

## NI INTEPRETATIVISMO NI FORMALISMO: CÓMO CONSTRUIR UNA PRÁCTICA JURÍDICA AJENA A LOS EXTREMOS\*

JONAS ELFMAN\*\*

**Resumen:** El artículo explora dos tendencias interpretativas actuales que parecen confluir en la práctica jurídica de nuestro país para aplicar el derecho (el interpretativismo y el formalismo) cuya nota distintiva se asienta sobre el hecho de que ambas representarían versiones distorsionadas de los dos grandes modelos judiciales occidentales (el *common law* y el derecho continental) y, como tales, ambas tendencias conspiran contra la posibilidad de construir una práctica jurídica consistente.

**Palabras clave:** interpretativismo — formalismo — derecho — autoridad

**Abstract:** The article explores two current interpretative tendencies that seem to converge in the judicial practice of our country in the enforcement of the law (the interpretivism and the formalism) and which main characteristic derives from the fact that both seem to represent distorted versions of the two major occidental judicial models (the common law and the continental law) and, as such, both tendencies seem to conspire against the possibility to develop a consistent judicial practice.

**Keywords:** interpretativism — formalism — law — authority

“Você nao têm tuda a razão,  
você tem só parte da razão,  
mas a parte que você tem, não vale nada”<sup>1</sup>

\* Recepción del original: 19/02/2019. Aceptación: 01/04/2019.

\*\* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Palermo (UP) y Máster en Derecho por la Universidad de Nueva York (NYU). Agradezco los valiosos comentarios y observaciones de Julio Montero y Axel Eljatib. Todos los errores son propios.

1. “Usted no tiene razón, usted tiene parte de la razón, pero la parte que usted tiene, no vale nada” (respuesta que alguna vez ensayó un legislador brasileño frente a las críticas de su adversario).

## I. INTRODUCCIÓN

Cualquier extranjero que alguna vez haya aterrizado en suelo argentino probablemente se haya encontrado con un curioso episodio que difícilmente haya podido pasar por alto. Como en todo vuelo, una vez efectivizado el aterrizaje, el comandante de abordaje solicita a los pasajeros que nadie se levante de su asiento hasta tanto la aeronave se encuentre completamente detenida y se apague la señal del cinturón de seguridad. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, en nuestro país, gran parte de los pasajeros suele ignorar esa orden. Es usual que los argentinos o parte de ellos se levanten con el avión en movimiento para descargar su equipaje de mano o formar la fila de descenso. Solo cuando el comandante detiene el avión en medio de la pista y reitera la orden (comunicación que suele ser transmitida con un tono de evidente fastidio), esos pasajeros se avienen a sentarse. Lo más llamativo es que la misma conducta no suele repetirse cuando el avión despegue de la Argentina y aterrice en un aeropuerto foráneo. En este caso, todos se muestran dispuestos a cumplir la orden desde el inicio, aun cuando nada ha cambiado, salvo claro, la jurisdicción en que la orden ha sido emitida.

El propósito de esta anécdota no es juzgar el comportamiento del pasajero argentino promedio sino remarcar la falta de apego a las reglas de nuestro país. Una de las principales facultades adaptativas desarrolladas por los seres humanos ha sido su capacidad para cooperar con otros a gran escala para la consecución de fines comunes.<sup>2</sup> Gracias a la conformación de comunidades políticas los seres humanos hemos sido capaces de dominar nuestro entorno, innovar y producir en forma masiva. La adopción de reglas sociales ha sido fundamental para el éxito de este particular fenómeno cooperativo. Especialmente, las normas jurídicas nos han permitido reducir costos de intercambio, arribar a acuerdos sociales o políticos y proporcionar razones para guiar nuestro accionar. De allí que

2. Con excepción de abejas y hormigas no es fácil imaginar otro tipo de especies que presenten esta misma cualidad adaptativa. El resto de las especies solo desarrolla mínimas formas cooperativas. No es casual entonces que al defender el rol del Leviatán y, por lo tanto, del derecho, Thomas Hobbes retome la clasificación aristotélica sobre las especies, argumentando que mientras las abejas y las hormigas cooperan en forma instintiva o natural, los seres humanos solo por intermedio de convenciones (reglas). Véase HOBBS, *Leviatán*, pp. 108-109.

la autoridad del derecho sea especialmente valorada en este proceso de construcción colectiva y desarrollo personal.<sup>3</sup>

En el campo académico se ha planteado un histórico debate respecto a la identificación del concepto del derecho. Los académicos se han preguntado qué es, en términos estrictos, el derecho o cuáles son sus propiedades esenciales (aquellas que lo definen y lo diferencian de otras prácticas sociales). El debate ha conducido a un histórico enfrentamiento entre dos corrientes cuya discrepancia se asienta sobre el rol de la moral en el derecho: el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. Mientras los primeros afirman la existencia de una conexión necesaria entre uno y otro campo, los últimos la niegan. La "fórmula Radbruch" ("la injusticia extrema no es derecho")<sup>4</sup> marcaría la línea divisoria entre ambas teorías.

Si bien, en principio, la controversia se reduciría a los criterios para identificar el derecho (criterios fácticos —positivistas—, consideraciones morales —iusnaturalistas—) y no necesariamente se vincula con su autoridad (para ambas concepciones las consideraciones morales tendrían un rol decisivo), la controversia parecería extenderse al rol de quienes se encuentran a cargo de aplicar las normas. Si las consideraciones morales tienen alguna entidad para definir el derecho, entonces el juez no debería aplicar una norma violatoria de principios morales fundacionales. Y viceversa, si la moral está excluida, entonces los principios morales no están llamados a jugar ningún rol en el derecho salvo expresa autorización de este último.<sup>5</sup> A su vez, cada una de estas teorías tiene sus propios "campeones", autores que por su elocuencia, erudición o maestría se han destacado en la defensa de una u otra corriente de pensamiento.

La academia y la práctica judicial de nuestro país tienden a atravesar períodos de fascinación con cada uno de estos "popes del derecho" y, como consecuencia, con cada una de estas teorías, seguido por períodos de crítica y rechazo en el cual, quienes antes eran colocados en el pedestal, son luego responsabilizados y hasta ridiculizados por todos los males derivados de

3. Como sostenía Hobbes "No es la sabiduría, sino la autoridad la que crea el derecho", HOBBS, *Diálogo entre un filósofo y un...*, p. 6.

4. Véase ALEXY, *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*, p. 75.

5. Esta discusión parecería ser una desviación de la controversia original. Un positivista clásico no tendría inconvenientes en sostener que un sistema jurídico injusto (ej. el derecho nazi) no debería ser aplicado aun cuando ello no lo prive de su entidad normativa. En cambio, un iusnaturalista directamente negaría esa condición.

la práctica. Mientras el positivismo jurídico encabezado por Hans Kelsen y, en menor medida, por H. L. Hart supo dominar el arco académico y judicial argentino durante buena parte del siglo XX, hoy pareciera que sus detractores (Ronald Dworkin, Carlos Nino y Robert Alexy, entre otros) ocupan ese lugar, por lo menos, para buena parte de los académicos y jueces. A pesar de estos giros copernicanos en nuestras formas de concebir el derecho, nuestra aversión al cumplimiento de las normas y nuestra desconfianza en los órganos a cargo de aplicarlas parecieran ser las únicas variables que se mantienen constantes.

Aun así, continuamos encerrados en el mismo laberinto intelectual, atribuyéndonos culpas recíprocas por los fracasos de nuestra práctica jurídica, abogando por la adopción de modelos ideales de decisión judicial cuya mágica aplicación suponemos restituirán la confianza perdida en el sistema y nos devolverán al sendero del desarrollo. El reciente artículo publicado por el profesor Andrés Rosler en el que presenta una crítica extendida a las ideas de Ronald Dworkin a las cuales denomina "interpretativismo",<sup>6</sup> sumado al discurso del Presidente de la Corte Suprema en la apertura del J20<sup>7</sup> se inscriben en este debate de corrientes en pugna. Ambos reivindican el rol del "juez positivista" el cual aplica las normas con independencia de toda valoración personal sobre ellas ("Creonte" lo llama Rosler, en otras versiones se lo llama "Júpiter")<sup>8</sup> en detrimento del "juez iusnaturalista" que emplea principios de justicia para lograr decisiones equitativas ("Hércules" lo llama Dworkin, en otras versiones se lo llama "Antígona" o "Hermes").<sup>9</sup>

Mi objetivo es mostrar cómo, más allá de la concepción del derecho que adoptemos, ambos modelos aplicados en forma distorsionada tienen

6. ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...", pp. 1-27. A este artículo se le suman otros publicados en el blog "En disidencia" que retoman la misma línea argumental (JENSEN, "Acerca de los jueces legisladores", 28/09/18; PÉREZ SAMMARTINO, "El aborto y la magia de...", 28/09/18, entre otros).

7. Discurso del Presidente de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Dr. Carlos Rosenkranz, durante la apertura de la primera reunión del J20, 9/10/2018.

8. OST, "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez", pp. 101-130.

9. OST, "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez", pp. 101-130. Si bien es cierto a través de la figura de Hermes (Dios del mensaje) el autor intenta construir una figura intermedia entre el modelo judicial kelseniano (Júpiter) y el modelo judicial dworkiniano (Hércules) su propuesta es perfectamente compatible con cualquiera de los dos modelos. De hecho, Rosler lo asocia con el segundo (ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...").

similar capacidad para dañar la autoridad del derecho. Mi hipótesis es que el derecho, como cualquier práctica social, se asienta sobre la base de un conjunto de convenciones o reglas sociales que le confieren legitimidad. Estas convenciones apuntan a definir los alcances del modelo judicial articulando, por un lado, el concepto de independencia judicial y, por el otro, el marco de discrecionalidad judicial para aplicar las normas. En otras palabras, determinar el alcance de la independencia judicial o el grado de discrecionalidad del que disponen los jueces para interpretar las normas varía entre sistemas judiciales y depende de un conjunto de reglas presupuestas, dirigidas a definir las formas de creación del derecho y el rol del juez dentro del sistema constitucional.

Daría la impresión de que producto de nuestros sistemáticos vaivenes y giros institucionales no hemos sido capaces de desarrollar ese conjunto de reglas cohesionadas sobre el cual pararnos para evaluar la corrección de nuestra práctica judicial. Tendemos a importar modelos y oscilar entre extremos en función de los cambios que experimentamos en relación con el resultado de las decisiones judiciales.<sup>10</sup> Si conformamos la decisión evaluada adherimos a ciertas reglas. Por el contrario, si discrepamos con ella, defendemos otras. Por ejemplo, demandamos mayor activismo judicial en materia de derechos y, simultáneamente, reclamamos mayor deferencia hacia las reglamentaciones de la autoridad legislativa en la misma materia. Esta suerte de "grouchismo institucional" ("estos son mis principios, si no le gustan, tengo otros" como afirmara el célebre comediante norteamericano), si bien no exclusivo de la práctica jurídica, es particularmente nocivo para la construcción de la autoridad del derecho en la medida en que mina toda posibilidad de desarrollar una práctica coherente capaz de darle sentido al rol de la Justicia.

A fin de ilustrar este problema presentaré los principales presupuestos de los dos modelos judiciales que parecen encontrarse en pugna detrás de este debate de ideas (el modelo continental y el modelo anglosajón — *common law*—) para luego describir dos derivaciones deformadas de su aplicación (el interpretativismo y el formalismo). Finalmente, intentaré verificar si es factible encontrar un lugar común desde donde construir nuestra práctica judicial.

10. Una crítica similar expresa Waldron sobre la forma en que se desarrolla el debate académico norteamericano sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. WALDRON, "The core of the case against...", p. 1346.

## II. EL ROL DEL JUEZ: UN DEBATE MILENARIO

El debate acerca del rol de los jueces o el valor de las normas no es novedoso sino milenario. Desde la antigüedad se discute la postura que debe adoptarse frente a la ley. Así mientras Platón y Aristóteles desconfiaban de la posibilidad de estar sometidos a un "gobierno de leyes" (centralmente porque desconfiaban de su origen —la democracia ateniense—) eran celosos defensores del valor de las leyes y férreos críticos frente a la desobediencia civil.<sup>11</sup> La ley entre iguales era siempre preferible a la de cualquier individuo, en tanto solo la primera era fruto de la razón y, por lo tanto, virtuosa en su funcionamiento. Sin embargo, no desconocían que, en ciertas circunstancias, la pericia de los especialistas podía resultar más adecuada para arribar a una resolución equitativa del caso ante la imposibilidad de la ley de anticipar su aplicación a todos los supuestos o resultar intrínsecamente injusta.<sup>12</sup>

Más adelante en el tiempo encontramos el enfrentamiento entre Hobbes y los seguidores de Sir Edward Coke en torno a la aplicación del derecho natural y los principios del *common law*,<sup>13</sup> cuyo antecedente más inmediato quedará expuesto en *The Ship Money case* (1637), antesala de la guerra civil inglesa.<sup>14</sup> También la fascinación de Alexis de Tocqueville con la naciente democracia norteamericana, especialmente, con el decisivo rol de jueces y abogados para contener los abusos de "la tiranía de las asambleas políticas" (*the tyranny of political assemblies*).<sup>15</sup> En cambio,

11. TAMANAHA, *On the Rule of Law, History...*, pp. 7-10.

12. TAMANAHA, *On the Rule of Law, History...*, p.10. De todas formas, la aplicación de la ley parece ser la mejor opción ante el riesgo de corrupción o tiranía de los hombres. Una suerte de estrategia aversiva al riesgo.

13. HOBBS, *Diálogo entre un filósofo y un...*, p.6.

14. El conflicto enfrentó al Rey Carlos I que pretendía reinstalar impuestos sobre embarcaciones basándose en prerrogativas reales medievales que sorteaban la competencia del Parlamento y los dueños de las embarcaciones que defendían su derecho de propiedad fundándose en los principios naturales del *common law*. La decisión en favor del Rey por parte de la Corte del Tesoro (*Court of Exchequer*) fue desobedecida por el Parlamento que inició un proceso de *impeachment* contra los jueces. Véase KOSKENNIEMI, "Sovereignty, Property and Empire...", pp. 355-389.

