
- ATRIA, FERNANDO, *Jurisdicción e independencia judicial: el Poder Judicial como poder nulo*, "Revista de Estudios de la Justicia", n° 5, 2004, p. 119 a 141.
- *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- BERGALLI, ROBERTO, *Estado democrático y cuestión judicial*, Buenos Aires, Depalma, 1984.
- BÖHMER, MARTÍN, "La lógica político-institucional del Poder Judicial en la Argentina", en ACUÑA, CARLOS (comp.), *¿Cuánto importan las instituciones? Gobierno, Estado y actores en la política argentina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- CHIASSONI, PIERLUIGI, *Técnicas de interpretación jurídica*, trad. M. NARVÁEZ - P. LUQUE, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- COUSO, JAVIER, *Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política*, "Revista de Ciencia Política", vol. XXIV, n° 2, 2004, p. 29 a 48.
- GONZÁLEZ BIANCHI, PABLO, *La ley interpretativa*, "La Justicia Uruguaya", vol. 92, 1986, p. 85 a 117.

- GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. M. GASCÓN - M. CARBONELL, México, UNAM-Porrúa, 2012.
- *Interpretar y argumentar*, trad. S. ÁLVAREZ, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- *Las fuentes del derecho*, trad. C. MORENO - L. CÁRDENAS, Lima, Raguel Ediciones, 2016.
- GUIBOURG, RICARDO, *La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico*, “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, n° 9, 1989, p. 155 a 170.
- *Los jueces y la nueva estructura del sistema jurídico*, “Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, n° 24, ene. 2006, p. 139 a 156.
- HABA, E. PEDRO, *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico (Observaciones sobre el carácter opcional de las interpretaciones que se escogen para las leyes)*, t. I y II, 1ª ed., San José (Costa Rica), Corte Suprema de Justicia - Escuela Judicial, 2003.
- ITURRALDE SESMA, M. VICTORIA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- PUGIOTTO, ANDREA, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milán, Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara, 2003.
- SARLO, OSCAR - TRUJILLO, HENRY, *Sistema judicial y judicialización en Uruguay*, “Espacio Abierto”, n° 7, 2007, p. 12 a 26.
- SUPERVIELLE, BERNARDO, *El alcance de la ley interpretativa*, “Revista de Derecho Público y Privado”, t. 42-43, 1959, p. 359 a 399.
- TARELLO, GIOVANNI, *La interpretación de la ley*, trad. D. DEI VECCHI, Lima, Palestra, 2015.
- TATE, C. NEAL - VALLINDER, TORBJÖRN, *The global expansion of Judicial Power*, New York-London, New York University Press, 1995.

TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. AVANCES Y PROBLEMAS*

FEDERICO DE FAZIO**

Resumen. Este trabajo tiene el propósito de ofrecer un estado de la cuestión acerca de la teoría de los principios en tanto teoría analítica que estudia las propiedades estructurales de esta clase de las normas. Se buscarán corroborar dos hipótesis. La primera hipótesis indica que la tesis de la diferencia clasificatoria, y no meramente gradual, no ha encontrado hasta el momento objeciones o contra-ejemplos capaces de refutarla. La segunda hipótesis sostiene que, sin perjuicio de lo anterior, aún persiste abierta la pregunta de investigación referida a cuál es el concepto de los principios que resulta más adecuado para dar cuenta de sus características específicas.

Palabras claves: teoría de las normas, teoría de los principios, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Jan Sieckmann.

THEORY OF THE PRINCIPLES. ADVANCES AND PROBLEMS

Abstract. This work aims to reconstruct the state of the art in the field of the theory of principles, understanding by this an analytical theory oriented to explain the logical structure of this kind of norms. We aim to corroborate two hypotheses. The first one states that the classificatory difference's thesis between principles and rules has been not refuted by any argument or counterexample so far. The second one claims that, notwithstanding the foregoing, the question about how the con-

* Recepción: 19/9/18; evaluación: 4/11/88; aceptación: 9/11/18.

** Doctor en Derecho. Becario posdoctoral del Conicet (Instituto Ambrosio Gioja - UBA). Profesor de la UBA y Universidad Nacional de La Plata.

cept and structure of principles should be represented remains unanswered.

Keywords: theory of Norms, theory of principles, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Jan Sieckmann.

TEORIA DOS PRINCÍPIOS. AVANÇOS E PROBLEMAS

Resumo. Este trabalho tem como objetivo oferecer um estado da arte sobre a teoria dos princípios como uma teoria analítica que estuda as propriedades estruturais desta classe de normas. Duas hipóteses serão corroboradas. A primeira hipótese indica que a tese da diferença classificatória, e não meramente gradual, ainda não encontrou objeções ou contra-exemplos capazes de refutá-la. A segunda hipótese sustenta que, apesar do exposto, ainda permanece em aberto a questão qual é o conceito dos princípios mais apropriados para explicar suas características específicas.

Palavras-chave: teoria das Normas, teoria dos princípios, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Jan Sieckmann.

A) INTRODUCCIÓN

La frase *teoría de los principios* es ambigua. Su uso puede hacer referencia, como mínimo, a tres teorías que persiguen objetivos diferentes. Así, puede ser utilizado para connotar: *a)* una teoría que sostiene que los principios son una clase de normas cuya validez no depende de los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento, sino de su justificación moral¹; *b)* una teoría que afirma que

¹ Esta teoría es sostenida por DWORKIN en el marco de un “ataque general al positivismo jurídico”. Véase DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 38 y siguientes. Sin embargo, entiendo que se encuentra refutada. En primer lugar, porque nada impide que los principios puedan ser identificados por medio de los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 228; HART, “Postscriptum”, en RODRÍGUEZ, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, p. 125 y ss.; MAC CORMICK, *Principles of Law*, “The Juridical Law Review”, Edinburgh, 1974, p. 217 a 226; RAZ, *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, nº 5, p. 828. En segundo lugar, porque la

los principios son una clase de normas que poseen propiedades estructurales específicas que permiten distinguirlas clasificatoriamente de las reglas², y c) una teoría sobre la interpretación constitucional que aduce que gran parte de las normas que prescriben derechos fundamentales deben ser entendidas como principios³. Este trabajo tiene el propósito de ofrecer un estado de la cuestión acerca de la *teoría de los principios* en el segundo de los sentidos apuntados, es decir, como una teoría analítica que estudia las propiedades estructurales de esta clase de las normas. Se buscarán corroborar dos hipótesis. La primera hipótesis indica que la *tesis de la diferencia clasificatoria*, y no meramente gradual, entre principios y reglas está justificada; o, mejor dicho, no ha encontrado hasta el momento objeciones o contra-ejemplos capaces de refutarla. La segunda hipótesis sostiene que, sin perjuicio de lo anterior, aún persiste abierta la pregunta de investigación referida a cuál es el concepto de los principios que resulta más adecuado para dar cuenta de sus características específicas.

La argumentación tendiente a respaldar estas dos hipótesis se realizará respetando un determinado orden de exposición. Así, en un primer momento, se analizarán los *criterios de individualización* propuestos por RONALD DWORKIN para justificar la *tesis de la diferencia clasificatoria* en principios y reglas y se considerarán las principales objeciones que se han dirigido en su contra. En una segunda instancia, se examinará críticamente el problema referido a la definición conceptual de los principios. De esta manera, se tomará como punto de partida a la teoría de los *mandatos de optimización*

verificación empírica de que los jueces y abogados utilizan proposiciones referidas a principios en el marco de sus razonamientos, no permite corroborar, sin más, que estos forman parte del sistema jurídico (NINO, *La validez del derecho*, p. 156).

² Esta teoría se encuentra representada, principalmente, por las investigaciones de ROBERT ALEXY, MANUEL ATIENZA, JUAN RUIZ MANERO y JAN-R. SIECKMANN. Véase ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 71 y ss.; ALEXY, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, en ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*; ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 23 y ss.; SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 52 a 85; *El modelo de los principios del derecho*, p. 13 a 114, y *Recht als normatives System. Die prinzipien theorie des Rechts*, p. 19 a 64.

³ A este respecto pueden consultarse las siguientes investigaciones: BARAK, *Proportionality. constitutional rights and their limitations*; BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*; BOROWSKI, *Grundrechtsprinzipien*.

de ROBERT ALEXY y, posteriormente, se considerarán las teorías alternativas del *supuesto de hecho abierto* propuesta por MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, y de los *argumentos normativos* defendida por JAN SIECKMANN. Para finalizar, se presentarán algunas conclusiones a modo de cierre.

B) LA TESIS DE LA DIFERENCIA CLASIFICATORIA ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

Si bien son muchos los autores que, dentro del marco de sus teorías, distinguen a las normas entre principios y reglas⁴, no todos lo hacen en el mismo sentido. Es por ello que suele diferenciarse entre tesis *débiles* y *fuertes* de la separación⁵. La tesis *débil* sostiene que la diferencia entre principios y reglas es meramente de *grado*, según su mayor o menor nivel de generalidad o abstracción⁶. En cambio, la tesis *fuerte* afirma que la diferencia entre principios y reglas no es meramente de grado, sino que, debido a ciertas características estructurales, es también *clasificatoria o de clase*⁷. Esto último su-

⁴ Algunos antecedentes de autores que han hecho uso de esta terminología pueden ser consultados en: ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*; HELLER, *Teoría del Estado*; LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*; LÓPEZ RUF, “Los principios y la interpretación en la función judicial”, en ALARCÓN CABRERA - VIGO, *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, p. 273 a 291; VITA, *La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller*, “Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, n° 43, p. 49 a 75.

⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 72 a 75; ALEXY, Zum Begriff des Rechtsprinzips, en ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, p. 184; BAYÓN, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, p. 359; GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, p. 132; SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, p. 53.

⁶ Ejemplos de tesis *débiles* en razón del grado de generalidad semántica de las normas pueden encontrarse en: HART, “Postscriptum”, en RODRÍGUEZ, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, p. 199; RAZ, *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, p. 838. Ejemplos de tesis *débiles* en razón del nivel de abstracción que la norma puede ocupar en la cadena de justificación de una decisión jurídica puede hallarse en ETCHEVERRY, *¿De qué hablamos cuando hablamos de principios? Una aproximación a los principios jurídicos desde una perspectiva funcional*, manuscrito inédito, 2018.

⁷ Ejemplos al respecto se encuentran en ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 71 y ss.; ALEXY, “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en ALEXY, *Recht, Vernunft,*

pone que toda norma solamente puede ser o bien un principio o bien una regla⁸, sin que puedan haber modalidades intermedias.

La *teoría de los principios* (en el sentido estricto que aquí interesa) defiende esta última tesis. Por ello, un primer interrogante que puede formularse refiere a cuál o cuáles son los *criterios de individualización* que permiten trazar una distinción *clasificatoriamente* entre principios y reglas. Un análisis minucioso al respecto debe comenzar con el influyente artículo de RONALD DWORKIN titulado *The model of rules (El modelo de las reglas)*⁹. En lo que sigue, será sometido a debate.

§ 1. LA TEORÍA DE RONALD DWORKIN

DWORKIN inicia su exposición mencionando el conocido caso *Riggs vs. Palmer*, resuelto por el Tribunal de Nueva York en 1889¹⁰. El problema del caso era si un heredero testamentario debía recibir la herencia, incluso cuando este, para asegurarse y adelantar su cobro, hubiera asesinado al testador. El heredero basó su pretensión en la regla estatutaria que prescribe que todo testamento firmado por tres testigos debe ser considerado válido. El testamento bajo análisis cumplía, efectivamente, con tales condiciones. No obstante, el Tribunal decidió establecer una excepción a dicha regla, basándose en un principio no escrito que prohíbe que alguien pueda beneficiarse de su propio dolo o injusticia. Finalmente, el testamento fue declarado inválido y no se efectuó la entrega de la herencia.

De acuerdo con DWORKIN, existe una diferencia *lógica* entre la regla que prescribe que todo testamento firmado por tres testigos es válido y el principio que prohíbe beneficiarse de su propio dolo o injusticia¹¹. Esta diferencia *lógica* se pone en evidencia sobre la base

Diskurs. Studien zur Rechts philosophie; ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 23 y ss.; DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 40; SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, p. 52 a 85.

⁸ ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 77.

⁹ Este artículo se encuentra compilado en DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 29 a 64. Posteriormente, DWORKIN ha modificado parcialmente esta terminología (*Law's empire*).

¹⁰ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 39.

¹¹ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 40. El término “lógica” debe ser entendido en este contexto en un sentido amplio, es decir, no necesariamente vinculado al estudio de la forma de los razonamientos deductivos.

de dos *criterios de individualización*. El primer criterio indica que las reglas se aplican a la manera *todo-o-nada*, mientras que esto no es así en el caso de los principios¹². El segundo criterio supone, a su vez, que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso* o de la importancia¹³.

§ 2. **LA APLICACIÓN A LA MANERA “TODO-O-NADA” DE LAS REGLAS**

Que las reglas se apliquen a la manera *todo-o-nada* significa que, si se cumple con su supuesto de hecho, entonces o bien la regla es válida y determina concluyentemente la solución del caso o bien es inválida y no aporta en nada a la decisión¹⁴. Así, por ejemplo, si se considera válida la regla que exige la firma de tres testigos como condición necesaria para la legalidad de los testamentos, entonces siempre serán conforme a derecho aquellos testamentos rubricados por, al menos, tres testigos y nunca lo serán aquellos rubricados por dos o menos.

En este punto podría objetarse que, muchas veces, las reglas cuentan con cláusulas de excepción. Sin embargo, esto no hace colapsar su carácter *todo-o-nada*; pues, un enunciado que describa a una regla debería considerar todas sus excepciones y cualquier proposición que así no lo hiciese resultaría incompleta. Si la lista de excepciones es muy larga, puede resultar demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla. Pero, en teoría, no hay razón para que no se las pueda enumerar a todas¹⁵.

En cambio, los principios no se aplican de esta manera *todo-o-nada*. Aun cuando resulten válidos y se cumpla con su supuesto de hecho, estos no determinan automática o concluyentemente la decisión. Solamente enuncian una razón que discurre en una dirección, pero que puede quedar desplazada en virtud de algún otro principio que apunta en una dirección contraria¹⁶. Así, por ejemplo, el principio que prohíbe beneficiarse del propio dolo suele quedar desplazado en favor de algún otro principio en los casos de usucapión¹⁷.

¹² DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 40.

¹³ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 43.

¹⁴ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 40.

¹⁵ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 42.

¹⁶ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 42.

¹⁷ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 42.

Empero, estos ejemplos en contrario no pueden ser vistos como excepciones que deberían integrar enunciados proposicionales más extensos, ya que no pueden ser enumerados o previstos de antemano ni siquiera en teoría¹⁸.

§ 3. **OBJECIONES**

El establecimiento de una distinción *de clase* entre principios y reglas sobre la base del *criterio de individualización* que indica que solamente estas últimas son aplicables a la mañana *todo-o-nada* ha sido blanco de dos objeciones principales.

La primera objeción es de índole metodológica y señala que si se acepta que todas las reglas, incluso las más específicas, poseen *textura abierta*¹⁹, entonces parece empíricamente imposible conocer y enumerar todas sus excepciones de antemano²⁰. La segunda objeción es aún más lapidaria que la anterior y está relacionada con la estructura de los sistemas jurídicos. Si se asume, como DWORKIN lo hace, que los sistemas jurídicos están compuestos no solo por un primer nivel conformado por reglas, sino también por un segundo nivel integrado por principios, entonces las excepciones a las reglas no pueden ser tampoco enumeradas ni siquiera en teoría²¹; pues, nada impediría que resulte añadida una nueva cláusula de excepción a una regla como resultado de ponderación entre el principio que le subyace y un principio contrapuesto que exhibe mayor importancia en relación con el caso concreto que se presenta²². Precisamente, esto es lo que sucedió en el caso *Riggs vs. Palmer*.

Como puede notarse, las dos objeciones presentadas refutan la tesis que indica que las reglas siempre resultan aplicables a la manera *todo-o-nada*. En efecto, el hecho de que las reglas posean *textura abierta* y que, además, puedan acoger cláusulas de excepción imprevisitas en razón de los principios, excluye la posibilidad de que estas siempre determinen concluyentemente la solución de los casos que

¹⁸ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 42..

¹⁹ HART, *El concepto del derecho*, p. 159 y siguientes.

²⁰ CARRÍO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 226.

²¹ ALEXI, Zum Begriff des Rechtsprinzips, en ALEXI, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, p. 71; HART, *El concepto del derecho*, p. 122.

²² ALEXI, Zum Begriff des Rechtsprinzips, en ALEXI, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, p. 71.

caen dentro de su supuesto de hecho. Siendo así, debe admitirse que este primer *criterio de individualización* sugerido por DWORKIN no logra justificar la existencia de una diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas. Por lo tanto, debe ser descartado.

§ 4. **LA “DIMENSIÓN DEL PESO” DE LOS PRINCIPIOS**

Mucho más interesante resulta el segundo *criterio de individualización* identificado por DWORKIN. Este supone que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso*.

Que los principios cuenten con una *dimensión del peso* significa que, cuando estos entran en una contradicción, quien tenga que resolver el problema debe considerar cuál es la importancia relativa de cada uno de ellos de acuerdo con las circunstancias particulares del caso²³. Así, por ejemplo, en *Riggs vs. Palmer* se presentó una colisión entre el principio que ordena respetar las reglas testamentarias del *common law* y el principio que prohíbe beneficiarse del propio dolo o injusticia. Para resolver el caso, el tribunal neoyorkino debió fundamentar que, en esa situación en concreto, el segundo principio gozaba de una importancia mayor con respecto al primero. Sin embargo, esto no redundó en la invalidez del principio desplazado ni tampoco en el agregado de una cláusula de excepción en su supuesto de hecho. Por el contrario, se entiende que este continúa operando como una razón válida a tener en cuenta para la toma de decisiones futuras y que, incluso, puede obtener prioridad si, ante nuevas circunstancias, cuenta con una importancia relativa mayor.

Las reglas, contrariamente, no exhiben esta dimensión. Cuando se suscita una contradicción entre dos reglas, ella debe ser solucionada exclusivamente en la *dimensión de la validez*²⁴, esto es, o bien introduciendo una cláusula de excepción o bien declarando la invalidez de, por lo menos, una de ellas. Si se introduce una cláusula de excepción a una de las reglas, entonces esta, si bien permanecerá válida, ya no resultará aplicable en aquellos casos futuros que presenten las mismas propiedades relevantes²⁵. En cambio, si una de las

²³ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 43.

²⁴ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 77.

²⁵ En este sentido, AFONSO DA SILVA comenta que el agregado de una cláusula de excepción es una declaración parcial de invalidez (*Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, p. 46).

reglas es declarada inválida, entonces queda directamente expulsada del sistema normativo. Esto significa que la regla exceptuada o invalidada deja de operar como una razón válida para la acción; y esto no solo para el caso presente, sino, además, para el resto de las situaciones futuras.

§ 5. **OBJECIONES**

La idea de que los principios pueden ser distinguidos *clasificatoriamente* de las reglas sobre la base del *criterio de individualización*, que indica que solamente aquellos exhiben una *dimensión del peso*, también ha sido centro de dos objeciones principales.

La primera objeción ha sido detalladamente desarrollada por JOSEPH RAZ. RAZ sostiene que DWORKIN ha puesto en escena un punto importante: que las contradicciones entre normas pueden resolverse o bien invalidando total o parcialmente a una de las normas o bien mediante la evaluación de su peso o importancia. Sin embargo, según RAZ, esto no está directamente relacionado con una determinada cualidad lógica de las normas. La prueba de ello es que las reglas pueden exhibir, también, una *dimensión del peso* frente a situaciones de contradicción normativa²⁶. RAZ propone dos ejemplos para ilustrarlo.

El primer ejemplo lo extrae del razonamiento moral. Sugiere tomar, por un lado, la regla que ordena cumplir las promesas y, por el otro, la regla que prohíbe mentir. Es posible imaginar una situación hipotética en que solamente pueda ser cumplida una promesa mintiendo. Frente a tal situación, resultaría absurda una decisión que resolviese el conflicto mediante la invalidez de una de las reglas. Lo más razonable es establecer una relación de preferencia entre ellas, teniendo en cuenta cuál es su importancia relativa de acuerdo con las circunstancias del caso²⁷.

El segundo ejemplo lo extrae del razonamiento jurídico. En el caso *Riggs vs. Palmer* se suscitó una contradicción entre la regla que dispone que todo testamento firmado por tres testigos debe ser considerado válido y el principio que prohíbe beneficiarse de su propia

²⁶ RAZ, *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, p. 834.

²⁷ RAZ, *Legal principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, p. 834..

injusticia. Como bien señala DWORKIN, este caso se resolvió considerando la importancia relativa de las normas en concreto. Siendo esto así, entonces debe concluirse que la regla referida a la validez de los testamentos también adquirió una *dimensión del peso*²⁸.

Sin embargo, a la objeción de RAZ pueden oponérsele tres contra-argumentos. En primer lugar, el hecho de que las contradicciones entre la norma que ordena cumplir las promesas y la norma que prohíbe mentir sean resueltas considerando sus respectivos grados de importancia en concreto, solamente constituye una prueba de que, efectivamente, exhiben una *dimensión del peso*. No prueba, por sí solo, que se trate de reglas. RAZ comete aquí una falacia de petición de principio. Desde el punto de vista de una teoría que defienda la tesis *fuerte* de la separación, es posible argumentar que la mencionada contradicción se resuelve en la *dimensión del peso* justamente en razón de que se trata de normas con estructura de principios y no, como presupone RAZ, de reglas.

En segundo lugar, si bien es cierto que en el caso *Riggs vs. Palmer* se agregó una nueva cláusula de excepción a una regla testamentaria como consecuencia de un juicio de ponderación, ello no significa que la regla haya adoptado una *dimensión del peso*²⁹. Solamente puede concebirse una colisión cruzada entre un principio y una regla a costa de simplificar inadecuadamente la situación de contradicción³⁰. Más bien, en el caso *Riggs vs. Palmer* se trató de una colisión entre el principio subyacente a la regla, que ordena respetar a las reglas testamentarias del *common law*, y el principio que prohíbe beneficiarse de la propia injusticia.

Por último, el tercer argumento está relacionado con las propiedades estructurales de los sistemas jurídicos. Incluso si se admitiera, siguiendo a RAZ, que las reglas también exhiben una *dimensión del peso*, entonces lo único que se habría comprobado es que no existen normas que permitan “atrincherar” determinaciones normativas³¹. De esta forma, nos veríamos obligados a admitir que los

²⁸ RAZ, *Legal Principles and the limits of law*, “The Yale Law Journal”, vol. 81, n° 5, p. 837.

²⁹ SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, p. 74.

³⁰ DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 99.

³¹ SIECKMANN, “Problemas de la teoría principalista de los derechos fundamentales”, en CLÉRICO - SIECKMANN - OLIVER-LALANA (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert*

sistemas jurídicos están compuestos exclusivamente por principios y que las decisiones judiciales dependen exclusivamente de los juicios de ponderación. Sin embargo, esto no puede ser aceptado como una reconstrucción adecuada, puesto que no permite explicar la forma en que se adjudican la mayoría de las normas jurídicas³². Por lo tanto, si se parte de que los sistemas jurídicos contienen reglas, pero que, a la par de ellas, existen otras normas que exhiben una *dimensión del peso*, entonces la única alternativa plausible es buscar una explicación por medio de una teoría de los principios³³.

La segunda objeción es diametralmente opuesta a la de RAZ y ha sido planteada por JUAN RUIZ MANERO. Este último sostiene que no es cierto que todos los principios exhiban necesariamente una *dimensión del peso*, ya que existen algunos que revisten carácter de imponderables, es decir, que no pueden ser desplazados en favor de otros principios bajo ninguna circunstancia³⁴. Un ejemplo al respecto sería el principio de respeto a la dignidad humana³⁵. Decir que una “conducta justificada es contraria a la dignidad humana” parece ser un oxímoron³⁶. En verdad, continúa RUIZ MANERO, el principio de respeto a la dignidad humana es utilizado en un meta-nivel al solo efecto de justificar la validez del resto de los derechos fundamentales. Es precisamente por ello que tiene carácter de imponderable;

Alexy, p. 46. JAN SIECKMANN sostiene, con razón, que la objeción de RAZ conduce a la paradójica situación de que mientras los teóricos del principalismo terminan defendiendo la existencia de reglas, sus objetores se resignan a concebir el derecho como un modelo puro de principios y ponderación.

³² En este sentido, señala HART que “la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de la aplicación de *standards* variables, no exigen de aquellos una nueva valoración caso a caso” (*El concepto del derecho*, p. 168).

³³ HART, *El concepto del derecho*, p. 168.

³⁴ RUIZ MANERO, “Rule of law’ y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, p. 18. Documento disponible en formato digital en www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf. Consultado por última vez: 11/12/17.

³⁵ RUIZ MANERO, “Rule of law’ y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, p. 20.

³⁶ RUIZ MANERO, “Rule of law’ y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, p. 20..

pues, sus fundamentos son normalmente reconducidos a través de los derechos fundamentales que él mismo se encarga de justificar³⁷.

Empero, a esta segunda objeción también pueden formularse algunas respuestas. En primer lugar, es cierto que el principio de respeto a la dignidad humana genera una impresión de imponderabilidad³⁸. Ello, principalmente, en razón de que existe un alto grado de probabilidad de que este obtenga prevalencia por sobre los principios que se le oponen en la mayoría de las circunstancias³⁹. No obstante, de ello no se deduce que carezca de una *dimensión del peso*. Un ejemplo ilustrativo al respecto se extrae de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán. En el año 1978, se presentó un caso cuya pregunta normativa era si la dignidad humana resulta vulnerada, incluso cuando se obliga por la fuerza a un acusado de un delito penal (que se había dejado crecer el cabello y la barba desde su reclusión) a alterar su aspecto externo para adecuarlo al que tenía al tiempo de los hechos y así hacer posible su identificación por parte de los testigos⁴⁰. El Tribunal consideró que en dicho caso no se configuraba una vulneración del derecho a la dignidad humana. Ello, en primer lugar, porque la alteración de la imagen no implicaba una afectación grave al derecho a la dignidad humana; pues, no tenía el propósito de “humillar” al acusado “ni perseguía algún otro objetivo reprobado por el sistema jurídico”⁴¹. En segundo lugar, porque el fin de esclarecer los delitos penales es lo suficientemente importante como para justificar su restricción, ya que “representa un interés prioritario de la comunidad”⁴². Si se considera que una resolución semejante está justificada, entonces no queda otra alternativa que admitir que la norma que prescribe la protección de la dignidad humana puede participar en los juicios de ponderación y, por tanto, exhibe una *dimensión del peso*.

Como segunda respuesta a la segunda objeción, aun si se admitiera que el principio de respeto a la dignidad humana se encuentra

³⁷ RUIZ MANERO, “‘Rule of law’ y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016, p. 24.

³⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 94.

³⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 94. .

