

PENSAR EN DERECHO N°24



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

Directora

Mónica Pinto

Comité editorial

Guido Barbarosch

Ivana Bloch

María Victoria Famá

Gisela Makowski

Juan Pablo Mugnolo

Alberto A. Spota

Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Comité Académico

Susana Albanese

Susana Cayuso

Raúl Etcheverry

Fernando García Pullés

Carlos Gherzi

Adrián Goldin

Martín Krause

Delia Lipszyc

Luis Niño

Renato Rabbi Baldi

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum



Eudeba

Universidad de Buenos Aires

1° edición: julio de 2024

© 2024

Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires

Sociedad de Economía Mixta

Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires

Tel: 4383-8025

www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decano: *Leandro Vergara*

Vicedecana: *Silvia Nonna*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores/as

Consejeros/as Titulares

Mary Beloff

Juan Pablo Mas Velez

Marcela I. Basterra

Daniel R. Vítolo

Leila Devia

Alejandro Alagia

Graciela Medina

Gonzalo Alvarez

Consejeros/as Suplentes

Adelina Loianno

Marcelo Gebhardt

Silvia Nonna

Alfredo Vítolo

Nancy Cardinaux

Juan Pablo Mugnolo

María Blanca Noodt Taquela

Claudio E. Martyniuk

Claustro de graduados/as

Consejeros/as Titulares

Raúl M. Alfonsín

Silvia Bianco

Fabían Leonardi

Martín Río

Consejeros/as Suplentes

Elisa Romano

Enrique Rodríguez Chiantore

Silvia A. Bordón

Romina Nieto Coronel

Claustro de estudiantes

Consejeros/as Titulares

Micaela Castañeda

Luciana Gallardo

Sebastián Fernández Jaichenco

Juan Martín Sala

Consejeros/as Suplentes

Ramiro Soules

Joaquín Santos

Trinidad Acuña Bianchi

Lucien Rocío Palacios Gava

Representante No Docente

Lorena Castaño

Secretarios/as

Secretario Académico: *Lucas G. Bettendorff*

Secretario de Administración: *Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria: *Oscar M. Zoppi*

Secretaria de Investigación: *Luciana B. Scotti*

Secretaria de Relaciones Internacionales: *Marta R. Vigevano*

Secretaria de Relaciones Institucionales: *Carmen Virginia Badino Varela*

Secretaria de Vinculación Estudiantil: *Andrea Cristina Luciana Carreras Lobo*

Índice

Dossier: La vigencia de la democracia de derechos

Derechos y democracia..... 9

Roberto Gargarella

¿Democracia de derechos? Los aportes constitucionales y convencionales
y la necesidad de coordinar derechos y deberes en una moderna democracia..... 17

Adelina Loianno

Democracia y derechos humanos: el derecho a defender los derechos humanos .. 29

Marcela I. Basterra

Las instituciones de la democracia constitucional y los derechos:
un repaso de la literatura 39

Pedro A. Caminos

Democracia y discurso público..... 51

Juan Vicente Sola

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Retos contemporáneos de la democracia constitucional en América del Sur.....59

Raúl Gustavo Ferreyra

La garantía del plazo razonable en el derecho argentino. De dónde venimos
y hacia dónde deberíamos ir para asegurarla77

Juan Manuel Chiaradia

¿Positivismo o pospositivismo? Conversatorio entre Manuel Atienza
y Antonio García Amado 131

Dossier

La vigencia de la democracia de derechos

Derechos y democracia

*Roberto Gargarella**

Resumen

En este texto, contrasto dos visiones sobre la relación entre derechos y democracia. De acuerdo con la primera, los derechos son “autónomos”: entidades externas a la creación humana (como “planetas”), vinculados con verdades autoevidentes, al decir de John Locke, e independientes del debate público. De acuerdo con la segunda visión, los derechos son el resultado del debate público, producto de la creación humana, y resultado de una historia de conflictos sociales. En el trabajo, examino los orígenes de tales visiones y sus continuidades en el debate constitucional contemporáneo.

Palabras clave: derechos, democracia, deliberación democrática, Locke, Bentham, Dworkin, Ferrajoli.

Rights and Democracy

Abstract

In this text, I contrast two views on the relationship between rights and democracy. According to the first, rights are “autonomous”: entities external to human creation (such as “planets”), linked to self-evident truths, according

* Abogado, sociólogo (UBA), Máster en Derecho (LLM), Univ. de Chicago. Doctor en Derecho por las universidades de Buenos Aires y Chicago. Posdoctor en el Balliol College, Oxford.

to John Locke, and independent of public debate. According to the second view, rights are the result of public debate, a product of human creation, and the result of a history of social conflicts. In the work, I examine the origins of such views, and their continuities in contemporary constitutional debate.

Keywords: rights, democracy, democratic deliberation, Locke, Bentham, Dworkin, Ferrajoli.

En este breve texto, quisiera contrastar dos visiones sobre la relación entre derechos y democracia. La primera concibe a los derechos como “separados de” la democracia, para sostener –al menos, en principio– que cuestiones tales como el aborto, la eutanasia, o la prensa no deben quedar sujetas a la discusión democrática, sino que deben “retirarse” del debate público, para permanecer resguardadas (y “a salvo” de toda intromisión democrática) a través de los mecanismos del control judicial. La segunda visión, que es la que aquí me interesará defender, implica una aproximación más bien opuesta, que sostiene que los “derechos” son un producto de la democracia y que, como tales, están sujetos a la regulación de la ley, a resultados de procesos políticos, de reflexión colectiva. Examinaremos, de manera resumida, los orígenes de estas dos visiones contrastantes, y luego veremos la continuación de estas posturas en la doctrina contemporánea.