15. Véase DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America and Two Essays...*, p. 122. De Tocqueville describe a los abogados de esta nueva nación como una clase aristocrática que desarrolla un espíritu por las formas y el orden contrabalanceando el espíritu pasional del sistema

Jeremy Bentham nos presenta una crítica despiadada al funcionamiento del *common law*, al cual llamaba la "ley del perro" (*dog-law*) por su tendencia a permitir la aplicación de principios *ex post facto*. Como remedio postula un acercamiento al derecho continental a través de la sanción de Códigos que limiten la discrecionalidad judicial.<sup>16</sup> También podemos encontrar, por un lado, la confianza depositada por A. V. Dicey y F. A. Hayek en los tribunales ingleses como fuente de autoridad para proteger los principios constitucionales del derecho inglés (*Rule of law*)<sup>17</sup> y en la vereda opuesta,

democrático. El autor observa que, a diferencia de los abogados franceses, evaluados como ejecutores sin formación, los abogados anglosajones se encuentran a cargo de preservar e interpretar costumbres comunitarias ("El abogado francés es solo un hombre que aprende —*a man of learning*— pero el abogado inglés o americano recuerda de alguna manera el rol de los sacerdotes egipcios y, como ellos, actúa como únicos intérpretes de una ciencia oscura"; DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America and Two Essays...*, p. 312, traducción propia). Una crítica similar presenta Edmund Burke para diferenciar los abogados ingleses (guardianes de los principios comunitarios) de los franceses (burócratas). Véase BURKE, *Reflections on the Revolution in France* Ambos ven en el Poder Judicial el lugar natural de la aristocracia ("Si me preguntan dónde se encuentra la aristocracia americana, mi respuesta sería que no es entre los ricos que no tienen nada en común que los una. La aristocracia americana se encuentra en los colegios de abogados y en los estrados judiciales —*at the bar and on the bench*—", DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America and Two Essays...*, p. 313, traducción propia).

16. BENTHAM, "Truth Versus Ashhurst, Or, Law as...", pp. 231-237. "Son los jueces (como hemos visto) los que hacen el *common law* ¿Sabes cómo lo hacen? Al igual que un hombre hace leyes para su perro. Cuando tu perro hace algo por lo cual quieres castigarlo, primero esperas que lo haga, y solo después lo golpeas. Esa es la forma en que haces leyes para tu perro: y es la forma en que los jueces hacen las leyes para vos y para mí" (BENTHAM, "Truth Versus Ashhurst, Or, Law as...", p. 235 traducción propia). Cesare Beccaria intenta prevenir el mismo riesgo en su influyente tratado de reforma penal (BECCARIA, *Tratado de los Delitos y las Penas*). Al interior de la sociedad norteamericana las posiciones en torno al valor del *common law* tampoco eran uniformes. Véase KENT, *A Lecture, Introductory to a Course...*; SCOTUS, "Swift v. Tyson"; y RANTOUL, *An Oration Delivered Before the Democrats...* Mientras los dos primeros defienden la función interpretativa de los jueces, el segundo es sumamente crítico de este rol por razones análogas a las presentadas por Beccaria y Bentham.

17. Véase DICEY, *An Introduction to the Study of...* y HAYEK, *Law, Legislation and Liberty: A New...* Como lo destaca Tamanaha, inicialmente, Hayek presentaba ciertos reparos acerca de la compatibilidad entre los principios del *rule of law* y los rectores del derecho anglosajón basados en el poder creativo de los jueces. Posteriormente, adhirió a la visión clásica del *common law* que lo concibe como un sistema de formación de reglas espontáneo arraigado en los usos y costumbres comunitarios. Véase TAMANAHA, *On the Rule of Law, History...*

la visión de Max Weber para quien el desarrollo de una economía de mercado requiere contar con un sistema racional y formalista de normas cuya aplicación se encuentre en poder de un aparato burocrático que prescindiera de toda consideración moral.<sup>18</sup> Al día de hoy, este debate sobre ventajas y desventajas de los sistemas judiciales se mantiene vigente.

Pocas veces reparamos en considerar que el funcionamiento de cada uno de estos modelos judiciales occidentales se encuentra condicionado por una tradición, una estructura y una lógica que le confiere autoridad. Mientras los sistemas de corte continental tienden a operar a través de organizaciones tecnocráticas piramidales que fomentan el espíritu de cuerpo de sus operadores, los sistemas anglosajones disponen de organizaciones descentralizadas con menor jerarquización de funciones en cuya estructura incluso intervienen legos en la aplicación del derecho (jurados). Los primeros, a diferencia de los segundos, conviven con un alto grado de codificación de normas que restringen el marco de decisión de los jueces y fomentan el empleo de una lógica deductiva en la resolución de conflictos. La corrección de la decisión judicial es evaluada en términos de fidelidad a la norma. Los segundos, en cambio, se valen de razonamientos pragmáticos y flexibles dirigidos a reconocer reglas y principios derivados de los usos y costumbres comunitarios. La corrección de sus decisiones se evalúa más en términos de equidad o razonabilidad que por su deferencia a la voluntad legislativa expresada en una norma positiva.<sup>19</sup> De todas formas, la discrecionalidad judicial en este sistema encuentra su límite en la regla de precedente (*stare decisis*) que homogeniza y centraliza la interpretación en pocas manos, obligando a los jueces a atenerse a las reglas emergentes de las decisiones (*holding*) de sus predecesores.<sup>20</sup>

La norma que por excelencia caracteriza el funcionamiento del derecho continental es el Código civil, compendio de reglas pensado para

---

pp. 69-70.

18. Weber jamás pudo brindar una explicación adecuada sobre las razones que permitieron a Inglaterra convertirse en la primera potencia industrial a pesar de no contar con un sistema formal de reglas como el sugerido por el autor. Véase TRUBEK, "Max Weber on law and...", p. 720.

19. Para una descripción más pormenorizada de las características de ambos modelos véase DAMASKA, *Las Caras de la Justicia...*, pp. 33-84.

20. Para un análisis sobre el funcionamiento de la regla de precedente véase GONZÁLEZ BERTOMEU, "¡Sin Precedentes!", pp. 1-63.

regular la vida entera de los seres humanos (desde su concepción hasta su muerte) y reducir al juez al rol de ejecutor ("*la bouche qui prononce les paroles de la loi*").<sup>21</sup> En cambio, la norma que mejor refleja el espíritu del derecho anglosajón es la Constitución, manifiesto aglutinante del conjunto de principios políticos y prácticas comunitarias que los jueces están llamados a interpretar o proteger.<sup>22</sup> El primero nace como un sistema de ruptura con el pasado (el *Ancien Régime*) pero recepta el formalismo de sus reglas heredado del derecho canónico. El segundo se autopercibe como un sistema de progresiva evolución de hábitos y costumbres.<sup>23</sup> Si bien con el tiempo el funcionamiento de ambos modelos ha tendido a acercarse a la luz de un proceso de constitucionalización de principios del derecho continental, por un lado, y de codificación de reglas en el derecho anglosajón, por el otro, subsisten rasgos que los distinguen. El modo en que se concibe la formación de los estudiantes de derecho en cada uno de estos modelos refleja estas diferencias.

Es evidente que las diferencias trazadas no cancelan ni restan valor al debate normativo que mantienen positivistas e iusnaturalistas sobre el concepto del derecho. De hecho, podemos encontrar autores de una u otra tradición en cada uno de estos sistemas. Sin embargo, su comprensión nos proporciona un panorama más amplio para evaluar el contexto y la consistencia de las ideas de los autores. Por ejemplo, si leemos a Ronald Dworkin dentro de la tradición del *common law* cobra más sentido su concepción del derecho como integridad de principios y no solo de reglas, su imagen del juez herculeano o su metáfora de la interpretación como la construcción de "una novela en cadena" (*enchained novel*).<sup>24</sup>

21. "[L]a boca que pronuncia las palabras de la ley", MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*, p. 149.

22. Aun en Estados como Inglaterra donde no existe constitución escrita ni, por lo tanto, control judicial de constitucionalidad, los autores suelen invocar la noción de "la Constitución Antigua" (*The Ancient Constitution*) o de un "Derecho Fundamental" (*Fundamental Law*) para referenciar el conjunto de reglas y principios arraigados en la tradición de un pasado inmemorial. GREY, "Origins of the unwritten constitution: fundamental...", p. 843; POCKOCK, "Burke and the Ancient Constitution...", pp. 261-312.

23. Incluso aquellos Estados de raíz anglosajona que se emanciparon de Inglaterra y crearon nuevas instituciones parecen haber seguido una lógica evolutiva en ese proceso. Véase SCHWARTZ, *Reins of Power: A Constitutional History...*, p. 23.

24. Véase por ejemplo la reconstrucción que plantea T.R.S. Allan sobre la concepción del

Lo mismo podemos decir de otros autores como Kelsen dentro de la tradición continental.

Parecería existir entre ambas tradiciones una clara diferencia en la forma de concebir la noción de autoridad. Mientras la tradición continental defiende una noción robusta y centralizada de la autoridad (*L'État, c'est moi*), la tradición anglosajona abraza una concepción deflacionada y descentralizada que solo se expresa por la acción integrada de distintos actores (*King's in Parliament*).<sup>25</sup> En alguna medida, Hobbes es uno de los autores que mejor proyecta la imagen de autoridad del derecho continental (la monarquía absoluta) y Locke del derecho anglosajón (la monarquía parlamentaria), aun cuando ambos pertenecen a la misma tradición (el contractualismo) y escriben desde el mismo lugar (Inglaterra). No resulta casual entonces la influencia del primero en el derecho continental (por ejemplo, en el desarrollo de una concepción centralizada de soberanía proyectada por estos sistemas de reglas codificadas) y el segundo en el derecho anglosajón (por ejemplo, en los orígenes del derecho constitucional norteamericano).<sup>26</sup>

El debate actual sobre el rol de la Justicia parece plantearse en torno a dos extremos que en algún punto ambos modelos judiciales tienen riesgo de reproducir. El temor al moralismo ideológico, por un lado, y al positivismo ideológico, por el otro. Como señala el profesor Martín Farrell ambas corrientes superpondrían la moral con lo legal pero en diferentes órdenes. El primero subordinaría completamente lo legal a lo moral, defendiendo la idea de que

---

derecho como integridad de reglas y principios de Dworkin como continuadora de la tradición que encarna Dicey, constitucionalista clásico del derecho inglés, ALLAN "Dworkin and Dicey: The Rule of...", p. 266.

25. Esta concepción deflacionada sobre la autoridad parece encontrar razones históricas en la necesidad antes que en la convicción política. La corona inglesa, a diferencia de sus competidoras continentales, carecía en sus orígenes de recursos propios para afrontar planes de defensa o expansión. Por lo tanto, desde el inicio requirió asociarse en forma estratégica con nobles y mercaderes para lograr subsistir. El desarrollo de las conocidas "Compañías", primitivas asociaciones de capitales públicos y privados que caracterizaron el colonialismo inglés, reflejan este particular modelo de gobierno. KOSKENNIEMI, "Sovereignty, Property and Empire: Early Modern...", pp. 361-366.

26. De acuerdo con Schwartz los revolucionarios estuvieron principalmente influidos por dos autores: John Locke de quien extrajeron la noción de un gobierno constitucional y, especialmente, Sir Edward Coke de quien tomaron la idea de "la supremacía del derecho" o de "un derecho fundamental". SCHWARTZ, *Reins of Power: A Constitutional History...*, pp. 3-5.

para ser legal una norma antes debe ser moral (recordemos que el iusnaturalismo clásico solo rechazaba sistemas normativos extremadamente injustos). El segundo funciona con una lógica inversa (subordinando completamente lo moral a lo legal). Los principios solo tendrían entidad moral en la medida que antes cuenten con reconocimiento legal.<sup>27</sup> Como es fácilmente observable, ambas concepciones eliminan toda distinción entre la moral y el derecho.

En la medida en que ambas concepciones se canalizarían a través de la interpretación del derecho, se podría denominar a los primeros "interpretativistas" y a los segundos "formalistas". Los primeros se valdrían de la interpretación del derecho como excusa para resolver casos en base a consideraciones morales del intérprete. Los segundos negarían el problema interpretativo de las normas o lo reducirían a una operación mecánica ocultando la visión moral del intérprete. Si bien ninguno de los modelos judiciales está exento de incurrir en cada una estas prácticas, dada su propia tradición y su propia estructura de funcionamiento, el modelo anglosajón sería más permeable al primer extremo y el continental al segundo. Un sistema que confiere cierto grado de discrecionalidad a los jueces para interpretar o, incluso, crear reglas incrementa sus posibilidades de que se empleen principios, no ya como hechos sociales derivados de la práctica sino como hechos morales. En cambio, un sistema que demanda un alto grado de deferencia hacia el legislador y condena la discrecionalidad del juez puede llevar a negar la interpretación, aun cuando ella fuera inevitable.<sup>28</sup> Seguidamente analizaré ambos extremos.

### III. LA INTERPRETACIÓN COMO EXCUSA

En el primer extremo encontramos una tendencia actual bastante difundida, entre cuyos exponentes suele situarse al profesor Ronald

27. FARRELL, "An obsession with unity".

28. Algunos autores discrepan con esta evaluación. Por ejemplo, Fletcher interpreta que en el derecho continental la norma se impone como un absoluto y son los jueces quienes introducen excepciones en base a consideraciones extrajurídicas (razonamiento estructurado lo llama), mientras que en el *common law* la noción de grados (razonabilidad) se encuentra incorporada en la base de la argumentación jurídica (razonamiento plano lo llama). Por ello el autor asocia las ideas de Hart con el derecho anglosajón y las de Dworkin con el derecho continental. FLETCHER, *Lo Justo y Lo Razonable*.

Dworkin, de concebir al derecho como una práctica interpretativa cuyo alcance siempre depende de consideraciones valorativas. La aplicación de una norma siempre requeriría de un proceso hermenéutico previo dirigido a delimitar su alcance, proceso que permitiría reconocer tantas soluciones jurídicas como intérpretes a cargo de aplicar las normas. Sin embargo, esta primera concepción del derecho se complementa con una segunda tesis sobre la corrección moral de las interpretaciones. Para el autor no cualquier interpretación sería aceptable, sino solo aquellas que mejor reconstruyen y justifican la práctica objeto de interpretación, teniendo en cuenta todos los elementos del ordenamiento (reglas, instituciones, principios).<sup>29</sup> En particular, los principios de justicia conferirían un marco objetivo para guiar y juzgar la corrección de las interpretaciones los cuales se encontrarían reflejados en las normas y precedentes judiciales elaborados en el tiempo, pero cuyo origen es de orden moral y se encontrarían asociados con la tradición liberal.