⁴⁰ ALEXY, *La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad*, “Anuario Parlamento y Constitución”, n° 16, Toledo, Universidad Castilla-La Mancha, p. 12.

⁴¹ BVERFGE 47, 239 (247).

⁴² BVERFGE 47, 239 (247).

en un meta-nivel y que solamente tiene por función justificar al resto de los derechos fundamentales (los cuales sí pueden participar de la ponderación), entonces bien podría argumentarse que, en los hechos, el principio de respeto a la dignidad humana exhibe una *dimensión del peso* de tipo indirecta⁴³. Pues, no excluye la posibilidad de que un derecho fundamental por él justificado pueda resultar desplazado o restringido en favor de alguna razón de utilidad o bienestar colectivo.

La neutralización de las objeciones y contra-ejemplos formuladas tanto por RAZ como por RUIZ MANERO pone en evidencia que este segundo *criterio de individualización* sugerido por DWORKIN, relacionado con la *dimensión del peso* de los principios, resiste a sus diversos intentos de refutación. De esta manera, representa un punto de partida fructífero para fundamentar la tesis *fuerte* de la separación, es decir, aquella que sostiene que la diferencia entre principios y reglas es *clasificatoria o de clase*.

C) EL CONCEPTO DE LOS PRINCIPIOS

Hasta el momento se ha procurado poner de manifiesto que existe, por lo menos, un *criterio de individualización* que permite trazar una distinción *clasificatoria* entre principios y reglas. No obstante, con ello no puede considerarse agotado el ámbito de la discusión, pues aún restaría que la *teoría de los principios* brinde una explicación plausible acerca de por qué los principios exhiben una *dimensión del peso*. Este interrogante conduce directamente al problema de la definición conceptual de los principios. Por ello, en lo que sigue se efectuará una reconstrucción del estado del arte sobre el tema. En este sentido, se tomará como punto de partida a la teoría de los *mandatos de optimización* de ROBERT ALEXY y, posteriormente, se considerarán las teorías alternativas del *supuesto de hecho abierto* propuesta por MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO y de los *argumentos normativos* defendida por JAN SIECKMANN.

⁴³ Un argumento similar es presentado por ZULETA, “Comentario al artículo *Rule of law* y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar de Juan Ruiz Manero”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016. Documento disponible en formato digital en www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-zuleta.pdf. Consultado por última vez: 11/12/17.

§ 6. **LA TEORÍA DE ROBERT ALEXY**

De acuerdo con ALEXY, la distinción *clasificatoria* entre principios y reglas se explica conceptualmente en razón del diferente tipo de mandato que prescriben. Así, los principios exhiben una *dimensión del peso* porque son *mandatos de optimización*⁴⁴. Esto quiere decir que son normas que ordenan que algo sea cumplido en la mayor medida posible, de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas⁴⁵. Por lo tanto, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida exacta de su cumplimiento depende de cuáles sean las circunstancias empíricas y normativas efectivamente existentes⁴⁶. El ámbito de las posibilidades jurídicas está determinado, fundamentalmente, por los principios que exigen una solución en contrario.

En cambio, las reglas carecen de una *dimensión del peso* porque son *mandatos definitivos o exactos*⁴⁷. Esto quiere decir que son normas que ordenan que algo sea cumplido en la medida exacta en que ellas lo exigen, ni en más ni en menos⁴⁸. Por ende, se caracterizan porque no pueden ser cumplidas en diferentes grados, sino o bien cumplidas o bien incumplidas y ello, precisamente, en razón de que cuentan con determinaciones en el ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas⁴⁹.

Un primer interrogante que se plantea es si esta definición de los principios propuesta por ALEXY es compatible con la teoría general de las normas. Por ejemplo, JÜRGEN HABERMAS ha objetado que entender a los principios como *mandatos de optimización* conduce a asimilarlos con los valores, los cuales se diferencian lógicamente de las normas⁵⁰. Así, las normas tienen un sentido deontológico, es decir, califican algo como debido u obligatorio. En cambio, los valores tienen un sentido teleológico, esto es, califican algo como bueno o preferible. Además, las normas tienen una pretensión binaria de

⁴⁴ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 75.

⁴⁵ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 75.

⁴⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 76.

⁴⁷ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 76.

⁴⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 76.

⁴⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 76v

⁵⁰ HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*, p. 329.

validez; obligan o no obligan. Mientras que los valores pueden ser cumplidos en diferentes grados. Asimismo, la validez deontológica de las normas tiene el sentido absoluto de un deber incondicional y universal. Los valores, por su parte, son preferencias relativas a una determinada forma de vida. Por último, las normas no pueden contradecirse entre sí. Mientras que los valores sí admiten contradicciones y, de hecho, compiten por obtener de preferencia⁵¹. Si los principios, tal como son entendidos por ALEXI, son entidades capaces de ser cumplidos en diferentes grados, relativos a determinadas condiciones y que pugnan entre sí por lograr una relación de precedencia condicionada, entonces debe concluirse que sufren una “pérdida de su carácter deontológico”⁵².

Sin embargo, ALEXI ha formulado una respuesta convincente a esta objeción por medio de las siguientes precisiones. Es cierto que las normas y los valores se diferencian conceptualmente⁵³. Las normas, pertenecen al ámbito de los conceptos deontológicos, como el mandato, la prohibición o el permiso. Común a todos ellos es que pueden reducirse a un concepto deontológico fundamental: el de deber ser. Los valores, en cambio, pertenecen al ámbito de los conceptos axiológicos⁵⁴. Los conceptos axiológicos no se refieren al concepto deontológico fundamental del deber ser, sino al concepto de lo bueno. Ahora bien, los principios han sido definidos como *mandatos de optimización*. En cuanto mandatos, pertenecen al ámbito de los conceptos deontológicos, es decir, establecen algo como debido. De ello se sigue que se trata de normas y no valores⁵⁵.

Por otra parte, a diferencia de lo que cree HABERMAS, las normas y los valores no se diferencian en lo que refiere a su estructura. Así, un objeto puede ser valorado según diferentes criterios. Por ejemplo, un automóvil puede ser valorado según criterios de velocidad, seguridad, comodidad, precio, belleza, entre otros. Estos criterios de valoración pueden entrar en colisión entre sí, de manera que se torna necesaria una ponderación con la finalidad de establecer una valora-

⁵¹ HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*, p. 328.

⁵² HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en término de teoría del discurso*, p. 328.

⁵³ ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 125 y siguientes.

⁵⁴ ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 125 y siguientes.

⁵⁵ ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 127.

ción definitiva⁵⁶. Esto pone de manifiesto que los criterios de valoración se compadecen estructuralmente con los principios y el establecimiento de una valoración definitiva con las reglas. Pero tal semejanza estructural no supone su asimilación conceptual. Los valores continúan teniendo un carácter axiológico y las normas un carácter deontológico. Así, lo que en el modelo de los valores es lo mejor *prima facie*, en el modelo de las normas es lo debido *prima facie*; y lo que en el modelo de los valores es lo definitivamente mejor, en el modelo de las normas es lo debido definitivamente⁵⁷. Esto permite mostrar que HABERMAS comete un error al equiparar el concepto de norma con la composición estructural de las reglas⁵⁸.

No obstante, aun asumiendo que el concepto de los *mandatos de optimización* resulta coherente con la teoría general de las normas, esto no permite concluir nada con respecto a cómo deben ser representados conceptualmente los principios. Pues, es posible hallar otros autores que, pese a adherir a la tesis *fuerte* de la separación, rechazan que la noción *mandato de optimización* sea útil para explicar en qué consiste la *dimensión del peso* de los principios. Es precisamente en este sentido que se dirigen las objeciones (y teorías alternativas) formuladas por MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, y JAN SIECKMANN, respectivamente. En lo que sigue serán presentadas por separado.

§ 7. LA TEORÍA DE MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO

Como se advirtió recientemente, ATIENZA y RUIZ MANERO adhieren a la tesis de la distinción *fuerte* o *clasificatoria* entre principios y reglas. Empero, rechazan la definición de los principios como *mandatos de optimización* por considerarla o bien incompleta o bien distorsiva⁵⁹. De acuerdo con ellos, no es necesariamente verdadero que todos los principios resulten gradualmente cumplibles; pues, existen ejemplos de principios que establecen consecuencias jurídicas defini-

⁵⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 133.

⁵⁷ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 133.

⁵⁸ ARANGO, "Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales", en CLÉRICO - SIECKMANN - OLIVER-LALANA (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, p. 73 a 90.

⁵⁹ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 34.

tivas o exactas, es decir, que solamente pueden ser o bien cumplidos o bien incumplidos⁶⁰.

Así, los principios deben ser diferenciados entre *directrices* y *principios en sentido estricto*⁶¹. Las primeras son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica también abierta, esto es, la consecución de un estado de cosas u objetivo pasible de ser cumplido en diferentes grados⁶². Un ejemplo de una *directriz* se deriva del art. 51.1. de la Constitución española que dispone: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. En cambio, los *principios en sentido estricto* son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una solución jurídica cerrada, es decir, que califican deónticamente a una acción cierta o determinada⁶³. Un ejemplo al respecto surge del art. 14 de la Constitución española que prescribe: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social”.

De acuerdo con ATIENZA y RUIZ MANERO, de esta última disposición puede extraerse la siguiente norma como parte de su significado: “Si (condición de aplicación) un órgano jurídico usa sus poderes normativos (esto es, dicta una norma para regular un caso genérico o la aplica para resolver un caso individual) y respecto del caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso, entonces (solución normativa) a ese órgano le está prohibido discriminar basándose en razones de nacimiento, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social”⁶⁴. De esta reconstrucción se sigue que, con independencia de que el supuesto de hecho de la norma que prohí-

⁶⁰ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 32.

⁶¹ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 31.

⁶² ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 33.

⁶³ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 32.

⁶⁴ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 32.

be discriminar resulte abierto y requiera un juicio de ponderación, su consecuencia jurídica es de cumplimiento definitivo o exacto, puesto que “o se cumple o no se cumple [sin que quepan] modalidades graduables de cumplimiento”⁶⁵.

Si lo anterior es correcto, entonces la distinción *clasificatoria* entre principios y reglas no puede ser explicada estructuralmente sobre la base del tipo de mandato que establecen, sino en virtud de alguna otra característica. Para ATIENZA y RUIZ MANERO esta explicación puede ser hallada en el ámbito de sus respectivos supuestos de hecho⁶⁶. Así, la razón por la que los principios exhiben una *dimensión del peso* radica en que se trata de normas que correlacionan un *supuesto de hecho abierto* con una solución jurídica (que puede ser tanto abierta como cerrada)⁶⁷. Un supuesto de hecho es abierto cuando las propiedades relevantes que lo conforman no están ni siquiera genéricamente determinadas. Esto es lo mismo que decir que son *normas categóricas*⁶⁸, en el sentido de que su supuesto de hecho solamente está compuesto por aquella “condición de aplicación que es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido y ninguna otra condición”⁶⁹. En cambio, las reglas carecen de esa *dimensión* en virtud de que correlacionan un *supuesto de hecho cerrado* con una solución jurídica (que también puede ser tanto abierta como cerrada). Un supuesto de hecho es cerrado cuando su condición de aplicación está constituida por propiedades relevantes que son “independientes de las razones que operan en favor o en contra de dicha

⁶⁵ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 33.

⁶⁶ En este sentido, la estrategia de ATIENZA y RUIZ MANERO consiste en debilitar el antecedente de la norma representada a través de un condicional (ALONSO, *La estructura lógica de los principios de Robert Alexy: Un análisis crítico*, “Ideas y Derecho”, n° 10, p. 138).

⁶⁷ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 31.

⁶⁸ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 31.

⁶⁹ VON WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, p. 91. La norma que ordena cerrar la puerta es categórica porque sus condiciones de aplicación (que haya una puerta, que esté abierta, etc.) se infieren directamente del contenido de la norma. En cambio, la norma que ordena cerrar la puerta, si es que llueve es hipotética, ya que prevé una condición adicional que no se infiere de su contenido (que llueva).

solución normativa”⁷⁰. Esto significa que se trata *normas hipotéticas*, puesto que su supuesto de hecho no solo está conformado por aquella condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, sino además por otras condiciones adicionales que no se infieren directamente de este⁷¹.

Sin embargo, es dudoso que la diferencia *clasificatoria* entre principios y reglas pueda ser explicada estructuralmente sobre la base de los supuestos de hecho de las normas. Ello, principalmente, porque no existe una conexión necesaria entre las *normas categóricas* y la *dimensión del peso*. Es sencillo hallar ejemplos de normas que son categóricas y, a la vez, reglas, esto es, normas que están excluidas de los juicios de ponderación. Un primer ejemplo puede obtenerse del art. 15 (segunda parte) de la Constitución española, que prescribe: “Queda abolida la pena de muerte [...]”⁷². Un segundo ejemplo se encuentra en el art. 1 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desapariciones Forzadas, que dice: “Nadie será sometido a una desaparición forzada”.

Por otro lado, ATIENZA y RUIZ MANERO no alcanzan probar que los *principios en sentido estricto* sean normas definitivas o exactas, esto es, que solamente pueden ser o bien cumplidas o bien incumplidas. Pues, si bien es cierto que la norma que reconstruyen a partir del art. 14 de la Constitución española exige un cumplimiento definitivo o exacto, ello es solo como consecuencia de la cláusula de excepción no escrita y agregada por ellos que dispone: “[...] y en relación con el caso individual o genérico de que se trate no concurre otro principio que, en relación con el mismo, tenga un mayor peso [...]”. Sin embargo, la pregunta decisiva acerca de si el art. 14, sin el agregado de esa cláusula, estatuye o no un principio permanece sin respuesta alguna⁷³. Siempre que a un principio se le agregue esa cláusula, el mismo contendrá una consecuencia normativa definiti-

⁷⁰ ATIENZA - RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 32.

⁷¹ VON WRIGHT, *Norma y acción. Una investigación lógica*, p. 91.

⁷² Este primer ejemplo es tomado de LOPERA MESA, *Los derechos fundamentales como mandatos de optimización*, “Doxa: cuadernos de filosofía del derecho”, n° 27, p. 232.

⁷³ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 121.

va o exacta⁷⁴. Pero esto resulta trivial⁷⁵, ya que su alcance debe ser previamente relativizado por medio de un juicio de ponderación.

Por último, tampoco parece correcta la afirmación que indica que todos los *principios en sentido estricto* poseen necesariamente una consecuencia jurídica cerrada, en el sentido de calificar deónticamente a una acción cierta o determinada. Esto se pone especialmente en evidencia cuando se analizan normas que prescriben la realización de derechos fundamentales de prestación. Los derechos de prestación pueden exhibir tanto un objeto determinado como disyuntivo⁷⁶. Exhiben un objeto determinado cuando el grado de su cumplimiento debido solamente puede ser alcanzado por medio de una única acción positiva idónea. Esto sucede, por ejemplo, cuando el derecho fundamental a la salud solamente puede ser garantizado a través del otorgamiento de un único medicamento técnicamente adecuado⁷⁷. En cambio, exhiben un objeto disyuntivo cuando el grado de su cumplimiento debido puede ser alcanzado alternativamente por más de una acción positiva idónea. Tal es el caso de cuando el derecho a la vivienda digna puede ser garantizado o bien con la entrega de un inmueble en propiedad o bien con el pago de un alquiler o bien con el desembolso de un subsidio habitacional⁷⁸. Si esto es así, entonces los denominados *principios en sentido estricto* sí pueden prescribir el cumplimiento de ciertos estados de cosas sin que ello traiga aparejado, necesariamente, la ejecución de acciones ciertas o determinadas.

§ 8. *LA TEORÍA DE JAN SIECKMANN*

JAN SIECKMANN representa otro autor que, por un lado, acepta la tesis *fuerte* o *clasificatoria* entre principios y reglas, pero, por el

⁷⁴ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 122.

⁷⁵ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 122.

⁷⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 420; CLÉRICO, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, en BEADE - CLÉRICO (eds.), *Desafíos a la ponderación*, p. 395.

⁷⁷ DE FAZIO, *El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales*, “Revista Derecho del Estado”, n° 41, p. 182 y siguientes.

⁷⁸ DE FAZIO, *El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales*, “Revista Derecho del Estado”, n° 41, p. 182 y siguientes.

otro, objeta la noción de *mandatos de optimización*. Aunque lo hace sobre la base de razones diferentes. De acuerdo con SIECKMANN, el concepto de los *mandatos de optimización* no puede explicar la *dimensión del peso* de los principios, puesto que solo representa una regla de segundo nivel⁷⁹. Un *mandato de optimización*, como tal, no admite un cumplimiento gradual, sino definitivo o exacto: o bien se cumple en un grado óptimo o bien se lo incumple⁸⁰. Por lo tanto, no puede colidir con otros mandatos de optimización ni puede ser susceptible de ponderación alguna⁸¹.

ALEXY ha reconocido que esta objeción es acertada. Pero considera que, si se hacen algunas precisiones, la noción de los principios basada en la tesis de la optimización puede ser preservada⁸². En este sentido, indica que es necesario diferenciar entre los *mandatos a optimizar* y los *mandatos de optimización*⁸³. Los primeros son los objetos de la ponderación y, como tales, prescriben un deber ideal, en el sentido de que aún no han sido relativizados en lo que refiere al ámbito de sus posibilidades fácticas y jurídicas⁸⁴. Por el contrario, los *mandatos de optimización* son, efectivamente, reglas de segundo nivel que ordenan que sus objetos, los *mandatos a ser optimizados*, sean cumplidos en la mayor medida posible. Los principios, en tanto objeto de la ponderación, no son entonces *mandatos de optimización* sino *mandatos a optimizar*⁸⁵.

No obstante, esta nueva distinción propuesta por ALEXY agrava los problemas, en lugar de resolverlos; pues, no brinda ninguna explicación acerca de por qué es necesario que los objetos de la pon-

⁷⁹ AARNIO, "Las reglas en serio", en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - VUSITALO (comps.), *La normatividad del derecho*, p. 27; SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipie modelle des Rechts systems*, p. 65.

⁸⁰ SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, p. 65.

⁸¹ SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, p. 65.

⁸² ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 108.

⁸³ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 108.

⁸⁴ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 108.

⁸⁵ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 109.

deración exhiban la estructura de mandatos. En principio, nada impide que puedan participar de la ponderación normas con la estructura de permisiones, prohibiciones e incluso normas secundarias que atribuyen competencias⁸⁶. Si esto es así, entonces se derrumba la idea que indica que la diferencia *de clase* entre principios y reglas puede ser explicada en razón del tipo de mandato que respectivamente prescriben⁸⁷.

Es precisamente como consecuencia de estos problemas que SIECKMANN propone un concepto alternativo. Así, de acuerdo con él, la razón por la cual los principios exhiben una *dimensión del peso* radica en que se trata de normas que son utilizadas como *argumentos normativos*, es decir, como demandas o pretensiones a favor de que una determinada norma sea aceptada como definitivamente válida. Toda vez que los *argumentos normativos* solamente son utilizados para demandar la validez definitiva de algo, pueden colidir entre sí y resultan susceptibles de ponderación⁸⁸. Así, por ejemplo, ante el supuesto de una opinión insultante, el principio de libertad de expresión demanda que el insulto deba ser definitivamente permitido, mientras que el principio de protección del honor demanda que deba ser definitivamente prohibido⁸⁹. En cambio, las reglas carecen de esa *dimensión* porque son normas que son utilizadas en el marco de *aserciones normativas*, esto es, como proposiciones que expresan la validez definitiva de una norma como resultado de un juicio de ponderación.

Es precisamente, en virtud de este carácter proposicional que dos reglas contradictorias no pueden ser válidas simultáneamente, pues no tiene sentido afirmar que las opiniones insultantes deben ser, al mismo tiempo, definitivamente permitidas y prohibidas⁹⁰.

⁸⁶ Esto, finalmente, es reconocido por el propio ALEXY en un escrito posterior. Véase “Deber ideal”, en ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*, p. 40 a 68.

⁸⁷ SIECKMANN, *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, p. 67, y *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, p. 181.

⁸⁸ SIECKMANN, *Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien*, “ARSP”, Beiheft 53, p. 205 a 213.

⁸⁹ SIECKMANN, *The logic of autonomy. Law, morality and autonomous reasoning*, p. 45.

⁹⁰ SIECKMANN, *The logic of autonomy. Law, morality and autonomous reasoning*, p. 45.

Si esto es así, entonces los principios entendidos como *argumentos normativos* pueden ser, en un primer vistazo, representados estructuralmente como mandatos de validez definitiva:

(1) O VAL_{DEF}N

En donde “O” representa al operador deóntico del mandato o la obligación y “VAL_{DEF}” predica la validez definitiva de una norma “N”.

Sin embargo, esta primera representación no es del todo precisa, ya que no aclara nada con respecto a si (1) es un principio que forma parte del significado de un *argumento normativo* o si, más bien, es una regla o norma definitiva que forma parte del significado de una *aserción normativa*⁹¹. En este sentido, se trata de un enunciado ambiguo. Por ello, el punto decisivo para diferenciar los *argumentos normativos* de las normas definitivamente válidas se encuentra en que los primeros tienen la estructura de *mandatos de validez reiterados*⁹². De acuerdo con esta idea, un *argumento normativo* que se usa como razón para un juicio de ponderación consiste en una estructura infinita o ilimitada de mandatos de validez definitiva, donde la validez de cada uno de ellos viene exigida por un mandato de validez definitiva de nivel superior⁹³. Por tanto, su estructura debe ser representada del siguiente modo:

(2) O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N

(3) O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} O VAL_{DEF} N

Y así sucesivamente.

De un modo más resumido, la reiteración infinita de mandatos de validez puede ser simbolizada así:

(4) ... O VAL_{DEF} N

⁹¹ SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, p. 86.

⁹² SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, p. 87.

⁹³ SIECKMANN, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, p. 191.

Ahora bien, tampoco la teoría de los *argumentos normativos* se encuentra exenta de críticas. Una primera objeción ha sido planteada por ROBERT ALEXY. Este coincide con SIECKMANN en que la representación estructural de los *argumentos normativos* no puede comenzar con el operador deóntico del mandato “O” ni con el predicado de su validez definitiva”. Así, por un lado, si comenzara con el operador “O”, entonces no se trataría de nada diferente de una norma en su puro sentido semántico, es decir, sin ninguna referencia con respecto a su validez⁹⁴. Esto, no permitiría dar cuenta de su normatividad⁹⁵. Pero, por el otro lado, tampoco podría comenzar con el predicado de su validez definitiva “VAL_{DEF}”, porque en ese caso se convertiría en una norma definitiva o regla. La salida propuesta por SIECKMANN es una oscilación entre “O” y “VAL_{DEF}” que se reitera infinitamente. Sin embargo, sostiene ALEXY, esto no representa una aclaración positiva acerca de qué son los principios. Solamente nos dice algo que ya se sabía: que los principios no son normas en sentido puramente semántico ni normas con validez definitiva⁹⁶. SIECKMANN ha dado una respuesta a esta objeción. Aduce que ALEXY se vale de un argumento del hombre de paja⁹⁷, ya que reemplaza una concepción que entiende a los *argumentos normativos* como requerimientos que poseen una estructura infinita de mandatos de validez por otra concepción que los concibe como una “oscilación” entre dos estructuras finitas⁹⁸. Pero esto constituye una interpretación falaz, ya que a partir de dos de estructuras finitas no puede deducirse una estructura infinita⁹⁹.

Una segunda objeción que puede hacerse en contra de la teoría de los *argumentos normativos* es que su estructura como mandatos de validez reiterados conduce a un interminable regreso al infinito. Esto es, sin dudas, cierto. Sin embargo, de acuerdo con

⁹⁴ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 114.

⁹⁵ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 116.

⁹⁶ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 117.

⁹⁷ SIECKMANN, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, p. 194.

⁹⁸ SIECKMANN, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, p. 194.

⁹⁹ SIECKMANN, *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, p. 194.

SIECKMANN, no representa un problema, puesto que la función argumentativa de los *argumentos normativos* es justamente en este aspecto distinta de las *aserciones normativas*. Estas últimas pretenden expresar lo que es el resultado de una argumentación y, con ello, concluir a primera vista con toda ulterior fundamentación¹⁰⁰. Por el contrario, los *argumentos normativos* buscan o bien abrir o bien continuar la argumentación. Quien ofrece un *argumento normativo* está dispuesto a considerar preguntas y contra-argumentos. Con todo, la extensión de la cadena de argumentos puede contar con límites pragmáticos, ya que las propias reglas del discurso racional establecen cargas de la argumentación¹⁰¹. Así, por ejemplo, un proponente solamente está obligado a ofrecer nuevos *argumentos normativos* en caso de que existan objeciones o refutaciones¹⁰².

Una tercera objeción se relaciona con la idea de que solamente las reglas o normas definitivamente válidas pueden ser representados por medio de proposiciones normativas, mientras que los principios o *argumentos normativos* tiene un “carácter no proposicional”¹⁰³. Esto es cierto siempre y cuando se entienda a las proposiciones normativas como enunciados descriptivos de normas definitivamente válidas, las cuales pueden o bien guiar directamente la acción o bien integrar la premisa normativa mayor de un silogismo jurídico. Sin embargo, no queda claro por qué deberíamos asumir un concepto tan estricto de las proposiciones normativas¹⁰⁴, pues, si se las concibe de este modo, entonces no puede explicarse una parte del trabajo de la dogmática jurídica consistente en describir cuáles son los principios válidos dentro de un determinado sistema normativo y que deben ser tomados en cuenta por los jueces como *argumentos normativos* a favor o en contra de una determinada decisión jurídica. En estos contextos, los juristas parecen hacer uso de la función descriptiva del lenguaje y no de su función argumentativa. Si esto es así, entonces formulan proposiciones normativas, aunque en relación con normas que no son definitivamente válidas. Quizás, una salida posible sea diferenciar entre dos clases de proposiciones nor-

¹⁰⁰ SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, p. 96.

¹⁰¹ SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, p. 97.

¹⁰² ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die theorie der rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, p. 244.

¹⁰³ SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, p. 85.

¹⁰⁴ ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, p. 113.

mativas. Por un lado, aquellas que refieren a la validez de principios o *argumentos normativos*, es decir, al carácter vinculante de las razones que deben ser tenidas en cuenta en los juicios de ponderación y, por el otro, aquellas que refieren a la validez definitiva de normas, es decir, a las razones dirigidas directamente para la acción o la toma de decisiones jurídicas.

D) CONCLUSIONES

Este trabajo tuvo el propósito de reconstruir un estado del arte acerca de la *teoría de los principios*, entendida como una teoría analítica destinada a explicar las propiedades estructurales de esta clase de las normas. Dicha reconstrucción ha permitido corroborar dos hipótesis.