El “nacimiento” de la tradición: de Locke a la “Declaración de la Independencia” de los Estados Unidos. La tradición de los “derechos autoevidentes” nació con John Locke.¹ En su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, publicado en 1689, el pensador inglés hizo referencia a los principios que debían organizar el gobierno civil (Locke, 2016). Locke destacó, en particular, el hecho de que las *personas* nacían “iguales” y dotadas de ciertos “derechos naturales”, inalienables: se trataba de derechos que eran dados

1. En su trabajo, Locke procuraba desafiar el trabajo de otro pensador muy influyente en su época, Robert Filmer, autor del importante libro *Patriarcha* (Filmer, 2021). En dicho escrito, Filmer había defendido una visión “patriarcal” del poder, conforme a la cual el rey estaba autorizado a ejercer sus prerrogativas sin atender a la voluntad de los gobernados: como un padre frente a sus hijos.

por Dios a cada persona. Locke habló entonces de tres derechos fundamentales: el derecho a la vida, a la libertad, y a la propiedad (*estate*). Se trataba, en definitiva, de derechos que permitían entender la misión de todo gobierno civil. Según especificó Locke en esa oportunidad: i) existen ciertos derechos inalienables (vida, libertad, propiedad); ii) el primer deber del gobierno es el de proteger los derechos inalienables de las personas; iii) la autoridad es legítima en la medida en que descanse sobre el consenso de los gobernados; y iv) el pueblo tiene el derecho de resistir y derrocar al gobierno que no respete debidamente sus derechos básicos.

La importancia adquirida por la reflexión lockeana sobre los derechos fue extraordinaria. Y no hay mejor forma de corroborar su notable influencia que prestar atención a Thomas Jefferson, en tanto autor de la “Declaración de la Independencia” norteamericana, es decir, uno de los documentos jurídicos más importantes en la historia de Occidente. Pues bien, sin mayores modificaciones, la breve y fundamental “Declaración” norteamericana, escrita por Jefferson, reproduce casi de modo textual el ideario lockeano sobre los derechos y el gobierno civil (Jefferson era un entusiasta receptor de las ideas de Locke, más allá de que tuviera una reconstrucción “democrática” de aquel ideario, al que conoció mediado por los trabajos del filósofo Burlamaqui). Todo Locke, en efecto, aparece expresado en la “Declaración” norteamericana: la idea de que existen “verdades autoevidentes”; la idea de que los derechos son asignados por Dios a los hombres; la idea de que la misión esencial del gobierno es la de garantizar esos derechos; la idea de que la ciudadanía tiene derecho a rebelarse contra el gobierno cuando el mismo se dirige a destruir, en lugar de honrar, los principios que lo obligan; la idea de que los derechos más salientes son los de la vida, la libertad y la felicidad (aunque, en este último punto, y notablemente, Jefferson sustituye con la noción de “felicidad” la referencia que Locke hacía a la noción de propiedad).

Bentham y las “falacias anarquistas”. Con el paso de los años, y frente a la influyente cosmovisión sobre los derechos recién examinada, fue erigiéndose otra, de orientación más bien opuesta, que encuentra fundamento en los trabajos del pensador británico Jeremy Bentham. Bentham elaboró su crítica posición sobre los derechos, por caso, en su texto *Falacias Anarquistas* (escrito entre 1791 y 1795, pero no publicado hasta 1816). En dicha oportunidad, Bentham presentó una severa crítica a la “Declaración de Derechos” elaborada en Francia durante el tiempo de la Revolución. Bentham

entendía que la idea de “derechos naturales” que se utilizaba allí (una idea claramente emparentada con la visión de Locke) resultaba frágil y poco atractiva: ella era susceptible de dar lugar a abusos y excesos impermisibles, como los ocurridos en la fase jacobina de la Revolución (Revolución a la que Bentham apoyaba). Por ello, Bentham se refirió a la noción de derechos allí incorporada hablando de una idea “ambigua”, “sentimental”, de consecuencias “anárquicas”. Se trataba –en la conocida frase de Bentham– de una “tontería” extraordinaria –una verdadera (son sus términos) “tontería en zancos” (Bentham, 2022). Frente a dicha aproximación, Bentham defendió su propia postura, muy contraria a aquella. Según Bentham, debía reconocerse que los derechos eran *creados por la ley*, y que la ley era el producto de la voluntad del soberano. Como sostuvo en su “Teoría sobre la legislación”: “la propiedad y la ley nacen juntos, y mueren juntos también. Antes de que las leyes se crearan no había propiedad: cuando se quitan las leyes, la propiedad se termina”. Por eso mismo, no era cierto (como dijera Locke) que los derechos no podían ser otorgados ni quitados, o que derivaban de Dios. Y por ello también es que no podía hablarse (como lo hacían los revolucionarios franceses) acerca del origen “natural” de los derechos. Los derechos eran el resultado de una creación humana, y por tanto no preexistían al gobierno.

Los derechos en la doctrina contemporánea. La doctrina contemporánea sigue plenamente involucrada en la discusión sobre los derechos y sus debates de hoy no se muestran desligados de aquellos primeros debates originarios. Una parte muy significativa de esta doctrina –una parte que incluye a autores inscriptos en lo que podríamos llamar un liberalismo de izquierda o “progresista”– sigue viendo a los derechos, como lo hacía Locke, como vinculados a “verdades autoevidentes”, que “nosotros, el pueblo” no creamos sino, en todo caso, reconocemos o “descubrimos”. Ello, aunque hoy repudien, en lugar de reivindicar, el lenguaje de los derechos “naturales”. Los derechos aparecen, de esta forma, como “planetas” que los principales expertos de nuestra comunidad “localizan” gracias a sus especiales habilidades epistémicas (si se quiere, y para continuar con la metáfora: nuestros científicos “descubren” gracias a sus conocimientos y el uso de sofisticados aparatos técnicos, como grandes telescopios). Como se puede advertir, de este modo los derechos quedan vinculados con procesos completamente ajenos al debate y la decisión democráticos.