Desde esta concepción entonces la interpretación de las normas no se daría en el vacío, sino que estaría circunscripta y condicionada por esta práctica exegética que acotaría el margen de cada intérprete para llevar a cabo su función. Dworkin ilustra este proceso a través de la "novela en cadena", obra colectiva elaborada en el tiempo por diferentes autores. La obra como tal solo cobraría sentido si cada uno de sus autores ajusta su aporte intelectual al relato argumental de sus predecesores, pero sin que ello implique anular su sello personal en la historia. Dicho aporte implica para el autor tanto un ejercicio interpretativo como creativo.<sup>30</sup>

Rosler traza una distinción conceptual bastante intuitiva para cuestionar la primera tesis sobre la noción interpretativa del derecho. Distingue aquello que en sentido estricto supone interpretar respecto de aquello que en sentido estricto significa comprender (o interpretar en sentido amplio). Como lo expresa el autor:

29. Dworkin clasifica el proceso interpretativo en tres etapas: la etapa preinterpretativa donde el intérprete identifica el material objeto de interpretación, la etapa interpretativa en la que le imprime y justifica el valor o propósito de la práctica evaluada y la etapa postinterpretativa donde ajusta el valor asignado a la práctica interpretada para verificar si es consistente con su meta o espíritu descartando o modificando aquellos elementos que no la reciben en su mejor forma o "en su mejor luz". DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 65-66.

30. DWORKIN, *Law's Empire*, pp. 228-231. Véase también DWORKIN, "En qué se parece el derecho...", pp. 191-215.

“Decimos que interpretamos a X cuando no lo comprendemos y, para hacerlo, lo explicamos en términos de Y, que sí comprendemos, obviamente sin tener que interpretarlo y, al menos, si deseamos evitar una regresión al infinito... Existe entonces, un círculo hermenéutico asegurado por nuestras capacidades naturales y por las convenciones sociales. Es en estos términos que podemos hablar de un ‘nivel cero’ de interpretación. Después de todo, es sobre la base de lo que ya comprendemos que podemos interpretar, del mismo modo que es sobre lo que estamos de acuerdo que podemos saber que tenemos un desacuerdo sobre otra cosa... nos hemos habituado a hablar de la interpretación como el género al que pertenece la actividad en la cual nos embarcamos cada vez que deseamos conocer el significado de algo. Es por eso que debemos estar alertas y distinguir entre la interpretación en sentido amplio —que prefiero llamar ‘comprensión’— y la interpretación en sentido estricto —que prefiero llamar ‘interpretación’ precisamente— [...]. La distinción se debe, en realidad, al diferente esfuerzo intelectual que exigen ambas actividades... la cuestión no es terminológica sino ontológica, por así decir, ya que se trata de dos actividades diferentes.<sup>31</sup>

Como afirma el autor, no siempre que estamos en presencia de una convención como el derecho nos vemos obligados a “interpretarlo” para comprenderlo o aplicarlo, al menos, en un sentido estricto. En muchas situaciones el intérprete se limita a comprender y ejecutar la norma sin necesidad de llevar a cabo un proceso interpretativo, por lo menos, uno complejo. Cada persona dispone de ciertas convenciones de base o conceptos preaprendidos que funcionan como soporte para comprender y, llegado al caso, interpretar otras convenciones (“nivel hermenéutico cero”, como señala Rosler). De lo contrario, la interpretación como tal sería imposible en tanto todo concepto sería objeto de desacuerdo y, como consecuencia, pasible de ser interpretado. Quedaríamos virtualmente atrapados en una regresión al infinito. A través del empleo de convenciones sociales como el derecho justamente buscamos sortear este conflicto.

Si confrontáramos alguno de los tantos pasajeros que se ha levantado con la aeronave en movimiento para exigirle que nos explique por qué ha desobedecido la orden del comandante y este argumentara haber interpretado la existencia de una excepción aplicable a su caso (ser argentino

31. ROSLER, “Hermes o la continuación de Antígona...”, pp. 9-10.

digamos), pensaríamos que no ha comprendido la orden o, simplemente, que nos está tomando el pelo. En cambio, dudo que alguien estaría dispuesto a aceptar esa explicación o considerar que estamos en presencia de un "problema interpretativo" en tanto el contenido de la orden es suficientemente claro para ser aplicado.<sup>32</sup> Lo mismo podemos decir sobre las normas jurídicas. En distintos casos el contenido de las reglas es suficientemente claro o evidente para ser ejecutado. Solo cuando su alcance resulta oscuro o dudoso (o absurdo) y, por lo tanto, existe más de un sentido posible de ser asignado es que estrictamente procedemos a interpretarlas. Hart llamaba a los primeros "casos claros" (o fáciles) para diferenciarlos de los segundos ("casos complejos" —o difíciles—) en los cuales más de una solución puede resultar plausible en la aplicación de la norma y, por lo tanto, resulta problemático plantear un sentido de corrección en la interpretación del derecho dentro de este acotado rango de posibilidades conferido por la regla.<sup>33</sup>

Desde un principio Dworkin intentó rebatir esta tesis demostrando que aun en casos difíciles resulta factible encontrar una respuesta correcta en el derecho.<sup>34</sup> Sin embargo, daría la impresión de que llevó su concepción aun más lejos (quizás sin pretenderlo). A través del caso "Riggs vs. Palmer",<sup>35</sup> Dworkin parece haber eliminado toda distinción entre casos fáciles y casos difíciles o entre comprensión e interpretación. Más allá de que la vaguedad de los términos empleados para definir la complejidad de un caso ("fácil" / "difícil") puede generar desacuerdos a la hora de identificar el tipo de caso ante el cual nos encontramos, sería un error suponer que dicha circuns-

32. Asumimos que todos los pasajeros comprenden el contenido de la orden: qué es un asiento, un cinturón; qué significa mantenerlo abrochado; cuándo se apagará la señal y, más importante, que el término "nadie se levante" abarca a todos los pasajeros sin excepción.

33. HART, *El Concepto del Derecho*, pp. 155-191. Cabe destacar que la discrecionalidad reconocida por el autor no equivale a admitir arbitrariedad. Habría un abanico limitado de posibilidades determinado por la regla de textura abierta o con zonas de penumbra entre las cuales el intérprete puede elegir.

34. DWORKIN, "¿Puede ser que no haya una respuesta...", pp. 159-190. Muchas veces se ha exagerado la tesis de corrección de Dworkin respecto a los casos difíciles argumentando que el autor pretendía defender la existencia de una única respuesta frente a casos complejos. En realidad, pareciera que su propuesta es más minimalista. Simplemente apunta argumentar que la solución se encuentra dentro de los márgenes del derecho y no fuera de este como defienden autores positivistas.

35. New York Court of Appeals, "Riggs vs. Palmer".

tancia elimina toda diferencia sobre la naturaleza de los casos o sobre el proceso cognitivo de reglas.

El caso mencionado discutía el derecho de un heredero (Elmer Palmer) de suceder a su abuelo (Francis Palmer), a quien había envenenado para evitar que modificara el testamento realizado a su favor. Luego de ser encarcelado, las hijas de la víctima solicitaron a la Justicia civil que anulara el testamento. Aun cuando por ese entonces el asesinato del causante no estaba previsto como causal de desheredación por la ley de Nueva York y los precedentes judiciales en la materia avalaban la postura de Elmer, la Corte de Apelaciones de Nueva York, en un fallo dividido, determinó que no tenía derecho a heredar. Habilitarlo, entendieron, violaría el principio que impide beneficiarse del propio accionar ilícito.<sup>36</sup> El caso fue utilizado por Dworkin para demostrar cómo operan los principios de justicia en el razonamiento jurídico, atacando así los presupuestos normativos del positivismo jurídico para el cual solo los hechos sociales o las fuentes conforman el derecho. Pero sus efectos pueden ser leídos de otra forma. Ahora, cualquier regla jurídica por más clara y sencilla que resulte siempre podría ser juzgada a la luz de un principio que por su propia naturaleza tendería a imponerse.<sup>37</sup>

Como recuerda Farrell la mayor parte de los esfuerzos positivistas por responder esta objeción fueron puestos en demostrar cómo la regla de reconocimiento podía ser perfectamente compatible con la noción de principios de Dworkin, en la medida en que esta regla podía incluirlos. Sin embargo, la respuesta brindada por los positivistas no parece haber sido el razonamiento seguido por el voto mayoritario del caso.<sup>38</sup> Dichos jueces no

36. La minoría, en cambio, se acogió a la solución legislativa, remarcando que, si fuera por meras consideraciones de equidad, el caso debería resolverse en favor de los actores pero desestimaron que ese rol corresponda al juez. La noción de "equidad", en este caso, no está planteada con relación a una práctica comunitaria incumplida como veremos más adelante sino en términos absolutos como adhesión a un valor moral sobre aquello que es justo.

37. Existen dos lecturas que pueden llevarse a cabo sobre el alcance que Dworkin asigna a la noción de principios. La primera lo asocia con la postura del iusnaturalismo clásico interpretando que la idea de principios debe entenderse en términos de "corrección moral". La segunda, como veremos más adelante, como el reflejo o la proyección de una práctica comunitaria llevada a un plano más general cuyo alcance puede ser probado independientemente de la postura del intérprete sobre su valor moral.

38. Para un análisis pormenorizado sobre el debate en torno al caso véase FARRELL, "Positivismo Jurídico: Dejen que herede Palmer", pp. 63-84.

dudaban acerca del material jurídico aplicable ni sobre su alcance. Simplemente, consideraron que la norma sucesoria y los precedentes judiciales aplicables eran inaceptables a la luz de consideraciones morales.<sup>39</sup> Por lo tanto, en sentido estricto, no había ningún problema interpretativo sobre el sentido de las reglas en cuestión. En todo caso, se planteaba un conflicto moral con su contenido. En otras palabras, el caso "Riggs vs. Palmer" era por así decirlo un "caso fácil" solo que la solución normativa fue considerada irrazonable y, por lo tanto, inaplicable.<sup>40</sup>

De todas formas, la "lógica Riggs" no parece ser el razonamiento empleado por los jueces en el derecho anglosajón para aplicar el derecho. No creo que ningún sistema pueda funcionar con esta lógica salvo uno que presuponga un poder absoluto de los jueces para juzgar el contenido moral

---

39. Probablemente Dworkin argumentaría que la posición de los jueces no reflejaba una posición meramente moral sino jurídica en la medida en que el principio aplicado formaba parte de ese sistema normativo. En definitiva, este parece el debate central que Dworkin mantiene con el positivismo. Sin embargo, en el caso en cuestión, no existe clara evidencia de que el principio invocado forme parte del sistema jurídico norteamericano, por lo menos, con el alcance atribuido. Ello surge tanto de los precedentes judiciales aplicables como del valor que en el derecho anglosajón tradicionalmente se le ha dado a la autonomía de la voluntad, en especial, a las decisiones de última voluntad. De hecho, la principal fuente "normativa" utilizada por el voto mayoritario para avalar la aplicación del principio no es otra que la noción aristotélica de "equidad" entendida como "justicia". Dicha circunstancia permitiría abonar la sospecha de aquellos que vinculan a Dworkin con el iusnaturalismo o, aún peor, con una suerte de moralismo ideológico. FARRELL, "An Obsession with Unity".

40. La facilidad o simpleza de un caso no dice nada acerca de la moralidad, conveniencia o razonabilidad de su solución. Por ejemplo, si el Estado dictara una ley que autorizara a las fuerzas de seguridad a aplicar mecanismos de tortura para la investigación de graves delitos (ej. terrorismo) y al oficial a cargo de un interrogatorio se le ordenara torturar a un presunto terrorista para obtener valiosa información, no habría ninguna duda acerca de la claridad de la orden o la competencia de su superior para dictarla, sin perjuicio de la inmoralidad de la orden. En otras palabras, el oficial debería negarse a cumplir la orden no por razones jurídicas sino por razones morales. Lo mismo podemos decir del caso New York Court of Appeals, "Riggs vs. Palmer". Al igual que lo decidido en el caso CSJN, "Saguir y Dib, Claudia Graciela", en el que se autorizó la ablación de un órgano de una menor próxima a adquirir la mayoría de edad para salvar la vida de su hermano en contradicción con las rígidas pautas de la ley de trasplante de órganos entonces vigente que solo autorizaban esta práctica respecto de mayores, la mentada interpretación de la regla luce como un pretexto dirigido a corregir o sortear un resultado legal palmariamente injusto. Si bien este criterio para derrotar o excluir normas jurídicas en casos extremos puede ser aceptado, no puede hacerse valer como regla. De lo contrario, se dañaría en forma irremediable la autoridad del derecho.

de las normas o, directamente, con facultades para dictarlas. En el mundo anglosajón, la faz creativa o interpretativa de los jueces se expresa como un proceso de paulatino desarrollo a través de los precedentes judiciales en ausencia de normas formales aplicables (lagunas) o cuando la aplicación de esas reglas resulta oscura o dudosa. Si bien es cierto que, en comparación con el modelo continental, los jueces disponen de un marco más laxo para decidir cómo aplicar las normas, el ejercicio de dicha facultad justamente es posible ante la menor presencia de normas formales o la existencia de un espectro normativo más amplio.<sup>41</sup> En cambio, no crean reglas desconociendo normas aplicables, salvo que estas violen otras normas de superior jerarquía en cuyo caso juzgan su compatibilidad.