La primera hipótesis indica que la *tesis de la diferencia clasificatoria*, y no meramente gradual, entre principios y reglas se encuentra justificada. Esta distinción *de clase* puede ser fundamentada sobre la base del *criterio de individualización* que indica que los principios exhiben una dimensión que falta en las reglas: la *dimensión del peso*. Que los principios cuenten con una *dimensión del peso* significa que, cuando estos entran en una contradicción, quien tenga que resolver el problema debe considerar cuál es la importancia relativa de cada uno de ellos de acuerdo con las circunstancias particulares del caso. Pero, esto no implica que deba declararse inválido al principio que resulta desplazado ni que haya que introducirse una nueva cláusula de excepción. Por el contrario, se entiende que este continúa operando como una razón válida a tener en cuenta para la toma de decisiones futuras y que, incluso, puede obtener prioridad si, ante nuevas circunstancias, cuenta con una importancia relativa mayor. Las reglas, en cambio, no exhiben esta dimensión. Las contradicciones entre reglas se dirimen exclusivamente en la *dimensión de la validez*. Esto significa que solamente pueden ser solucionadas o bien introduciendo una cláusula de excepción o bien declarando la invalidez de, por lo menos, una de ellas. De esto se deriva que la regla exceptuada o invalidada deja de operar como una razón válida para la acción; y esto no solo para el caso presente, sino, además, para el resto de las situaciones futuras.

La segunda hipótesis afirma que, sin perjuicio de lo antedicho, aún persiste abierta la pregunta de investigación referida a cómo deben ser representados conceptualmente los principios. En este

sentido, se han analizado tres definiciones alternativas. La primera definición examinada es aquella defendida por ALEXY, quien entiende a los principios como *mandatos de optimización*. Empero, se ha puesto de relieve que los *mandatos de optimización* no permiten explicar la *dimensión del peso* de los principios, ya que tienen la estructura de reglas de segundo nivel. ALEXY ha intentado dar respuesta a esta objeción distinguiendo entre *mandatos de optimización* y *mandatos u objetos a ser optimizados*, sindicando a los segundos, exclusivamente, como principios. Pero esta distinción agrava los problemas, ya que no es necesariamente cierto que los *objetos a ser optimizados* deban poseer la estructura de mandatos. La segunda definición analizada es aquella ofrecida por ATIENZA y RUIZ MANERO. De acuerdo con ellos, los principios son normas que correlacionan un *supuesto de hecho abierto* con una solución jurídica. Esto es lo mismo que decir que se trata de *normas categóricas*. No obstante, se ha demostrado que no existe una relación necesaria entre las *normas categóricas* y la *dimensión del peso*, toda vez que es posible hallar ejemplos de *normas categóricas* que exhiben la estructura de reglas y que son aplicadas por medio de un razonamiento subsuntivo. La última definición presentada es la propuesta por SIECKMANN, quien define a los principios como *argumentos normativos* con estructura de *mandatos de validez reiterados* y un carácter no-proposicional. Esta teoría parece ser la que mejor enfrenta a las críticas. No obstante, aún no es del todo claro por qué las proposiciones normativas deben ser entendidas en un sentido tan estricto, que solamente las circunscriba a aserciones descriptivas de la validez definitiva de normas. Esto no parece ser reconstructivo de una parte del trabajo de la dogmática jurídica consistente en describir cuáles son los principios válidos dentro de un determinado sistema normativo.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, AULIS, “Las reglas en serio”, en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - USITALO, YRKI (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - USITALO, YRKI (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- AFONSO DA SILVA, VIRGÍLIO, *Grundrechte und Gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2002.
- ALARCÓN CABRERA, CARLOS - VIGO, RODOLFO, *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.

- ALEX, ROBERT, *Theorie der juristischen Argumentation. Die theorie der rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1978.
- *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1986.
- Zum Begriff des Rechtsprinzips, en ALEX, ROBERT, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1995.
- *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- “Deber ideal”, en ALEX, ROBERT, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.
- *La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad*, “Anuario Parlamento y Constitución”, n° 16, Toledo, Universidad Castilla-La Mancha, 2014, p. 10 a 27.
- ALONSO, JUAN P., *La estructura lógica de los principios de Robert Alexy: un análisis crítico*, “Ideas y Derecho”, n° 10, Buenos Aires, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2014, p. 131 a 141.
- ARANGO, RODOLFO, “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en CLÉRICO, LAURA - SIECKMANN, JAN-R. - OLIVER-LALANA, DANIEL (eds.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- ATIENZA, MANUEL - RUIZ MANERO, JUAN, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- BARAK, AHARON, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BAYÓN, JUAN C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- BEADE, GUSTAVO - CLÉRICO, LAURA (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- BOROWSKI, MARTIN, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1997.
- CARRÍO, GENARO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- CLÉRICO, LAURA, “Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad”, BEADE, GUSTAVO - CLÉRICO, LAURA (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- CLÉRICO, LAURA - SIECKMANN, JAN-R. - OLIVER-LALANA, DANIEL (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- DE FAZIO, FEDERICO, *El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales*, “Revista derecho del Estado”, n° 41, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 173 a 195.
- DWORKIN, RONALD, *Taking rights seriously*, New York, Bloomsbury, 1997.
- *Law's empire*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- ESSER, JOSEPH, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1956.
- ETCHEVERRY, JUAN B., ¿De qué hablamos cuando hablamos de principios? Una aproximación a los principios jurídicos desde una perspectiva funcional, manuscrito inédito, 2018.

- GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- GÜNTHER, KLAUS, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt A/M, Suhrkamp, 1988.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005.
- HART, HERBERT, "Postscriptum", en RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- HELLER, HERMANN, *Teoría del Estado*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- LOPERA MESA, GLORIA, *Los derechos fundamentales como mandatos de optimización*, "Doxa: cuadernos de filosofía del derecho", Alicante, Universidad de Alicante, n° 27, 2004, p. 211 a 243.
- LOPEZ RUF, PABLO, "Los principios y la interpretación en la función judicial", en ALARCÓN CABRERA, CARLOS - VIGO, RODOLFO, *Interpretación y argumentación jurídica. Problemas y perspectivas actuales*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2011.
- MAC CORMICK, NEIL, *Principles of law*, "The Juridical Law Review", Edinburgh, 1974.
- NINO, CARLOS S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- RAZ, JOSEPH, *Legal principles and the limits of law*, "The Yale Law Journal", vol. 81, n° 5, 1972, p. 823 a 854.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- RUÍZ MANERO, JUAN, "Rule of law' y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar", presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016. Documento disponible en formato digital en www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/2016-ruiz-manero-rule-of-law-y-ponderacion.pdf.
- SIECKMANN, JAN-R., *Regel modelle und Prinzipien modelle des Rechts systems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- *Zur Abwägungsfähigkeit von Prinzipien*, "ARSP", Beiheft 53, 1994.
- *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- *Recht als normatives System. Die prinzipien theorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008.
- "Problemas de la teoría principialista de los derechos fundamentales", en CLÉRICO, LAURA - SIECKMANN, JAN-R. - OLIVER-LALANA, DANIEL (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011.
- *The logic of autonomy. law, morality and autonomous reasoning*, Portland, Hart Publishing, 2012.
- *La teoría del derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- VITA, LETICIA, *La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller*, "Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho", n° 43, ITAM, México, 2015, p. 49 a 75.

VON WRIGHT, GEORGE H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1979.

ZULETA, HUGO, “Comentario al artículo Rule of law y ponderación. Un límite de la ponderación y una insuficiencia de su teoría estándar de Juan Ruiz Manero”, presentado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el día 12 de abril de 2016. Documento disponible en formato digital en www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2016-zuleta.pdf.

DERECHOS FUNDAMENTALES, DIGNIDAD Y FILOSOFÍA AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN*

EDUARDO ESTEBAN MAGOJA**

Resumen. La Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó, en los fallos de la última década, que el derecho a un ambiente equilibrado y sano constituye la condición de posibilidad para el desarrollo de la persona. En este sentido, también señaló que un ambiente de tales características es imprescindible para el goce de otros derechos esenciales, tales como el derecho al trabajo, a la salud y a la vida.

Situados en estos fallos, el propósito de este trabajo es demostrar, en primer lugar, cómo la CSJN fundamenta en la dignidad el deber del Estado de garantizar un estándar mínimo de condiciones ambientales. En segundo lugar, buscaremos dar cuenta de que la posición de los jueces acerca de la tutela del ambiente, se enmarca dentro de una concepción filosófica según la cual el hombre debe tener un compromiso serio con el cuidado de la tierra, alentar prácticas sostenibles en el uso de los recursos y reconocer el valor intrínseco de la naturaleza.

Palabras clave: derecho ambiental, dignidad, ética ambiental, sustentabilidad.

* Recepción: 23/8/18; evaluación: 2/10/18; aceptación: 23/10/18. Este trabajo constituye una versión reducida de aquel que fue distinguido por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho con el premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” en 2018.

** Abogado. Magíster en Filosofía del Derecho y becario doctoral (Universidad de Buenos Aires). Correo electrónico: magojaeduardo@gmail.com.

**FUNDAMENTAL RIGHTS, DIGNITY
 AND ENVIRONMENTAL PHILOSOPHY
 IN THE PRECEDENTS OF THE SUPREME COURT
 OF JUSTICE OF THE NATION**

Abstract. The Supreme Court of Justice of the Nation highlighted, in the precedents of the last decade, that the right to a balanced and healthy environment constitutes the condition of possibility for the personal development. In this sense, the Court also stressed that an environment of such characteristics is necessary for the enjoyment of other essential rights, such as the right to work, health and life.

In this context, the first goal of this paper is to demonstrate how the Court bases on dignity the duty of the State to guarantee a minimum standard of environmental conditions. The second goal is to show that the position of the judges regarding the protection of the environment belongs to a philosophical conception according to which the man must have a serious commitment to care for the earth, encourage sustainable practices in the use of resources and also recognize the intrinsic value of nature.

Keywords: environmental law, dignity, environmental ethics, sustainability.

**DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIGNIDADE
 E FILOSOFIA AMBIENTAL NA JURISPRUDÊNCIA
 DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA NAÇÃO**

Resumo. O Supremo Tribunal de Justiça da Nação destacou, nas decisões da última década, que o direito a um meio ambiente equilibrado e saudável constitui a condição de possibilidade para o desenvolvimento da pessoa. A esse respeito, ele também apontou que um ambiente com tais características é necessário para o desfrute de outros direitos essenciais, como o direito ao trabalho, à saúde e à vida.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é demonstrar, em primeiro lugar, como a CSJN baseia na dignidade o dever do Estado de garantir um padrão mínimo de condições ambientais. Em segundo lugar, buscaremos explicar que a posição dos juízes

em relação à proteção do meio ambiente está enquadrada dentro de uma concepção filosófica segundo a qual o homem deve ter um sério compromisso com o cuidado da terra, encorajar práticas sustentáveis no uso de recursos e reconhecer o valor intrínseco da natureza.

Palabras-clave: derecho ambiental, dignidade, ética ambiental, sustentabilidade.

§ 1. **INTRODUCCIÓN**

La mayoría de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en materia de derecho ambiental tiene como temas centrales la cuestión de la competencia originaria, la afectación interjurisdiccional, la potestad de las provincias, el poder de policía ecológica, la legitimación procesal y la competencia penal, entre muchos otros¹. Sin embargo, existen varios casos de las últimas décadas en donde el último interprete de la Constitución llevó a cabo una exégesis profunda vinculada con la definición de ese derecho, las condiciones para su satisfacción y preservación, como así también las obligaciones que tiene el Estado a su cargo. En concreto, la CSJN dio cuenta de cómo el derecho a un ambiente equilibrado y sano constituye la condición de posibilidad para el desarrollo de la persona y de las generaciones futuras y también para el goce de otros derechos esenciales, tales como el derecho al trabajo, a la salud y a la vida.

Focalizados en esta clase de precedentes, el propósito de este trabajo es probar dos tesis. En primer lugar, demostraremos cómo en los fallos de la CSJN el deber del Estado de garantizar un *estándar* mínimo de posibilidades fáctico-jurídicas para que el hombre pueda llevar a cabo su plan de vida en un ambiente apropiado se fundamenta en última instancia en la dignidad. En segundo lugar, buscaremos dar cuenta de que la posición de los jueces acerca de la tutela al bien colectivo del ambiente, se enmarca dentro de una concepción filosófica según la cual el hombre debe tener un compromiso serio con el cuidado del patrimonio natural y de los seres vivos en ge-

¹ Gran parte de la abundante jurisprudencia de la CSJN se encuentra reunida, ordenada temáticamente y publicada por la Secretaría de Jurisprudencia, en los compendios de fallos “Derecho ambiental” (2012) y “Ambiente” (2016), ambos disponibles en la página oficial www.csjn.gov.ar.

neral, alentar prácticas sostenibles en el uso de los recursos y reconocer el valor intrínseco de la naturaleza.

A los fines de demostrar estos puntos nos basaremos en una serie de fallos cuya selección se realizó siguiendo dos criterios metodológicos: uno temporal y otro temático. Analizaremos fallos del 2006 al 2017, pero también aquellos en que los que se hayan fijado criterios importantes en materia de derecho ambiental y en relación, mediata o inmediatamente, con el desarrollo de la persona². Nuestros “casos testigos” son entonces los siguientes: “Ramírez, Juan C. c/Entidad Nacional de Yacyretá”, del 5 de junio de 2007; “Machado, Juana C., y otros c/Entidad Nacional de Yacyretá”, del 12 de junio de 2007; “Mendoza Beatriz S., y otros c/Estado nacional” (sentencias del 20 de junio de 2006, 22 de agosto de 2007, 8 de julio de 2008 y 12 de abril de 2018); “Salas, Dino, y otros c/Salta, provincia de y Estado nacional” (sentencias del 29 de diciembre de 2008 y del 26 de marzo de 2009); “Cruz, Felipa, y otros c/Minería Alumbrera Limited y otro”, del 23 de febrero de 2016; “Martínez, Sergio R., c/Agua Rica LL c/Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otro”, del 2 de marzo de 2016; “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/Santa Cruz, provincia de y otro” (sentencias del 26 de abril de 2016 y 21 de diciembre de 2016); “Fundación Ciudadanos Independientes c/San Juan, provincia de, Estado nacional y otros”, del 20 de septiembre de 2016; “Mamani, Agustín P., y otros c/Estado Provincial –Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales– y la Empresa Cram SA”, del 5 de septiembre de 2017; “La Pampa, provincia de c/Mendoza, provincia de”, del 1º de diciembre de 2017.

En lo que a respecta a la organización, el trabajo se divide en dos grandes partes: en la primera, intentaremos demostrar cómo los jueces fundan en última instancia sus decisiones a favor de un ambiente sano y equilibrado en la dignidad del hombre; en la segunda, que es la de mayor extensión, veremos la importancia de la labor judicial de la CSJN en el escenario ambiental actual y la posición ético-filosófica que subyace en sus decisiones. Luego de ello, presentaremos las conclusiones.

² Hemos prescindido de realizar aquí, como sí se ha hecho en la versión original del trabajo, una síntesis detallada y precisa de todos los fallos que constituyen nuestro corpus de estudio. La omisión se justifica en el hecho de evitar exponer cuestiones meramente descriptivas y que además pueden ser fácilmente suplidas a través de la lectura directa de los fallos.

§ 2. **EL DERECHO A UN AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO FUNDADO EN LA DIGNIDAD**

Nuestro primer paso es realizar unas consideraciones básicas acerca de la dignidad. El concepto, siguiendo a KANT, está en relación con la idea de que los seres racionales tienen un valor intrínseco³. La dignidad (*Würde*) es la propiedad de estar por encima de todo precio y, en consecuencia, de no tener equivalente ni nada que lo reemplace⁴; por esta razón, se dice que el hombre es un fin en sí mismo⁵. Incluso, dice KANT, la autonomía, en el sentido de autolegislación moral, es el fundamento de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional⁶. Tales ideas presentan a su vez un fuerte vínculo con el concepto de respeto. Al respecto, TUGENDHAT dice que cuando “respetamos a una persona no por algo, sino simplemente como persona, la respetamos como ser autónomo y podemos decir que al hacerlo lo que respetamos es precisamente la dignidad de la persona”⁷. Pero además, con ello –continúa el autor– reconocemos a la persona como sujeto de derecho, lo cual es palpable en la expresión “respeto de sí mismo”⁸. En efecto, tener respeto de sí mismo implica que uno tiene consciencia de ser autónomo y además titular de derechos iguales a los de todos los demás miembros de la comunidad.

Existe una estrecha conexión entre autonomía, dignidad, respeto e igualdad. En tal sentido, cuando ALEXY brinda una fundamentación explicativa de los derechos humanos dice que ello se logra demostrando que la praxis del afirmar (*Behaupten*), del preguntar (*Fragen*) y del aducir (*Anführen*) presupone la libertad y la igualdad, que los seres humanos son autónomos y tienen una naturaleza discursiva⁹.

³ Ver CAIMI *et al*, *Diccionario de filosofía crítica kantiana*, p. 142 [s.v. dignidad].

⁴ KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, p. 123 y 124.

⁵ KANT, “Naturrecht Feyerabend”, en MAREY - SÁNCHEZ MADRID, *La “Introducción” a las lecciones sobre derecho natural de Kant anotadas por Feyerabend*, p. 403.

⁶ KANT, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, p. 125.

⁷ TUGENDHAT, *Ser-Verdad-Acción*, p. 251.

⁸ TUGENDHAT, *Ser-Verdad-Acción*, p. 251.

⁹ ALEXY, *¿Derechos humanos sin metafísica?*, “Doxa”, n° 30, p. 243 y siguientes. Sobre la cuestión de la fundamentación de los derechos humanos, ver también ALEXY, *Discourse theory and human rights*, “Ratio Juris”, vol. 9, n° 3, p. 209 a 235.

Así pues, en la praxis discursiva, quien reconoce al otro como autónomo lo reconoce como persona, le atribuye dignidad y al mismo tiempo reconoce sus derechos humanos. Sin embargo, para ALEXY esto hay que complementarlo con un argumento explicativo-existencial. De acuerdo con este, cuando el hombre hace uso de sus competencias discursivas del afirmar, interrogar y argumentar, reconoce al otro como participante del discurso con igualdad de derechos. Si, además, se conduce con seriedad, lo reconoce también como autónomo; este reconocimiento supone a su vez aceptar al otro como persona que tiene valor y dignidad. Como se advierte, pues, de acuerdo con ALEXY, en la naturaleza discursiva del hombre subyace un sistema de conceptos que se corresponden con la necesidad de las competencias discursivas y que tienen un significado normativo. Esta tesis metafísica “tiene su fuente no solo en la estructura del mundo, tampoco solo en la razón del individuo, sino, completamente en el sentido de HABERMAS, en la estructura de la comunicación”¹⁰. Por cierto, esto mismo también sostiene TUGENDHAT, quien dice que no debemos pensar la dignidad como una cualidad inherente a las personas, sino como “algo que es aceptado cuando hay respeto mutuo”. La dignidad implica siempre otro. En tanto el Estado tenga basamento en la dignidad de la persona necesariamente se concibe “como constituido por ciudadanos que tienen respeto mutuo por la autonomía de cada uno de los demás”¹¹.

Si estas consideraciones son correctas, se puede avanzar hacia la idea de que el Estado debe garantizar un ambiente sano y equilibrado en virtud del respeto de la dignidad del hombre. En efecto, en un Estado democrático de derecho, que los individuos tengan derechos significa que ellos tienen no solo protección, sino también posibilidad de realizar su plan de vida, es decir, de ejercer su autonomía como seres independientes.

Este ejercicio se pone en peligro tanto por las interferencias que pueda realizar el Estado o un particular así como también cuando el gobierno no garantiza condiciones favorables y mínimas. La ausencia de condiciones para que la persona pueda llevar a cabo el modelo de vida que ha elegido es también un daño hacia la dignidad

y *Derecho, moral y existencia de los derechos humanos*, “Signos Filosóficos”, vol. XV, n° 30, p. 153 a 171.

¹⁰ ALEXY, *¿Derechos humanos sin metafísica?*, “Doxa”, n° 30, p. 247.

¹¹ TUGENDHAT, *Ser-Verdad-Acción*, p. 252.

humana¹² y, por extensión, un impedimento para el goce de los demás derechos¹³ y su propio desarrollo¹⁴.

Las ideas expresadas hasta aquí son palpables en el voto de ZAFFARONI del fallo “Ramírez”, en el cual se dice que “el fundamento definitivo de los derechos humanos, enunciado desde hace más de medio siglo por la Declaración Universal de Derechos Humanos, es la dignidad del ser humano, que no deriva de un reconocimiento ni de un gracia de las autoridades o poderes, toda vez que resulta ‘intrínseca’ o ‘inherente’ a todas y cada una de las personas humanas y por el solo hecho de serlo” (consid. 9°). Esta es, por cierto, la tesis adoptada por la CSJN en el fallo “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, del 21 de septiembre de 2004.

La decisión asumida por ZAFFARONI en el fallo “Ramírez”, que luego compartirá FAYT en el fallo “Martínez” tiene un significado muy importante. Ambos señalan que el ambiente es la condición de posibilidad para el desarrollo de la persona y para la satisfacción de todos los derechos. Sin un ambiente adecuado, los grupos humanos están destinados a desintegrarse, por resultar imposible la subsistencia. En tal sentido, ZAFFARONI dice que se debe evitar toda consecuencia disvaliosa de “todo proceso estructural del sistema ecoambiental que traduzca una disolución ecológica, pues ello también significaría [...] la desintegración del tejido social y, por ende, la de los propios seres humanos que habitan en las zonas afectadas, dado la íntima e indisoluble relación que existe entre el ecosistema que las circunda y su propia subsistencia” (consid. 11).

La misión de salvaguardar el ambiente, en virtud de la dignidad del hombre, late en los demás precedentes mencionados en la

¹² Pues bien, en términos de ALEXY, desde el punto de vista del derecho, la protección de la dignidad no se restringe a la autolegislación moral, sino que “incluye, por ejemplo, el derecho a existir y el derecho a efectuar elecciones de cualquier clase” (*La dignidad humana y el juicio de responsabilidad*, “Parlamento y Constitución. Anuario”, n° 16, p. 18).

¹³ De hecho, en este sentido, LORENZETTI advierte, al analizar el Código Civil y Comercial, que en “materia medioambiental se ha sostenido que la preservación de este macro bien opera como una suerte de presupuesto o prerequisite para el disfrute de los demás derechos, motivo por el cual, en casos de colisión de normas tuitivas, debe estarse siempre a privilegiar la protección del ambiente” (*Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación*, JA, 2015-III-18).

¹⁴ Sobre el desarrollo humano como paradigma constitucional, ver LÓPEZ ALFONSÍN, *Derecho ambiental*, p. 19 a 28.

introducción. En efecto, en las resoluciones se evidencia una fuerte preocupación sobre el deterioro que puede generar la actividad del hombre sobre la naturaleza, de modo grave e irreversible, y la afectación o puesta en peligro de derechos fundamentales: el derecho a trabajar en los fallos “Ramírez” y “Machado”, el derecho a la información y la participación ciudadana en los fallos “Asociación de Abogados Ambientalistas de la Patagonia”, “Salas” y “Mamani”, y los derechos a la salud y la vida en los casos “Mendoza”, “Martínez” y “Fundación Ciudadanos Independientes”.

El respeto hacia la persona y el interés por garantizar condiciones mínimas para su desarrollo, se evidencian en el cuidadoso trato que recibe la realización del estudio de impacto ambiental “de modo serio, científico y participativo” antes de llevarse a cabo cualquier emprendimiento cuyas consecuencias sean luego imposibles de subsanar. En este orden de ideas, la CSJN destacó en el fallo “Martínez” que en materia ambiental lo que está en juego es la tutela de un bien colectivo cuya naturaleza exige otorgar prioridad absoluta a la prevención del daño futuro. Sostuvo, de acuerdo con esos lineamientos, que la realización de un informe ambiental que se ajuste a los requisitos exigidos por la ley es una medida ineludible para evitar, tras un proceso de reflexión sustentado sobre bases científicas y la participación ciudadana, un daño al ambiente que podría resultar irreparable. Esto justifica, como se dice en el fallo “Mendoza”, que “la recomposición y la prevención de daños ambientales obliga al dictado de decisiones urgente, definitivas y eficaces”.

Pero la tarea de los jueces no se reduce a los aspectos señalados. Si analizamos los fallos en su dimensión pragmática, tendremos una mirada más integral y completa. En los fallos, los jueces no solo *dicen* algo, sino que también *hacen* algo. Están marcando un *proyecto* en materia de política ambiental cuyo norte siempre es el respeto de los derechos fundamentales del hombre y su dignidad. Este proyecto se encuentra en plena sintonía con el mandato que fija nuestra Constitución en el art. 41 y puede ser desglosado en varios aspectos. Los jueces contemplan la doctrina del desarrollo sustentable, según la cual el hombre en su actividad productiva debe satisfacer las necesidades presentes mediante un uso racional de los recursos que no comprometa las necesidades de las generaciones futuras, tal como sucede, por ejemplo, en los fallos “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia”, “Cruz” y “Mendoza”. También en varias oportunidades, señalan cómo debe ser el ambiente del que tienen derecho a gozar los ciudadanos (sano, equili-

brado, apto para el desarrollo humano y para las actividades productivas que se realizan con el fin de satisfacer necesidades del hombre) y destacan que el daño ambiental genera la obligación de recomponer la naturaleza dañada o, de no poder lograrse eso, de indemnizar a los afectados (votos de ZAFFARONI y FAYT en los fallos “Ramírez” y “Martínez”). Un punto no menor es que ZAFFARONI y FAYT dejan en claro la obligación de las autoridades de proteger el ambiente, de utilizar racionalmente los recursos sin perjudicar a terceros, de preservar el patrimonio natural y proteger el ecosistema. Que ante dicha omisión y la afectación de un derecho fundamental como la pérdida de la fuente laboral, el Estado debe indemnizar a los particulares.

El Estado es el garante del bienestar de los habitantes de su territorio y debe proveer todas aquellas medidas que les permitan vivir en un entorno saludable y equilibrado. Al respecto, el contenido del fallo “Mendoza” del 20 de junio de 2006, es muy sugerente, pues allí se pueden distinguir distintos niveles de acción que, aunque diferentes, tienen algo en común: tienden a la recomposición y la prevención ambiental. Mediante sus facultades de instrucción y ordenación, la CSJN impone el deber a las autoridades de trazar un programa integrado en el que, entre otras cosas, informen las acciones que deprecian la calidad del ambiente y perjudican a los particulares y a su vez gestionen las políticas necesarias para subsanar la situación y prevenir más daños. El pronunciamiento del 22 de agosto de 2007 continuó con esta aptitud y en el del 8 de julio de 2008 se colocó en cabeza de la autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo obedecer un programa bien definido, el cual comprendía realizar inspecciones en las empresas contaminantes, el saneamiento de basurales, la limpieza de los márgenes del río, la expansión de la red de agua potable, la expansión de desagües pluviales, el saneamiento cloacal, un plan sanitario de emergencia y el deber de informar y educar a la población afectada.