Piénsese, por ejemplo, en (el primer) Dworkin, y su famosa distinción entre “principios” (derechos) y “políticas” (Dworkin, 1975). Dworkin

hablaba entonces de dos “esferas” diferentes, con contenidos diferentes, y que hacían un llamado a una clara división del trabajo entre jueces y legisladores: Los primeros (los jueces) debían quedar a cargo de la custodia de los derechos (que era lo realmente importante, los principios fundamentales que debían resguardarse por siempre); mientras que los segundos (los legisladores) debían dedicarse, meramente, a la implementación de políticas (y no, entonces, a la discusión sobre lo más importante, esto es, sobre los principios y derechos).

Piénsese, también, en el trabajo de Luigi Ferrajoli, quien de algún modo extremó la visión de Dworkin.² Ferrajoli llama a la “esfera de los derechos” la “esfera de lo indecible”, y pretende describir, a través de dicha noción, todo aquello sobre lo cual la política no puede operar. El razonamiento, en verdad, es todavía más problemático de lo que allí aparece: Ferrajoli, como Zaffaroni, parte de una (injustificada y) muy empobrecida idea de la democracia (muy vinculada con los extraordinarios excesos que indebidamente se le atribuyen, desde los tiempos de la Segunda Guerra Mundial); asume (sin mayor fundamento empírico) la irracionalidad de esas mayorías y aun –si no, sobre todo– su disposición a cometer violaciones masivas y graves de derechos (el genocidio); y ve en los derechos barreras (no democráticas) administradas por jueces, como única salvaguarda posible para las libertades personales. Desde esta visión, luego, puede reconocerse como un escándalo que en Colombia se someta a la consideración popular un Acuerdo de Paz (porque, como dijera en su momento Ferrajoli, “la paz no se plebiscita”, Ferrajoli, 2016); o calificarse como carente de seriedad toda iniciativa que demande discutir “en las calles” sobre las normas penales (Zaffaroni, 2014); o que requiera invalidar judicialmente una discusión política de décadas, referida a cómo lidiar con las peores tragedias del pasado (como lo hiciera, sin mayores miramientos, la Corte Interamericana en el caso “Gelman”, basándose en la idea de que la democracia no debe entrometerse en ciertas cuestiones de derechos).

Contra dicha visión, puede reconocerse una postura contraria (una que encuentra anclaje en los referidos trabajos de Bentham). La idea, en

2. Ferrajoli extremó, pero luego no moderó, como sí lo hiciera Dworkin, años después, y luego de recibir constantes críticas desde el costado más “democrático” del debate. Véase, por ejemplo, Dworkin, 1996, y contrástese con Ferrajoli, 2013, o con Zaffaroni, 1988.

este caso, es que existe una íntima conexión entre derechos y democracia: los derechos son producto de una creación humana, y como tales “nacen y mueren” con la ley. Contemporáneamente, esta visión, aunque –según entiendo– minoritaria, reconoce nobles defensas. Piénsese, por caso, en el más importante libro escrito por el filósofo Carlos Nino, *Ética y derechos humanos* (Nino, 1991). Escribe Nino, en el comienzo de su libro (literalmente, en la primera línea de la página 1 del libro): “Indudablemente, los derechos humanos se encuentran entre las grandes invenciones de nuestra civilización” (Nino, 1991: 1). En otros términos, –y según decía Nino– cuando hablamos de derechos, hablamos sobre todo de un “invento”, esto es, de una creación colectiva. De manera similar, y solo por citar otro ejemplo, puede considerarse el caso de Cass Sunstein, profesor de Harvard y el constitucionalista más citado de nuestro tiempo. Para Sunstein, “los derechos deben entenderse como instrumentos destinados a proteger los intereses humanos más importantes” (Sunstein, 2006: 203). Esta visión (alineada con lo que se conoce como la “teoría del interés” sobre los derechos) también viene a decirnos que los derechos no deben entenderse como “naturales”, “prepolíticos”, o “pregubernamentales”. Por el contrario, cuando hablamos de derechos hablamos de creaciones humanas –finalmente, de meros instrumentos– que diseñamos con el objeto de asegurar protección a las cosas que más nos importan (Scanlon, 1984).

Este tipo de enfoque es el que me interesa defender aquí, que se vincula además con una teoría de la democracia como la que defiendo: la democracia entendida como “conversación entre iguales” (Gargarella, 2022). Desde esta postura, los derechos pueden y merecen ser entendidos como el resultado de nuestra conversación democrática, extendida en el tiempo. Se trata de nuestra reflexión, a la luz de un pasado que (a veces nos enorgullece, pero habitualmente) nos horroriza: la reflexión que surge cuando miramos los horrores y violencias que hemos cometido contra intereses que consideramos fundamentales. Se trata del compromiso que asumimos, colectivamente, y de manera pública, de no volver cometer esos excesos de los que nos avergonzamos. Por ello es que escribimos en nuestra Constitución esos compromisos: de este modo es que proclamamos en público que haremos todo lo posible para defender, de ahora en más, esos intereses fundamentales que tantas veces hemos ofendido. A esos intereses los llamamos derechos constitucionales: son hijos de nuestros peores excesos, fruto de nuestra reflexión democrática, y expresión del compromiso que asumimos frente a

quienes nos rodean y en nombre de las futuras generaciones. Los derechos constitucionales, entonces, no deben ser considerados (nunca más) ajenos al debate democrático, sino fundamental parte y producto del mismo.