Aun en el campo del derecho constitucional en el que precisamente el marco interpretativo de las normas es por definición más amplio y controvertido que el resto del ordenamiento,<sup>42</sup> las decisiones judiciales no se basan en consideraciones morales de los jueces sobre la corrección de las normas, al menos, como regla. Por lo general, en aquellos casos que deben interpretar su alcance, el peso de la decisión está dirigido a identificar el valor subyacente a la norma constitucional analizada. El juez intenta identificar aquellos valores que han sido reconocidos y protegidos por la comunidad a lo largo del tiempo y que se encuentran enraizados en su tradición y reflejados en dicha norma. Ese reconocimiento se encuentra

41. El uso de la regla de precedentes genera un ejercicio interpretativo de por sí en tanto confiere cierto poder hermenéutico a cargo de quien debe aplicar el precedente. Primero para delimitar la regla que se desprende del fallo (*holding* o *ratio decidendi*), no debemos olvidar que el precedente a diferencia del fallo plenario no está formulado como regla general sino como caso particular. Segundo para determinar si la regla es aplicable a su caso. La existencia de algunas divergencias de hecho con el caso analizado podrían bastar para excluirlo. GONZÁLEZ BERTOMEU, "¡Sin Precedentes!", pp. 1-63.

42. El carácter controversial del texto constitucional refiere a que varias de sus cláusulas apelan a conceptos polémicos tales como libertad, igualdad o democracia en los cuales los desacuerdos no se plantean en la periferia sino en el núcleo o en la definición misma del concepto (GALLIE, "Essentially contested concepts", pp. 167-198). Ello significa que el posicionamiento político del intérprete tiene entidad para definir su significado. Sin embargo, como remarca Rosler, aun ante conceptos controvertidos o polémicos, existen mínimas definiciones que el intérprete debería aceptar o compartir para emplearlos cabalmente (ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona..."). Por ejemplo, si alguien invocara el término "democracia" sin aceptar la regla de la mayoría como criterio de decisión no estaría realmente hablando de ese concepto de la misma forma que si entendiera el término "libertad" como sometimiento o "igualdad" como discriminación.

fuertemente condicionado por el pasado (rol que cumplen los precedentes) sin que esté excluida la posibilidad adaptación progresiva de esos principios.<sup>43</sup> Por lo tanto, el juez anglosajón actuaría más como un guardián de hábitos y costumbres comunitarias que como una fuente de corrección moral dirigido a sentar o definir escala de valores conforme a una teoría moral.<sup>44</sup> Si bien el alcance de un hábito o una costumbre no es acabado y pueden surgir desacuerdos sobre su alcance que darían origen a nuevos problemas interpretativos (en especial, si tenemos en cuenta que más de una tradición puede encontrarse en juego),<sup>45</sup> en aquellos períodos en que

43. La reconstrucción de convenciones y prácticas comunitarias ha sido importante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos para interpretar el alcance de la cláusula sobre debido proceso sustantivo (*Substantive Due Process*) como señala el profesor SUNSTEIN, "Sexual Orientation and the Constitution...", p. 1161-1179. Pero también, a diferencia de la opinión de este autor, la historia ha sido un factor relevante para interpretar el alcance la cláusula de igualdad ante la ley (*Equal Protection Clause*) a fin de poder evaluar el tipo de protección que cabe reconocer a grupos tradicionalmente desfavorecidos o excluidos. Véase, YOUNG, "Rediscovering conservatism: Burkean political theory and...", p. 690, nota al pie 354. El peso sobre el valor del precedente se ha visto en diferentes casos de relevancia como SCOTUS, "Planned Parenthood vs. Casey" en el cual, a pesar de que la mayoría conservadora entonces dominante en el supremo tribunal discrepaba con línea argumental del caso SCOTUS, "Roe vs. Wade", que legalizó el aborto, ratificó su *holding* entendiendo que sería imprudente revocarlo de acuerdo con las expectativas sociales generada por el fallo y ante la necesidad de defender la consistencia de sus decisiones. Por lo general, las cortes más conservadoras han apelado a interpretaciones más originalistas y las más progresistas dinamistas del texto constitucional, pero ambas intentan establecer un vínculo entre la interpretación que presentan y un pasado que refleja los principios comunitarios. Por ello, el mayor desafío de este sistema, como cualquiera basado en el peso de la tradición, se plantea cuando la decisión judicial produce una ruptura directa con el precedente aplicable.

44. En este sentido, la metáfora de la novela en cadena captura el funcionamiento de la regla del precedente propia del derecho anglosajón a pesar de no ser una metáfora del todo novedosa. Ya Edmund Burke había empleado una metáfora similar para justificar el valor de la tradición. Burke hablaba de la tradición como la construcción de un edificio a través de diferentes generaciones.

45. En algunos casos es inevitable para el juez establecer o definir un orden de valores de tradiciones que entran en conflicto como ocurre en el caso SCOTUS, "Marsh vs. Chambers" en el cual la Corte tuvo que determinar si la práctica de la legislatura del Estado de Nebraska de contratar un capellán para el inicio de las sesiones legislativas violaba la cláusula constitucional que prohíbe al Congreso Federal establecer una religión (*Establishment Clause*). La decisión no supone proyectar un orden personal de valores o la adopción de una teoría moral sobre lo justo. El juez intenta reconstruir el orden que la comunidad le ha

los jueces pretendieron apartarse de las restricciones hermenéuticas impuestas por las normas constitucionales o valerse del peso de la tradición para imponer su propio criterio de corrección sobre las normas, su autoridad muchas veces quedó profundamente dañada.<sup>46</sup>

Tal vez, si dejamos de lado el caso "Riggs vs. Palmer" y leemos a Dworkin desde esta óptica anclada más en el peso de la tradición y las convenciones que en la corrección moral de la interpretación o, mejor expresado, si la corrección se entiende como la mejor reconstrucción de los valores de una comunidad enraizados en sus tradiciones, la teoría de Dworkin, como parece advertir Rosler en una nota al pie hacia el final de

---

dado a esos valores en conflicto plasmados por el texto constitucional (la solución justa estaría delimitada por las normas constitucionales). En el caso, la Corte avaló dicha práctica haciendo hincapié en sus orígenes y en su mantenimiento en el tiempo incluso por quienes adoptaron la Enmienda, amén de aplicar un test para evaluar casos de legislación religiosa conocido como *Lemon test* (SCOTUS, "Lemon vs. Kurtzman"). Recientemente, el tema volvió a plantearse respecto a oraciones en reuniones de un ayuntamiento municipal en el caso SCOTUS, "Town of Greece vs. Galloway". La Corte volvió a ratificar la validez de dicha práctica con similares argumentos, si bien la minoría expuso las diferencias de hecho que subsistían con el caso "Marsh" y permitían apartarse de la doctrina emergente de ese precedente. SCOTUS, "Marsh vs. Chambers", voto en disidencia de la Jueza Kagan.

46. Probablemente, uno de los periodos más recordados tuvo lugar a principios del siglo XX cuando la Corte Estadounidense se enfrentó con el gobierno federal luego de declarar inconstitucionales las primeras normas de protección laboral y aquellas dirigidas a regular la competencia entre Estados (limitación de jornada laboral, protección federal contra el trabajo infantil, salario mínimo de trabajadoras) basándose en los principios económicos del libre mercado —*laissez faire*— que proyectaron a la Constitución (SCOTUS, "Lochner vs. New York"; SCOTUS "Hammer vs. Dagenhart"; SCOTUS, "Adkins vs. Children's Hospital). La controversia con el poder político escaló a tal punto que el Presidente Roosevelt propuso limitar la edad de los jueces federales y ampliar el número de miembros de la Corte Suprema (ROOSEVELT, "Fireside Chat", 09/03/1937; BREST, LEVINSON, BALKIN y otros, *Processes of Constitutional Decisionmaking*, pp. 626-630). Por entonces, Roosevelt defendía su proyecto argumentando: "Quiero una Corte Suprema que haga justicia bajo la Constitución —no sobre ella—. En nuestras cortes queremos un gobierno de leyes no de hombres. Quiero —como todos los norteamericanos— un poder judicial independiente como propusieron los redactores de la Constitución. Eso significa una Corte Suprema que aplique la Constitución como está escrita —que se va a negar a reformar la Constitución a través del ejercicio arbitrario del poder judicial— o reformarla a través de la opinión judicial (*judicial say so*)" (pp. 627-628, traducción propia). Si bien la propuesta no prosperó, rápidamente impulsó un cambio jurisprudencial por parte del máximo tribunal de ese país (SCOTUS, "West Coast Hotel vs. Parrish"; SCOTUS, "NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp").

su artículo, nos ofrece una reconstrucción cercana a la forma en que se desarrolla el sistema anglosajón.<sup>47</sup> Podemos encontrar cierta objetividad en la práctica de los precedentes judiciales que contribuyen tanto a limitar el proceso interpretativo de reglas como a construir un relato encadenado de interpretaciones. Sin embargo, los valores que nos ofrece la tradición de una comunidad no son siempre transferibles a otras ni tampoco, necesariamente, se encuentra alineada con nuestra visión moral.<sup>48</sup> Podemos pensar que la defensa de ciertos valores a lo largo del tiempo dice algo acerca de su contenido moral. Los ingleses defendían el valor de su tradición liberal presuponiendo cierta razonabilidad en esa práctica o una suerte de "racionalidad artificial" construida en el tiempo, pero cuyos orígenes se encuentran emparentados con el lenguaje del derecho natural.<sup>49</sup> Desde esta lógica, las convenciones o las prácticas comunitarias cobran con el tiempo tanta relevancia como el texto escrito en sí.<sup>50</sup> También es cierto que incluso en

47. "Quizás entonces el interpretativismo dworkiniano se sienta más cómodo hasta cierto punto en países del *common law*, pero tiene serias dificultades para explicar los sistemas continentales o de derecho civil" (ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...", p. 24). Si bien Young plantea una relación de opuestos entre Burke y Dworkin también reconoce una posible lectura que los hace compatibles: "El concepto de 'encaje' de Dworkin —bajo el cual cualquier teoría sobre la decisión construida por el juez debe encajar y justificar la mayoría de las reglas legales, los precedentes y las instituciones existentes [...]—, se asemeja a la insistencia de Burke que los reformistas deben 'hacer las reparaciones tan cerca como sea posible del estilo del edificio' [...] Sin embargo, la desconfianza de Burke en el racionalismo y la abstracción debe llevar a los conservadores a sospechar de Hércules como figura súper humana, a pesar de la concesión de Dworkin de que Hércules es simplemente un ideal al que los jueces reales deberían aproximarse" (BURKE, *Reflections on the Revolution in France* p. 691, nota al pie 356, traducción propia).

48. Es probable que bajo esta lectura Dworkin pierda parte de su atractivo en la medida que lo acerca a autores de la cultura anglosajona calificados como "conservadores" tales como Edmund Burke o Albert Venn Dicey, propios del constitucionalismo inglés. Es interesante notar que nuevas lecturas reconstruyen a Burke más como un hombre de Estado que como un conservador moderno (JONES, *Edmund Burke and the Invention of...*; BOGUS, "Rescuing Burke", p. 387). También Dicey ha sido una figura reivindicada en el último tiempo. WALTERS, "Dicey on Writing the Law of the Constitution", pp. 21-49.

49. GREY, "Origins of the unwritten constitution: fundamental...", pp. 852-853; POCKOCK, "Burke and the Ancient Constitution...", pp. 290-291.

50. Dicey entendía que el derecho constitucional inglés se componía por dos tipos de normas: "Las leyes de la Constitución (*The laws of the Constitution*) y "Las Convenciones de la Constitución" (*The Conventions of the Constitution*). A su vez clasificaba a las primeras en dos principios: la soberanía del Parlamento (*Parliament sovereignty*) y el Imperio de la

el derecho anglosajón esta práctica encuentra límites en las normas —en especial penales— como prueba la prohibición de la constitución de Estados Unidos de dictar leyes penales retroactivas (art. I, sec. 9 inc. 3ro)<sup>51</sup> y no está exenta de riesgos como lo acredita el fallo “Plessy vs. Ferguson”<sup>52</sup> en virtud del cual durante más de 50 años se defendió la constitucionalidad de una práctica aberrante como la segregación racial. También es factible pensar que en este caso haya existido una reconstrucción equivocada sobre los principios que gobernaban las convenciones aplicables.<sup>53</sup>

Nuestro país copió con adaptaciones criollas el modelo constitucional norteamericano, incorporando por ello su modelo judicial (desdoblamiento de la jurisdicción —federal y local—, control judicial de constitucionalidad difuso, designación de los jueces a través de un órgano político).

---

Ley (*Rule of Law*). La diferencia entre las leyes constitucionales y las convenciones constitucionales para el autor no radicaba como podría suponerse en su carácter escrito sino en su posibilidad de ser ejecutadas por un tribunal, ventaja que solo ofrecen las primeras (DICEY, *An Introduction to the Study of...* pp. 23-24). Véase también AMAR, *America's unwritten constitution: The precedents and...*

51. De la misma forma Dicey afirma que el primer principio que incluye el *Rule of law* es que el castigo solo puede proceder de una ruptura a una ley (DICEY, *An Introduction to the Study of...*, pp. 183-191).

52. SCOTUS, “Plessy vs. Ferguson”.

53. Si bien es cierto que el mundo anglosajón impuso el esclavismo y, posteriormente, los Estados del Sur de Estados Unidos instrumentaron una política segregacionista, la proyección de los ideales de la tradición anglosajona forjados bajo los principios republicanos de libertad o igualdad que condujeron a la ruptura con Inglaterra primero y luego a la creación de un nuevo Estado, tornaban incompatible dicha práctica con esa tradición. En este sentido, Young argumenta: “La primera etapa en este argumento está basada en la observación que ‘los principios abstractos’ pueden servir como ‘una fuente de presión progresiva’. Estos principios no son el producto de una teoría metafísica, más bien son simplemente las tradiciones de la sociedad llevadas a un nivel más elevado de generalidad” (YOUNG, “Rediscovering conservatism: Burkean political theory and...”, p. 702). Al igual que Dworkin, el autor toma como referencia la agenda del movimiento de los derechos civiles la cual se basó en la apelación a los valores clásicos (libertad e igualdad) de la tradición política norteamericana. En algún punto Dworkin y Young están señalando el mismo fenómeno, pero por caminos diferentes. Para Dworkin el valor de estos principios de justicia estaría dado por su peso moral. Para Young por su conexión con una práctica comunitaria. Llegado a este punto reconozco que el problema se asemeja un poco al juego del huevo y la gallina. Es difícil determinar si primero está el valor moral y luego la convención que los adopta o viceversa. Probablemente para un Humeano primero está la convención. En cambio, para un Kantiano primero el valor moral.