La exigencia de brindar información y educación ambientales a los ciudadanos es un aspecto recurrente en los fallos. Así, por ejemplo, en el caso “Fundación Ciudadanos Independientes”, la CSJN exigió a la provincia de San Juan que le comunique si ha puesto en conocimiento a los habitantes posiblemente afectados la situación de los derrames de cianuro, y en el fallo “Mamani” se señaló que la ausencia de la celebración de las audiencias públicas fijadas por ley iba en contra del derecho al acceso a la información ambiental¹⁵. En re-

¹⁵ La importancia de este derecho ha llevado a algunos autores a sostener que en términos cronológicos se encuentra en primer lugar: pues bien, sin el “derecho

lación con este “derecho a saber”, una de las medidas más eficaces que tiene el Estado para poder proteger el ambiente es sin duda la educación. No es casual, por ello, que el propio art. 41 de la Constitución nacional y la ley general del ambiente coloquen tanto énfasis en este aspecto. La educación es el principal camino para combatir la ignorancia en temas ambientales. Ella permite que las personas adquieran los conocimientos necesarios para hacer frente a los problemas de cada día, cultiva la responsabilidad en el uso racional de los recursos y el crecimiento de los pueblos conforme a un desarrollo sustentable, crea conciencia sobre los riesgos y peligros a los que está expuesta la humanidad, promueve la reflexión en torno al lugar que debe ocupar el ser humano en el mundo y a qué tipo de vida se aspira¹⁶: el conocimiento, pues, humaniza.

También es importante que los ciudadanos participen en la toma de decisiones públicas, algo que por cierto la CSJN hizo referencia sobre todo en los fallos “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia”, “Martínez”, “Fundación Ciudadanos Independientes”, “Mendoza” y “Mamani”. La opinión ciudadana es la vara de la legitimidad de los actos del gobierno y se erige como su último tribunal de apelaciones¹⁷. La ley general del ambiente le otorga a la participación ciudadana un lugar especial. En su art. 19 establece que “toda persona tiene derecho a ser consultada y a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y de alcance general”. El art. 20 complementa esa disposición y dispone que “las autoridades deberán institucionalizar los procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente”.

Todo el desglose que hemos realizado aquí nos permite dar cuenta del lugar que ocupa en los fallos de la CSJN la persona como criatura discursiva con un valor intrínseco, cuyo fundamento último

a saber” no es posible ejercer ningún otro derecho. Conf. VILLANUEVA, “Derecho de acceso a la información ambiental, antecedentes internacionales y legislación nacional”, en DEVIA, *Nuevo rumbo ambiental*, p. 359.

¹⁶ Cf. BELLORIO CLABOT, *Tratado de derecho ambiental*, p. 630.

¹⁷ Sin ir más lejos, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 se proclamó que el “mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda”.

es la autonomía. En materia ambiental, el Estado debe garantizar la capacidad que tiene la persona para determinar el curso de sus acciones en un ambiente sano, equilibrado y en el cual sea posible su desarrollo. Sin duda, el autogobierno de la persona, es decir, la facultad humana de ser *autónomos*, exige la ausencia de limitaciones significativas que la anulen por completo, lo que es lo mismo, que el hombre tenga condiciones fácticas y jurídicas mínimas que le permitan llevar a cabo su plan vida.

Hasta aquí en lo que respecta a la primera tesis. Vayamos a la segunda parte del trabajo, que nos tomará las dos siguientes secciones.

§ 3. **LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN EN EL ESCENARIO ÉTICO-FILOSÓFICO ACTUAL**

La jurisprudencia de la CSJN que pone freno al uso desmedido y sin límites de la naturaleza se halla en sintonía con el creciente interés del hombre por el cuidado del mundo y las responsabilidades que tiene al respecto. Esto se vincula con la fuerte preocupación actual del uso exagerado de la razón, la ciencia y la técnica, la cual tiene una arista jurídica que esconde una posición filosófica que intentaremos sacar a luz. La tesis que intentaremos demostrar aquí (la segunda tesis del trabajo) es que los fallos de la CSJN revelan la presencia de una posición que se caracteriza por limitar el ejercicio desmedido de la razón y por poner en cuestionamiento aquella idea, propia del “antropocentrismo fuerte”, que hace del hombre un dios sobre la tierra¹⁸. Hay, como veremos, un compromiso serio con la defensa y el sostenimiento de un “antropocentrismo débil”¹⁹ o, como prefieren llamarlo otros, “moderado”²⁰ o “humilde”²¹, el cual se caracteriza por concebir al hombre como un cuidador prudente y responsable del patrimonio natural. Incluso, yendo un poco más lejos en nuestra interpretación, se puede

¹⁸ Conf. NORTON, *Environmental ethics and weak anthropocentrism*, “Review of Article From Environmental Ethics”, vol. 6, n° 2, p. 134 y 135.

¹⁹ Conf. NORTON, *Environmental ethics and weak anthropocentrism*, “Review of Article From Environmental Ethics”, vol. 6, n° 2, p. 135 a 138.

²⁰ Conf. RODRÍGUEZ, *El derecho humano a un ambiente sano*, p. 84 y 85; MORALES LAMBERTO, “Dimensión social y colectiva de los derechos humanos: relacionalidad e influencias del paradigma ambiental”, en CAFFERATTA - TERZI, *Derecho ambiental: dimensión social*, p. 421.

²¹ Conf. BUGALLO, *La filosofía ambiental en Arne Naess. Influencias de Spinoza y James*, p. 14 y 15.

ver en la doctrina de la CSJN la adopción de algunos principios del sensocentrismo²², el biocentrismo²³ y el ecocentrismo²⁴, en la medida que se tiende a proteger la flora, la fauna y la vida natural en general²⁵

²² De acuerdo con esta posición ética, todos los seres con capacidad de sentir son el centro de consideración moral. De esta manera, no solo los hombres, sino también los animales no humanos, tienen un valor moral intrínseco y merecen respeto. En esta línea de pensamiento se enmarcan aquellos que defienden la idea de “derechos de los animales”. Sobre el tema, se puede ver, entre los muchísimos trabajos que existen, las propuestas de SINGER, *Animal liberation: a new ethics for our treatment of animals*; REGAN, *Defending animal rights*; Gruen, *Ethics and animals: an introduction*.

²³ Las posturas biocéntricas, a diferencia del sensocentrismo, sostienen que todos los seres vivos son valiosos y dignos de respeto o preocupación moral, no solo los “seres sintientes”. Un texto clave que recoge los principios del biocentrismo es la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, en donde se dice: “Toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para el hombre, y con el fin de reconocer a los demás seres vivos su valor intrínseco, el hombre ha de guiarse por un código de acción moral”. Entre los principales exponentes de esta posición ética, se pueden mencionar, entre otros, TAYLOR, *In defense of biocentrism*, “Environmental Ethics”, vol. 5, n° 3, p. 237 a 243; TAYLOR, *Respect for nature*; Attfield, *Environmental ethics: an overview for the twenty-first century*. Sobre el biocentrismo en general y sus diversas variantes, ver el trabajo de PALMER, “Living individuals: biocentrism in environmental ethics”, en GARDINER - THOMPSON, *The Oxford handbook of Environmental ethics*, p. 101 a 112.

²⁴ Tal como explica ROWE, en un artículo que se ha vuelto un clásico, el ecocentrismo sostiene que, en comparación con la indudable importancia del hombre, todo el ecosistema planetario es aún más significativo y relevante. Así, pues, el ambiente que el antropocentrismo percibe como materiales al servicio de los hombres, es en un sentido más profundo la fuente y el apoyo de la humanidad. En virtud de ello, el autor explica que el ecocentrismo va más allá del biocentrismo, ya que en la visión ecocéntrica las personas son inseparables de la naturaleza inorgánica/orgánica que las encapsula. Conf. ROWE, *Ecocentrism: The chord that harmonizes humans and earth*, “The Trumpeter”, vol. 11, n° 2, p. 106 y 107.

²⁵ Dejando a un lado la jurisprudencia de la CSJN, en los autos “Orangutana Sandra s/recurso de casación”, la Sala II de la Cámara Federal de Casación, en el pronunciamiento del 18 de diciembre de 2014, reconoció que el animal es titular de derechos. Este fallo, como era de esperarse, tuvo muchas objeciones. Sobre un punto de vista crítico, ver PICASSO, *Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujetos de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda, LL*, 2015-B-950 a 961. A favor de la tesis defendida en el fallo, ver el reciente trabajo de GIL DOMÍNGUEZ, *Hacia una teoría normativa de los animales no humanos como titulares de derechos. La Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Ley”*, 2018.

y también se concibe a la naturaleza con valor intrínseco y digna de respeto²⁶.

La demostración de esta tesis exige que vayamos de a poco. Como primera medida, en esta sección realizaremos un breve desarrollo del proyecto de la ciencia moderna y el triunfo universal de la técnica, ya que esto fue la condición para que se consumara la idea del hombre como amo arrogante de la naturaleza, que es lo que pareciera cuestionar la CSJN en sus fallos. NIETZSCHE y también HEIDEGGER serán nuestros guías para exponer cómo llegó en Occidente a dominar la concepción del hombre como dueño y señor de la tierra. En efecto, en *La gaya ciencia*, NIETZSCHE expresó una de las frases más conocidas de su pensamiento: Dios ha muerto (*Gott ist tot*)²⁷. La muerte de Dios implica el cuestionamiento de todo horizonte metafísico, la pérdida de todo fundamento trascendente. Ya no hay ni “arriba” ni “abajo”, no hay principio (*arkhé*) o fin (*télos*) alguno sobre el cual todo se sustente. Los sistemas filosóficos y morales se derrumban al igual que la luz de la razón, la cual ya no puede servir de guía ni tampoco de elemento de justificación. La frase plasma el nihilismo que empieza a expandirse entre los hombres.

Este acontecimiento dibuja un escenario en el cual se dan las condiciones para que aparezca el transhombre (*Übermensch*), quien constituye la instancia superadora del nihilismo pasivo y aquel que permite recobrar el sentido de la vida mediante la transmutación de todos los valores; en este sentido, como explica HEIDEGGER, el nihilismo “no opera en dirección de la mera nulidad”, sino que “su esencia propia se encuentra en el modo afirmativo de una liberación”²⁸.

No hace falta entrar en mayores detalles sobre este tema, pero sí es importante señalar que la muerte de Dios está muy relacionada con la devastación de la naturaleza. La lectura que hace HEIDEGGER

²⁶ La presencia de tanto una postura antropocéntrica como una biocentrista y también ecocentrista en el texto constitucional fue señalada en las sesiones de la reforma de 1994 por la convencional VALLEJOS. Conf. Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente del 21 de julio de 1994, p. 1690. Siguiendo esta misma línea, FALBO sostiene que el concepto de “habitantes” del art. 41 de la Constitución nacional engloba no solo a los seres humanos, sino también a los seres vivientes en general y las generaciones futuras, entre otros (*El término “habitants” del artículo 41 de la Constitución Nacional excede a los seres humanos*, “Revista de Derecho Ambiental”, n° 52, p. 137 a 143).

²⁷ Aforismos 108, 125 y 343. NIETZSCHE, *La gaya ciencia*.

²⁸ HEIDEGGER, *Nietzsche*, p. 225.

del texto nietzscheano resulta clave para trazar este vínculo, tal como lo ha establecido POBIERZYM²⁹. En efecto, HEIDEGGER explica que al quedar vacante el lugar de Dios la tentación es pensar que debe ser ocupado por el transhombre, pero el *Übermensch* “no ocupará nunca el lugar de Dios porque el lugar al que se abre el querer del transhombre es otro ámbito de otra fundamentación de lo ente en su otro ser”³⁰. Sí, en cambio, ese lugar es asumido mientras tanto por el sujeto, que es lo que caracteriza la modernidad. El sujeto moderno (representado por el *ego cogito* cartesiano) se concibe como una sustancia pensante (*res cogitans*) y autónoma que se halla en contraposición al objeto, el cual es reducido a extensión (*res extensa*). Solo hay objeto en el sentido de *objectum* allí donde el hombre “se convierte en sujeto, donde el sujeto se convierte en yo, y el yo en *ego cogito*”³¹. En esa objetivación, HEIDEGGER dice que la tierra pasa a ser el eje sobre el cual gira toda controversia humana, es decir en el “objeto del ataque que, en cuanto objetivación incondicionada, se instaura en el querer del hombre”, y en la medida que se vuelve “querida a partir de la esencia del ser, la naturaleza aparece en todas partes como objeto de la técnica”³².

Ciertamente la filosofía moderna establece una revolución acerca de cómo ver el mundo. HEIDEGGER ve en ella el nacimiento de una nueva posición del hombre “en el mundo y respecto al mundo”³³. Todos los recursos de la naturaleza están al servicio del ser humano. Incluso el hombre mismo no puede ocultar su carácter de ser la materia prima más importante; él “permanece como el sujeto de toda usura, y además de tal forma que, de un modo incondicionado, deja que su voluntad se disuelva en este proceso y con ello se convierte en ‘objeto’ del estado de abandono del ser”³⁴. El mundo se presenta como “un objeto al que el pensamiento calculador dirige sus ataques

²⁹ Cf. POBIERZYM, “El llamado de la tierra y de la animalidad después de la muerte de la naturaleza”, en VATTIMO - GIARDINA - POBIERZYM, *Heidegger y la cuestión ecológica*, p. 72 a 84. A los fines de un estudio mucho más profundo ver POBIERZYM, *Naturaleza y ecosofía en Martin Heidegger*.

³⁰ HEIDEGGER, “La frase de Nietzsche Dios ha muerto”, en *Caminos de bosque*, p. 190.

³¹ HEIDEGGER, “Superación de la metafísica”, en *Conferencias y artículos*, p. 75.

³² HEIDEGGER, “La frase de Nietzsche Dios ha muerto”, en *Caminos de bosque*, p. 190.

³³ HEIDEGGER, *Serenidad*, p. 23.

³⁴ HEIDEGGER, “Superación de la metafísica”, en *Conferencias y artículos*, p. 83.

y a los que ya nada debe poder resistir”³⁵. La naturaleza es, pues, “una única estación gigantesca de gasolina”, el sustrato que emplea la técnica científica para descubrir y aprovechar sus energías³⁶.

La muerte de Dios representa el momento final de la metafísica moderna, cuyo terreno fue preparado por la filosofía moderna de la subjetividad. Según HEIDEGGER, la metafísica de NIETZSCHE es la consumación de la metafísica moderna y al mismo tiempo la consumación de la metafísica occidental y el fin de la modernidad³⁷. Hablar de su finalización, vale aclarar, no significa que sea un momento fugaz: “la finalización *dura* más tiempo que lo que ha durado hasta ahora la historia acontecida de la metafísica”³⁸. Tampoco significa que se haya salido de ella: la metafísica, aun superada, no desaparece, sino que “regresa transformada y continúa dominando como distinción entre el ser y el ente”³⁹.

El fin de la metafísica expone el momento en que el dominio de la razón científica dispone del mundo y es capaz de controlarlo y someterlo. Esto se identifica con “el triunfo universal de la técnica”. Tal es así que el propio Heidegger sostiene que “a la forma fundamental de este aparecer, en la que la voluntad de la voluntad se instala y calcula en la ausencia de historia acontecida del mundo de la metafísica consumada, se la puede llamar con una palabra técnica”⁴⁰. El triunfo de la técnica está marcado por un fuerte subjetivismo y su consumación consolidó la visión antropocentrista que reduce tanto el mundo exterior como al hombre mismo a un recurso calculable y utilizable⁴¹. El hombre de la era de la técnica hace salir lo oculto de la naturaleza, entendida como “el almacén principal de existencias de energías” y “una trama de fuerzas calculables”⁴².

El dominio sobre la tierra, su aprovechamiento mediante la técnica y el triunfo de la razón sobre la superstición, expresan algunos

³⁵ HEIDEGGER, *Serenidad*, p. 23.

³⁶ HEIDEGGER, *Serenidad*, p. 23.

³⁷ HEIDEGGER, *Nietzsche*, p. 158.

³⁸ HEIDEGGER, “Superación de la metafísica”, en *Conferencias y artículos*, p. 63.

³⁹ HEIDEGGER, “Superación de la metafísica”, en *Conferencias y artículos*, p. 64.

⁴⁰ HEIDEGGER, “Superación de la metafísica”, en *Conferencias y artículos*, p. 70 y 71.

⁴¹ Conf. VATTIMO, “El silencio animal y el sentido de la historia”, en VATTIMO - GIARDINA - POBIERZYM, *Heidegger y la cuestión ecológica*, p. 20.

⁴² HEIDEGGER, “La pregunta por la técnica”, en *Conferencias y artículos*, p. 23.

de los principales ideales del proyecto de la ciencia moderna. Bajo las recetas legadas por la Ilustración de imitar la mecánica, seguir su metodología y buscar leyes para todo, junto con la exaltación de la razón⁴³, la ciencia se erigió como un modelo absoluto del saber, desinteresado, imparcial y objetivo, cuyo prototipo fue la naturaleza⁴⁴. La aplicación rigurosa del método científico fue concebida como la única vía que podía garantizar el progreso de la humanidad, un fin tan noble que los grandes genios de la investigación se volvieron héroes culturales. De hecho, por esta razón algunos autores hablan de este modelo como un “modelo heroico de la ciencia”⁴⁵.

§ 4. **LA APERTURA A OTRA FORMA DE PENSAR EL LUGAR DEL HOMBRE EN LA TIERRA**

La imagen de una ciencia neutral impulsada por el motor de la racionalidad influyó todas las disciplinas a lo largo del siglo xx y tiene aún una notable presencia en la actualidad: su lógica, sin lugar a dudas, se ha adueñado del mundo. Sin embargo, las dos guerras mundiales, los horrores de Hiroshima y de Auschwitz, la Guerra Fría y los peligros del poder nuclear debilitaron el proyecto originario y desmascararon su supuesta inocencia. La ciencia heroica había olvidado el factor humano que interviene en toda empresa científica y que lejos de ser neutral estaba impregnada de valores y pretensiones políticas⁴⁶. También en la comunidad académica muchas voces se alzaron en su contra y cuestionaron las consecuencias nefastas ligadas a la dominación del hombre. WEBER, por ejemplo, había observado que la racionalidad instrumental más que llevar a la realización de la libertad, convertía la burocracia capitalista en una “jaula de hierro” de la que no había escapatoria⁴⁷. Desde la Escuela de Frankfurt, MARCUSE sostuvo que, en virtud de su propio método y sus conceptos, la

⁴³ Recordemos al respecto las famosas palabras de KANT: “*Sapere aude!* ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración”. KANT, *¿Qué es la Ilustración? y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, p. 87.

⁴⁴ Conf. APPLEBY - HUNT - JACOB, *La verdad sobre la historia*, p. 27.

⁴⁵ APPLEBY - HUNT - JACOB, *La verdad sobre la historia*, p. 27

⁴⁶ Conf. APPLEBY - HUNT - JACOB, *La verdad sobre la historia*, p. 28 a 40.

⁴⁷ Conf. WEBER, *The protestant ethic and the spirit of capitalism*. La frase “jaula de hierro” (*iron cage*) en realidad surge de la traducción al inglés que hizo TALCOTT PARSONS de la expresión alemana “stahlhartes Gehäuse”.

ciencia ha proyectado y promovido un universo en el cual la dominación de la naturaleza ha permanecido ligada a la dominación del hombre⁴⁸.

Ahora bien, la actitud crítica y de sospecha hacia la lógica de la técnica, lejos de ser destructiva, carga con cierta positividad que se revela en la apertura a la reflexión y la toma de consciencia. En tal sentido, VATTIMO dice que si bien el dominio técnico “acentúa la nostalgia por la naturaleza”, también nos sitúa en una posición privilegiada a la hora de “conocer la vida animal y su capacidad de sufrimiento”⁴⁹. Incluso, RAWLS, desde una concepción filosófica distinta a la del filósofo italiano, decía que la “capacidad de sentimientos de placer y de dolor, y de las formas de vida de que son capaces los animales, imponen evidentemente deberes de compasión y de humanidad”⁵⁰. Esta sensibilidad nos exige reflexionar en torno al problema, a preguntarnos sobre las consecuencias nefastas que acarrea el tecnicismo y el trato hacia la naturaleza⁵¹. Ya DERRIDA, en relación con la violencia contra los animales, afirmaba que esa “violencia industrial, científica, técnica, no puede soportarse todavía demasiado tiempo, de hecho o de derecho”. Ella se encuentra cada vez más desacreditada, de manera que las “relaciones entre los hombres y los animales *deberán* cambiar” y “*deberán* hacerlo, en el doble sentido de este término, en el sentido de la necesidad ‘ontológica’ y del deber ‘ético’”⁵².

Muchas disciplinas que surgieron a partir de la segunda mitad del siglo xx, como por ejemplo la ecofilosofía, la ética ambiental y la ética sobre los “derechos de los animales”⁵³, son una respuesta a la lógica del progreso y expansión científica que se basa principalmente en una racionalidad instrumental que aspira al dominio cada vez más agudo de la naturaleza. El surgimiento de estos nuevos saberes revela otro tipo de compromiso del hombre en materia ambiental. En el campo

⁴⁸ Conf. MARCUSE, *One-dimensional man. Studies in the ideology of advanced industrial society*, p. 166.

⁴⁹ Conf. VATTIMO, “El silencio animal y el sentido de la historia”, en VATTIMO - GIARDINA - POBIERZYM, *Heidegger y la cuestión ecológica*, p. 21.

⁵⁰ RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 463.

⁵¹ Conf. SBAR, *Filosofía de la tecnología y derecho ambiental*, LL, 2018-A-1135 y siguientes.

⁵² DERRIDA, “Violencias contra los animales”, en DERRIDA - ROUDINESCO, *Y mañana, qué...*, p. 75.

⁵³ Al respecto, ver KAWALL, “A history of environmental ethics”, en GARDINER - THOMPSON, *The Oxford handbook of environmental ethics*, p. 12 a 23.

jurídico, que es el que a nosotros más nos interesa destacar aquí, esta actitud se vio plasmada en la conformación de una disciplina especializada que nos ayuda a tener una mayor comprensión normativa sobre el tema: el derecho ambiental, cuyo nacimiento se identifica con la Conferencia de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972.

Sin lugar a dudas la Declaración de Estocolmo marcó un rumbo firme en materia ambiental. A partir de allí, hubo un creciente interés por preservar el ambiente, que se vio plasmado en otros instrumentos internacionales, tales como la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, el Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono de 1985, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo de 1992 (más conocida como Cumbre para la Tierra), la Declaración de los Objetivos del Milenio de la ONU de 2000, la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de 2000, la Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible de 2002 y la Conferencia de Desarrollo Sostenible celebrada en 2012 en Río de Janeiro.

La legislación argentina compartió las preocupaciones marcadas por la comunidad internacional⁵⁴. Esto se materializó, por ejemplo, con la sanción de la ley 21.353 de prevención de la contaminación de las aguas por hidrocarburos de 1976, la ley 22.190 sobre prevención de la contaminación del agua originada por buques de 1980, la ley 21.264 de protección y conservación de la fauna silvestre de 1981 y la ley 24.051 de residuos peligrosos promulgada en 1992. Sin negar el valor de la sanción de estas leyes, no resulta exagerado decir que el paso más importante fue la incorporación expresa al texto de la Constitución nacional, mediante la reforma de 1994, del derecho de todos los habitantes a gozar de *“un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”* (art. 41).

En los últimos años, el compromiso legislativo siguió creciendo y se tradujo en diversas leyes, tales como la ley 25.916 de gestión de residuos domiciliarios de 2004, la ley 26.331 de presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos de 2007, la ley 26.639 de presupuestos mínimos para la preservación de los glaciares y del am-

⁵⁴ Tal como explica LÓPEZ ALFONSÍN, la “preocupación colectiva por el medio ambiente constituye un rasgo definitorio de nuestra época, que se ha trasladado al ordenamiento jurídico” (*Derecho ambiental*, p. 4).

biente periglacial de 2010, y la ley 26.815 de presupuestos mínimos para el manejo del fuego promulgada en el 2013.

El desarrollo que hemos desplegado hasta aquí no tiene un fin meramente ilustrativo. El punto al que queremos llegar con todo esto es mostrar en qué contexto de enunciación y producción se sitúa el discurso de los jueces de la CSJN y cómo sus decisiones se enmarcan dentro de una práctica más amplia que exhibe un viraje filosófico en materia ambiental. De hecho, LORENZETTI habla de la existencia de un “paradigma ambiental” instalado en la sociedad⁵⁵ y varios autores destacan en el campo político la presencia de una nueva forma del Estado en materia de protección ambiental, denominado “Estado ecológico de derecho”⁵⁶ o “Estado ambiental de derecho”⁵⁷. La propia CSJN en el fallo “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia” reconoció ese formato, cuando sostuvo que la “Constitución nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y esta Corte Suprema ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del estado de derecho”⁵⁸.

Este cambio de orientación, para algunos de carácter “revolucionario”⁵⁹, presenta en términos filosóficos una dimensión crítica y otra constructiva. En su aspecto crítico hay un cuestionamiento a un tipo de antropocentrismo que concibe al ser humano como dueño de toda la naturaleza y con el derecho de disponer de las vidas de los seres vivos a su antojo. Esta visión es la que predomina en la actualidad y se vio favorecida, como hemos visto en el § 3, gracias al proyecto de la ciencia moderna y el triunfo universal de la técnica, pues le han dado al hombre los medios para la dominación y el control del mundo, así como también la capacidad para extraer todas sus riquezas sin ningún límite⁶⁰.

⁵⁵ Conf. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, p. 425 y siguientes.

⁵⁶ Conf. QUIROGA LAVIÉ, *El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional, LL*, 1996-B-950 a 960.

⁵⁷ Conf. ESAÍN, *El estado ambiental de derecho*, “Revista de Derecho Ambiental”, n° 50, p. 23 a 49.

⁵⁸ Sobre tema, ver ESAÍN, *El estado ambiental de derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, “Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, n° 213, p. 13 a 63.

⁵⁹ Conf. PIGRETTI, *El derecho ambiental como revolución social político jurídica, LL*, 2004-F-1111 a 1115.

⁶⁰ BOFF, *Ecología: grito de la Tierra, grito de los pobres*, p. 137.

La crítica a este tipo de antropocentrismo late fuerte en el fondo de los fallos de la CSJN, pues de modo genérico se puede decir que en ellos se busca lograr una tutela eficaz del ambiente, evitar cualquier daño grave e irreparable en función del principio de prevención ambiental, tomar en serio el cuidado de los ecosistemas, llevar a cabo emprendimientos sostenibles y sustentables, considerar la opinión ciudadana y tener en cuenta a la hora de utilizar los recursos naturales las consecuencias eventuales sobre las generaciones futuras. Yendo a los detalles, en el fallo “La Pampa, provincia de c/Mendoza, provincia de” se expone con total claridad la idea que queremos señalar, pues allí se dice que en los años 80 la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico puramente dominial, pero en los últimos años el paradigma jurídico es ecocéntrico o sistémico, de manera que no solo tiene en cuenta los intereses privados o estaduales, sino los del sistema. Así pues, se afirma que el ambiente “no es para la Constitución nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario” (consid. 4°).