Bibliografía

- Abramovich, V.; Curtis, C. (2002), *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta.
- Ackerman, B. (1991), *We the People*, Cambridge, Belknap Press.
- Alexy, R. (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Bickel, A. (1962), *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press.
- Dixon, R. (2018), “Constitutional rights as bribes”, en *Connecticut Law Review* 50 (3), 767-818.
- Dworkin, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1985), *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press.
- (1996), *Freedom’s Law*, Cambridge, Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (2013), *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza.
- (2016), “Entrevista”, en *Semana*, 25-10-2016, <https://www.semana.com/nacion/articulo/jurista-italiano-luigi-ferrajoli-dice-que-plebiscito-no-era-necesario/501096/>
- Fiss, O. (1976), “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Philosophy & Public Affairs* 5, 107, 147-170.
- Fossum, J. & Schlesinger, P. (eds.) (2007), *The European Union and the Public Sphere: A Communicative Space in the Making?*, London, Routledge Studies.
- Gargarella, R. (2005), *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, Miño y Dávila.
- (2019), *Castigar al prójimo*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- (2020), “From “democracy and distrust” to a contextually situated dialogic theory”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, Issue 4, December 2020, pp. 1466-1473, <https://doi.org/10.1093/icon/moaa094>
- Gargarella, R.; Domingo, P.; Roux, T. (2017), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, London, Routledge.

- Gargarella R., Filippini L., Cavana, A. (2011), *Recientes reformas constitucionales en América Latina*, Reporte UNDP.
- Glendon, M. A. (1993), *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, New York, Free Press.
- Hampton, J. (1993), "Contract and Consent", en R. Goodin & P. Pettit, *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Blackwell.
- Hart, H. (1968), *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.
- Murphy, J. (1973), "Marxism and Retribution", en *Philosophy and Public Affairs* 2, 217-243.
- Nino, C. (1991), *The Ethics of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- (2017), *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- Nozick, R. (1973), *Anarchy, State and Utopia*, Cambridge, Harvard University Press.
- Post, R. & Siegel, R. (2007), "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 42: 373.
- Rodríguez-Garavito, C. (2011), "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", en *Texas Law Review*, vol. 89, N° 7, 1669-1698.
- Scalia, A. (2005), "Law and Language", en *First Things* 11.
- Scanlon, T. (1984), "Rights, Goals and Fairness", en J. Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- Uprimny, R.; Rodríguez Garavito, C.; García Villegas, M. (2006), *¿Justicia para todos?* Bogotá, Ed. Norma.
- Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press.

¿Democracia de derechos? Los aportes constitucionales y convencionales y la necesidad de coordinar derechos y deberes en una moderna democracia

*Adelina Loianno**

Resumen

La democracia moderna parece haber superado su concepción de origen para integrar otros elementos constitutivos, especialmente el respeto de los derechos humanos como objetivo funcional. El derecho internacional de los derechos humanos ha hecho su aporte en tal sentido ampliando derechos, facilitando procedimientos y vinculando los estándares internacionales con una necesaria correlatividad expresa de derechos con deberes; compromiso no siempre expresado con claridad en las constituciones. Se propone indagar si a esta altura es posible hablar de una “democracia de derechos”.

Palabras clave: Democracia Moderna, Coordinación derechos-deberes; Carta Democrática Interamericana, Reforma constitucional argentina de 1994; Convencionalidad y derechos.

* Abogada y Escribana UBA; Especialista y Magíster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Università di Bologna, Docente de grado y posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, UBA UNLZ - UAI; aloianno@hotmail.com.

Democracy of Rights? Constitutional and Conventional Contributions and the Need to Coordinate Rights and Duties in a Modern Democracy

Abstract

Modern democracy seems to have transcended its original conception to integrate other constituent elements, particularly respect for human rights as a functional goal. International human rights law has contributed in this regard by expanding rights, facilitating procedures, and linking international standards with an essential correlation between rights and duties—a commitment not always clearly expressed in constitutions. This paper aims to explore whether it is now possible to speak of a “democracy of rights”.

Keywords: Modern Democracy, Rights-Duties Coordination, Inter-American Democratic Charter, Argentine Constitutional Reform of 1994, Conventionality and Rights.

1. ¿Qué es la “democracia de derechos”?

Título sugestivo éste de la “democracia de derechos” porque cuando nos referimos a la democracia inmediatamente pensamos en un sistema de gobierno conforme la definición aristotélica y platónica referida solo a la titularidad del poder en cabeza de los ciudadanos. La democracia así descrita conduce a identificarla como una forma de ejercer el poder y justificar su origen popular; pero recién en una segunda lectura se percibe como el espacio donde los derechos no solo se reconocen sino se garantizan a través de la división en el ejercicio de dicho poder. La dinámica del concepto “democracia” ha incorporado sucesivamente otras connotaciones relacionadas con contenidos ideológicos más allá de la forma en que se ejercite la función de gobernar.¹

1. Nohlen, Dieter, *Diccionario de Ciencia Política*, Editorial Porrúa, México, 2006, tomo I, pp. 335-357. Entre otros sentidos del término: democracia delegativa, deliberativa,

En la actualidad el significado se amplía hacia el concepto de una *cultura democrática* o *ius commune* que conduce al reconocimiento de ciertos valores como esenciales en una democracia moderna. Se trata de reglas y principios que, si bien se nutren en las raíces de la ciencia política, imponen el fortalecimiento de las instituciones y la subordinación de la autoridad constituida ya no solo a la Constitución sino a los Tratados internacionales, en especial los relativos a la protección de los derechos humanos.