Sin embargo, nuestra práctica judicial difirió bastante de la práctica de ese país. En gran parte porque nuestra práctica jurídica está atravesada por una tradición distinta. En la Argentina, como en cualquier comunidad de raíz continental, la concepción sobre el rol del juez se acercaba más al rol de ejecutor de reglas que al garante o intérprete de principios constitucionales. El marco interpretativo del juez estuvo siempre condicionado por rígidas normas emergentes de los Códigos dictados por una misma autoridad (conf. art. 75 inc. 12 CN) y una educación formalista basada en el estudio de normas (o de comentaristas de esas normas) que no se ha modificado en lo sustancial hasta la actualidad. Sumado a ello, los jueces profundizaron el perfil civilista y se desvincularon de su rol constitucional en el marco de la inestabilidad política que marcó al país durante buena parte del siglo XX.

La reforma constitucional de 1994 intentó dar un renovado impulso al rol constitucional de los jueces ampliando nuestra carta de derechos constitucionales, principalmente, a través de la incorporación de tratados de derechos humanos al texto constitucional.<sup>54</sup> Si bien inicialmente la aplicación de este nuevo mandato fue tenue, con el cambio en la composición de la Corte Suprema operado en el año 2004, comenzó a hacerse notar. Cada vez con mayor frecuencia primó la lectura constitucional en el razonamiento judicial, en el cual se incorporaban no solo las normas constitucionales sino también los instrumentos internacionales y las interpretaciones o estándares de sus órganos de aplicación.

En los últimos años, la profundización de este modelo parecería haber creado un nuevo paradigma acerca del rol del juez. Pasó de ser un ejecutor pasivo de reglas a un intérprete moral activo. Las normas entonces comenzaron a ser tomadas como guías a ser evaluadas a luz de principios constitucionales o internacionales. Incluso, ante la falta de claro respaldo normativo o mediante la implementación de lecturas sumamente amplias sobre el contenido de estos instrumentos o el alcance de estos principios. En tanto todas las áreas del derecho se encuentran alcanzadas por principios derivados del texto constitucional o de instrumentos internacionales, esta posición llevada al extremo torna irrelevante la ley. El juez siempre se

54. Esta estrategia no fue aislada sino común a distintos países de Latinoamérica que atravesaron trágicas experiencias de gobiernos dictatoriales o conflictos internos (entre otros véase las reformas constitucionales de Brasil —1988— y Colombia —1991—). El derecho internacional de los derechos humanos intentó blindar el sistema democrático, proteger derechos políticos y los derechos de minorías.

encuentra en condiciones de valerse de un principio a partir del cual juzgar la validez de la norma analizada.

Por otra parte, no rige en nuestro país una regla sobre la obligatoriedad de los precedentes, por lo menos, aplicada en forma homogénea, circunstancia que dificulta la posibilidad de encontrar interpretaciones del texto constitucional consistentes en el tiempo.<sup>55</sup> Los tribunales tienden a realizar un seguimiento condicionado de las resoluciones del máximo tribunal<sup>56</sup> y este adopta una posición ambigua respecto a las decisiones de anteriores composiciones.<sup>57</sup> Por así decirlo, aplica sus decisiones en la medida en que conforma su contenido.<sup>58</sup> Por lo tanto, en nuestro sistema judicial, los jueces ni parecen estar constreñidos por las reglas formales del derecho continental, ni tampoco, por las reglas informales del derecho anglosajón.

Como consecuencia, aquello que en el último tiempo estamos empujando a vislumbrar no es justamente el desarrollo de un modelo de construcción de reglas y principios basado en la regla de los precedentes y el peso de las convenciones interpretativas, sino más bien un modelo de libre interpretación de valores morales que coloca a los jueces por encima del resto de sus conciudadanos (una suerte de neoplatonismo judicial) o,

55. Para una ilustración sobre este déficit véase SAGÜES, "Interpretación constitucional y alquimia interpretativa...", pp. 151-170.

56. RIVERA & LAGARRE, "La obligatoriedad atenuada de los fallos..." y "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical". Acorde a la doctrina CSJN, "Cerámica San Lorenzo", los jueces se encuentran obligados a seguir los precedentes del más alto tribunal salvo que encuentren nuevos argumentos para apartarse de ellos, excepción que neutraliza la regla (es muy difícil pensar que una decisión pueda agotar el conjunto de razones posibles). Véase GARAY & TORANZO, "Los efectos de las sentencias...".

57. Véase, por ejemplo, la posición adoptada por la Corte Suprema en torno a la constitucionalidad de las leyes que castigan el consumo de estupefacientes. En el lapso de 23 años cambió tres veces de posición CSJN, "Bazterrica, Gustavo Mario"; CSJN, "Montalvo, Ernesto Alfredo"; & CSJN, "Arriola, Sebastián".

58. La excepción estaría dada por la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. La Corte Suprema ha receptado en todos sus alcances la doctrina del control de convencionalidad que impone una regla de precedente sobre la jurisprudencia de la Corte IDH (CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo" y CSJN, "Videla, Jorge Rafael") y ha reconocido valor vinculante a las recomendaciones definitivas de la CIDH (CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo"). Ello no ha impedido el uso selectivo de la doctrina. Véase el caso CSJN, "Acosta, Jorge Eduardo", donde se juzgaba el límite de la prisión preventiva en un caso de lesa humanidad sobre la base del precedente de la Corte IDH, "Bayarri vs. Argentina", que determinó límites en el empleo de ese instrumento.

directamente, los vuelven dependientes de la aprobación popular de sus decisiones (una suerte de populismo judicial) o del poder político de turno. Cada intérprete juzga la validez del derecho en función de consideraciones morales amparándose para ello en el carácter “indeterminado” del derecho y el valor de los principios.

Así, desde este nuevo paradigma encontramos jueces dispuestos a distribuir costas judiciales en base a criterios no previstos en las normas aplicables,<sup>59</sup> ejecutar en forma retroactiva índices de actualización de indemnizaciones en directa contradicción con las pautas temporales expresadas en la ley,<sup>60</sup> emplear procesos de ejecución por vías no autorizadas en la normativa aplicable,<sup>61</sup> extender el marco de responsabilidad civil de aseguradoras a riesgos no asegurados ni estipulados por ley,<sup>62</sup> declarar la inconstitucionalidad de normas civiles<sup>63</sup> o comerciales<sup>64</sup> en base a lecturas

59. Véase caso CSJN, “López, Enrique Eduardo”, que revocó la decisión de la Cámara laboral de imponer las costas del proceso a la parte triunfante en oposición a las reglas instituidas por el art. 69 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

60. Véase caso CSJN, “Espósito, Dardo Luis”, que revocó la decisión de un tribunal de alzada de aplicar en forma retroactiva el índice de actualización para indemnizaciones por accidentes y enfermedades laborales sancionado por la ley 26.771 en violación a las pautas temporales de dicha norma.

61. Véase caso CSJN, “Unión Personal de Fábricas de Pintura y Afines de la R.A.” que revocó la decisión de la Cámara laboral de extender por vía analógica el procedimiento ejecutivo para el cobro de aportes sindicales previsto en la ley 24.642 respecto al cobro de aportes solidarios de trabajadores no afiliados.

62. Véase caso CSJN, “Flores, Lorena Romina” que revocó la decisión de la Cámara civil de declarar inoponible a la víctima de un accidente de tránsito el límite de la cobertura establecido en la póliza de responsabilidad civil de automotores.

63. Véase caso CSJN, “Lima, Maira Joana”, que revocó la decisión de la Cámara civil de declarar inconstitucional el art. 1078 del antiguo CCiv. que establecía restricciones a la legitimidad activa para reclamar una reparación por daño moral.

64. Véase el voto en disidencia de los jueces Rosatti y Maqueda en el caso CSJN, “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia”, que declararon la inconstitucionalidad del orden de preferencia de créditos concursales reconociendo privilegio a un crédito quirografario emergente de una reparación de daños y perjuicios de un menor. Juzgaron que en virtud de las particularidades del caso dicho régimen violaba normas y principios derivados de instrumentos internacionales (Convención sobre Derechos del Niño, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Convención Americana de Derechos Humanos, etc.) o del texto constitucional (art. 75 inc. 23 CN). En contraposición, véase el análisis del voto mayoritario sobre la naturaleza de los créditos concursales y la eventual incompatibilidad del régimen de privilegios establecido por el legislador con los

discutibles sobre el alcance de normas constitucionales, modificar los alcances de tratados internacionales<sup>65</sup> o de la propia Constitución empleando criterios opuestos a su texto,<sup>66</sup> denegar beneficios legales a imputados sin que medie excepcionalidad legal.<sup>67</sup> Esta posición ha llegado al extremo de interpretarse que una ley penal “interpretativa” de carácter retroactiva no reviste ese carácter dado que su naturaleza “interpretativa” impide considerarla una ley *ex post facto* aun cuando sus efectos pretendan regular hacia el pasado.<sup>68</sup>

---

instrumentos aludidos.

65. Véase caso CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo” que reconoció fuerza vinculante a las recomendaciones definitivas emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 CADH) apartándose del significado literal del término “recomendación”, de los precedentes de la CSJN, “Acosta, Claudia Beatriz” y CSJN, “Felicetti, Roberto” y del procedimiento contencioso específicamente contemplado por la Convención Americana para lograr que las decisiones emitidas por un órgano de este sistema sean vinculantes para los Estados (arts. 61.1 y 63.1 CADH). Como lo expone la disidencia de la Dra. Carmen Argibay (consid. 9 a 12), si un Estado incumple las recomendaciones preliminares de la Comisión IDH (art. 50 CADH), este organismo tiene dos opciones a su alcance (art. 51.1 CADH): llevar el caso ante la Corte IDH para lograr una sentencia de cumplimiento obligatorio o elaborar un informe con su recomendación final. No tendría mayor sentido el primer camino (procedimiento jurisdiccional), si el segundo (recomendación definitiva) permitiera alcanzar el mismo resultado (ejecución de la decisión).

66. Véase caso CSJN, “Orellano, Francisco Daniel”, que revocó la decisión de Cámara laboral de reconocer el ejercicio de la titularidad de los derechos colectivos derivada de la representación de los trabajadores (derecho de huelga) a trabajadores que no se encontraban inscriptos como entidad sindical, asignando al término “gremios” un sentido contrario al orden gramatical sentado por el art. 14 bis párr. 2do CN.

67. Véase CSJN, “Villamil, Amelia Ana” —sobre la prescripción de la acción civil derivada de crímenes de lesa humanidad anteriores a la reforma del Código civil—; CSJN, “Alespeiti, Felipe Jorge” —sobre la concesión de prisión domiciliaria a condenados por crímenes de lesa humanidad—; CSJN, “Muiña, Luis” —sobre la aplicación de la ley penal más benigna a casos de crímenes de lesa humanidad—. En todos los casos la CSJN revocó las sentencias del tribunal superior de la causa que se había negado a otorgar los beneficios legales con excepción del caso CSJN, “Alespeiti, Felipe Jorge” cuyo beneficio aún no ha sido definido (la Corte revocó el caso por falta de fundamentación y ordenó dictar nueva sentencia).

68. Véase el voto de los jueces Rosatti y Highton de Nolasco en el caso CSJN, “Batalla Rufino” que avaló la constitucionalidad de la ley 27.362 dictada para impedir la aplicación de la ley 24.390 (conocida como “ley del 2x1”) a crímenes de lesa humanidad luego de la reacción popular generada a partir del dictado del caso “Muiña”. En contraposición véase la disidencia del Juez Rosenkrantz que declara la inconstitucionalidad de la ley por violar la norma constitucional que prohíbe la aplicación retroactiva de ley penal (art. 18 CN)

Más que plantearse un desacuerdo interpretativo genuino sobre el alcance de la norma aplicable, la constitución o los tratados internacionales, en los citados casos media un manifiesto apartamiento de su contenido.<sup>69</sup> La lógica que parecen adoptar estos jueces para sortear la aplicación de la ley es similar a la empleada en el caso "Riggs vs. Palmer". Primero identifican cuál es la solución justa o conveniente para el caso y luego invocan un principio constitucional, internacional o general para fundamentar dicha solución, presuponiendo que los principios, a diferencia de las reglas, no son interpretables, es decir que existe una noción inequívoca sobre su sentido o alcance (o la ausencia de controversia con otros principios de similar jerarquía).<sup>70</sup>

---

y cuestiona la posición interpretativista adoptada por dichos magistrados. Los restantes magistrados que conformaron el voto mayoritario ni siquiera se expidieron sobre la constitucionalidad de la ley. Reiteraron su voto en disidencia en el caso "Muiña" basado en la aplicación de principios del derecho internacional.

69. En similares términos se ha pronunciado recientemente el Máximo Tribunal: "Que, en efecto, esta Corte tiene reiteradamente establecido que la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra y que, cuando esta no exige esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (CSJN, "Suárez Mason, Carlos Guillermo"; CSJN, "Piñeiro, María Elvira"; CSJN, "Carlos Miguel Kunkel..." y CSJN, "Arcuri, Gabriel Alejandro", entre otros), ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (CSJN, "Ballvé, Horacio Jorge")...". El artículo en cuestión establece que corresponde el adicional de pago único "cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador". La cámara sostuvo que los accidentes *in itinere* se encuentran "al amparo de este adicional, pese a lo confuso de su redacción. [...] el legislador quiso buscar una expresión asimilable a 'en ocasión del trabajo' (el trabajador está fuera del lugar del trabajo, pero está a disposición de su patrón pues se dirige a la empresa desde su casa o viceversa) todo ello en consonancia con lo dispuesto por el art. 9 L.C.T. y el principio de *progresividad* "(énfasis agregado). Esa afirmación de la cámara es completamente arbitraria porque la redacción de la norma no es confusa en absoluto. Con solo atenerse a la literalidad del precepto (atendiendo al primer criterio de la interpretación de la ley, confr. Doctrina de Fallos: CSJN, "Blum, Nicolás Ricardo..."; CSJN, "ATEGAM S.A."; CSJN, "Banco de la Provincia..."; CSJN, "Acosta, Alejandro Esteban", entre otros) y sin necesidad de hacer un mayor esfuerzo intelectual, es posible concluir que la intención del legislador plasmada en la norma ha sido la de circunscribir el beneficio a los infortunios laborales producidos u originados en el ámbito del establecimiento laboral y no a los accidentes *in itinere*" (CSJN, "Paez Alfonso, Matilde", considerando 5to. y 6to.).