Lo que da cuenta la CSJN con todo ello es que el progreso no se puede llevar a cabo a cualquier precio, destruyendo el entorno humano y avasallando en última instancia los límites que impone el “orden público ambiental”⁶¹. Tal aspecto es señalado en especial en el fallo “Salas”, cuando se establece la necesidad de encontrar un sabio y virtuoso punto de equilibrio entre la tutela ambiental y la explotación de los recursos naturales. En efecto, al hablar del principio de prevención, sostuvo que su aplicación “implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable”, lo cual no significa una “oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras”.

En su aspecto constructivo, el viraje en materia ambiental que hemos destacado fija una postura ética que se enmarca dentro del antropocentrismo débil, el cual, tal como hemos dicho, concibe al hombre como un cuidador prudente y comprometido con el patrimo-

⁶¹ El concepto, en concordancia con el concepto amplio de ambiente, no recoge solo el aspecto puramente natural, sino también las expresiones culturales e históricas del ser humano, como cuestiones estéticas, paisajísticas o turísticas, entre otras. Conf. CAFFERATTA, *Orden público en el derecho ambiental*, LL, 2015-F-826.

nio natural en lugar de un amo arrogante de la tierra. Incluso, si bien prima esta concepción, ella se ve acompañada y reforzada por principios ligados al sensocentrismo, biocentrismo y el ecocentrismo. El desarrollo y el fortalecimiento en el campo del derecho de este tipo de posición tiene un gran mérito. En efecto, mitiga el proyecto de la ciencia moderna al poner freno a la dominación humana sobre la naturaleza y su explotación desmedida: deja de concebir a los hombres, para decirlo con las palabras de QUIROGA LAVIÉ, como “titanes musculosos” que devoran todo a su paso⁶². También, mediante el reconocimiento de nuevos sujetos de derecho o, en palabras de DE LORENZO, “nuevos otros”⁶³, tales como las generaciones futuras⁶⁴, la sociedad y la naturaleza⁶⁵, promueve una forma de vida más interesada por la humanidad y los seres naturales en general.

En los fallos de la CSJN mencionados en la introducción y en toda la normativa sobre la cual se sustenta el derecho a un ambiente sano y equilibrado se revaloriza el estatus ontológico del ser humano en el mundo como parte integrante de ella⁶⁶, se afianza el compromiso sobre el cuidado de la tierra, se promueve el manejo sustentable de los recursos y se fomenta un uso racional y cuidadoso acerca de los daños futuros que pueden llegar a surgir. Una postura de este tipo, por cierto, presenta un fundamento filosófico sólido de la protección ambiental, ya que el hombre, considerado como un componente más de la naturaleza, debe respetar las cosas y los seres vivos en general; pero, además, ofrece un fundamento procesal sólido, pues la optimi-

⁶² Conf. QUIROGA LAVIÉ, *El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional*, LL, 1996-B-951.

⁶³ DE LORENZO, *El principio de no dañar al “otro”*, LL, 2014-E-1350 a 1352.

⁶⁴ Conf. SAULINO, “Las generaciones futuras y los derechos ambientales”, en GARGARELLA, *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, p. 195 a 202.

⁶⁵ Conf. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, p. 426, y *Teoría el derecho ambiental*, p. 6; PIGRETTI, *Sujetos de derecho: el ambiente y la sociedad*, JA, 2006-II-333 y 334; CAFFERATTA, “Teoría general de la responsabilidad ambiental”, en LORENZETTI, *Derecho ambiental y daño*, p. 15; ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*; RONCAL VATTUONE, *La naturaleza... un sujeto con derechos. Apuntes para la reflexión*, “Revista Integra Educativa”, vol. 6, n° 3, p. 121 a 136; ACOSTA, *Los derechos de la naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible*, “Direito & Praxis”, p. 2927 a 2961.

⁶⁶ Esto implica, de acuerdo con las palabras de BOFF, que “no existe una distancia entre nosotros y la Tierra”, sino que en realidad formamos “una misma realidad compleja, diversa y única”. Conf. BOFF, *El cuidado esencial. Ética de lo humano, compasión por la Tierra*, p. 58.

zación de la supervivencia de todos los miembros es la mejor garantía para el funcionamiento del orden natural⁶⁷.

§ 5. **CONCLUSIONES**

Hemos visto cómo nuestro máximo tribunal ha mantenido una línea constante a la hora de optimizar los principios fundamentales en materia ambiental y respetar la dignidad humana. También se ha podido advertir que los criterios filosóficos materializados en sus decisiones expresan la adopción de un modelo antropológico que concibe al hombre no como dueño de las cosas y los seres vivos en general, sino como un cuidador prudente que debe garantizar el funcionamiento del sistema natural *in totum* y asegurar su integridad. Los criterios expuestos por los jueces, por cierto, no son un hecho aislado, sino que transmiten una práctica más amplia que ha tomado fuerza en los últimos años, según la cual se discute aquella concepción que ve al hombre como un dueño arrogante de la naturaleza y que puede, por ello, utilizar sus recursos sin límites. Dentro de la cosmovisión jurídica actual, lo que los jueces hacen con sus sentencias es acompañar e intervenir de modo activo en la constitución de un Estado cuyo formato tiene un especial interés en la protección del ambiente, el cual es “un presupuesto de viabilidad de bienes existenciales individuales”⁶⁸.

Una de las mayores enseñanzas que nos dejan los fallos de la CSJN, mirados de forma global, es que la clave del éxito del cumplimiento de la cláusula constitucional está en lograr combinar de un modo sabio y virtuoso dos polos: por un lado, la intervención e interacción del hombre con la naturaleza para aprovechar sus recursos; por el otro, la promoción del cuidado de la tierra, mediante una concepción que no la reduzca a mero objeto y la revalorice⁶⁹. En las sociedades actuales, altamente industrializadas y tecnificadas, el primer polo se impone como una dictadura que interviene, produce y domina todo sin preocuparse por las consecuencias futuras; de ahí la necesidad de establecer el cuidado ambiental como su correctivo in-

⁶⁷ Conf. ROSATTI, *Tratado de derecho constitucional*, p. 483 y 484.

⁶⁸ Conf. LORENZETTI, *Teoría el derecho ambiental*, p. 61.

⁶⁹ En términos de BOFF se trata de dos actitudes que se expresan –diciéndolo de forma heideggeriana– bajo dos modos-de-ser-del-hombre-en-el mundo: un modo-de-ser-trabajo y un modo-de-ser-cuidado (*El cuidado esencial. Ética de lo humano, compasión por la Tierra*, p. 174 a 179).

dispensable. Los fallos de la CSJN, que alientan la protección efectiva del ambiente mediante un uso racional y precautorio, se enmarcan sin duda dentro de esta actitud responsable.

Frenar “la muerte de la naturaleza” y resignificar el lugar del hombre *en el mundo y respecto al mundo* es uno de los grandes desafíos actuales que tienen los actores políticos y judiciales, así como también la humanidad en su conjunto. Si bien la tarea no es sencilla, en las últimas décadas se vienen tomando cartas en el asunto en distintos planos de la vida social e institucional. Los pasos marcados en el ámbito jurídico (tanto a nivel nacional como internacional), las decisiones asumidas por la CSJN, sumado a la lucha que promueven los movimientos ecologistas y de protección de derechos ambientales, fijaron un rumbo firme y claro en la defensa de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano frente al proyecto científico de la modernidad y los peligros del tecnicismo desenfrenado.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, ALBERTO - MARTÍNEZ, ESPERANZA, *Los derechos de la naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible*, “Direito & Praxis”, 2017, p. 2927 a 2961.
- ALEXY, ROBERT, *Discourse theory and human rights*, “Ratio Juris”, vol. 9, n° 3, 1996, p. 209 a 235.
- *¿Derechos humanos sin metafísica?*, “Doxa”, 30, 2007, p. 237 a 248.
- *Derecho, moral y existencia de los derechos humanos*, “Signos Filosóficos”, vol. XV, n° 30, 2013, p. 153 a 171.
- *La dignidad humana y el juicio de responsabilidad*, “Parlamento y Constitución. Anuario”, n° 16, 2014, p. 9 a 27.
- APPLEBY, JOYCE. - HUNT, LYNN. - JACOB, MARGARET, *La verdad sobre la historia*, Barcelona, Andrés Bello, 1998.
- ATTFIELD, ROBIN, *Environmental ethics: an overview for the twenty-first century*, Cambridge, Polity Press, 2003.
- BELLORIO CLABOT, DINO, *Tratado de derecho ambiental*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.
- BOFF, LEONARDO, *Ecología: grito de la Tierra, grito de los pobres*, Madrid, Trotta, 1996.
- *El cuidado esencial. Ética de lo humano, compasión por la Tierra*, Madrid, Trotta, 2002.
- BUGALLO, ALICIA I., *La filosofía ambiental en Arne Naess. Influencias de Spinoza y James*, Río Cuarto, Ediciones del ICALA, 2011.
- CAFFERATTA, NÉSTOR A., “Teoría general de la responsabilidad ambiental”, en LORENZETTI, RICARDO L. (dir.), *Derecho ambiental y daño*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- *Orden público en el derecho ambiental*, LL, 2015-F-819 a 831.
- CAFFERATTA, NÉSTOR A. (dir.) - TERZI, SILVANA (coord.), *Derecho ambiental: dimensión social*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

- CAIMI, MARIO *et al.*, *Diccionario de filosofía crítica kantiana*, Buenos Aires, Colihue, 2017.
- DALLA VÍA, ALBERTO R., *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.
- DE LORENZO, MIGUEL F., *El principio de no dañar al “otro”*, LL, 2014-E-1350 a 1352.
- DERRIDA, JAKES, “Violencias contra los animales”, en DERRIDA, J. - ROUNINESCO, E., *Y mañana, qué...*, Buenos Aires, F.C.E., 2014.
- DERRIDA, JAKES - ROUNINESCO, ÉLIZABETH, *Y mañana, qué...*, Buenos Aires, F.C.E., 2014.
- ESAIN, JOSÉ A., *El estado ambiental de derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, “Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, n° 213, 2017, p. 13 a 63. Consultado en 14/05/2018.
- *El estado ambiental de derecho*, “Revista de Derecho Ambiental”, n° 50, 2017, p. 23 a 49.
- ESAIN, JOSÉ A. - GARCÍA MINELLA, GABRIELA - JIMÉNEZ, EDUARDO P., “La cuestión de la tutela ambiental antes y después de la reforma constitucional de 1994”, en GARGARELLA ROBERTO (coord.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- FALBO, ANIBAL J., *El término “habitantes” del artículo 41° de la Constitución Nacional excede a los seres humanos*, “Revista de Derecho Ambiental”, n° 52, 2017, p. 137 a 143.
- GARDINER, S. M. - THOMPSON, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Environmental Ethics*, Oxford, University Press, 2017.
- GARGARELLA, ROBERTO (coord.), *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, *Hacia una teoría normativa de los animales no humanos como titulares de derechos. La Opinión Consultiva 23/2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, “La Ley”, 2018.
- GRUEN, L., *Ethics and animals: an introduction*, Cambridge, University Press, 2011.
- HEIDEGGER, MARTIN, *Caminos de bosque*, Madrid, Alianza, 2010.
- *Conferencias y artículos*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1994.
- “La frase de Nietzsche Dios ha muerto”, en *Caminos de bosque*, Madrid, Alianza, 2010.
- “La pregunta por la técnica”, en *Conferencias y artículos*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1994.
- *Nietzsche*, Barcelona, Destino, 2000.
- “Superación de la metafísica”, en *Conferencias y artículos*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1994.
- *Serenidad*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 2002.
- KANT, IMMANUEL, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Madrid, Alianza, 2008.
- “Naturanrecht Feyerabend”, en MAREY, M. - SÁNCHEZ MADRID, N. (trads.), *La “Introducción” a las Lecciones sobre derecho natural de Kant anotadas por Feyerabend. Con-Textos Kantianos*, “International Journal of Philosophy”, n° 3, 2016, p. 391 a 414.
- *¿Qué es la Ilustración?: y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Madrid, Alianza, 2013.
- KAWALL, J., “A History of Environmental Ethics”, en GARDINER, S. M. - THOMPSON, A. (eds.), *The Oxford handbook of environmental ethics*, Oxford, University Press, 2017.

- LÓPEZ ALFONSÍN, MARCELO, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Astrea, 2012; 2ª ed., 2019.
- LORENZETTI, P., *Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación*, JA, 2015-III-3 a 24.
- LORENZETTI, RICARDO, *La protección jurídica del ambiente*, LL, 1997-E, 1997, p. 1463 a 1479.
- *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- *Teoría del derecho ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- MAQUEDA, JUAN C., *Derecho constitucional ambiental*, “Revista de Derecho Ambiental”, n° 11, 2007, p. 1 a 25.
- MARCUSE, HERBERT, *One-dimensional man. Studies in the ideology of advanced industrial society*, Boston, Beacon Press, 1968.
- MORALES LAMBERTI, ALICIA, “Dimensión social y colectiva de los derechos humanos: relacionalidad e influencias del paradigma ambiental”, en CAFFERATTA, NÉSTOR A. (dir.) - TERZI, S. (coord.), *Derecho ambiental: dimensión social*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- NEWMAN, D., *Community and collective rights: A theoretical framework for rights held by groups*, Oxford, Hart Publishing, 2011.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, *La gaya ciencia*, Madrid, Edaf, 2002.
- NORTON, B., *Environmental ethics and weak anthropocentrism*, “Review of Article From Environmental Ethics”, vol. 6, n° 2, 1984, p. 131 a 148.
- PALMER, C., “Living individuals: biocentrism in environmental ethics”, en GARDINER, S. M. - THOMPSON, A. (eds.), *The Oxford handbook of environmental ethics*, Oxford, University Press, 2017.
- PICASSO, SEBASTIÁN, *Reflexiones a propósito del supuesto carácter de sujetos de derecho de los animales. Cuando la mona se viste de seda*, LL, 2015-B-950 a 961.
- PIGRETTI, EDUARDO A., *El derecho ambiental como revolución social político jurídica*, LL, 2004-F-1111 a 1115.
- *Sujetos de derecho: el ambiente y la sociedad*, JA, 2006-II-333 y 334.
- POBIERZYM, R., “El llamado de la tierra y de la animalidad después de la muerte de la naturaleza”, en VATTIMO, G. - GIARDINA, M. - POBIERZYM, R., *Heidegger y la cuestión ecológica*, Buenos Aires, Prometeo, 2015.
- *Naturaleza y ecosofía en Martin Heidegger*, Buenos Aires, Voria Stefanovsky Editores, 2014.
- QUIROGA LAVIÉ, H., *El estado ecológico de derecho en la Constitución Nacional*, LL, 1996-B-950 a 960.
- RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, México, F.C.E., 2006.
- REGAN, T., *Defending Animal Rights*, Urbana, University of Illinois Press, 2001.
- RODRÍGUEZ, C. A., *El derecho humano a un ambiente sano*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012.
- RONCAL VATTUONE, E. X., *La naturaleza... un sujeto con derechos. Apuntes para la reflexión*, “Revista Integra Educativa”, vol. 6, n° 3, 2013, p. 121 a 136.
- ROSATTI, HORACIO, *Tratado de derecho constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010.
- ROWE, S. J., *Ecocentrism: the chord that harmonizes humans and earth*, “The Trumpeter”, vol. 11, n° 2, 1994, p. 106 y 107.

- SAULINO, MARÍA F., “Las generaciones futuras y los derechos ambientales”, en GARGARELLA, ROBERTO (coord.) *La Constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2011.
- SBAR, C., *Filosofía de la tecnología y derecho ambiental*, “La Ley”, Tomo 2018-A.
- SINGER, P., *Animal Liberation: A New Ethics for our Treatment of Animals*, New York, Random House, 1975.
- TAYLOR, P., *In defense of biocentrism*, “Environmental Ethics”, vol. 5, n° 3, 1983, p. 237 a 243.
- *Respect for nature*, Princeton, University Press, 1986.
- TRUJILLO CABRERA, MARÍA DEL P., *Recursos naturales de uso común: aproximaciones teóricas para su análisis*, “Mundo Amazónico”, vol. 7, 2016, p. 71 a 100.
- TUGENDHAT, E., *Ser-Verdad-Acción*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- VATTIMO, GIANNI, “El silencio animal y el sentido de la historia”, en VATTIMO, GIANNI - GIARDINA, MÓNICA - POBIERZYM, RICARDO P., *Heidegger y la cuestión ecológica*, Buenos Aires, Prometeo, 2015.
- VATTIMO, GIANNI - GIARDINA, MÓNICA - POBIERZYM, RICARDO P., *Heidegger y la cuestión ecológica*, Buenos Aires, Prometeo, 2015.
- VILLANUEVA, CLAUDIA, “Derecho de acceso a la información ambiental, antecedentes internacionales y legislación nacional”, en DEVIA, LEILA (coord.), *Nuevo rumbo ambiental*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2008.
- WEBER, MAX, *The protestant ethic and the spirit of capitalism*, New York, Routledge, 2005.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Colihue, 2012.

JURISPRUDENCIA

- CSJN, 5/6/07, “Ramírez, Juan C. c/Entidad Nacional de Yacyretá”, *Fallos*, 330:2548.
- CSJN, 12/6/07, “Machado, Juana Catalina y otros c/Entidad Nacional de Yacyretá”, *Fallos*, 330:2639
- CSJN, 20/6/06, 22/8/07, 8/7/08 y 12/4/18, “Mendoza, Beatriz S., y otros c/Estado nacional”, *Fallos*, 329:2316, 330: 3663 y 331:1622.
- CSJN, 29/12/08 y 26/3/09, “Salas, Dino, y otros c/Salta, provincia de y Estado nacional”, *Fallos*, 331:2925 y 332:663.
- CSJN, 23/2/16, “Cruz, Felipa, y otros c/Minería Alumbrera Limited y otro”, *Fallos*, 339:142.
- CSJN, 2/3/16, “Martínez, Sergio R. c/Agua Rica LLc Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otro”, *Fallos*, 339: 201.
- CSJN, 26/4/16 y 21/12/16, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/Santa Cruz, provincia de y otro”, *Fallos*, 339: 515 y 339:1732.
- CSJN, 20/9/16, “Fundación Ciudadanos Independientes c/San Juan, provincia de, Estado nacional y otros”, *Fallos*, 339:1331.
- CSJN, 5/9/17, “Mamani, Agustín Pio y otros c/Estado provincial –Dirección Provincial de Políticas Ambientales y Recursos Naturales– y la Empresa Cram SA”, *Fallos*, 340:1193.
- CSJN, 3/12/87 y 1/12/17, “La Pampa, provincia de c/Mendoza, provincia de”, *Fallos*, 310:2478 y 340:1695.

CSJN, 21/9/04, “Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA”, *Fallos*, 327:3753.

CSJN, 24/2/09, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873- dto. 1563/04”, *Fallos*, 332: 111.

CFedCasPen, Sala II, 18/12/14, “Orangutana Sandra s/recurso de casación”.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

EL VALOR DISTINTIVO DE LA DIGNIDAD HUMANA*

JEREMY WALDRON

§ 1. *INTRODUCCIÓN*

En los últimos diez años, gran parte de mis escritos y de mi actividad docente se ha centrado en el tópico de la dignidad humana. En ocasiones ha requerido trabajar en filosofía abstracta, así como en áreas vívidas de la política pública y de la resolución de disputas. En mi seminario sobre “Dignidad Humana” y en mis escritos, he transitado entre estos dos extremos y es mi intención compartir algo de esto con ustedes esta noche.

§ 2. *DIGNIDAD Y DERECHOS HUMANOS/CONSTITUCIONALES*

Los preámbulos de los grandes estatutos de derechos humanos –la Declaración Universal y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos– asocian la dignidad muy estrechamente con los derechos. Estos refieren al reconocimiento por parte las sociedades de “la... dignidad y de... derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y parecen comprometerlos con la idea de que (en palabras del Pacto) “los derechos [efectivamente] derivan de la dignidad inherente a la persona humana”. Donde hay derechos, hay dignidad; donde se reconoce la dignidad, allí debemos esperar encontrar respeto por los derechos humanos. Como veremos, la jurisprudencia de la dignidad es una forma de pensar sobre los derechos.

No se trata solamente del reconocimiento de los derechos humanos en las cartas internacionales. Las constituciones nacionales

* Traducción del inglés al castellano de Juan Pablo Alonso (Universidad de Buenos Aires) y Santiago Martínez (Universidad de la República, Uruguay).

también refieren a la dignidad como un valor fundamental. Como consecuencia de los horrores de la era nazi, la Ley Básica de Alemania de 1948 hace de la dignidad un principio fundamental, insistiendo en que todas las demás leyes y todos los demás derechos deben entenderse desde la óptica de la dignidad humana. Y no es solo decoración. Ese primer principio tiene un impacto muy considerable en el resto del derecho alemán.

Y no se trata solo de Alemania. La Constitución de Sudáfrica de 1993 refiere a la dignidad humana como uno de los pocos valores en los que se funda la nueva república –pos apartheid–. Los otros valores son la igualdad, el avance de los derechos humanos y libertad, el no racismo y el no sexismo, la supremacía de la constitución y el estado de derecho, y el gobierno democrático con sufragio universal de adultos. Asimismo, la Constitución de Brasil reconoce la dignidad humana como principio fundamental, junto con la soberanía, la ciudadanía, el trabajo y el pluralismo político. Más de 150 naciones invocan la dignidad en sus constituciones, aunque es cierto que en algunos casos no es mucho más que una referencia pasajera. India está en esta categoría, con una ligera referencia en su Preámbulo a “la fraternidad asegurando la dignidad del individuo”. Así es Argentina: la Constitución de Argentina alude al concepto de dignidad solo una vez, en relación con las condiciones de trabajo. Me refiero según el requisito de la sección 14 (bis), dicha ley garantizará a los trabajadores “condiciones de trabajo dignas y equitativas” (volveré sobre esto un poco más adelante).

En algunos países, el lugar de la dignidad humana en el derecho constitucional está garantizado por una doctrina judicial y no por su inclusión en un texto constitucional. En Canadá, por ejemplo, no se menciona la dignidad en la Carta de Derechos y Libertades, pero ha tenido una gran presencia, no obstante, en la interpretación de los derechos a la igualdad y en cuestiones sobre el final de la vida, tales como el suicidio asistido. En este último caso, la Suprema Corte de Canadá ha manifestado que “[la] respuesta de un individuo a una condición médica grave e irremediable es un asunto crítico para su dignidad y autonomía” y está protegido por su derecho fundamental a la libertad y seguridad¹. El uso no interpretativo de la dignidad humana en la práctica judicial ha sido una de las características más llamativas de su presencia en la jurisprudencia constitucional en todo el mundo.

¹ Cita a *Carter*.

También en Estados Unidos, donde vivo, la Corte Suprema, sin contar con el beneficio de una mención expresa a la dignidad en el texto constitucional, la ha invocado repetidamente como un concepto necesario para dar sentido a la Octava Enmienda (es la Enmienda que prohíbe los castigos crueles e inusuales). El papel de la dignidad se conoce mejor a partir de los debates de los años '70² sobre la pena capital. No obstante, mucho antes del caso *Furman vs. Georgia*, y con independencia de la discusión sobre la pena capital, ya era ley establecida el hecho de que la Octava Enmienda era un asunto enteramente vinculado con la dignidad.

El caso relevante aquí fue "*Trop vs. Dulles*" decidido en 1958³. Dulles fue John Foster Dulles, secretario de Estado, y Albert Trop era un hombre al que, cuando solicitó su pasaporte en 1952, se le dijo que su ciudadanía estadounidense había sido revocada a causa de su desertión durante el servicio militar en el norte de África. En 1942, Trop escapó de una empalizada donde estaba detenido por un previo incumplimiento disciplinario. Dirigiéndose hacia Casablanca, fue rápidamente arrestado y sentenciado a tres años de trabajos forzados y a una baja deshonrosa. Estaba bastante sorprendido cuando esta pena adicional de desnacionalización le fue comunicada diez años después.

La Corte Suprema anuló esta pena adicional. El presidente de la Corte Suprema en ese entonces, Warren, dijo esto, en su opinión para la Corte Suprema:

El concepto básico subyacente en la Octava Enmienda es nada menos que la dignidad del hombre... El uso de la desnacionalización como castigo está prohibido por la Octava Enmienda. Puede que se traten cuestiones como la no aplicación de maltrato físico ni tortura primitiva. Sin embargo, hay una destrucción total del status del individuo en una sociedad organizada... El castigo despoja al ciudadano de su estatus en la comunidad política nacional e internacional. Su propia existencia está condicionada o a consideración del país en el que se encuentra. Si bien cualquier país podría otorgarle algunos derechos, ... ningún país necesita hacerlo porque es apátrida. Además, su disfrute incluso de los derechos limitados de un extranjero puede estar sujeto a revocación en cualquier momento por motivo de la deportación. En resumen, el expatriado ha perdido el derecho a tener derechos.

² Ver *Furman vs. Georgia*.

³ *Trop vs. Dulles* 356 U.S. 86 (1958).

(Esa última frase era sorprendentemente reminiscente de lo que HANNAH ARENDT había escrito en aquella época sobre la apatridia en *Los orígenes del totalitarismo*).

Fue un movimiento muy audaz que la Corte hizo en *Trop vs. Dulles*, o más bien dos movimientos audaces. Primero, la dignidad fue asociada como tema de interpretación con “cruel e inusual”, convirtiéndola en un parámetro interpretativo general de la Octava Enmienda para la jurisprudencia. Y segundo, la dignidad se asoció con la ciudadanía. Siendo en sí misma un concepto de estatus (aunque se refiere a un estatus moral), la dignidad humana exigía que se respetara el estatus moral del ser humano y se efectivizara el estatus legal de la ciudadanía.

§ 3. **DEFINICIÓN DE “DIGNIDAD HUMANA”**

Estos movimientos fueron aún más sorprendentes porque se hicieron sin ninguna definición canónica de dignidad en la jurisprudencia estadounidense. De hecho, el uso oficial de este concepto en las constituciones y cartas internacionales de derechos todavía no está contaminado por ningún intento de definición. Un respetado jurista de derechos humanos de la Facultad de Derecho de Columbia, que ahora lamentablemente ya no está con nosotros, OSCAR SCHACHTER, observó una vez sobre la “dignidad humana” que “[su] significado intrínseco se ha librado a una comprensión intuitiva”.