Los conflictos que desde siempre aquejan a las democracias han sido un desafío permanente al valor intrínseco de este diseño de sociedad fundada en la solidaridad, la participación en la gestión de la *res publica* así como el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Más allá de los matices que cada época imprime al concepto, de algún modo los conflictos son siempre los mismos y lo que cambia es el impacto que les otorga cada contexto.²

Esas dificultades no impidieron el esfuerzo de los Estados americanos por encontrar un punto de encuentro en el cual se pudieran identificar las condiciones esenciales que definen una democracia. El resultado es un documento internacional de enorme valor: la Carta Democrática Interamericana³ como síntesis en la evolución del concepto de democracia que se manifiesta a través de la definición de los elementos y condiciones que la integran desde una perspectiva común a los países de la región. Resulta por ello una herramienta necesaria para la interpretación constitucional bajo el prisma de los valores compartidos por los Estados del sistema. La democracia aparece en la Carta como un principio supranacional de seguimiento obligatorio,⁴ razón por la cual se convierte en instrumento

económica, identitaria, plebiscitaria, popular, proporcional, representativa, social, de asamblea, de base, de concordancia, de negociación, de partidos, etc. También *La Democracia, instituciones, concepto y contexto*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Cuadernos del Rectorado N° 14, Lima, 2010, p. 71. Ver Carpizo, Jorge, *Concepto de Democracia y sistema de gobierno en América Latina*, UNAM, México, 2007.

2. Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia y minoría política*, Astrea, Buenos Aires, 2014, Capítulo II "Visiones de la Democracia", pp. 43-92.

3. Carta Democrática Interamericana, aprobada en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

4. Morales Antoniazzi, Mariela, *¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina? Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la*

vinculante para todos los Estados y parte integrante del *corpus iuris interamericano*.

La Carta nace en 2001 y, aun con las debilidades propias y las comunes que comparte con otros instrumentos internacionales, se constituye como un mecanismo valioso para la protección colectiva de la democracia en América.

La Carta reafirma expresamente que el fortalecimiento del sistema interamericano y la promoción y protección de los derechos humanos dependen de la preservación de las garantías contenidas en las Constituciones y en los Tratados Internacionales. Pero el respeto de los derechos humanos es solo uno de esos elementos entre otros de igual jerarquía, como el acceso y ejercicio regular del poder, la celebración de elecciones libres, periódicas, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, la pluralidad de partidos políticos y organizaciones políticas y la separación e independencia de los poderes públicos (Art. 3 CDI).

En nuestra opinión, la Carta Democrática Interamericana es el documento internacional más destacable para ampliar el concepto clásico de democracia sustentada en la participación del pueblo en el diseño constitucional y el control del poder; con la incorporación de elementos esenciales⁵ y componentes fundamentales⁶ de una democracia auténtica, más allá de las particularidades constitucionales de cada país de la región.

Nos atrevemos así a considerar que esta “democracia de derechos” no es otra cosa que la interseccionalidad entre las asimetrías constitucionales y los estándares internacionales que imponen los tratados y en especial este documento denominado Carta Democrática Interamericana.

justicia constitucional, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, p. 204.

5. “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”; Art. 3 CDI.

6. “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”; Art. 4 CDI.

2. El ingreso de nuevos derechos en la Constitución argentina

Así como referimos que las particularidades constitucionales siguen siendo propias de cada país y que la unificación de estándares en materia de derechos humanos viene sujeta a la incidencia de la fuente internacional no solo de la Carta Democrática sino de cada uno de los Tratados que complementan el sistema de derechos en el ámbito interno; las sucesivas reformas constitucionales han ido aportando en diferentes épocas un acrecentamiento de derechos y sus mecanismos de defensa.

Si nos detenemos en las reformas a la Constitución de la República Argentina, vemos que de ellas solo dos contribuyeron a rediseñar ese sistema de derechos. El texto original de la Constitución fue reformado en pocas oportunidades, siendo solo seis desde la primera redacción en 1853, a saber:

- 1860: fue redefinido el diseño federal, con la incorporación de la provincia de Buenos Aires.
- 1866: la reforma de la Guerra con el Paraguay cuya única finalidad fue reformular el financiamiento de la guerra.
- 1898: de muy leve impacto ya que solo modificó el número de ministerios y la actualización en la integración de la Cámara de Diputados conforme cada censo poblacional.
- 1949: se trató casi de una nueva constitución y fue cuestionada tanto por el procedimiento reformista como por su contenido. Tuvo poca vida ya que en 1956 se dejó sin efecto y fue restituida la Constitución originaria de 1853. Pero puso en evidencia la necesidad de remozar el texto original ante la ausencia de notas del nuevo constitucionalismo social.
- 1957: la reforma por decreto –comentarios aparte sobre la constitucionalidad del procedimiento reformador– que solo introdujo un artículo (14 bis) y un párrafo a las funciones del Congreso. Aun con sus evidentes defectos de diseño, incorporó un valioso paquete de garantías laborales y algunos derechos sociales.
- Omitimos 1972 y 1976 por obvias razones: no puede denominarse constitución a un documento que emana de un gobierno de facto.
- 1994: la reforma consecuencia del Pacto de Olivos, que implicó un cambio de paradigma en materia de controles al poder y especialmente en relación con las garantías de los derechos humanos.

Si ponderamos cuáles de estas pocas reformas han provocado un impacto relevante en relación con los derechos fundamentales, solo pueden rescatarse dos de ellas: 1957 y 1994. En 1957 porque se manifiesta un nuevo constitucionalismo que pone el foco en los derechos sociales e introduce a la República en un diseño renovado y acorde a las necesidades del siglo XX.