70. Esta metodología basada en la aplicación de principios antes que normas permite in-

Esta concepción objetivista sobre los principios resulta difícil de conciliar con los presupuestos de una sociedad pluralista en la que existen desacuerdos razonables sobre el alcance de nuestros valores y, por lo tanto, de nuestros principios. Por ejemplo, como señala el juez Rosenkrantz en el caso "Flores", aun si se evalúa la razonabilidad de los límites de la responsabilidad civil de las aseguradoras a la luz del principio de justicia social (la función social de los seguros) siguiendo el argumento de la Cámara, el alcance de ese principio no es claro. Un sistema que restringe la responsabilidad de las aseguradoras al riesgo de cobertura podría conducir a reducir el precio de las pólizas, generando un mercado de seguros más competitivo y, como consecuencia, permitiendo el ingreso de mayor cantidad de personas al sistema de cobertura. Por el contrario, uno que no dispone de dichas limitaciones tendería a encarecer el precio de la primas, expulsando personas del sistema que eventualmente quedarían sin protección.<sup>71</sup> El mismo tipo de problemas enfrentamos cuando analizamos el criterio de distribución de costas a la luz del principio protectorio de los trabajadores ("López"), las restricciones en la legitimidad para reclamar daños a la luz del principio de reparación integral ("Lima") o el régimen de preferencia de créditos concursales a la luz de otros principios tales como seguridad en las transacciones, protección de menores, trabajadores, etc. ("Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia"). En todos estos casos, la solución está lejos de ser evidente.

Elegimos representantes, debatimos y sancionamos normas justamente para saldar nuestras diferencias valorativas sobre el alcance de los principios y encontrar puntos de acuerdo que guíen nuestras pautas de convivencia. Si bien este método de decisión colectiva no cancela el debate ni garantiza la superación de toda diferencia o el alineamiento de toda regla con los principios y directivas constitucionales, supone, al menos, que la voluntad mayoritaria es aquella más legitimada (y si se quiere mejor posicionada) para establecer el orden de los valores que proyectan nuestras reglas. Toda petición dirigida a excluir alguna de esas reglas entonces presupone un riguroso análisis sobre su compatibilidad.

cluso sortear los costos de declarar la inconstitucionalidad de la norma evaluada como lo advierte la Corte Suprema en el caso CSJN, "Paez Alfonso, Matilde".

71. Véase CSJN, "Flores, Lorena Romina", considerando 9no. del voto del Dr. Carlos Rosenkrantz. También podrían encontrarse razones para defender una posición contraria. Cualquiera fuera la solución daría la impresión de que ella corresponde al legislador.

Quizás porque esta forma de argumentación se ha vuelto frecuente entre ciertos tribunales constitucionales<sup>72</sup> u organismos internacionales<sup>73</sup> con cuyas valoraciones tendemos a coincidir, en algunos sectores se ha generado la creencia de que esta mirada moralizante sobre el derecho es aquella que mejor recepta y protege nuestros derechos fundamentales. Pero ello no necesariamente es así. Si aceptamos la existencia de desacuerdos sociales razonables sobre nuestros valores nada impide que en un futuro nos encontremos frente a jueces con visiones muy distintas a las nuestras que interpreten el alcance de nuestros principios y, por ende, de nuestros derechos de formas que juzguemos inaceptables. En gran medida, el profundo debate que desde hace años divide a la academia norteamericana respecto a la legitimidad democrática de sus jueces para ejercer el control de constitucionalidad se disparó a partir del activismo conservador ejercido por la Corte de ese país luego del activismo progresista ejercido por una anterior composición apoyado, en gran parte, por aquellos mismos que tiempo después procedieron a cuestionarla.

Lo más paradójico de esta forma de abordar el derecho es que contradice el objetivo central de la teoría de Dworkin. El autor siempre enfrentó las tesis escépticas sobre las interpretaciones en el derecho, defendiendo la idea de que si nos tomamos "los derechos en serio" podemos encontrar un sentido de corrección en la interpretación. En cambio, ya sea por deficiencias propias de la teoría, pero, más probablemente, de quienes la aplican, bajo el paradigma interpretativista, la teoría se ha vuelto como una suerte de excusa para permitir que cualquiera desconozca el derecho vigente toda vez que discrepa con su contenido. Basta para ello invocar la interpretación de un principio constitucional. Se trata en realidad de una desnaturalización del rol de los principios. Algo parecido de lo que sucede en ese antiguo capítulo de *Los Simpson* en el que los habitantes de Springfield, guiados por Brad Goodman (un gurú de meditación) en el camino de la introspección y la búsqueda "del niño interior", toman a un trans-

72. Véase la crítica de Juan Gonzalez Bertomeu sobre "la doctrina de la sustitución constitucional" empleada por la Corte Constitucional colombiana para anular reformas constitucionales que pretendan "sustituir" el espíritu liberal que atribuyen a su carta magna. BERTOMEU, "La Onda de la Constitución...".

73. Véase las críticas a la doctrina del control de convencionalidad de MALARINO, "Acerca de la pretendida obligatoriedad de...", pp. 435-457 y CONTESSA SINGH, "¿La última palabra? Control de convencionalidad...", pp. 1-31.

gresor como Bart como modelo de conducta para juzgar el seguimiento de las reglas. Así pasan de celebrar el tradicional "día de haga lo que se le ordene" a "el día de haga lo que se le antoje".<sup>74</sup> Como no podía ser de otro modo, la pretensión de cada habitante de seguir su propio criterio para evaluar el cumplimiento de reglas termina mal. De la misma forma que se expresa Lisa hacia el final de ese capítulo para defender dicho proceso de reflexión personal impulsado por el gurú de meditación, la práctica del *common law* (la regla de precedente, el rol de las convenciones y los principios comunitarios, el juez como garante de ese proceso de desarrollo colectivo) es un camino posible para construir la autoridad del derecho. En cambio, difícilmente sirva como modelo si pretende utilizarse para proyectar nuestra visión moral sobre las reglas que deberían regirnos.

#### IV. LA NEGACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN

La otra cara de este debate desconoce el problema interpretativo de las normas o pretende reducirlo a una operación mecánica según la cual la solución del problema interpretativo transitaría porque el juez se comprometa a "aplicar" la ley. El problema de este viejo axioma montesquiano se plantea en aquellos casos en que tenemos dudas razonables acerca del contenido de la norma aplicable. Ratificar la obligación del juez de aplicar sus términos se vuelve un argumento circular o redundante en la medida en que el problema justamente parte de la ausencia de claridad sobre esos términos cuya aplicación se reclama. En otras palabras, como señala Bulygin, del hecho de que el juez se encuentre obligado a fundar su decisión (si se quiere lógicamente) en una norma, no se desprende que deba actuar como un autómata al aplicarla.<sup>75</sup>

Está claro que *in extremis* este modelo es inviable como lo experimentaron los juristas napoleónicos a poco de poner en marcha el proyecto codificador. La expectativa de que el juez se limitara a ejecutar las nuevas reglas sin llevar a cabo ningún tipo de valoración sobre su alcance chocó contra los problemas a los cuales nos expone la utilización del lenguaje na-

74. Los Simpson, *Bart's inner child* ("El niño que hay en Bart" en su versión en español), Tem. 5, Cap. 7.

75. BULYGIN, "El concepto de eficacia", pp. 22-47.

tural. Los tribunales de casación, originalmente conformados por personas ajenas al ámbito judicial, si bien buscaron reducir las disputas interpretativas en torno a las normas, no lograron eliminarlas. El dictado de reglas interpretativas a través de los fallos plenarios de esos tribunales de revisión facilitó la labor pero bajo ningún punto de vista eliminó el debate sobre el alcance de las reglas, como lo prueban décadas de disputas doctrinarias y jurisprudenciales sobre el alcance de nuestras normas civiles o penales. En especial, porque esas reglas interpretativas también pueden ser materia de interpretación.

La introducción de cartas constitucionales de derechos en estos sistemas solo agravó un debate preexistente. Surgieron así los tribunales constitucionales como nueva barrera de contención de los problemas interpretativos que ahora estos textos más abiertos y controvertidos generaban. La labor de sus integrantes no se distingue sustancialmente de la lógica que emplean los jueces del sistema norteamericano. Ambos intentan delimitar el alcance de sus reglas fundamentales, solo que en el anglosajón ese ejercicio se expande a todos los magistrados sin restricción.<sup>76</sup> En cambio, los jueces del sistema continental están confinados a resolver disputas correspondientes a normas infraconstitucionales, priorizando la deferencia hacia la autoridad legislativa expresada en el Código.

A pesar de que el problema interpretativo no parece ser una realidad desconocida por ningún autor moderno, durante buena parte del siglo XX en distintos ámbitos de nuestro país se gestó la idea de que el formalismo podía ser la solución para los problemas interpretativos del derecho, llevando injustamente a Kelsen como estandarte de una mirada "textualista" sobre la ley.<sup>77</sup> Esta posición quedó particularmente expuesta en el ámbito del derecho constitucional. Con el amparo de doctrinas dirigidas a evitar la intervención del poder judicial en materias reservadas a los poderes políticos

76. En otro sentido, resulta factible pensar que la labor de unos y otros es muy distinta. Mientras en el sistema continental el control constitucional es abstracto y la declaración deroga la norma evaluada, en el anglosajón es remedial o concreto y con efecto *inter partes*. Ello significa que, en el primer caso, el tribunal no está circunscripto por las limitaciones que impone el análisis jurisdiccional del caso.

77. Si bien Kelsen pretendió elaborar una teoría científica dirigida a identificar el concepto del derecho para poder diferenciarlo de otros campos de estudio (en especial, la moral), los problemas interpretativos de las normas nunca le fueron ajenos como surge de su disputa contra Carl Schmitt en torno a la justificación del último intérprete de la constitución alemana. Véase SCHMITT & KELSEN, *La polémica Schmitt/Kelsen...*

(doctrina de "la cuestión política no justiciable") o directamente, basados en el poder de hecho del funcionario de turno, los jueces condujeron a avalar todo tipo de prácticas ajenas al marco constitucional (destitución de jueces,<sup>78</sup> proscripción de partidos políticos,<sup>79</sup> deposición de autoridades),<sup>80</sup> llegándose al extremo de respaldarse la autoridad misma de regímenes dictatoriales fundándose en su capacidad de auto imponerse.<sup>81</sup> El derecho pareció gobernar la moralidad de los actos siendo que desde el punto de vista formal la autoridad de estos gobiernos no era objetable, excepto claro, omitiendo evaluar su falta de legitimidad democrática o constitucional.<sup>82</sup> Aferrarse a la literalidad de las normas o apelar a tecnicismos para obviar su función constitucional pareció transformarse en un refugio común de los jueces para mantenerse en el cargo y sortear costos políticos derivados de su rol.<sup>83</sup> Después de todo, la vigencia de la Constitución era solo "formal". En la práctica, las normas quedaron condicionadas a un solo hecho: la voluntad del régimen de turno.

Sin embargo, con el retorno de la democracia y la restitución plena de la Constitución, con excepción de un período inicial en el que la Corte Suprema juzgó la constitucionalidad de las normas de facto,<sup>84</sup> las normas

78. CSJN, "Avellaneda Huergo, Alfredo", a través del cual se convalidó la remoción de jueces por decreto.

79. CSJN, "Molinas, Ricardo F".

80. CSJN, "Pitto, Luis María".

81. Doctrina que puede definirse como "el derecho de la revolución triunfante". CSJN, Acordada de fecha 10/09/1930, pero cuyos orígenes pueden rastrearse desde la creación misma de la Corte Suprema (CSJN, "Martínez Baldomero"). Sobre los problemas lógicos de este razonamiento. CARRIÓ, *Sobre los límites del lenguaje normativo*.

82. Tal vez desde una posición más "interpretativista" hubiera sido más sensato y efectivo que esos jueces renunciaran a su cargo y evitaran convalidar con sus sentencias un régimen que precisaba justamente de ese reconocimiento judicial para legitimarse.

83. Se plantearon algunas excepciones como los casos CSJN, "Siri, Ángel" y CSJN, "Kot Samuel S.R.L." a través de los cuales se reconoció el ejercicio de la acción de amparo. Probablemente, desde un enfoque formalista los jueces habrían vulnerado la Constitución en tanto no fue hasta el año 1994 que la acción de amparo fuera incorporada en el texto constitucional. También la habrían violado cuando adoptaron el control de constitucionalidad, nacido como una interpretación constitucional (CSJN, "Sojo, Eduardo" y CSJN, "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo") que reprodujo la lógica del célebre caso SCOTUS, "Marbury vs. Madison".

84. CSJN, "Aramayo, Domingo Raúl"; CSJN, "Dufourq, Félix E".

que castigaban la tenencia de estupefacientes<sup>85</sup> o las normas que prohibían el divorcio vincular,<sup>86</sup> se retornó a la senda formalista y se sometió a los jueces a los designios de las autoridades políticas antes que a la autoridad de la Constitución. Mediante el empleo de una lógica formal similar a la de otros tiempos, la Justicia convalidó y hasta amplió las facultades constitucionales de los poderes públicos.<sup>87</sup>

Los defensores del formalismo podrían argumentar que, en realidad, lejos de haber existido una aplicación rigurosa de la ley, en todos estos casos medió un apartamiento manifiesto de las normas constitucionales aplicables. Se trataría entonces de una muestra más de la supremacía del formalismo sobre el interpretativismo. Pero en algún punto el argumento comienza a sonar circular y pareciera acercarse al razonamiento que suelen criticar. Frente a una discrepancia interpretativa genuina en torno al alcance de las normas sería necesario establecer algún criterio de corrección para poder delimitar su alcance. Si la solución propuesta transita por exigir la aplicación rigurosa de sus términos, como vimos, el resultado es autofrustrante o puede llevar a vaciarla de contenido. Por ejemplo, si se analizara el alcance de la libertad de expresión a la luz del art. 14 CN (derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa) desde una mirada formalista, se caería en el absurdo de sostener que toda publicación de ideas que no tenga lugar "por la prensa" no estaría protegida por la Constitución y, por lo tanto, podría ser pasible de ser prohibida por la autoridad pública. Ni que hablar si pretendiéramos discutir temas más complejos como distribución de pauta oficial o discursos de odio en el marco de la citada norma constitucional.<sup>88</sup>

85. CSJN, "Bazterrica, Gustavo Mario".

86. CSJN, "Sejean".

87. En tanto la doctrina sobre "cuestiones políticas no judiciales" recibió fuertes críticas, durante los '90 primó más el empleo de la doctrina de "falta de agravio" o "falta de legitimidad activa" como instrumento dirigido a permitir que el Poder Judicial decline su intervención. Véase GELLI, *Constitución de la Nación...*, pp. 538-539.