Entonces, ¿sobre qué base descubrimos cómo usarlo? ¿Cómo sabemos lo que implica? ¿La “dignidad” efectivamente tiene un significado? ¿O es solo una pieza de decoración? El estudio magistral de CHRISTOPHER MC CRUDDEN sobre el uso moderno del término sugiere que la “dignidad” estaba escrita en los preámbulos de los grandes convenios de derechos humanos no con el objetivo de transmitir ningún significado particular, sino para operar como una especie de referencia en circunstancias en que los redactores querían sonar grandilocuentes y filosóficos, aunque no pudieran ponerse de acuerdo sobre qué decir⁴.

La falta de definición canónica ha sido una molestia para muchos críticos del concepto. Dirigiéndose a su uso en debates sobre bioética, STEPHEN PINKER calificó la dignidad como una “noción subjetiva” y su colega, RUTH MACKLIN, la llamó “irremediabilmente vaga”, manifes-

⁴ MAC CRUDDEN, *Human dignity in human rights interpretation*.

tando que invocar “el concepto de dignidad sin aclarar su significado es usar un mero lema, que no se corresponde con el status moral que se le ha asignado”⁵. ¿Son estas críticas justas? A veces me pregunto sobre la buena fe de aquellos que exigen una definición precisa del concepto. ¿Quieren algo estático para poder manejarlo y manipularlo, de forma que puedan restringir o ampliar su campo de aplicación, como decimos en los Estados Unidos? ¿Quieren domesticar el concepto de dignidad, convertirlo en un factor manejable y calculable de nuestra jurisprudencia? Tal vez, en algún sentido, es bueno que la dignidad no se acote a una definición, permitiéndolo así que las consideraciones sobre el respeto a nuestra humanidad se presenten en formas nuevas y desconcertantes.

§ 4. **LEGADO**

Si escucharan a críticos como PINKER y MACKLIN, inferirían que depende de nosotros (con nuestra mentalidad filosófica actual) decidir si queremos usar en el futuro el lenguaje de la dignidad o no. Nos hemos circunscripto a eso; por lo que podemos abandonarlo si así lo queremos. Más no creo que esto sea posible. Todo este discurso sobre la dignidad humana no puede simplemente descartarse o ignorarse; está ahí en los convenios, constituciones y leyes, nos guste o no. De alguna manera tenemos que aceptarlo.

Del mismo modo, desde el punto de vista filosófico, la presencia de “dignidad” en nuestro vocabulario moral no es el resultado del esfuerzo intencional de cualquier individuo para llevar la grandeza, la pomposidad y la oscuridad a la filosofía moral. La dignidad humana ya está allí, entregada a nosotros por nuestras tradiciones filosóficas, desde CICERÓN a KANT, o volviendo en la otra dirección desde JACQUES MARITAIN a PICO DELLA MIRANDOLA. La “dignidad humana” puede no tener una definición preestablecida, pero nos llega como una herencia de pensamiento moral, con una historia de nuestros intentos a través de los siglos de decir qué es especial, trascendental y digno de respeto en el animal humano como tal.

Los detalles del legado filosófico de la dignidad pueden marcar una importante diferencia práctica. Quiero ilustrar la importancia del legado kantiano al respecto, sobre la base de un caso sucedido en Alemania.

⁵ PINKER, *The stupidity of dignity*, “The New Republic”, mayo 28, 2008 y MACKLIN, *Dignity is a useless concept*, “British Medical Journal”, 327 (2003), 1419.

Un punto sorprendente de las atrocidades ocurridas el 11 de septiembre en Nueva York y en otros lugares del este de los Estados Unidos, fue la falta de claridad sobre si las fuerzas militares tenían la autoridad, en situaciones *in extremis*, para derribar aviones llenos de pasajeros, que habían sido tomados por terroristas y estaban siendo utilizados como misiles contra edificios, con el resultado probable de que cientos o miles de personas murieran, superando en un factor de 4 o 5 el número de personas a bordo del avión. En la búsqueda de desaparecidos que siguió al 11 de septiembre, algunos países trataron de establecer explícitamente esta posibilidad en sus leyes para que esta especie de incertidumbre paralizante que afligía a la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, retratada como un subtema en la película de 2006 de Paul Greengrass, *United 93*, no volviera a suceder. Uno de esos países fue Alemania. En 2005, el Bundestag promulgó una ley (la Ley de Seguridad de Aviación) que estipulaba, en el artículo 14.3, que “el uso directo de la fuerza armada contra una aeronave está permitido [en casos] donde... la aeronave está destinada a ser utilizada como un arma contra vidas humanas, y donde el uso directo de la fuerza armada sea el único medio para evitar este peligro inminente”.

Las asociaciones que representan pilotos, azafatas y pasajeros regulares de líneas aéreas presentaron una demanda para impugnar dicha norma en cuanto a su constitucionalidad, mediante un proceso que permite cuestionar su legitimidad *ex ante*. Su reclamo se basó, claro está, en el derecho a la vida de los inocentes que ya estaban en el avión cuando los terroristas tomaron el poder. Pero no era solo el derecho a la vida. Si hubiera sido solo el derecho a la vida, el Gobierno podría haber tenido éxito en su alegato de que la disposición tenía por objeto reivindicar el derecho a la vida de un número aún mayor de inocentes en el equivalente alemán del World Trade Center, que serían asesinados por el uso del avión como un misil.

Las bases de dicha impugnación y la decisión del tribunal constitucional alemán dependían de la insistencia en que el derecho a la vida debe verse a través de la disposición de la ley básica alemana que ya he mencionado: el artículo 1(1) establece que “la dignidad humana será inviolable. Respetarlo y protegerlo será deber de toda autoridad del Estado”. Fue el respeto a la dignidad humana lo que llevó a afirmar, como dicen los demandantes, que “el Estado no puede proteger a la mayoría de sus ciudadanos matando intencionalmente a una minoría, en este caso, la tripulación y los pasajeros de un avión”.

El tribunal acogió este argumento sobre la base de que esta norma sobre la dignidad marcaba una diferencia sobre tipo de cálculos que podría aplicarse en lo respecta al derecho a la vida. Concretamente manifestó: “Cualquier limitación del derecho fundamental a la vida debe considerarse a su vez a la luz de... la garantía de la dignidad humana en virtud del artículo 1.1 de la Ley Fundamental”.

Los alemanes toman muy en serio el artículo 1(1). Lo tratan como una concepción kantiana. El tribunal sostuvo que el artículo 14.3 de la Ley de Seguridad Aérea ya contemplaba utilizar las vidas inocentes a bordo del avión como un medio para proteger vidas inocentes del edificio objeto del ataque. “Relegar su vida en tanto se tornan un medio para salvar la vida de otros, supone tratarlos como objetos...”, manifestó: “la obligación de respetar y proteger la dignidad humana... impide que un ser humano sea un mero objeto del Estado”⁶. Pero en realidad, este no es un análisis correcto. Los pasajeros no serían utilizados como un medio o como simples objetos; simplemente serían asesinados como un efecto secundario de los medios que se estaban utilizando. En realidad, lo que el tribunal realmente estaba contravirtiendo era el uso de la aritmética del consecuencialismo. “Pesar vidas contra vidas... es inadmisibile. El Estado no puede matar a personas porque son menos en número que las que el Estado espera salvar al ser asesinados”. El elemento kantiano que se trata aquí es simplemente la comprensión de la “dignidad de la vida en términos de valor no fungible” –el que es invaluable–. Como lo expresó Kant en el *Fundamento de la metafísica de la moral*, “todo lo que tiene un valor puede ser reemplazado por otra cosa que sea equivalente; sin embargo, aquello que posee dignidad está por encima de todo valor, y por lo tanto no admite intercambio por equivalente”. Esa es la forma en que el lente de la dignidad humana refractaba sobre la posición del gobierno sobre el derecho a la vida.

§ 5. ¿UN CONCEPTO RELIGIOSO?

¿Debería preocuparnos que la idea de la dignidad humana sea un legado tanto religioso como filosófico? En *Evangelium vitæ*,

⁶ “Lo que está absolutamente prohibido entonces es cualquier tratamiento de un ser humano por parte de la autoridad pública que cuestione fundamentalmente su calidad de sujeto, su estatus como persona, debido ala falta de respeto del valor que se le debe a cada persona, en cuanto tal”.

una encíclica del papa Juan Pablo II, se nos dice: “la dignidad casi divina de todo ser humano”⁷.

El hombre, aunque se formó del polvo de la tierra... es una manifestación de Dios en el mundo, un signo de su presencia, un rastro de su gloria... Al hombre se le ha dado una dignidad sublime, basada en el vínculo íntimo que lo une a su Creador: en el hombre brilla un reflejo de Dios mismo... La dignidad de esta vida está ligada no solo a su comienzo, al hecho de que proviene de Dios, sino también a su fin, a su destino de compañerismo con Dios en conocimiento y amor por él⁸.

¡Emocionantes palabras! Pero, ¿qué vamos a hacer con esto en una sociedad donde algunos mantienen la fe religiosa y otros no? ¿Es la dignidad inevitablemente religiosa? ¿Hay una versión secular? ¿O la importancia del concepto representa un intento de cristalizar un significado trascendente en nuestra ley y moralidad pública?

Sospecho que la hostilidad de algunos sobre la dignidad se encuentra asociada a sus connotaciones religiosas. Los filósofos se muestran preocupados por la infiltración (o retorno) de ideas procedentes de la religión cargadas de consideraciones morales y políticas. En 2008, en los comentarios sobre el uso del concepto de dignidad por miembros del panel en bioética del presidente Bush, STEVEN PINKER exclamó incrédulo: “Cómo es que los Estados Unidos, el motor de la ciencia en el mundo, alcanzó un punto en el que forcejea con los desafíos éticos de la biomedicina del siglo veintiuno” –con asuntos como la conmidificación (hacer que algo se vuelva una *commodity*, un bien de consumo general) de embriones humanos, por ejemplo– “utilizando historias de la Biblia, doctrinas católicas y alegorías de rabinos”. Eso es lo que el uso de la dignidad supone a los ojos de algunas personas, y si no podemos despojarnos de ello, entonces ellos esperan que podamos elaborar una versión secular de la misma.

§ 6. **DIGNIDAD Y AUTONOMÍA**

STEVEN PINKER y RUTH MACKLIN, los dos críticos que ya he mencionado, se preguntan si el término “dignidad” puede ser reemplazado por el término “autonomía”, el que –a su criterio– posee un significado relativamente concreto en psicología y ética médica. De hecho, la

⁷ Encíclica *Evangelium vitae*, § 25.

⁸ Encíclica *Evangelium vitae*, § 34.

autonomía no es siempre tan concreta, especialmente en lo que respecta a sus usos morales y kantianos. Pero sí posee una conexión clara con la elección de opciones y el consentimiento informado. Y PINKER y MACKLIN se cuestionan si es plausible suponer que la dignidad puede emplearse con otro significado distinto a ese. En este punto, hay una pregunta que me gustaría hacer sobre el “valor distintivo de la dignidad”. ¿Es la dignidad solamente una cuestión de autonomía, o ella involucra elementos de distinto valor que pueden ir más allá de la autonomía?

Ciertamente, ha sido utilizada de formas que hacen dificultoso reconciliarla con una concepción libertaria de la autonomía. El 25 de octubre de 1991 en el pueblo francés Morsang-sur-Orge, en los suburbios de la zona sur de París, la policía municipal decidió clausurar un centro de entretenimiento en que se realizaba “dwarf-tossing” (“lanzamiento de enanos”). Este entretenimiento consiste en un espectáculo en el que un conjunto de jóvenes fornidos son observados por una multitud, mientras lanzan personas con enanismo lo más lejos que pueden por un espacio cerrado cubierto de superficies acolchonadas. El enano viste un casco y otros implementos de protección, así como pequeños arneses que permiten a quien lo lanza, sostenerlo para realizar el lanzamiento.

La policía clausuró el espectáculo con base en razones de orden público, expresando que el orden público en Francia supone no únicamente la prevención de la violencia, sino también la protección de la dignidad humana. Los organizadores del evento apelaron ante el Tribunal Administrativo de Versailles, quien revocó la orden impartida por la policía condenando a la municipalidad a pagar daños. Pero la municipalidad apeló la decisión ante la Corte Administrativa de Francia con mayor jerarquía, el Conseil d'État, y este mantuvo la decisión adoptada en primer lugar por la policía argumentando que “el respeto por la dignidad de la persona humana” es de hecho uno de los elementos que componen el orden público, y el “dwarf-tossing” por su propia naturaleza –“utilizando como un misil a una persona con discapacidad que es presentada como tal”– atenta contra la dignidad humana y, por lo tanto, la municipalidad se encuentra habilitada para utilizar el poder de la policía a fin de prohibir tal actividad.

Esta decisión prueba un punto sobre la dignidad humana y su rol en el derecho, que algunas personas encuentran perturbador pero muchas otras aceptan. La dignidad humana no es lo mismo que la autonomía; no se trata necesariamente de un concepto de emancipa-

ción. No parecía haber ninguna violación a la autonomía en el espectáculo de *dwarf-tossing*: cada uno de los que participaba lo hacía voluntariamente y el propio enano, Manuel Wackenheim, cobraba una buena suma por su participación. La intencionalidad realizada al amparo de la dignidad obtuvo la voluntad libremente prestada por personas adultas, impidiéndoles realizar lo que deseaban.

El verdadero reto yace en explicar la razón de ello. Se han vertido opiniones divergentes sobre la prohibición del *dwarf-tossing*. Pero, incluso aquellos que se oponen a tal prohibición sienten cierta incomodidad respecto a esta actividad, especialmente en relación con su naturaleza transgresora y en la degradación que parece implicar. Existe lo que se denomina respeto, no solo por las elecciones de las personas, sino por lo que estas son.

§ 7. *CONSIDERACIONES SOBRE LA DEGRADACIÓN*

Claro que esta charla sobre la degradación –este aspecto distintivo no-emancipatorio de la dignidad humana– puede parecer moralista, especialmente si se tiene en cuenta que aplica a casos de actividad sexual. En un caso conocido como “the German peep-show case”, el Tribunal Administrativo Federal de Alemania sostuvo que el hecho de que una mujer se exponga en un programa de televisión de esta naturaleza para el beneficio (si tal fuera el caso) de hombres anónimos que la miran sin ser vistos, constituye una violación de la dignidad humana. El tribunal manifestó que “esta violación de la dignidad humana no está excluida o justificada por el hecho de que la mujer que participa de un *peep-show*, lo haga voluntariamente”. De hecho, afirmó, la degradación se vería probablemente agravada por tal circunstancia.

El tribunal dejó en claro que si la dignidad es un derecho, entonces se trata de un derecho objetivo, no subjetivo. “La dignidad humana debe ser protegida incluso contra los deseos de la mujer en cuestión, cuyas propias ideas subjetivas se desvían del valor objetivo de la dignidad humana”. “La dignidad humana”, se dijo, “es un valor objetivo e indisponible, al que los individuos no pueden validamente renunciar”⁹.

Algunos dirán que esto no se encuentra en sintonía con la tendencia actual de la jurisprudencia de considerar a los derechos hu-

⁹ BVerwGE 84, 314 y BVerwGE 64, 274.

manos como derechos subjetivos. Pero, de hecho, los modernos derechos humanos –asociados en cuanto inalienables– son en sí mismos más objetivos que subjetivos en carácter. Ellos han sido objetivos en nuestro pensamiento desde los tiempos de LOCKE, quien apeló a su carácter inalienable para explicar por qué estos no podrían ser empleados como una defensa contractualista de la esclavitud y la tiranía. Nuestra libertad, sostuvo él, no es nuestra para entregar.

Claramente, algunos discreparán en casos particulares, como el caso “Peep-Show”, el caso “Dwarf-Tossing” y la decisión del año 2002 adoptada en Sudáfrica (“State vs. Jordan”) que caracterizó el trabajo sexual como una violación a la dignidad por parte del propio trabajador sexual.

Pero en nuestra experiencia, en otras áreas del derecho –por ejemplo, en el derecho relacionado con el maltrato de los detenidos– ha mostrado que nosotros definitivamente necesitamos el concepto de degradación con el cual condenar ciertos modos de detención e interrogatorio, y que la clave de dicho concepto no radica en la involuntariedad del trato, sino en el desprecio que la bestial degradación muestra por la dignidad de la naturaleza humana. Necesitamos aferrarnos a eso como valor distintivo, incluso si cuestionamos su aplicación en algunos de los casos sexuales.

§ 8. *CONDICIONES DIGNAS DE TRABAJO*

Un área donde necesitamos contar con el valor distintivo de la dignidad es aquella relativa al análisis de las condiciones de vida de las personas. Es un error, creo yo, asociar la dignidad exclusivamente con la libertad negativa, por ejemplo, exclusivamente con libertades como aquellas contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esto es lo que una ecuación de la dignidad con la autonomía tiende a realizar. No me malinterpreten: los derechos civiles y políticos son importantes y el valor de la dignidad humana puede explicar por qué. Pero también puede hacerlo respecto de los derechos económicos y sociales, y esta es un área inexplorada por la jurisprudencia sobre la dignidad.

El art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en que todo aquel que trabaje tiene el derecho a percibir una remuneración justa y adecuada que asegure a él y a su familia una existencia acorde con la dignidad humana. Permítanme repetir: “que asegure... una existencia acorde con la dignidad humana”. Vale la

pena reparar en la elección de los términos empleados aquí. El art. 23 no establece tan solo un requisito de cobijo y alimentación; transmite la idea de que los humanos, incluso de la clase más baja, tienen una nobleza inherente que debería reflejarse en el estilo de vida que pueden garantizarse a sí mismos. Su modo de vida debería ser tal que provoque el respeto debido a los seres humanos en cuanto tales y, una vez más, que contraste con una existencia animal degradada.

Lo mismo podría decirse sobre las condiciones del trabajo. Hay un trabajo duro, sucio y difícil de realizar en los niveles más bajos de la economía, por lo que se debe prestar especial atención a la dignidad de ese trabajo, asegurando que no solo las personas que lo hacen sean debidamente salvaguardadas y remuneradas, sino que también que estas puedan disfrutar de lo que la Constitución de Argentina llama “condiciones de trabajo dignas y equitativas”. Nuevamente, esto no es algo que la autonomía por sí misma va a resolver.

Hablar de la dignidad del trabajo ha sido un tema principal de la tradición de la dignidad por mucho tiempo, un siglo o más. No se trata solo del valor del trabajo y la contribución que las ocupaciones no-profesionales hacen a la civilización humana, aunque eso es importante. La disposición argentina citada nos recuerda que la dignidad del trabajo refiere a las condiciones de trabajo y la disposición de la DUDH nos recuerda que demandas por una remuneración justa no tienen que ver únicamente con si estas merecen ser recibidas o no, sino también sobre el alto estatus humano de cada persona y familia.

En mi propio trabajo sobre la dignidad, me he esforzado por enfatizar esta idea de la nobleza universal: que la dignidad confiere a cada persona, incluso la de clase más baja, el estatus de un ser humano de alto rango, con derecho a ser respetado, lo que en el pasado estaba reservado únicamente a personas pertenecientes a clases de alto rango.

§ 9. **DIGNIDAD Y RESPETO**

Esto nos lleva a la cuestión del respeto y su relación con la dignidad. Reemplazar la dignidad con la autonomía es una posibilidad y, como he indicado, tengo mis dudas al respecto. Otra forma de aproximarse a la idea de dignidad humana es preguntarnos si agrega algo distintivo a nuestra noción de *respeto por las personas*.

De hecho, creo que la respuesta a esta pregunta puede ser: “No”. Quizá no haya mucho espacio conceptual entre la dignidad humana y

el respeto por las personas. Pero si es así, esto se debe a que el respeto por las personas es una forma de transmitir el valor distintivo de la dignidad, y hablar de dignidad es atender a un aspecto particular en la idea de respeto. La dignidad identifica el objeto de respeto en la persona, transmitiéndonos que nuestra ética de respeto no supone un compromiso arbitrario, sino que hay algo acerca de la persona humana como tal, el estatus que tiene, que explica la exigencia de respeto.

El respeto es una idea complicada y creo que la dignidad humana participa de muchas de esas complicaciones. IMMANUEL KANT elabora la idea de respeto como el asombro que sentimos frente a nuestras propias capacidades morales (ya sea que las ejercitemos adecuadamente o no –en un momento volveré sobre eso–). Pero estas son capacidades que también provocan atención, deferencia y acomodo en la personalidad de los demás. Respetamos a los humanos en cuanto capaces de elegir; por eso es que importa la autonomía moral. Los respetamos como seres capaces de opinión y juicio, lo que se refleja en las estructuras políticas democráticas. Y los respetamos en cuestiones elementales como la deferencia y la etiqueta. El valor de la autonomía está afectado aquí, pero es solo una parte del enfoque distintivo sobre el valor que el respeto y la dignidad conllevan.

§ 10. **RESPETO POR TODOS LOS DEMÁS: IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN**

Otro valor importante implicado en el análisis de la dignidad es el valor de la igualdad. La dignidad humana se vincula a los seres humanos en cuanto tales, y es por lo tanto igualitaria. Es motivo de respeto identificado en una antropología moral en el ser de todos los humanos sin discriminación. Pero no es solo igualdad en un sentido aritmético. La dignidad humana es una altamente igualitaria: nos nivela, tratando a cada uno de nosotros, para ciertos propósitos, como el más elevado dignatario y el de más alto rango. Como sugiere el último término, la palabra dignidad no siempre se utilizó de manera igualitaria. Solía asociarse con un estatus alto y diferencial en una jerarquía de rango, mérito y nacimiento, de manera que se hablase de dignidad en alusión a un presidente, o la dignidad de un juez, o –que Dios nos ayude– la dignidad de un profesor. Se sigue empleando el término con este significado aunque con distinto propósito. La dignidad humana –la igual dignidad de los seres huma-

nos— cambia el escenario de esa concepción jerarquizada, al tratarnos a todos como si fuéramos nobles y al denunciar cualquier sugerencia de que algunos humanos son de mayor importancia o poseen mayor valor moral que otros.

Naturalmente, entonces, la dignidad humana cumple un rol importante en relación con la legislación sobre discriminación, fundamentalmente en Sudáfrica, dónde, como ha dicho el juez Moseneke, el logro de la igualdad preocupa a nuestro pensamiento constitucional... [y donde] el objetivo a largo plazo... es una sociedad no racista y no sexista en la que cada persona sea reconocida y tratada como un ser humano de igual valor y dignidad.

Sin embargo, consideremos este ejemplo. Frederick Jacobus van Heerden era un legislador blanco del Parlamento sudafricano, cuya carrera política se desarrolló desde la era del apartheid hasta la nueva Sudáfrica. Cuestionó ante el Tribunal Constitucional los arreglos de pensiones para el nuevo Parlamento. La transición del apartheid había garantizado los derechos a percibir pensiones de los funcionarios políticos existentes; pero, también se dispuso aumentar las contribuciones durante cinco años a los nuevos miembros del Parlamento, que no habían sido elegidos para servir en el Parlamento durante el apartheid y, por lo tanto, no habían podido acumular los derechos de pensión de la misma manera. Van Heerden afirmó que los beneficios adicionales para los legisladores negros resultaban discriminatorios respecto de los MPs, basándose en motivos raciales, favoreciendo así a los africanos por sobre los legisladores blancos existentes.

Ahora, el derecho constitucional antidiscriminación en la Sudáfrica pos-apartheid es complicado. En primer lugar, lo que está prohibido según el art. 9 de la Constitución de Sudáfrica no es la discriminación *per se* sino la discriminación injusta. En segundo lugar, hay una disposición explícita en el art. 9(2) para medidas paliativas, lo que podríamos llamar acción afirmativa. “Para promover el logro de la igualdad, se pueden tomar medidas legislativas y de otro tipo destinadas a proteger o ayudar a las personas o categorías de personas desfavorecidas por la discriminación injusta”. Y en tercer lugar, el art. 9, como muchos de los derechos en la Constitución, está limitado por lo dispuesto en el art. 36(1) de la Constitución: “Los derechos contenidos en la Declaración de Derechos pueden limitarse por ley si la limitación es razonable y justificable en el marco de una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad”.

El ministro de Finanzas argumentó que bajo uno u otro de estos encabezados, la diferenciación de contribuciones-pensiones podría mantenerse como legítima. Quienes se beneficiaron del nuevo plan fueron los que se vieron perjudicados por el apartheid; por lo que tal vez ello podría justificarse al amparo de lo establecido por el art. 9 (2). O más allá del art. 9(2), tal vez podría demostrarse que la disposición no era injusta para aquellos como el Sr. Van Heerden, que no se beneficiaron de sus disposiciones, o que era “razonable y justificable en [una]... sociedad basada sobre la dignidad humana”. La discriminación es injusta, dijo el juez Ngcobo, solo cuando se basa en el supuesto de que [un] grupo desfavorecido no es digno [e] ... inferior a otros grupos. ... La igualdad consagrada en nuestra Constitución no tolera distinciones que traten a otras personas como “ciudadanos de segunda clase, que los degradan, que los tratan como menos capaces sin una buena razón”.

Pero, afirmó, las medidas en el caso de la pensión no tuvieron un impacto negativo en la dignidad de los demandantes y no debieron haber afectado su sentido de autoestima. El plan no tuvo un impacto en su dignidad porque no tuvo un impacto negativo en el sentido de autoestima de los demandantes. Ngcobo dijo que era “una especie de discriminación que cualquier ciudadano puede enfrentar cuando existe la necesidad de tener en cuenta las diferentes circunstancias financieras en que se encuentran las personas”. O en palabras del juez Albie Sachs: Los viejos parlamentarios no perdieron nada. Ni su bolsillo ni su dignidad fueron atacados. No estaban siendo castigados por haber sido parte de la antigua configuración del apartheid. Simplemente se los excluía de algunos beneficios especiales que se otorgaban por razones objetivamente justificables a los nuevos parlamentarios.

Un impacto negativo en la dignidad es, por lo tanto, parte de lo que se requiere, para mostrar una discriminación injusta en la jurisprudencia constitucional sudafricana.

Por supuesto, uno debe ser cuidadoso con esto. Debemos recordar lo que manifestó la mayoría en la Corte Suprema de los Estados Unidos en “Pless vs. Ferguson”, al abordar una queja de afroamericanos sobre un estatuto que separaba o dividía los vagones de ferrocarril: “Consideramos que la falacia subyacente del argumento del demandante consiste en la suposición de que la separación forzada de las dos razas marca a la raza de color con una insignia de inferioridad. Si esto es así, no es por algo que se encuentra en el acto mis-

mo de separar, sino únicamente porque la raza de color elige poner esa construcción sobre él”.

Y debemos ser conscientes de la respuesta del juez Harlan en desacuerdo: “Nos jactamos de la libertad disfrutada por nuestra gente sobre todos los demás pueblos. Pero es difícil conciliar esa ostentación con un estado de derecho que, prácticamente, pone la marca de servidumbre y degradación en una gran parte de nuestros conciudadanos, nuestros iguales ante la ley”¹⁰.