Pero es en 1994 cuando se desplaza el orden jerárquico de normas definiendo un nuevo “bloque de constitucionalidad federal” donde no solo algunos documentos internacionales disputan el mismo espacio preferente de la Constitución nacional, sino que la totalidad del derecho doméstico pasa a subordinarse al derecho internacional. Se avanza del dualismo al monismo, internacionalizando el derecho constitucional y –por si esto fuera poco– se ponen en crisis dos conceptos constitucionales esenciales:

A) El alcance de la soberanía, evidentemente reducida en lo relativo a derechos humanos cuando un Estado se compromete internacionalmente a través de la firma de un Tratado que les concierna.

B) El lugar predominante de la Constitución, compartido desde ahora en un mismo plano jerárquico ante el avance de la fuente internacional. En otras palabras, la exigencia de una necesaria coordinación entre la fuente interna y la fuente internacional.

Entendiendo como paradigma un modelo o patrón cuya fortaleza solo decae frente al surgimiento de otro paradigma que lo derrumba o cuestiona, creemos que solo las reformas de 1949/56 y 1994 implicaron realmente un cambio de tal envergadura en la forma de interpretar y aplicar las normas de fuente internacional; que se puede reconocer allí el nacimiento de un nuevo paradigma de equilibrio normativo en materia de derechos fundamentales.

3. Los efectos de la reforma de 1994 en el modelo democrático argentino: ¿Democracia de derechos?

Entre las novedades incorporadas a la Constitución con la Reforma de 1994, se destaca un cambio sustancial en el sistema normativo que, sin modificar la concepción de “norma suprema” del artículo 31, estableció taxativamente el orden jerárquico con que deben interpretarse la Constitución, los tratados internacionales y las leyes internas. La coordinación entre normas pertenecientes a la fuente interna y la internacional quedó delineada a partir de ese momento con una precisión ausente en el texto originario, que dejaba un amplio margen a la interpretación judicial.

Esa evidente imprecisión originaria hizo que la interpretación judicial partiera de la literalidad, de modo que el orden normativo se manifestó en escala descendente: Constitución – ley interna – tratados. Este dualismo interpretativo se caracteriza por entender una dinámica de ámbitos separados donde el derecho interno es el que regula la forma y efectos con que se integra la fuente jurídica internacional, que aparece de este modo subordinada al perfil que le imprima el modelo constitucional. En consecuencia, las decisiones judiciales fueron oscilantes, a veces superando el marco rígido del artículo 31 constitucional pero mayoritariamente respetando la ordenación que resulta de la simple lectura de dicha cláusula.⁷

La reforma del 94 desplazó la doctrina dualista que hasta ese momento había primado en la República Argentina provocando un hito tan trascendente en la hermenéutica constitucional que en los hechos ha generado una serie de otras modificaciones tanto en el derecho doméstico como en la jurisprudencia en todas sus instancias, fenómeno que con distintos matices se evidencia en toda la región americana.⁸ El sistema de fuentes quedó reformulado de modo que la supremacía constitucional comparte ahora ese espacio con ciertos tratados de derechos humanos –selección efectuada por el constituyente de 1994– y habilitando a su vez la posibilidad de que otros asuman esa misma jerarquía en el futuro.

Pero tal vez el aporte más original de la Reforma sea la subordinación del resto del derecho infraconstitucional a los tratados internacionales cualquiera sea su contenido y finalidad. El nuevo inciso 22 del artículo 75 (ubicado entre las funciones del Congreso) expresa como regla general que “los tratados y concordatos *tienen jerarquía superior* a las leyes”.

7. Vale analizar la opinión de la Corte Suprema federal a partir del caso “Merck” (fallos 211:162, 1948) hasta “Ekmekdjian c/ Sofovich” (1982) y “Fibraca” (1993), ciclo que se completará en 1994 con “Cafés La Virginia”. En esta sucesión de importantes decisiones puede observarse cómo, ante un panorama tan amplio para la interpretación, la propia CSJN no pudo encontrar un rumbo preciso y se permitió introducir en cada una de estas sentencias criterios muy dispares y –en nuestra opinión– sin demasiada justificación constitucional.

8. Manili, Pablo Luis, *La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam-mx <https://biblio.juridicas.unam-mx/bjv>

Ese mismo artículo incorpora otras dos pautas interpretativas que resultan claves para evidenciar un acrecentamiento notable de la carta de derechos originaria. Expresa el inciso reformado que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han sido o serán jerarquizados “complementan y no derogan la primera parte de la Constitución”. La jerarquía equivalente entre la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos seleccionados por el constituyente provoca un ensanchamiento evidente de los derechos fundamentales, incluso ampliando la conceptualización primaria de algunos de ellos: a la igualdad se asocia la no discriminación; a las obligaciones ciudadanas en tiempos de emergencia se condiciona la prohibición de esclavitud; a las responsabilidades estatales se agrega una novedad: la que genera el error judicial; a las garantías constitucionales del debido proceso se agregan algunas ignoradas antes, como el plazo razonable o el derecho a ser oído; entre muchas otras innovaciones.

En ese sentido, la jerarquización de ciertos tratados y la subordinación del derecho doméstico a la totalidad del internacional provocan consecuencias significativas en el diseño de la democracia moderna:

- La jerarquización de ciertos tratados de DDHH, que obligaron a la relectura del derecho interno, incluso de la Constitución.
- La sumisión del derecho nacional al derecho internacional.
- La aceptación formal de la competencia de un tribunal supranacional de DDHH.
- La apertura al concepto de “discriminación” a través de los tratados específicos (Mujer, Racial y Genocidio), la introducción de las acciones positivas y la tutela de las diversidades.

Este despliegue de transformaciones conceptuales, materiales e interpretativas en materia de derechos manifiesta con indudable claridad que el cambio de paradigma radica especialmente en el sistema de derechos preexistente y permite, en nuestra humilde opinión, declamar sin rubor que estamos ante una novedosa democracia que podría denominarse “de derechos” donde la expansión de éstos exige redefinir el alcance de las tutelas que en muchos casos resultan insuficientes o inapropiadas a la naturaleza de estos nuevos derechos.