88. También enfrentamos el mismo problema frente a normas de derecho común. Por ejemplo, el art. 30 LCT determina la extensión de responsabilidad en materia laboral cuando existe un supuesto de tercerización o subcontratación de la actividad "normal y específica propia del establecimiento". Determinar cuál es esa actividad incluida dentro del marco de dicha norma no es una tarea sencilla. Una lectura demasiado restrictiva llevaría a anular los supuestos de tercerización como en CSJN, "Rodríguez, Juan R. c/ Compañía Embotelladora" en el cual se desestimó que el embotellamiento de gaseosas fuera parte de la

La solución que entonces suele presentarse no es otra que el originalismo. Si la interpretación en algunas circunstancias es inevitable, entonces deben aplicarse las convenciones originales vigentes al tiempo de sanción de la ley o las intenciones de sus legisladores de forma de guardar la mayor deferencia a la autoridad legislativa, genuina representante de la voluntad popular.<sup>89</sup> Esta solución, no exenta de problemas, puede ser plausible en un sistema continental donde los jueces no tienen la potestad de interpretar la Constitución y se limitan a aplicar normas dictadas por una autoridad legislativa que ostenta una supremacía institucional. Pero trasladado al campo de la interpretación constitucional puede volverse riesgosa. No solo porque en muchos casos desconocemos o discrepamos sobre el contenido o alcance de esas convenciones o intenciones, sino más importante, porque aun cuando fueran identificables muchas de ellas resultan incompatibles con la evolución que ha tenido el texto constitucional. En otras palabras, detrás de la promesa de fidelidad al legislador o al constituyente, también parece ocultarse un moralismo selectivo del intérprete.<sup>90</sup>

Tampoco parece que esta conducta ritualista u originalista haya resultado mejor que el interpretativismo para construir la autoridad del derecho. Más bien favoreció su desprestigio. En gran medida porque la expectativa que recae sobre todo tribunal constitucional es que interprete la Constitución para evitar el avasallamiento de sus derechos o actúe como límite a los abusos de los poderes públicos dentro de las facultades provistas por un texto abierto. Desde esta óptica, el formalismo expresado bajo la doctrina

---

actividad normal y específica de una empresa dedicada a la producción de gaseosas. Por el contrario, una interpretación demasiado amplia llevaría a obligar a las empresas a responder por cualquier tipo de actividad, incluso, aquellas típicamente complementarias (seguridad, limpieza, etc.).

89. Sobre las diferencias que subyacen entre el originalismo y la interpretación fundada en la evolución de la tradición véase YOUNG, "Rediscovering conservatism: Burkean political theory and..."

90. El profesor Rosler señala que dado que nuestra Constitución fue modificada en el 1994 esta teoría no sería tan problemática o sería más difícil plantear el riesgo de ser gobernados por la "mano muerta del pasado" (ROSLER, "Hermes o la continuación de Antígona...", pp. 20-21). En primer lugar, no toda la Constitución fue modificada en el '94. Una parte importante mantuvo el contenido definido hace más de un siglo (ley n° 24.309, art. 6). En segundo lugar, aun aquellos aspectos reformados en el 1994, ofrecen problemas. En parte porque la reforma es producto de un pacto político entre las dos fuerzas mayoritarias (el conocido "Pacto de Olivos") que fue obligado a ser aprobado a libro cerrado. En otras, porque simplemente la búsqueda de antecedentes no aporta demasiada información.

de autorestricción jurisdiccional o del textualismo se transformó más en un reaseguro para avalar los abusos del poder político que una doctrina dirigida a garantizar deferencia hacia la voluntad popular.

Podría pensarse que la senda interpretativista inaugurada por el máximo tribunal a partir del año 2004 se explica como una reacción frente a la excesiva pasividad formalista de la anterior composición.<sup>91</sup> A través de una activa intervención en defensa de los derechos constitucionales (en especial, los derechos de grupos desaventajados) y, en muchos casos, de una lectura extensiva del texto constitucional, la Corte Suprema intentó revertir su cuestionada imagen. Por ello, en gran medida, la agenda de esta nueva composición arrancó por intervenir en todas aquellas materias en las cuales la anterior se había negado mediante el empleo de argumentos formalistas. Un contraste por oposición. Es cierto que, profundizada esa posición, condujo al problema en que nos encontramos en la actualidad, particularmente, al ser potenciada por jueces de otras instancias que, en muchos casos, emplean menor rigurosidad para interpretar las normas. Pero no es menos cierto que también sirvió para reconstruir la desgastada autoridad del máximo tribunal.

Algunas de las críticas en torno al interpretativismo que hoy se multiplican, en algún punto parecen abogar por un retorno a ese modelo ritualista u originalista. Pareciera haber existido un pasado (siempre mejor) en que el derecho argentino era respetado y aplicado por todos siguiendo las bases de un modelo continental. La historia no parece respaldar esa mirada nostálgica sobre el pasado. Con excepción de un período inicial en el que el poder judicial se instituyó como un poder independiente (en particular la Corte Suprema) y no justamente por la adopción de la lógica formalista (más bien lo contrario),<sup>92</sup> sistemáticamente, la autoridad del derecho argentino fue pisoteada ya fuera por una tendencia formalista antes o por una tendencia interpretativista ahora. Otras, en cambio, parecen directamente cuestionar el modelo anglosajón como sistema capaz de

91. Véase CSJN, "Rizzo, Jorge Gabriel", considerando 9, segundo párrafo, en el cual la Corte Suprema defiende su función constitucional llevando a cabo un repaso de todas las leyes invalidadas por el tribunal en su mayor parte durante la última década las cuales carecían de respaldo popular. El objetivo de esa ilustración claramente está dirigido a respaldar su autoridad frente a la decisión de anular una reciente norma (reforma del Consejo de la Magistratura) que la enfrentaba con el gobierno de turno.

92. MILLER, "The authority of a foreign talisman...", p. 1483.

generar autoridad. Desde este enfoque, la autoridad del derecho solo podría garantizarse a través de un sistema codificado de normas que restrinja al máximo la discrecionalidad judicial y desvincule al juez de toda función constitucional o lo reduzca al rol de ejecutor. Esa propuesta, cuya veracidad puede cuestionarse, por lo menos, a la luz de los resultados de distintas comunidades de raíz anglosajona, puede resultar factible en el marco de un modelo estrictamente continental. Pero parece no ser compatible con las características de nuestro sistema constitucional.

## V. ¿UN COMIENZO ALENTADOR?

El debate sobre el modelo judicial o la interpretación de la ley navega entre extremos insostenibles desde donde no parece viable la construcción de un sistema de reglas. Si quienes se encuentran a cargo de aplicar las normas y hacerlas valer las relativizan ya fuera a través de una tendencia interpretativista o ritualista es difícil esperar un comportamiento distinto por parte del resto de la ciudadanía. Leídos en "su mejor luz", como diría Dworkin, todos los jueces deberían ser en parte formalistas y en parte interpretativistas. La estricta aplicación de la ley forma parte de su mandato constitucional, así como también su interpretación ante su falta de claridad. El mayor desafío que plantea nuestro sistema parte de haber adoptado un modelo judicial híbrido. Por un lado, recepta un control de constitucionalidad difuso atribuyendo a todos los jueces sin excepción la posibilidad de juzgar la compatibilidad de las normas con un texto constitucional robusto de derechos. Por el otro, demanda el empleo de una lógica formalista en la aplicación de reglas. En algún punto, las pretensiones de ambos modelos colisionan y se hace necesario armonizarlas.

De a poco parece surgir un espacio para romper esta lógica de extremos y comenzar a transitar un saludable debate sobre la interpretación de las normas, aceptando que ni el derecho presenta una estructura absolutamente indeterminada como parecen sostener interpretativistas, ni tampoco absolutamente certera como parecen esgrimir formalistas.<sup>93</sup> Es en ese

93. Calculo que la respuesta de un "interpretativista" sería "yo nunca dije que todo era interpretable" y la de un "formalista" diría lo contrario ("yo nunca dije que nada era interpretable"). Pero en algún punto su estrategia es similar. El interpretativista confrontado con un caso simple con cuyo resultado discrepa invocaría los principios constitucionales

equilibrio en el que parece ser necesario desarrollar una ética judicial que resista la tentación de caer en extremos por ahí es posible empezar a elaborar nuestras propias convenciones que sostengan la mentada autoridad del derecho.

La reciente reforma del Código Civil y Comercial parece ir por esta senda. Por un lado, la reforma incorporó gran parte de los estándares elaborados por la Justicia a las rígidas pautas establecidas por un Código cuya última gran reforma databa de 1968. Por el otro, confirmó cierto margen de discrecionalidad a los jueces para adaptar las normas a las características de los casos que enfrenta (numerosas normas incluyeron nociones como “razonabilidad” o delegan en el juez el desarrollo de estándares adaptables a los casos). Las declaraciones del nuevo Presidente de la Corte Suprema también se inscribirían en este camino. En entrevistas recientes ha señalado la obligación de aplicar la ley en forma rigurosa y, de ser necesaria su interpretación, atenerse a las “tradiciones interpretativas”. Podrá cuestionarse que justamente en nuestro país esa posibilidad brilla por su ausencia. Sin embargo, en algún momento debemos empezar por sentar las bases de un lenguaje común desde donde construir una práctica jurídica consistente.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*, Marcial Pons, 2008, Madrid, traducción de Carlos Bernal Pulido.
- ALLAN, Trevor R.S., “Dworkin and Dicey: The Rule of Law as Integrity”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 8, N°. 2, pp. 266-272.
- AMAR, Akhil R., *America’s unwritten constitution: The precedents and principles we live by*, Basic Books, 2012, Nueva York.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los Delitos y las Penas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, Madrid.
- BENTHAM, Jeremy, “Truth Versus Ashhurst, Or, Law as It Is, Contrasted with What Is Said to Be”, en BOWRING, John, *The Works of Jeremy*

---

—cuya correcta interpretación solo él conoce— para transformar lo simple en complejo. El formalista confrontado con un caso difícil apelaría a un textualismo poco esclarecedor o a una solución originalista —cuya correcta interpretación también solo él reconoce— transformando en simple lo complejo.

- Bentham*, Vol. V, Edinburgh W. Tait; 1843, London, Simpkin, Marshall, pp. 231-237.
- BOGUS, Carl T., "Rescuing Burke", en *Missouri Law Review*, 2007, Vol. 72, N°.2, pp. 387-476.
- BREST, Paul; LEVISON, Sanford; BALKIN, Jack M. & otros, *Processes of Constitutional Decisionmaking*, 7° ed., Wolters Kluwer, 2018, Nueva York.
- BULYGIN, Eugenio, "El concepto de eficacia", en KELSEN, Hans, BULYGIN, Eugenio, WALTER, Robert, *Validez y Eficacia en el Derecho*, Astrea, 2005, Buenos Aires, pp. 22-47.
- BURKE, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, 1890, Macmillan.
- CARRIÓ, Genaro R., *Sobre los Límites del Lenguaje Normativo*, Astrea, 2008, Buenos Aires.
- CONTESE SINGH, Javier, "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidad de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Human Rights: Theoretical Possibilities and Practical Challenges*, Yale Law School American Legal Studies, Program for SELA, pp. 1-31, URL [www.law.yale/intelectuallife/16072.htm](http://www.law.yale/intelectuallife/16072.htm), consultado 12/01/19.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Bayarri vs. Argentina", "Caso Bayarri vs. Argentina", 30/10/2008.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Acordada de fecha 10/09/1930.
- , "Acordada del 30", "Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación", 10/09/1930.
- , "Acosta, Alejandro Esteban", "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 causa n°28/05c", 23/04/2008, *Fallos* 331:858.
- , "Acosta, Claudia Beatriz", "Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus, 22/12/1998, *Fallos* 321:3555.
- , "Acosta, Jorge Eduardo", "Acosta, Jorge Eduardo y otro s/ recurso de casación, 08/05/2012, *Fallos* 335:533.
- , "Alespeiti, Felipe Jorge", "Alespeiti Felipe Jorge s/incidente de recurso extraordinario", 18/04/2017, *Fallos* 340:493.
- , "Aramayo, Domingo Raúl s/ reposición en el cargo", 14/02/1984, *Fallos* 306:72.
- , "Arcuri, Gabriel Alejandro", "Arcuri, Gabriel Alejandro c/ m° del interior - art. 3 ley 24.043", 21/06/2000, *Fallos* 323:1625.
- , "Arriola, Sebastián", "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Al-

- berto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/ causa n°9080", 25/08/2009, *Fallos 332:1963*.
- , "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia", "Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros", 06/11/2018, *Fallos 341:1511*.
- , "Ategam S.A.", "Ategam S.A. c/ Provincia de Chubut s/demanda contencioso-administrativa", 05/09/2006, *Fallos 329:3546*.
- , "Avellaneda Huergo, Alfredo", "Avellaneda Huergo, Alfredo c/ Nación", 12/04/1935, *Fallos 172:344*.
- , "Ballvé, Horacio Jorge", "Ballvé, Horacio Jorge c/ Administración Nacional de Aduanas s/ nulidad de resolución", 09/10/1990, *Fallos 313:1007*.
- , "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Dirección General Impositiva s/d.g.i.", 11/12/2007, *Fallos 330:4988*.
- , "Batalla Rufino", "Recurso queja n° 1 - imputado: Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/inf. art. 144 bis inc.1 - según ley 14.616, privación ilegal libertad agravada (art.142 inc.1), privación ilegal libertad agravada art 142 inc 5, inf. art. 144 - según ley 14.616, inf. art 144 - según ley 14.616, homicidio agravado con ensañamiento - alevosia, sust. de menores de 10 años (art.146) - ley 11.179 y supres. del est.civ. de un menor", 04/12/2018, *Fallos 341:1768*.
- , "Bazterrica, Gustavo Mario", "Bazterrica, Gustavo Mario s/tenencia de estupefacientes", 29/08/1986, *Fallos 308:1392*.
- , "Blum, Nicolás Ricardo", "Blum, Nicolás Ricardo y Cartagena, Juan Manuel s/ causa n° 4052", 15/04/2004, *Fallos 327:991*.
- , "Carlos Miguel Kunkel", "Kunkel, Carlos Miguel c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 18/03/1997, *Fallos 320:305*.
- , "Carranza Latrubesse, Gustavo", "Carranza Latrubesse Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de relaciones exteriores - provincia de Chubut - s/proceso de conocimiento, 06/08/2013, *Fallos 336:1024*.
- , "Cerámica San Lorenzo", "Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. s/ apelación multa 20.680", 01/12/1988, *Fallos 311:2453*.
- , "Dufourq, Felix E.", "Dufourq, Felix E. s/ amparo", 27/03/1984, *Fallos 306:174*.
- , "Esposito, Dardo Luis", "Recurso Queja n° 1 - Esposito Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/accidente - ley especial", 07/06/2016, *Fallos 339:781*.