La dignidad no siempre se preserva en la práctica del respeto separado pero igual. Probablemente sea inevitable que la discriminación injusta se esfuerce por obtener el beneficio de este criterio de “compatibilidad con igual dignidad”. Sin embargo, esa es una razón, no para abandonar el test, sino para administrarlo con más cuidado.

§ 11. **INALIENABILIDAD**

Nuestra insistencia en el valor distintivo de la igual dignidad tiene su prueba más dura cuando se enfrenta a aquellos que tienden a demonizar o bestializar a los delincuentes. He escuchado a personas quejarse: “¿De verdad estás diciendo que un terrorista o un nazi tiene la misma dignidad humana que el resto de nosotros?”. La respuesta es: “sí”, aunque la dignidad no es todo lo que hay para la evaluación moral o legal del caso, y no determinará la decisión que deba tomarse.

Consideremos otro caso difícil y preocupante, esta vez de Israel. En diciembre de 2005, el Tribunal Supremo de Israel, en su calidad de Alto Tribunal de Justicia, analizó la política del gobierno israelí de asesinatos selectivos. Por “asesinato selectivo” me refiero a los ataques preventivos destinados a matar a miembros de organizaciones terroristas, incluso cuando estos no participan activamente en actividades terroristas.

¹⁰ El juez Harlan no puede imaginar una mejor declaración sobre la igual dignidad que esta: “En la visión de la Constitución, a los ojos de la ley, no hay en este país una clase superior, dominante de ciudadanos. No hay casta aquí. Nuestra Constitución es daltónica y no conoce ni tolera las clases entre los ciudadanos... El más humilde es el par de los más poderosos. La ley considera al hombre como hombre, y no toma en cuenta su entorno o su color cuando se trata de sus derechos civiles garantizados por la ley suprema del Estado”.

En una larga y muy reflexiva opinión, el presidente emérito del Tribunal Supremo israelí, Aaron Barak, rechazó la idea planteada por los demandantes respecto a que el asesinato selectivo siempre fue incorrecto. Este dijo que no se podía descartar el derecho de los militares de Israel a usar la fuerza contra las personas que habían participado y que tenían la intención de continuar cometiendo actos de terrorismo. No hay mas opción, dijo el juez Barak, que abordar estas situaciones caso por caso. Pensaba que, en determinadas circunstancias, el asesinato selectivo podría ser permisible si no fueran posibles otras formas de interdicción y aprehensión, si el número de bajas civiles era limitado, y si realmente estábamos tratando con alguien que salía del territorio civil para llevar a cabo operaciones terroristas y luego volvía a refugiarse en este. Su posición fue matizada en relación con lo planteado por los demandantes.

Sinceramente, no me preocupan los detalles de la decisión de la Corte, sino dos premisas que el presidente Barak dijo que eran importantes. La primera premisa era que la actividad terrorista representa una amenaza desesperada para el pueblo israelí y la sociedad israelí. (Esto fue en 2005, antes de la reciente calma en los bombardeos. Israel en ese período pagó un precio terrible en las vidas inocentes de su propio pueblo como resultado de los miles de ataques terroristas dirigidos contra él). Esa fue la primera premisa.

La segunda premisa, que voy a citar textualmente (bueno, en la traducción del hebreo moderno) establece: “Huelga decir que los combatientes ilegales no están más allá de la ley [...] Dios también los creó a su imagen. Su dignidad humana también debe ser honrada; ellos también disfrutaban y tienen derecho a protección [...] por el derecho internacional consuetudinario.

“No hace falta decirlo”, pero tal vez sea necesario decirlo de todos modos y decirlo en estos sorprendentes términos: “Dios los creó también a su imagen”, para hacernos recordar que, aunque estamos tratando con una persona malvada que matará y mutilará decenas de personas inocentes si tiene la oportunidad, aun así, estamos hablando de un portador de la dignidad dada por Dios. No es un crédito para la raza humana, por supuesto, pero igualmente es un miembro de ella, con el valor y el estatus que esto implica. Incluso si estamos hablando de alguien que justamente es responsable por sus acciones e intenciones de violencia mortífera, no estamos hablando de una bestia humana, que, como dijo JOHN LOCKE, “puede ser destruida como un León o como Tigre, una de esas bestias salvajes con las que

los hombres no pueden estar en sociedad ni tener seguridad, un buen animal que se volvió malo, un extraño para nuestra especie, algo que puede ser manipulado, maltratado o explotado como una mera herramienta para nuestros propios fines” (el propósito de salvar las vidas de los miembros de nuestra comunidad). El terrorista puede ser un hombre malvado y peligroso, pero también es creado a imagen de Dios, y el estatus asociado con esa calificación impone restricciones sobre cuán levemente podemos tratar la cuestión de lo que debe hacerse respecto de él.

El principio de la dignidad humana limita lo que podemos hacer a los presuntos terroristas. Limita los castigos que podemos imponer; pone límites sobre cómo los interrogamos; limita los tiempos y plazos con que podemos decidir sobre ellos; y por lo tanto, limita la forma en que podemos tomar decisiones casuales en casos de asesinatos selectivos. El juez Barak planteó esto bajo la proposición de que Dios creó a los terroristas también a su imagen, con el fin de detenernos, no para resolver el asunto, sino para insistir en que la mayor consideración debe tomarse a la luz de este juicio, porque estamos hablando de seres dotados de dignidad humana. Igualmente sostuvo que el asesinato selectivo podría estar justificado en ciertos casos. Pero siempre que se tenga presente el valor distintivo de esta consideración: el terrorista más cruel es uno de nosotros; él tiene la dignidad de la humanidad; y es por eso que debemos tener cuidado con la forma en que pensamos sobre él.

§ 12. *UNIFICANDO TEMAS*

Es hora de terminar esta conferencia. He tratado de ilustrar varias proposiciones filosóficas sobre el valor distintivo de la dignidad humana por referencia al contenido vivo y las implicaciones en casos reales de todo el mundo. Los casos muestran dignidad en acción, desafiando la complacencia asociada con valores más familiares. Ilustran las innumerables formas en que las personas han recurrido a la herencia asociada con este término para expresar su respeto por la humanidad.

Considero que surge en forma evidente de estos casos que la “dignidad” no es solo un término ornamental. Agrega un valor distintivo y a veces controvertido a los argumentos legales en los que se basa. Algunos podrán considerar sus implicaciones como extravagantes, en el caso de la seguridad aérea alemana, por ejemplo, o como

moralmente objetable, como en el caso del *peep show*. Ciertamente, deberíamos preguntarnos cómo, en ausencia de una definición, sería posible tratar de mostrar a un tribunal que un uso particular de la “dignidad humana” ha ido demasiado lejos. Si tengo una crítica para hacer a la jurisprudencia moderna sobre la dignidad es que no le ha dedicado suficiente énfasis a este aspecto. En ausencia de una definición restrictiva, debemos familiarizarnos más con los argumentos que limitan la aplicación de la dignidad, así como con los argumentos que la amplían.

He aquí un último caso para discutir. Se trata de un criminal de guerra alemán condenado. En 1986, un hombre que, como integrante de las SS, había participado en una gran cantidad de asesinatos de personas en Auschwitz, incluidos niños y mujeres embarazadas, solicitó su liberación aun cuando su sentencia de condena había dispuesto una pena de prisión a perpetuidad, habiendo cumplido a ese momento más de 22 años de prisión. Afirmó que continuar privado de libertad por más tiempo constituiría una violación de la dignidad humana, en la medida en que implicaría sostener que el mismo se encontraba más allá de toda redención. Su alegato se basaba en la siguiente doctrina promovida por los tribunales alemanes: “Es incompatible con la disposición de la Ley Fundamental sobre la dignidad humana que el Estado prive a una persona de su libertad sin brindarle al menos la oportunidad de recuperar algún día esa libertad”.

Existe una doctrina similar en la jurisprudencia de la Convención Europea de Derechos Humanos. No niega que las personas involucradas merezcan un castigo. Esta doctrina sostiene que las autoridades penitenciarias tienen el deber de luchar por la rehabilitación de los detenidos, incluso los condenados a cadena perpetua, y que la posibilidad de ser puestos en libertad después de la rehabilitación, es un requerimiento constitucional en cualquier comunidad que establezca la dignidad humana como elemento central. Las sentencias de cadena perpetua –vida sin libertad condicional– ya no son aceptables desde este punto de vista, dado el vínculo entre la dignidad humana y el respeto por la capacidad moral y la perspectiva de redención que eso genera. El principio es una inferencia bastante razonable de la idea de la dignidad humana. ¿Pero qué pasa con su aplicación en el caso de este criminal de guerra?

DONALD KOMMERS nos cuenta que “los oficiales de la [p]risión aprobaron la petición del prisionero para su liberación en 1982, cuando

tenía ochenta y ocho años, pero el Tribunal Regional Superior de Francfort no permitió la liberación debido a la gravedad del crimen cometido por este. El Tribunal Constitucional confirmó esta sentencia, argumentando que el Tribunal Superior había sopesado debidamente los factores pertinentes a una decisión de liberación y el respeto constitucional debido a la dignidad humana”. Al llegar a esta conclusión, el Tribunal estuvo de acuerdo, en principio, con que “el derecho a la dignidad humana no se le puede negar a ningún delincuente, a pesar de la gravedad y la barbarie del crimen cometido”. Debe haber alguna posibilidad de liberación anticipada, no solo ante un eventual caso de riesgo de muerte del preso debido a la vejez, sino también en caso de rehabilitación. Aun así, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos del criminal de guerra y el hecho de que no mostró remordimiento por ellos, a pesar de haber vivido en libertad desde 1945 hasta 1962, el Segundo Senado del Tribunal Constitucional alemán estaba dispuesto a aceptar la continuación del encarcelamiento por al menos unos pocos años más. Tal vez después de eso, se podría aplicar un mayor peso a su edad, su dignidad y su actual ausencia de peligrosidad.

No es una afrenta a la dignidad humana que los principios que genera a veces se vean limitados de esta manera. La jurisprudencia de la dignidad humana es en gran medida un “trabajo continuo” y, a medida que procedemos con ella, necesitaremos ver su valor distintivo operando más claramente en una interacción genuina con otros valores. En cualquier caso, espero haber podido proporcionar algunas buenas ilustraciones de la forma en que avanza este trabajo continuo y de algunos problemas que plantea.

LAUDATIO ACADÉMICA A JEREMY WALDRON

MARIANO GARRETA LECLERCQ*

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Dr. ALBERTO BUERES, profesor JEREMY WALDRON, amigas y amigos:

Con este doctorado honorífico la Universidad de Buenos Aires homenajea al profesor JEREMY WALDRON por sus inestimables contribuciones al mundo de las ideas en un amplio rango de temas y problemáticas dentro de la filosofía práctica.

JEREMY WALDRON es actualmente profesor de Filosofía Política y Filosofía del Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York. Fue recientemente profesor de Teoría Política y Social en la Universidad de Oxford. Con anterioridad a ello, dictó clases en la Universidad de Edinburgo, la Universidad de California, la Universidad de Princeton, la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia. Entre otras distinciones fue elegido miembro de la Sociedad Americana de Filosofía en 2015, miembro de la Academia Británica en 2011 y miembro de la Academia Americana de Artes y Ciencias en 1998. Ha recibido doctorados honoríficos de las universidades de Edinburgo (Escocia), Otago (Nueva Zelanda) y la Universidad Católica de Bruselas (Bélgica).

Su vasta producción en el campo de la filosofía del derecho y la filosofía y teoría políticas incluye un gran número de libros, artículos académicos y capítulos de libro y otras publicaciones sobre temáticas entre las que se cuentan la democracia, los derechos liberales, el constitucionalismo, la teoría de la propiedad, la tortura, la tolerancia, y la filosofía del derecho internacional. Basta para comprobar-

* Profesor titular de Filosofía del Profesorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor asociado de Ética de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA. Investigador del Conicet.

lo pasar revista a los títulos de los libros publicados por el profesor WALDRON:

Iguales los unos a los otros: la base de la igualdad humana (2017).

Teoría política genuinamente política: ensayos sobre instituciones (2016).

Leyes parciales comunes a toda la humanidad: el derecho extranjero en los tribunales estadounidenses (2012).

Dignidad, rango y derechos (2012).

El estado de derecho y la medida de la propiedad (2012).

Tortura, terror y soluciones de compromiso: filosofía para la Casa Blanca (2010).

La tolerancia y sus límites (editado con MELISA WILLIAMS, 2008).

Dios, Locke y la igualdad: los fundamentos cristianos del pensamiento político de Locke (2002).

Derecho y desacuerdo (1999).

La dignidad de la legislación (1999).

Derechos liberales: artículos reunidos 1981-1991 (1993).

La ley (1990).

El derecho a la propiedad privada (1988).

Sinsentidos sobre zancos: Bentham, Burke y Marx sobre los Derechos del Hombre (1987).

El profesor WALDRON ha hecho un número importante de aportes significativos a los debates de la filosofía política y jurídica contemporánea, pero creo que podemos concentrarnos hoy –dado que intentar abarcar en el tiempo del que disponemos todos los aspectos de su producción sería imposible– en el conjunto de ideas que probablemente han tenido mayor influencia hasta el momento. Me refiero a la novedosa y radical concepción del la legitimidad y la autoridad política que el profesor WALDRON desarrolla en *Derecho y desacuerdo* (DD), *La dignidad de la legislación* (DL) y otros textos posteriores. Un corolario directo de esa concepción es su conocida y muy discutida crítica de las cartas de derechos y de la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes.

La primera aproximación que tuve a estas ideas fue un texto especialmente relevante para los miembros de nuestra comunidad académica, en el que WALDRON desarrolla una crítica de la teoría de la democracia deliberativa de CARLOS NINO, quien fuera, como sabemos,

profesor de Filosofía del Derecho en esta casa de estudios. Se trata del artículo *Deliberación, desacuerdo y votación*¹, publicado el mismo año que *Derecho y desacuerdo* y *La dignidad de la legislación* y que desarrolla en relación con la obra de NINO, algunas de las críticas a las concepciones deliberativas de la democracia que aparecen en la primera obra citada.

Si queremos reconstruir la estructura fundamental de las ideas desarrolladas por el profesor WALDRON en los libros mencionados, hay que partir de la concepción liberal de la legitimidad política que juega a mi juicio un papel clave en su propuesta. WALDRON afirma que nuestra concepción de la argumentación en filosofía política en tanto se orienta a intervenir en los asuntos públicos debe guiarse [...] por la idea de que las instituciones sociales, políticas y jurídicas deben ser, en principio, explicables y justificables frente a todos aquellos que tienen que vivir con ellas. Hemos rechazado todo lo esotérico en teoría política [...] Los modelos teóricos de consentimiento y contrato social, y los límites correspondientes de publicidad y transparencia, nos obligan a generar argumentos que intenten ser inteligibles para todo aquel cuyos intereses están en juego y que –en espíritu, sino en la letra– estén en consonancia con los argumentos que ellos encontrarían persuasivos en sus conversaciones con otras personas [...] La filosofía política contemporánea revela un compromiso con la idea de que los argumentos teóricos apuntan no solamente a justificar las leyes o las propuestas políticas, sino también a justificarlas *frente* a los hombres y mujeres comunes a los que van a afectar (DD, p. 229).

La tesis liberal de la legitimidad política es también una tesis sobre la autoridad, es decir, sobre el uso legítimo de la autoridad política. La autoridad política legítima no existe a menos que pueda ser en principio justificada frente a todas las personas sobre las que pretende tener fuerza vinculante, en términos que resulten inteligibles y aceptables para ellas. La justificación política no tiene un estatus meramente epistémico ni teórico, no es meramente argumentación bien construida y válida, coronada por conclusiones supuestamente verdaderas. Es justificación *frente* los afectados, inteligible para ellos y, al menos en principio, persuasiva para ellos (o que sea razonable considerar como persuasiva para ellos).

¹ Cfr. WALDRON, “Deliberation, disagreement, and voting”, en KOH - SLYE (eds.), *Deliberative democracy and human rights*.

Una lectura superficial de las consideraciones precedentes podría concluir que esta concepción de la legitimidad y la autoridad política no nos llevan muy lejos de la tradición dominante en la filosofía política occidental. Podría sostenerse que cualquier concepción de la justicia o de los derechos fundamentales podría satisfacer dicha concepción. Debo hacer aquí una digresión o una suerte de introducción apoyada en las influyentes ideas de JOHN RAWLS, para introducir y poner en cierto contexto la novedosa y radical posición del profesor WALDRON.

Para RAWLS la tradición dominante en la filosofía política occidental reuniría en sus filas a PLATÓN, ARISTÓTELES, la tradición cristiana representada por AGUSTÍN y TOMÁS DE AQUINO, el utilitarismo clásico y las concepciones liberales “éticas” defendidas más recientemente por autores como JOSEPH RAZ y RONALD DWORKIN². Según RAWLS, uno de los rasgos comunes de todas estas doctrinas consiste en la idea de que “las instituciones admiten justificación solo en la medida en que promueven la concepción del bien verdadera. En realidad –continúa RAWLS– desde el pensamiento griego, la tradición dominante parece haber sido la que afirma que no hay más que una concepción razonable y racional del bien”. Desde la perspectiva de la tradición dominante “el objetivo de la filosofía política consiste entonces en determinar la naturaleza y el contenido del bien”³.

Pero, ¿por qué deberíamos concluir que las teorías filosóficas pertenecientes a la tradición dominante, muchas de las cuales son modernas o contemporáneas y algunas de ellas, claramente liberales, resultan incapaces de cumplir con los requisitos que impone la concepción liberal de la legitimidad? ¿Acaso no apelan a argumentos inteligibles y potencialmente aceptables para todos los afectados?

RAWLS pensaba que la tradición dominante era incapaz de satisfacer la concepción liberal de la legitimidad (concepción que define en términos similares a WALDRON). Como afirmaba RAWLS, en oposición a la tradición dominante, una teoría adecuada de la justicia, lo que él denominaba, una “concepción política de la justicia”: [...] parte del supuesto de que hay varias doctrinas comprensivas razonables [religiosas, filosóficas y morales] en conflicto, cada una con su concepción del bien y todas ellas compatibles con la plena racionalidad de las personas humanas [de modo que] la cuestión que la tradición do-

² Cfr. RAWLS, *Political liberalism*, p. 134 y 135.

³ Cfr. Rawls, *Political liberalism*, p. 135.

minante ha tratado de responder carece de respuesta: ninguna doctrina comprensiva resulta adecuada como concepción política de la justicia para un régimen constitucional⁴.

La explicación de las razones por las que se debe asumir esta de posición deriva de tomar en serio, como un fenómeno básico de la cultura de las democracias contemporáneas, el hecho del pluralismo razonable. RAWLS explica este fenómeno por medio de la apelación a las cargas de juicio. Las cargas del juicio, es decir, las fuentes del desacuerdo razonable, hacen referencia a “las muchas dificultades (*hazards*) implicadas en el ejercicio adecuado (y consciente) de nuestras facultades de razón y juicio en el curso ordinario de la vida política”⁵. Se trata de factores como la dificultad para evaluar evidencias –empíricas y científicas–, en virtud de su carácter conflictivo y complejo; la dificultad para acordar el peso que se le debe otorgar a consideraciones normativas que las distintas partes reconocen como relevantes; la vaguedad de los conceptos morales y políticos; la influencia que tiene la muy diversa experiencia vital global de los agentes sobre el modo en que estos dan forma a los valores morales y políticos; la existencia de genuinos dilemas morales, etcétera.

Tomar conciencia de las implicaciones de estas dificultades que afectan a nuestros juicios tanto valorativos como teóricos, conduce a reconocer uno de los hechos básicos de nuestra experiencia política: la idea de que “muchos de nuestros juicios más importantes son realizados en condiciones en las que no es de esperar que personas conscientes, en pleno uso de sus facultades de razón, ni siquiera tras una discusión libre, arriben unánimemente a la misma conclusión”⁶.

Para RAWLS el resultado del hecho del desacuerdo razonable es que ninguna doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral puede servir a la justificación pública de una concepción de la justicia que resulte aceptable para todos los afectados. Ninguna de estas doctrinas es adecuada para satisfacer el requisito de justificación basada en razones inteligibles y aceptables para todos los afectados que demanda la concepción liberal de la legitimidad política.

RAWLS pensaba, sin embargo, que esta situación de desacuerdo razonable insuperable no afectaba a las concepciones políticas de la

⁴ Cfr. RAWLS, *Political liberalism*, p. 135.

⁵ Cfr. RAWLS, *Political liberalism*, p. 56.

⁶ Cfr. RAWLS, *Political liberalism*, p. 58.

justicia, es decir, a concepciones más acotadas que podían ser derivadas las tradiciones específicamente políticas de las democracias constitucionales contemporáneas. La hipótesis de RAWLS, es que en una sociedad democrática que se ha desarrollado en forma satisfactoria a lo largo del tiempo existe una cultura de lo político significativamente diferenciada de la “cultura de trasfondo” (*background culture*) de la sociedad civil. Esta cultura política contendría, al menos en forma implícita, las “ideas intuitivas fundamentales” que constituyen el material a partir del cual se construye la concepción política de la justicia⁷.

Aunque WALDRON se acerca mucho a RAWLS en su caracterización del fenómeno del desacuerdo razonable (al que también asigna un papel central en su propuesta), discrepa en este último punto. WALDRON considera, contra RAWLS, poco realista suponer que las cargas del juicio y el hecho del desacuerdo razonable no afectan por igual tanto a las doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales y como a las concepciones relativas a la justicia, la equidad y los derechos más fundamentales. La controversia razonable es ineliminable también en este terreno. Según WALDRON las concepciones políticas de la justicia no tienen ninguna ventaja respecto de las doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas o morales frente al hecho del pluralismo. La idea de WALDRON es que ninguna respuesta substantiva, sea comprensiva o política, es capaz de satisfacer las demandas de justificación recíproca del principio liberal de la legitimidad. La respuesta de WALDRON a esta encrucijada no es, sin embargo, el anarquismo, es decir la tesis de que no existe autoridad política legítima, sino una respuesta procedimental, que podríamos denominar, siguiendo a DAVID ESTLUND, procedimentalismo equitativo (*Fair proceduralism*)⁸. La idea de WALDRON es que las decisiones políticas pueden ser reconocidas como dotadas de autoridad cuando han sido el resultado de un procedimiento deliberativo mayoritario que resulta equitativo para todos los ciudadanos y sus puntos de vista. Los procedimientos democráticos regidos por la regla de la mayoría no pueden estar subordinados a ninguna concepción substantiva particular de la justicia, de los derechos o incluso de la democracia, porque cualquiera de estos puntos de vista estará abierto a objeciones razonables que tendrían poder de veto sobre ellos.

⁷ Cfr. RAWLS, *Political liberalism*, p. 38, n° 41.

⁸ ESTLUND, *Jeremy Waldron on law and disagreement*, “Philosophical Studies 99”, p. 111 a 128, may. 2000,

El argumento de WALDRON en favor de esta conclusión radical podría resumirse en los siguientes términos. Sigo en este punto la reconstrucción de la argumentación de WALDRON ofrecida por THOMAS CHRISTIANO⁹.

Dadas las “circunstancias de la política” los ciudadanos reconocen que existen siempre desacuerdos insalvables acerca de la justicia y, a la vez, todos perciben la necesidad de establecer un curso de acción común. En dichas circunstancias, como afirma WALDRON, es importante que las comunidades tomen sus decisiones en determinados foros, utilizando procedimientos que se muestren respetuosos con sus desacuerdos y que permitan que las voces en contienda sean escuchadas en un debate a partir del cual debería surgir la solución a un problema común.

De modo que:

a) En las “circunstancias de la política” existe la necesidad de promulgar una legislación común que coordine la actividad de los ciudadanos, pero hay un desacuerdo insuperable acerca cuál es la mejor solución al problema, es decir, la mejor legislación.

b) Cuando hay una necesidad de tomar decisiones colectivas y desacuerdo acerca de cuál debe ser la decisión, debe apelarse a un método de decisión en el que el resultado no dependa de los supuestos méritos sustantivos de las propuestas en juego.

c) La regla de la mayoría expresa respecto por los agentes involucrados en dos sentidos: toma en cuenta, como importantes y genuinos, los desacuerdos de cada individuo, y toma en cuenta a todos por igual (DD, p. 111).

d) Un método de decisión que respeta por igual a todas las personas producirá una legislación que es digna de respeto (DD, p. 109).

e) Por lo tanto, la legislación producida por la regla de la mayoría en las circunstancias de la política es merecedora de respeto y reconocimiento.

WALDRON extiende este argumento a la determinación del contenido de derechos liberales fundamentales como la libertad de expresión, el derecho a la privacidad, la libertad de asociación y la propiedad privada. Establece un paralelo y subraya las semejanzas entre

⁹ Cfr. CHRISTIANO, *Waldron and law and disagreement*, “Law and Philosophy 19”, p. 513 a 543, 2000.

los derechos liberales y el derecho de participación en los procedimientos de toma de decisión democrática.

1) La defensa moral del reconocimiento de los derechos liberales presupone el respeto por los juicios de los poseedores de dichos derechos, concernientes a su contenido y alcance y a los asuntos morales que surgen cuando los individuos los ejercen.

2) Existe un desacuerdo acerca de la determinación que los derechos legales liberales deben asumir y existe la necesidad de coordinar la acción sobre la base de un único conjunto de derechos legales liberales.

3) Se vuelve necesario entonces un método de decisión colectiva que fije el contenido o determine la consistencia de los derechos legales liberales que no dependa de los supuestos méritos de la decisión que finalmente sea tomada.

4) Si los juicios de las personas acerca de esta cuestión (fijar el contenido y alcance de sus derechos) son merecedores de respeto, entonces sería una ofensa a ellas que no tuvieran una participación igual en el proceso de toma de decisión que estipulará el contenido y alcance de sus derechos (DD. p. 114, 238 y 239).

5) Solo la regla de la mayoría otorga a todas las personas igual participación en el proceso colectivo de toma de decisión en las circunstancias de la política.

6) Por lo tanto, se insulta y ofende a los individuos si no se les permite participar a través de un procedimiento regido por la regla de la mayoría en la determinación de la consistencia de sus derechos legales liberales.

Estas consideraciones conceptuales fundamentales, que representan un paso más en el giro político de la filosofía política iniciado en trabajos como el de RAWLS, tienen diversas consecuencias institucionales derivadas. Una de las más conocidas es el rechazo por parte de WALDRON de la legitimidad de otorgar a una carta de derechos rango constitucional y asignar al Poder Judicial la potestad de derogar leyes surgidas de las legislaturas.