4. ¿Democracia de derechos sin deberes?

En general el constitucionalismo clásico ha sido esquivo a reconocer deberes, que podríamos denominar *individuales*, en tanto se imponen a las personas en particular. Por el contrario, las declaraciones de derechos y garantías que son características de las primeras constituciones más bien se han dedicado a consolidar la limitación del poder respecto de los gobernados, concepto que integra la esencia del pensamiento constitucionalista democrático y liberal.⁹

Fue a partir de mediados del siglo XX que el constitucionalismo social desarrolló en forma más amplia y expresamente el concepto de *deberes constitucionales*, porque precisamente en el espacio de los derechos sociales es donde se evidencia con mayor claridad la noción de *solidaridad* como *deber u obligación* necesaria para la gestión y eficacia de estos derechos que se identifican con grupos de características comunes y vinculantes (trabajador, familia, niñez, ancianidad).¹⁰

Destaca Onaindia que “la visión humanista de la persona se completa en esta etapa, integrándola a una comunidad, como un sujeto que actúa en una sociedad” y que la terminología en sí misma –derechos sociales– “responde a la concepción del hombre frente a la sociedad”.¹¹ La nueva concepción que introduce el constitucionalismo social desplaza las funciones del Estado hacia comportamientos de participación más activa en la gestión de los derechos mediante las denominadas acciones positivas, así como a través de políticas públicas de promoción y desarrollo de los derechos humanos en general. Es la idea del Estado social de Derecho.

La reforma constitucional de 1994 contribuyó a complementar los deberes constitucionales, con el aporte de los Tratados Internacionales de

9. Para Eduardo Jiménez, la escasa atención del constitucionalismo clásico hacia los deberes individuales tiene su razón en que “los derechos eran considerados como del hombre frente al Estado y las obligaciones, sean del Estado o de los particulares son primariamente indicadas para que el goce de los derechos de todos sea efectivo” (E. Jiménez, *Derecho Constitucional Argentino*, tomo II, Ediar, Buenos Aires, 2000, Cap. XXI, 22.4, p. 526).

10. Jiménez, Eduardo A., *op. cit.*, p. 527.

11. Onaindia, José Miguel, “Los derechos sociales”, en *Constitución de la Nación Argentina*, *op. cit.*, Sabsay, Manili, tomo I, p. 572.

Derechos Humanos, ya que éstos los contienen y regulan explícitamente, con mayor amplitud y más especificidad. La incorporación de *deberes* en Tratados generales y particulares, todos elaborados a partir de la segunda mitad del siglo XX, es un dato que señala el interés de la comunidad internacional en ubicar los derechos fundamentales dentro del marco de obligaciones mutuas que permitan y faciliten el goce y ejercicio de tales derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación.

Particularmente significativo por su amplitud conceptual resulta el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

DEBERES DE LAS PERSONAS Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

La evolución del derecho constitucional desde su versión clásica esencialmente individualista, más tarde con la incorporación de los derechos sociales y recientemente con el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, exhibe un robustecimiento no solo de derechos sino de responsabilidades y deberes que toda persona tiene para con la familia, la comunidad y con la humanidad. El disfrute de los derechos exige también obligaciones, lo que implica un enfoque acerca de la dignidad humana, donde renovados valores proponen el modo como deben ejercerse los derechos y los límites de la libertad individual en una sociedad pluralista y democrática.

El maestro del derecho procesal argentino y americano Mario Augusto Morello planteaba la concepción del Estado democrático moderno como un “Estado de Justicia” superador del Estado de derecho,¹² donde la perspectiva *derecho-deber* habilite la ampliación de los mecanismos de tutela de modo que la legitimación procesal se expanda a través de mecanismos de participación, búsqueda de consensos y novedosas herramientas de acceso a la Justicia

12. Morello, Augusto Mario, *El Estado de Justicia*, Editorial Platense, La Plata, 2003, donde se expone la tesis de la transición del Estado social de derecho al Estado de justicia, caracterizado por la realización de los derechos humanos.

5. Conclusiones

A treinta años de la última reforma constitucional que esbozó los lineamientos de una democracia moderna; todavía queda mucho camino por recorrer a pesar del tiempo transcurrido. Es indudable que la labor reformadora dio nacimiento a un nuevo paradigma, que implicó superar los límites del constitucionalismo social hacia un Estado moderno más comprometido con los valores superiores del ser humano y sus derechos fundamentales en el marco de la comunidad internacional. Las responsabilidades por las acciones estatales encontraron un nuevo rumbo en los deberes frente a las personas (ahora sujeto de derecho internacional), más allá de las obligaciones entre naciones, como fuera el esquema clásico de la convivencia entre países.

Se constituye un modelo donde sin la participación y auxilio del Estado resultaría difícil e incluso imposible lograr la igualdad de trato y alcanzar el máximo nivel de vida posible en materia de vivienda, salud, educación, medio ambiente y demás derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Ello sin desconocer la permanencia de los derechos civiles y políticos, que fueron las primeras conquistas del ser humano en prevención y resguardo del avance del poder estatal sobre las personas.

El hecho de destacar la importancia y esencialidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en esta última y más reciente etapa reformadora permite superar esa idea –luminosa por cierto– del Estado de derecho hacia una forma más proclive a desarrollar las potencialidades humanas bajo el resguardo de obligaciones estatales más claras y concretas, especialmente configuradas a través de una renovada arquitectura constitucional donde surgen mecanismos de control e instituciones destinadas con mejor especificidad a la tutela de los derechos humanos: Defensor del Pueblo, Ministerio Público autónomo, instituciones específicas de control, regulación legislativa de los derechos de las minorías, acciones positivas para superar la discriminación estructural, entre otras.