- , "Felicetti, Roberto", "Felicetti, Roberto y otros (La Tablada), 21/12/2000, *Fallos* 323:4130.
- , "Flores, Lorena Romina", "Flores, Lorena Romina c/ Giménez, Marcelino Osvaldo y otro y otro s/daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte), 06/06/2017, *Fallos* 340:765.
- , "Kot, Samuel S.R.L. s/ recurso de hábeas corpus", 5/09/1958, *Fallos* 241:291.
- , "Lima, Maira Joana", "Lima, Maira Joana y otros c/ Agon, Alfredo; Sastre, María Patricia y otros y otro s/daños y perjuicios", 05/09/2017, *Fallos* 340:1185.
- , "López, Enrique Eduardo", "Recurso queja nº 1 - López, Enrique Eduardo c/ Horizonte Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. s/accidente - ley especial", 04/07/2017, *Fallos* 340:910.
- , "Martínez, Baldomero y otro", 05/08/1865, *Fallos* 2:127.
- , "Mazzeo Julio Lilo y otros s/ S/rec. de casacion e inconstitucionalidad, 13/07/2007, *Fallos* 330:3248.
- , "Molinas, Ricardo F.", "Ricardo F. Molinas s/ recurso de amparo", 10/05/1968, *Fallos* 270:367.
- , "Montalvo, Ernesto Alfredo", "Montalvo, Ernesto Alfredo psa. inf. ley 20.771.", 11/12/1990, *Fallos* 313:1333.
- , "Muiña, Luis", "recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro si recurso extraordinario", en Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/a determinar", 03/05/2017, *Fallos* 340:549.
- , "Municipalidad de la capital c/ Elortondo", "Municipalidad de la capital c/ Elortondo", 12/11/1888, *Fallos* 33:162.
- , "Orellano, Francisco Daniel", "Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo", 07/06/2016, *Fallos* 339:760.
- , "Paez Alfonso, Matilde", "Recurso queja nº 1 - Paez Alfonso, Matilde y otro c/ Asociart ART S.A. y otro s/indemn. por fallecimiento", 27/09/2018, *Fallos* 341:1268.
- , "Piñeiro, María Elvira", "Piñeiro, María Elvira s/ sucesión ab intestato", 11/02/1997, *Fallos* 320:61.
- , "Pitto, Luis María", "Pitto, Luis María / petición", 03/04/1962, *Fallos* 252:177.
- , "Rizzo, Jorge Gabriel", "Rizzo, Jorge Gabriel (apod. lista 3 gente de derecho) s/acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional ley 26855 s/ medida cautelar", 18/06/2013, *Fallos* 336:760.

- , "Rodríguez, Juan Ramón", "Rodríguez, Juan Ramón c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otro.", 15/04/1993, *Fallos 316:713*.
- , "Saguir y Dib, Claudia Graciela", "Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización", 06/11/1980, *Fallos 302:1284*.
- , "Sejean", "Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean", 27/11/1986, *Fallos 308:2268*.
- , "Siri, Angel", "Siri, Angel s/interpone recurso de hábeas corpus", 27/12/1957, *Fallos 239:459*.
- , "Sojo, Eduardo", "Sojo, Eduardo s/ recurso de hábeas corpus", 22/09/1887, *Fallos 32:120*.
- , "Suarez Mason, Carlos Guillermo", "Suárez Mason, Carlos G. y otros s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc.", 21/06/1988, *Fallos 311: 1042*.
- , "Unión Personal de Fábricas de Pintura y Afines de la R.A", "Recurso queja n° 1 - Unión Personal de Fábricas de Pintura y Afines de la R.A c/ Colorin Industria de Materiales Sintéticos S.A s/ejecución fiscal", 27/09/2018, *Fallos 341:1284*.
- , "Videla, Jorge Rafael", "Videla, Jorge Rafael y otros s/recurso extraordinario, 10/04/2018, *Fallos 341:336*.
- , "Villamil, Amélia Ana", "Villamil, Amélia Ana c/ Estado Nacional s/daños y perjuicios", 28/03/2017, *Fallos 340:345*.
- Court of Appeals of New York, "Riggs vs. Palmer", "Philo Riggs, as guardian ad litem et al., appellants, vs. Elmer e. Palmer et al., respondents", 08/10/1889, 115 NY 506.
- DAMASKA, Mirjan R., *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado, Análisis Comparado del Proceso Legal*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, Santiago de Chile, traducción de Andrea Morales Vidal.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracy in America and Two Essays on America*, 13<sup>th</sup> ed., Penguin Books, 2003, London.
- DICEY, Albert V., *An Introduction to the Study of Law and the Constitution*, Macmillan, 8<sup>a</sup> ed., 1923, London.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, Cambridge MA.
- , "En qué se parece el derecho a la literatura", en DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Ed. Siglo XXI, 2012, Buenos Aires.
- , "¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para casos difíciles?", en DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Ed. Siglo XXI, 2012, Buenos Aires.

- FARRELL, Martin D., "Positivismo Jurídico: Dejen que herede Palmer", en *Lecciones y Ensayos*, N° 93, pp. 63-84.
- , "An obsession with unity", en *Segunda Conferencia Anual UBA-NYU, El Legado de Ronald Dworkin*, 7 y 8 de mayo 2015, URL <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/martin-farrell.pdf>.
- FLETCHER, George P., *Lo Justo y Lo Razonable*, Hammurabi, 2007, Madrid.
- GALLIE, Walter B., "Essentially contested concepts", en *Proceedings of the Aristotelian society, Aristotelian Society*, 1955, Vol. 56, pp. 167-198.
- GARAY Alberto F. & TORANZO Alejo, "Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV-1085.
- GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 4ª ed., La Ley, 2015, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ BERTOMEU, Juan F., "¡Sin Precedentes!", en *Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Abeledo Perrot, pp. 1-63.
- , "La Onda de la Constitución: La Corte Constitucional de Colombia y su doctrina sobre la sustitución", en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, 2017, URL [https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17\\_bertomeu\\_cv\\_spa.pdf](https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_bertomeu_cv_spa.pdf).
- GREY, Thomas. C., "Origins of the unwritten constitution: fundamental law in American revolutionary thought", en *Stanford Law Review*, 1977, Vol. 30, N°5, pp. 843-893.
- HART, Herbert L. A., *El Concepto del Derecho*, 3ª ed., Abeledo Perrot, 2011, Buenos Aires, traducción de Genaro Carrió.
- HAYEK, Friedrich. A., *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy Volume I: Rules and Order*, University of Chicago Press, 1973.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Hackett Publishing Company Inc., 1994, Cambridge.
- , *Diálogo entre un Filósofo y un Jurista y Escritos Autobiográficos*, Tecnos, 2013, Madrid.
- JENSEN, Guillermo, "Acerca de los jueces legisladores", en *En disidencia*, 2018, 09/2018, Universidad de San Andrés.
- JONES, Emily, *Edmund Burke and the Invention of Modern Conservatism, 1830-1914: An Intellectual History*, Oxford University Press, 2017.

- KENT, James, *A Lecture, Introductory to a Course of Law Lectures in Columbia College, Delivered February 2, 1824*, The College, 1824.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Sovereignty, Property and Empire: Early Modern English Contexts”, en *Theoretical Inquires in Law*, 2017, Vol. 18, N°2, pp. 355-389.
- Los Simpson, “Bart’s inner child” (“El niño que hay en Bart” en su versión en español), Temp. 5, Cap. 7.
- MALARINO, Ezequiel, “Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los organismos interamericanos de protección de los derechos humanos para los Tribunales Nacionales”, en *Sistema de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, México, pp. 435-457.
- MILLER, Jonathan M., “The authority of a foreign talisman: A Study of U.S. constitutional practice as authority in nineteenth century Argentina and the Argentina Elite’s leap of faith”, en *American University Law Review*, 1996, Vol. 46, Issue 5, p. 1483.
- MONTESQUIEU, *De L’ Esprit Des Lois*, Garnier Frères Libraires—Éditeurs. New York Court of Appeals, “Riggs vs. Palmer”, “Philo Riggs, as Guardian ad litem et al., Appellants, v Elmer E. Palmer et al., Respondents”, 08/10/1889.
- OST, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez”, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 4, número 8, 2007, ISSN 1667-4154, pp. 101-130.
- PÉREZ SAMMARTINO, Osvaldo, “El aborto y la magia de la constitución”, en *En disidencia*, 2018, 09/2018, Universidad de San Andrés.
- POCOCK, John G. A., “Burke and the Ancient Constitution – a Problem in the history of ideas”, en LIVELY, Jack & REEVE, Andrew, *Modern political theory from Hobbes to Marx: key debates*, Routledge, 2013, pp. 261-312.
- RANTOUL, Robert Jr., *An Oration Delivered Before the Democrats and Antimasons, of the County of Plymouth; At Scituate, on the Fourth of July, 1836*, General Books LLC, 2012.
- RIVERA, Julio Cesar (h.) & LAGARRE, Santiago, “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2006–IV–1333.
- “La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical”, en *La Ley*, 2009–E, 820.

- ROOSEVELT, Franklin D. (2015), "'Fireside Chat' (March 9<sup>th</sup>, 1937)", en *Processes of Constitutional Decision-making*, 6<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer, 2015, pp. 626-630.
- ROSLER, Andrés, "Hermes o la continuación de Antígona por otros medios. Una crítica al interpretativismo", en *Revista Jurídica Universidad de San Andrés*, N° 6, 32, pp. 1-27.
- SAGÜÉS, Néstor, "Interpretación constitucional y alquimia interpretativa (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2004, N°1, pp. 151-170.
- SCHMITT, Carl, & KELSEN, Hans, *La Polémica Schmitt/Kelsen sobre la Justicia Constitucional: El defensor de la Constitución vs. ¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, Tecnos, 2009, Madrid, traducción de Manuel Sánchez Sarto.
- SCHWARTZ, Bernard, *Reins of Power: A Constitutional History of the United States*, 1963, Hill & Wang, 1963, New York.
- SUNSTEIN, Cass R., "Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection", en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 55, N° 4, 1988, p. 1161-1179.
- Supreme Court of The United States, "Adkins v. Children's Hospital", "Adkins et al., constituting the minimum wage board of the District of Columbia, vs. Children's Hospital of the District of Columbia. Same vs. Lyons", 09/04/1923, *261 U.S. 525 (1923)*.
- , "Hammer vs. Dagenhart", "Hammer, United States Attorney for the Western District of North Carolina, v. Dagenhart et al.", 03/06/1918, *247 U.S. 251 (1918)*.
- , "Lemon vs. Kurtzman", "Lemon et al. v. Kurtzman, Superintendent of public instruction of Pennsylvania, et al." 28/06/1971, *403 U.S. 602 (1971)*.
- , "Lochner vs. New York", "Lochner vs. New York", 17/04/1905, *198 U.S. 45 (1905)*.
- , "Marbury vs. Madison", "William Marbury vs. James Madison, Secretary of State of the United States", 24/02/1803, *352, 5 U.S. 137*.
- , "Marsh vs. Chambers", "Marsh, Nebraska State Treasurer, et al. vs. Chambers", 05/07/1983, *463 U.S. 783 (1983)*.
- , "NLRB vs. Jones & Laughlin Steel Corp.", "National Labor Relations Board vs. Jones & Laughlin Steel Corp.", 12/04/1937, *301 U.S. 1 (1937)*.

- , "Planned Parenthood of *Southeastern Pennsylvania, et al. v. Robert P. Casey, et al.*", 29/06/1992, *505 U.S. 833 (1992)*.
- , "Plessy vs. Ferguson", 18/05/1896, *163 U.S. 537 (1896)*.
- , "Roe et al. vs Wade, District Attorney of Dallas County", 22/01/1973, *410 U.S. 113 (1973)*.
- , "Swift vs. Tyson", "John Swift v. George W. Tyson.", *41 U.S. 1, 16 pet. 1*.
- , "Town of Greece vs. Galloway", "Town of Greece, New York, petitioner v. Susan Galloway et al", 05/05/2014, *134 s.ct. 1811 (2014)*.
- , "West Coast Hotel vs. Parrish", "West Coast Hotel Co. v. Parrish et al.", 29/03/1937, *300 U.S. 379 (1937)*.
- TAMANAH, Brian Z., *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2009.
- TRUBEK, David M., "Max Weber on law and the rise of capitalism", en *Wisconsin Law Review*, 1972, pp. 720-753.
- WALDRON, Jeremy, "The core of the case against judicial review", *Yale Law Journal*, Vol. 115, Issue 6, 2005, pp. 1346-1406.
- WALTERS, Mark D., "Dicey on Writing the Law of the Constitution", en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, N° 1, 2011, pp. 21-49.
- YOUNG, Ernest, "Rediscovering conservatism: Burkean political theory and constitutional interpretation", en *North Carolina Law Review*, Vol. 72, N°3, 1994, pp. 619-724.