WALDRON ofrece varios argumentos para justificar esta tesis. Una de las ideas centrales es que la interpretación por parte de una corte de una carta de derechos requiere que los miembros de dicho cuerpo apliquen sus propios y controversiales estándares de justicia para tomar las decisiones. De este modo, estaría desconociéndose el igual respeto que debe darse a los puntos de vista de todos los

afectados. La base de justificación para considerar que una minoría de expertos debería decidir por todos depende de considerar que las legislaturas no son suficientemente confiables a la hora de determinar cuáles son los derechos de las personas. Sin embargo, las habilidades morales demandadas incluso a los ciudadanos ordinarios en la vida democrática son similares a las habilidades morales que necesitan para ejercer sus derechos liberales (DD, p. 223). La atribución de derechos liberales a las personas implica que se confía en sus habilidades morales para interpretar lo que implican o demandan. Si confiamos en las habilidades morales de las personas, debemos confiar también en dichas habilidades cuando los agentes participan del proceso democrático que conduce, por ejemplo, a establecer una interpretación de lo que los derechos liberales requieren frente a un conflicto político determinado. Por lo tanto, las razones que podríamos tener para justificar una carta de derechos y la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes por parte de un cuerpo de expertos (la incapacidad de los individuos ordinarios y sus representantes para interpretar las implicaciones de sus derechos en casos difíciles) son incompatibles con las bases de los derechos liberales (que son inseparables del reconocimiento a todos los individuos de las habilidades morales requeridas para comprenderlos y actuar de acuerdo con ellos).

WALDRON apela a diversos argumentos adicionales en su crítica de la institución de la revisión judicial. No puedo ser exhaustivo en esta cuestión, pero quisiera mencionar algunos de esos argumentos adicionales. En primer lugar, WALDRON llama la atención sobre el hecho de que los desacuerdos que encontramos en la opinión pública y en las legislaturas se reproducen en las cortes. Los jueces de la Corte Suprema suelen discrepar entre sí de modos no substancialmente diferentes a los del resto de los ciudadanos. El desacuerdo razonable en torno a cuestiones constitucionales fundamentales y la imposibilidad de resolverlo apelando a consideraciones sustantivas y al diálogo o a la deliberación reaparece en la Corte Suprema y el modo de superarlo es nuevamente la regla de la mayoría. Los jueces también resuelven sus desacuerdos votando. El hecho de que el recurso a la regla de la mayoría resulte aceptable dentro de los tribunales prueba que la legitimidad de ese procedimiento para decidir en contextos de incertidumbre es ampliamente reconocida. Ahora bien, si en la Corte, que no posee el grado de legitimidad democrática de las legislaturas, las decisiones dependen también de la regla de la mayoría, por qué no dejar entonces la interpretación de los derechos fundamenta-

les a las instituciones que ostentan el mayor grado de legitimidad y representatividad democráticas, es decir, a las legislaturas.

En relación con este último punto –y esto constituye otro argumento en la misma dirección– WALDRON cuestiona el supuesto de que la revisión judicial funcione siempre mejor, al evaluar sus resultados, que las legislaturas. Para respaldar esta idea puede hacerse referencia una serie de casos que forman parte de la historia de la Corte Suprema estadounidense, como “Dred Scott”, “Schenck” o “Korematsu”. Casos en que el resultado efectivo de la acción de la Corte parece a todas luces inaceptable. A ello se suma el hecho de que países en los que no hubo una tradición de revisión judicial, como Inglaterra o Nueva Zelanda, han sido sumamente exitosos (tanto como los Estados Unidos) a la hora de garantizar los derechos individuales a sus ciudadanos. En una cultura política que ha tenido un desarrollo apropiado, la inexistencia de instituciones contra-mayoritarias, no tiene por qué conducir a “la tiranía de la mayoría”. Parece también razonable (y creo que testeable, hasta cierto punto, desde una perspectiva empírica) que cuando la cultura política de una sociedad se aparta del respeto de los derechos liberales fundamentales, una corte y una carta de derechos son un límite muy débil para revertir esa tendencia.

WALDRON también cuestiona la idea de que el razonamiento judicial asociado a la interpretación de una carta de derechos sea apto para mejorar o enriquecer el proceso de deliberación democrática. La existencia de una carta de derechos puede tener, siguiendo con el ejemplo de los de Estados Unidos, un impacto problemático sobre las deliberaciones. Por ejemplo, en el contexto de la Corte Suprema de los Estados Unidos el caso del aborto no puede ser discutido sin incursionar en complejas discusiones sobre la “cláusula del debido proceso”. La estipulación de una carta de derechos quita libertad al debate. Este puede centrarse, en ocasiones, en el problema de establecer el verdadero significado de los términos incorporados en la Constitución, lo que aleja a los participantes, por supuesto, de los aspectos cruciales de la discusión. Las cartas de derechos suelen tomar, y no para bien, “vida propia”, como afirma WALDRON. En naciones liberales dónde no existe un procedimiento de revisión judicial, por el contrario, los ciudadanos y los parlamentos pueden discutir los problemas apelando a las razones políticas directamente involucradas, “libres del verbalismo obsesivo de una determinada carta de derechos escrita” (DL, p. 263).

Aunque el profesor WALDRON ha matizado y precisado su posición crítica respecto de la deseabilidad de la estipulación a nivel constitucional de una carta de derechos y del valor de la revisión judicial, quise presentar los rasgos principales de la posición desarrollada originalmente en *Derecho y desacuerdo*. Creo que es muy importante no perder de vista que esta posición, que ha tenido una gran influencia en el debate contemporáneo, se apoya en la original y radical interpretación de los requisitos de la legitimidad y la autoridad política defendida por el profesor WALDRON, que intenté reconstruir previamente y que caractericé como un paso más en el giro político de la filosofía política. Está de más decir que se trata de una de las problemáticas centrales y más básicas que enfrenta la disciplina. Consecuentemente, dada su originalidad, plausibilidad y la meticulosa argumentación con la que es defendida, la propuesta del profesor WALDRON debe ser reconocida como un aporte de un valor inestimable dentro del horizonte de la filosofía política contemporánea.

BIBLIOGRAFÍA

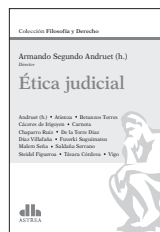
- CHRISTIANO, THOMAS, *Waldron and law and disagreement*, “Law and Philosophy 19”, p. 513 a 543, 2000.
- ESTLUND, DAVID, *Jeremy Waldron on law and disagreement*, “Philosophical studies 99”, p. 111 a 128, 2000.
- KOH, HONGJU H. - SLYE, R. C (eds.), *Deliberative democracy and human rights*, New Haven, Yale University Press, 1999.
- RAWLS, JOHN, *Political liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.
- WALDRON, JEREMY, “Deliberation, disagreement, and voting”, en KOH, HONGJU H. - SLYE, R. C. (eds.), *Deliberative democracy and human rights*, New Haven, Yale University Press, 1999.

RESEÑAS

LIBRO:

ANDRUET (H.), ARMANDO SEGUNDO (dir.),
Ética judicial
(Buenos Aires, Astrea, 2016)

FLORENCIA VAZZANO*



Esta reseña tiene como objetivo exponer las ideas principales desarrolladas en la obra colectiva *Ética judicial*, publicada por Editorial Astrea en mayo de 2018, cuyo director es ARMANDO SEGUNDO ANDRUET.

El profesor ANDRUET nació en Córdoba, es doctor en Derecho por la Universidad Católica de Córdoba, doctor *Honoris Causa* por la Universidad de San Pedro de la República de Perú, profesor en la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Católica de Córdoba, y docente de grado y de posgrado de otras universidades. La circunstancia de que la dirección esté a cargo de ARMANDO S. ANDRUET no es casual, pues se trata de uno de los autores que se ha dedicado a estudiar y reflexionar acerca de la ética judicial; la independencia judicial; los jueces y la política; la labor de los jueces y los medios de comunicación, contando con numerosas publicaciones sobre la temática: artículos de revistas tales como *Código de Ética Modelo para las Magistraturas Provinciales*, de 2000¹; *Magistratura y Códigos de Ética*, de

* Abogada por la Facultad de Derecho, UNICEN. Docente por concurso en la asignatura Teoría General del Derecho, Ética Aplicada y de la Abogacía y Filosofía del Derecho del Departamento de Filosofía de la Facultad de Derecho, UNICEN. Integrante del Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales (IEJUS) de esa Facultad. Doctoranda en Derecho, Facultad de Derecho, UNR.

¹ ANDRUET, ARMANDO S., *Código de Ética Modelo para las Magistraturas Provinciales*, “Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional”, n° 25, Buenos Aires, 2000, p. 331.

2000²; *Independencia judicial. Relación con la ética judicial y la capacitación de los jueces*, de 2006³; capítulos de libros tales como “La ética de la magistratura y el desafío de los códigos de ética”, de 2004⁴; “¿Por qué los códigos de ética judicial?” de 2006⁵; “La ética judicial de Córdoba y su código”, de 2007⁶; libros propios como *Códigos de ética judicial. Discusión, realización y perspectiva*, de 2008⁷; *Teórica y práctica de la ética judicial*, de 2017⁸, entre otras producciones científicas.

El trabajo que se reseña reúne el pensamiento de distintos autores que aportan sus nociones acerca de la ética en el ámbito del Poder Judicial desde una mirada teórica y práctica. La obra se compone de tres partes, divididas en capítulos: la Parte Primera dedicada a la “Especulación sobre ética y ética judicial”, la cual incluye tres capítulos sobre “La ética judicial y la confianza pública”, de autoría de ARMANDO S. ANDRUET; “Ética de jueces y fiscales”, de autoría de MANUEL ATIENZA; “Ética profesional: especificidad, importancia y actualidad”, de autoría de RODOLFO L. VIGO; la Parte Segunda, titulada “Ética judicial en la estructura institucional del Poder Judicial”, integrada por seis capítulos sobre “Ética Judicial de España”, de autoría de FRANCISCO J. DE LA TORRE DÍAZ y ANA B. CHAPARRO RUIZ; “Aspectos relevantes de la ética judicial de la República Dominicana”, de autoría de MARTHA CRISTINA DÍAZ VILLAFANA; “Aperfeicoamento do magistrado. Compromisso ético”, de autoría de MARLENE T. FEVERKI SUGUIMATSU; “La libertad ideológica de jueces y magistrados”, de autoría de JORGE F. MALEM SEÑA; “Recomendaciones de la Comisión Nacional de Ética Judicial

² ANDRUET, ARMANDO, S., *Magistratura y Códigos de Ética*, ED, 190-883 .

³ ANDRUET, ARMANDO, S., *Independencia judicial. Relación con la ética judicial y la capacitación de los jueces*, “Revista Zeus Córdoba”, n° 214, Córdoba, 2006, p. 498.

⁴ ANDRUET, ARMANDO, S., “La ética de la magistratura y el desafío de los códigos de ética”, en *Ética e independencia judicial*, Buenos Aires., La Ley-Argenjus-Fores, 2004.

⁵ ANDRUET, ARMANDO, S., “¿Por qué los códigos de ética judicial?”, en *Ética e independencia judicial*, Buenos Aires, La Ley-Argenjus-Fores, 2006.

⁶ ANDRUET, ARMANDO, S., “La ética judicial de Córdoba y su código”, en *Experiencias exitosas de los poderes judiciales provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

⁷ ANDRUET, ARMANDO, S., *Códigos de Ética Judicial. Discusión, realización y perspectiva*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

⁸ ANDRUET, ARMANDO, S., *Teórica y práctica de la ética judicial*, Buenos Aires, Advocatus, 2017.

mexicana”, de autoría de JAVIER SALDAÑA SERRANO; “La ética judicial y la ratificación de los magistrados en sus cargos”, de autoría de FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA. Finalmente, la Parte Tercera, denominada “Casos judiciales y reflexión ético-judicial”, compuesta de cuatro capítulos sobre “Simultaneidad de la función judicial y un ministerio religioso”, de autoría de EBER O. BETANZOS TORRES; “La honestidad intelectual de los jueces”, de autoría de MARÍA VIRGINIA CÁCERES DE IRIGOYEN; “La recusación por motivos políticos y la ética judicial”, de autoría de WALTER F. CARNOTA; “La ética judicial y la conducta privada del juez”, de autoría de SIGFRIDO STEIDEL FIGUEROA.

A los fines de la realización de la presente reseña se han seleccionado aquellos capítulos que reflejan las ideas transversales plasmadas en la obra colectiva: esto es, la ética judicial y sus relaciones con la confianza pública, con la libertad ideológica de los jueces, con la honestidad intelectual de magistrados y con su conducta privada; todo invita al lector a profundizar y completar la lectura de la totalidad de esta producción científica.

§ 1. ***LAS REFLEXIONES ACERCA DE LA ÉTICA JUDICIAL Y LA CONFIANZA PÚBLICA***

La temática de este apartado corresponde al Capítulo Primero, de autoría de ARMANDO ANDRUET, con el cual se inaugura la obra. Allí, el autor plantea como punto de partida que frecuentemente la ética judicial se reduce a la discusión teórica, a su fundamentación, al comparativismo posible, pero que no siempre es visualizada desde la praxis judicial. Que por tanto, se suele ignorar cómo es finalmente operada por los actores respectivos. La consideración práctica de la ética judicial apunta a reflexionar acerca de la confianza pública o privada que los otros tienen en las instituciones, empresas o personas, la cual se asienta sobre el grado de responsabilidad ética que en ellas se presenta y se ejecuta. No existe confianza sin percepción de responsabilidad ética y en ausencia de la confianza lo que existe es mera conveniencia; por lo tanto, es posible también que esté atravesada dicha dimensión por actividades viciadas o impropias. En la generación de esta confianza pública el Derecho posee un papel relevante, pues no se debe olvidar que el Derecho en su sentido normativo al menos, es de alguna forma el único reaseguro que los ciudadanos tienen para protegerse frente a situaciones donde la confianza ha sido burlada o defraudada, y que se cumple, aumentando el cerco de la protección normativa.

La Ética hace mejores las relaciones humanas en general sobre la base de una vida compartida en valores básicos, sin embargo, el autor reconoce que la realidad al menos en lo institucional-judicial no parece ser que funcione en dicha clave, sino en la antípoda, esto es, la negación ética o el olvido sistemático de ella, quedando solo como fortaleza algunas fugaces reflexiones desde la perspectiva de la ética pública y que, en muchas ocasiones no pasan de lo retórico.

Frente a la falta de una mirada práctica sobre la ética judicial, ANDRUET se dedica a pensar cuáles son los desafíos que deben asumir los poderes judiciales teniendo en cuenta las prácticas y demandas actuales. Así, expresa que en Argentina el Poder Judicial –provincial o federal– ha transitado en alguna medida una mutación, pues ha pasado de lo que el autor denomina el “autismo judicial” hacia el “republicanismo judicial”, reclamado este último desde los agregados sociales. Cada uno de estos momentos, a su vez, pudo o puede todavía degenerar en procesos que resultan en algunos de sus aspectos deformados y por ello, toman modos impuros; de esa forma, al primero le corresponderá la categoría de divinismo judicial y al restante de democratización judicial.

El momento de autismo judicial naturalmente es el que ha colonizado por mucho tiempo a los poderes judiciales; allí los jueces han constituido una figura ausente de la vida pública del Estado, con una manera de vivir privadamente poco conocida, predominando el axioma según el cual el juez habla solo por sus sentencias. ANDRUET plantea que los tiempos del autismo judicial han sido removidos por la dinámica de la vida moderna y las pulsiones que la sociedad y la vida democrática van exigiendo a la totalidad de quienes son actores institucionales de la República, dentro de ellos, los jueces. En particular, se observan profundas transformaciones en la manera de acceder a la judicatura, en la diversidad de espacios estamentales en su interior y la variada gama de problemas a ser resueltos. De allí que ha sido necesario la concreción de un nuevo modelo, el “republicanismo judicial”, para el cual se exige la puesta en marcha de modificaciones en la anatomía de la mayoría de los poderes judiciales, lo cual implica la gestión de un aumento de tecnología, servicios, capacitación, comunicabilidad y una oferta judicial mayor, todo ello ante el exponencial crecimiento de la judicialización de lo social.

A tales efectos, ANDRUET destaca cinco metas a cumplir para generar la pretendida confianza pública: a) abandonar el formalismo

exagerado, evitando el apego desmedido y extremo a todas las formas jurídico-procesales que hacen de ello un culto al juridicismo; b) esforzarse para hacer rupturas en las construcciones autoreferenciales dentro del Poder Judicial; c) promover la mayor movilidad social de los cuadros judiciales internos del Poder Judicial, dado que la mayor profesionalidad existente hará posible que sus integrantes puedan pensar en un proyecto profesional superior. Pues, ello supone poderes judiciales donde existan concursos que estimula una natural meritocracia; d) admitir que la matriz ideológica de los integrantes de un Poder Judicial mientras más heterogénea sea, resultará más similar a la matriz social general, y e) la reconstrucción de los imaginarios, exigencia de que los jueces asuman liderazgos en lo social, que fundamentalmente se nutren de prácticas éticas.

§ 2. **REFLEXIONES ACERCA DE LA LIBERTAD IDEOLÓGICA DE JUECES Y MAGISTRADOS**

El tema del presente apartado, de autoría de JORGE F. MALEM SEÑA, despierta el interrogante en torno la incidencia que puede tener la ideología de los jueces en sus decisiones. El autor se plantea cuál ha de ser la ideología de un juez que no constituya un impedimento para que cumpla con sus funciones de un modo técnicamente aceptable. Frente a ello, esgrime que esta pregunta no es fácil de contestar ni ha recibido una respuesta homogénea en todos los sistemas políticos, ni en todas las épocas. Que la cuestión se complica aún más si se toma en consideración el papel que ha de jugar el juez en una democracia pluralista con ciudadanos que participan de credos, religiones, costumbres o concepciones de la vida y de la sociedad disímiles. De allí resulta interesante el planteo del autor acerca de que los jueces constituyen un reflejo no muy distorsionado de la parcela social a la que pertenecen y de que como individuos, son hacedores de su propia personalidad.

En cuanto al concepto de “libertad ideológica” constitucionalmente establecida, tal como está conformada en España, se entiende compuesta por la conjunción de dos aspectos vinculados, aunque distinguibles analíticamente. El primero, con una mirada hacia el fuero interno de las personas, donde el individuo tiene una libertad absoluta para construir o adoptar sus propias creencias, valores, deseos o preferencias; el segundo, que apunta hacia la posibilidad de exteriorizar aquello a través de actitudes, acciones y omi-

siones⁹. Frente a esta conceptualización, la cuestión a determinar por el autor es si la libertad ideológica de la que gozan los ciudadanos es disfrutada con idéntico contenido por los jueces y magistrados, y si ello tiene algún impacto en la actividad de juzgar y de ejecutar lo juzgado.

En los Estados democráticos, el Derecho trata de evitar que las decisiones judiciales estén determinadas o influenciadas por la subjetividad de jueces y magistrados. Sin embargo, a nadie es ajeno que los jueces y magistrados vierten parte de su ideología en al menos algunos de los aspectos relacionados con la actividad de juzgar, ya sea en la interpretación de los textos legales que dan lugar al veredicto; en la formulación de las hipótesis; y en la valoración de la prueba que constituye luego los hechos probados; o en la aplicación del Derecho.

Los jueces resuelven las controversias sometidas a su conocimiento aplicando normas. Las normas son el significado de los textos dotados de autoridad. Estos textos poseen un núcleo significativo claro y zonas de penumbra, en este último caso, lo que denota la zona de penumbra es decidido muchas veces por consideraciones puramente ideológicas. Esto se ve potenciado aún más cuando se piensa en formulaciones normativas que hacen referencia, en última instancia, a cuestiones valorativas.

Por tanto, conforme las ideas de MALEM SEÑA, la influencia ideológica no solo ocurre en la interpretación del Derecho, sino también en la formulación de las hipótesis fácticas que sirven de base a las resoluciones judiciales, pues, las hipótesis que formula el juez se avienen a cierta concepción del mundo por él profesada, y por ese motivo, tiende a privilegiarla frente a otras posibles con las que no comulga ideológicamente. Así, las pruebas que contradicen su ideología tenderán, en principio, a ser menospreciadas o ignoradas.

§ 3. **REFLEXIONES SOBRE LA HONESTIDAD JUDICIAL DE LOS MAGISTRADOS**

La temática de este apartado, de autoría de MARÍA VIRGINIA CÁCERES DE IRIGOYEN, plantea la relevancia de la honestidad intelectual que de-

⁹ Estas actitudes, acciones y omisiones deben ser públicas. No se aplicarían a las estrictamente privadas realizadas en privado. Los criterios para establecer la distinción entre lo público, lo privado y lo íntimo es un tema muy discutido. No me detendré en este punto.

ben guardar los magistrados a la hora de emitir sus resoluciones judiciales. La autora se interroga si es objetable desde un punto de vista ético la conducta de los jueces que al fundamentar sus sentencias omiten la cita o referencia bibliográfica correspondiente; si existe una ética de la motivación; y si afecta a la investidura del magistrado cuando incurre en tales inconductas fuera del ámbito propiamente jurisdiccional. A los fines de responder a estas preguntas, la autora expresa qué se debe entender por “honestidad intelectual”, tomando lo prescripto por el art. 17 del Código Iberoamericano de Ética Judicial: “la imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica”. Ello exige que el magistrado sea sincero en cuanto a las verdaderas razones que lo condujeron a la solución propuesta, y asimismo –desde los aspectos formales– que los argumentos que exponga como resultado de la decisión sean propios, y que en el caso de que sean ideas de terceros sean citadas correctamente.

Por su parte, la pregunta sobre la existencia de una ética de la motivación se relaciona con la exigencia de fundar las resoluciones judiciales, de conformidad con lo establecido en el art. 18 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, el cual obliga al juez a explicitar los motivos o razones que lo condujeron a la solución del caso.

La motivación como actividad y como resultado constituye un excelente objeto de observación del modo en que los jueces desarrollan sus deberes procesionales y en particular, en palabras de ALESSANDRO GUILIANI su disposición ética, en cuanto virtud republicana básica, cuya realización se le requiere. Por tanto, desde este punto de vista, la exigencia de motivación de las sentencias posee un contenido ético, más allá del aspecto procesal que generalmente se le asigna.

En resumidas cuentas, la autora plantea la existencia de un deber judicial de fundar las decisiones, del cual se deriva la honestidad intelectual que deben mantener los jueces, la cual a su vez, comprende la necesidad de que el juzgador dé a conocer las verdaderas razones que tuvo para arribar a la solución, así como la necesidad de que cite toda aquella doctrina y jurisprudencia que funda su sentencia, de una manera que pueda ser correctamente identificada. De lo contrario, las conductas que sean opuestas a las descriptas son merecedoras de un reproche y son incompatibles con una “ética de la motivación”.

Finalmente, en relación con la pregunta sobre la existencia del deber de honestidad intelectual en los espacios no jurisdiccionales, la

autora plantea la importancia de mantener el respeto de esta exigencia ética dentro del ámbito académico cuando el magistrado se desempeña, por ejemplo, como docente o cuando participa en instancias de capacitación. Ello considerando que las violaciones a la honestidad en la que incurre en este último ámbito afectan la dignidad de la investidura de juez.

§ 4. **REFLEXIONES SOBRE LA ÉTICA JUDICIAL Y LAS CONDUCTAS PRIVADAS DEL JUEZ**

El tema del presente apartado, de titularidad de SIGFRIDO STEIDEL FIGUEROA, coloca ante el interesante planteo en torno a la relevancia, e incidencia de las conductas privadas de los jueces en su labor jurisdiccional. Al respecto, se puede entablar la dualidad “conducta judicial-conducta no judicial”, como objeto de la ética del juzgador. Ahora bien, el autor se pregunta cuáles son los aspectos de la vida privada del juez que resultan relevantes para la ética judicial; si los códigos de ética alcanzan toda faceta de la vida privada de los jueces, y si desde la ética judicial es posible reprochar al juez que miente a un familiar o que se excede al disciplinar a un hijo. A efectos de responder estos interrogantes, el autor se propone establecer qué conductas no judiciales pueden ser reprochables desde la ética judicial. Para ello, efectúa una mirada a las decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico donde se han juzgado conductas que son ajenas a la tarea jurisdiccional, tales como, conductas delictivas o potencialmente delictivas; conductas que revelan aprovechamiento del prestigio del cargo para adelantar intereses personales, familiares o de terceros; conductas privadas que afectan el desempeño judicial o la percepción sobre la capacidad del juez para ejercer el cargo de manera independiente e imparcial; conductas que revelan falta de autocontrol o un carácter destemplado.

En fin, los comportamientos descriptos de acuerdo a las resoluciones del Tribunal Supremo de Puerto Rico en las causas ético-disciplinarias, constituyen ejemplos de conductas privadas de los jueces que pueden incluirse dentro de la ética judicial. No se trata de una enumeración taxativa, todo lo cual conduce a la gran dificultad para determinar cuáles son las conductas que escapan a la ética judicial. En el fondo existe un consenso social en cuanto a qué conductas ajenas al ejercicio del cargo resultan reprochables. No obstante, en un plano estrictamente conceptual, la controversia supone

reconocer que, si la ética judicial aspira a lograr el mejor juez posible y a una judicatura legitimada, posiblemente no debe abarcar espacios que carecen de tangencia con esos objetivos. Al fin y al cabo, los jueces son también ciudadanos, vecinos, integrantes de una familia, en fin, seres humanos que interactúan con otros y que por razón de esas interacciones, encarnan conflictos personales y familiares cuya atención debe corresponder enteramente a ellos y a sus familias. El autor concluye que el tema es complejo e invita a incentivar la discusión.

§ 5. **PALABRAS FINALES**

Ética judicial constituye una obra que presenta como denominador común la reflexión acerca de la ética en el ámbito judicial desde una mirada práctica, esto es, mediante un abordaje cuyo punto de partida sea la praxis judicial, evitando la reducción del tema a los aspectos meramente teóricos. La consideración práctica de la ética judicial permite comprender y analizar cómo ella opera según los diversos comportamientos –u omisiones– de los actores involucrados, desde un punto de vista individual, es decir, tomando conductas de magistrados aislados, así como desde un punto de vista colectivo, esto es, en el marco de la estructura institucional del Poder Judicial. De este modo, es posible conocer el grado de confianza pública que los ciudadanos depositan en este órgano del Estado, así como también, el accionar de jueces y fiscales desde el prisma de la libertad ideológica o religiosa, del deber de honestidad intelectual, así como también, a partir de ciertas conductas privadas de los jueces que pueden afectar la integridad, decoro y dignidad de la función que desempeñan.

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.
- 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 690:12ª 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 sup eríndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (¹, ², ³,...). 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 autores 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)¹, 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 función², 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.

¹ 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.

² Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones 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 de la parte citada (entre comillas), en apellido/s, 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); nº de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función³, 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 GUIBourg, 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 y/o vol., y/o nº o si no dispone de esa numeración, mes abreviado⁴ 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, nº 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, nº 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 y/o vol. y/o nº, fecha de publicación (año y/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, nº 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, Año 20, nº 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.

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

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

Ejemplo:

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

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 función⁵, 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 y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/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, n° 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

⁵ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

“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.

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.

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.