Pero sin dudas el aporte más significativo y sustancial en esta nueva etapa constitucional ha sido la valorización constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la aceptación de organismos supranacionales con poder de cuestionar y juzgar las conductas estatales desde la perspectiva convencional.

El enriquecimiento de la carta de derechos constitucional es incuestionable y tal vez nos permita empezar a vislumbrar un “Estado de derechos”, aún incipiente y utópico, pero no imposible.

Bibliografía

- Amaya, Jorge Alejandro, *Democracia y minoría política*, Buenos Aires, Astrea, 2014.
- (dir.), *Tratado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: De diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundap, 2012.
- Bidart Campos, Germán, *Los valores en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1999.
- Cayuso, Susana, *Constitución de la Nación Argentina, Claves para el estudio inicial de la Constitución nacional*, Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Ferrer Mac Gregor Poissot, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, Marcial Pons, 2013.
- Gozáini, Osvaldo A, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- Ibarlucía, Emilio A., “¿Existe una Constitución convencionalizada?”, en Revista *La Ley*, tomo 2013-D, agosto de 2013.
- Manili, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- Mastromarino, Anna, *Stato e Memoria. Studio de Diritto Comparado*, Studi di Diritto Publico, Milano, Università di Studi di Torino, 2018.
- Morello, Augusto Mario, *El Estado de Justicia*, La Plata, Editorial Platense, 2003.
- Nohlen, Dieter, *Diccionario de Ciencia Política*, México, Editorial Porrúa, 2006, tomo I.
- Recalde, Cecilia, *El desarrollo como derecho humano*, Buenos Aires, Astrea, 2019.
- Sagüés, Néstor P., *Sobre el concepto de constitución viviente* en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, año 1, Nº 1.

Democracia y derechos humanos: el derecho a defender los derechos humanos

*Marcela I. Basterra**

Resumen

En la lógica del constitucionalismo clásico, la democracia se identifica, en forma restringida, como aquel régimen de gobierno en el cual a través del sufragio se materializa la expresión de la soberanía popular y la voluntad mayoritaria.

Desde hace ya varios años, esta noción limitada de la democracia ha ido evolucionando y ampliándose, a punto tal que se han incorporado en su definición ciertos valores y principios que se relacionan intrínsecamente con el goce pleno de los derechos humanos y la vigencia de las libertades fundamentales.

Bajo estos lineamientos, en el presente trabajo buscaremos examinar el vínculo estrecho entre democracia y derechos humanos y el reciente surgimiento de un derecho transcendental para asegurar la calidad de un sistema democrático: el derecho a defender los derechos humanos.

Palabras clave: Democracia, Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derecho a defender los Derechos Humanos.

* Argentina; Doctora en Derecho (UBA); Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos; Presidenta de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Expresidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Profesora de Grado, Posgrado y Doctorado de Derecho Constitucional de la UBA y en más de diez universidades nacionales y extranjeras; autora de numerosas obras y artículos de su especialización; marcebasterra@gmail.com.

Democracy and Human Rights: The Right to Defend Human Rights

Abstract

In the logic of classical constitutionalism, democracy is identified, in a restricted way, as that government regime in which the expression of popular sovereignty and the majority will is perfected.

For several years now, this limited notion of democracy has been evolving, to the point that values and principles that are intrinsically related to the full enjoyment of human rights and the validity of fundamental freedoms have been incorporated into its definition.

Under these guidelines, in this work we will seek to examine the close link between democracy and human rights and the recent emergence of a transcendental right to ensure the quality of a democratic system: the right to defend human rights.

Keywords: Democracy, Human Rights, Interamerican Court of Human Rights, The Right to Defend Human Rights.

1. Derechos humanos y democracia

Desde una noción contemporánea, el ideal democrático no debe identificarse restringidamente como aquel régimen de gobierno en el cual a través del sufragio se materializa la expresión de la soberanía popular y la voluntad mayoritaria. Por el contrario, la democracia debe relacionarse con valores y principios que persiguen la búsqueda del bienestar general de la sociedad, el respeto de la dignidad de la persona humana y la vigencia de los derechos humanos, conceptualizados desde una perspectiva integral de universalidad e indivisibilidad. En definitiva, tal como señalan Ferrajoli¹

1. Ferrajoli, L., "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 9, 1998, Octubre-Marzo, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, p. 182.

y Nogueira Alcalá,² existe un vínculo íntimo entre la democracia y la igualdad.

Dado el desarrollo del constitucionalismo actual, la calidad de un régimen democrático dependerá, entre otros factores, del grado de vigencia que tengan los derechos humanos de la ciudadanía. Por ello, un parámetro fundamental que las agendas estatales deben ponderar al evaluar la calidad democrática en cada país es la garantía de los derechos humanos trascendentales para el funcionamiento del sistema de gobierno, como, por ejemplo, la libertad de expresión y de prensa, la libertad de reunión y asociación o el derecho al debido proceso judicial.

Este es uno de los aspectos cruciales que se ponderan al elaborar el Índice Global de la Democracia.³ La democracia no es únicamente la adopción de decisiones políticas en base a la voluntad mayoritaria. Para lograr una cultura democrática legítima y sostenible es necesario aplicar una noción amplia que tenga en cuenta la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la ciudadanía y las libertades civiles.

En las sociedades actuales, se vuelve trascendental contar con instituciones democráticas de calidad que permitan a la ciudadanía la corrección de aquellas actividades desviadas que perturben la vigencia de derechos fundamentales. En definitiva, la democracia es el régimen de gobierno por excelencia para asegurar el pleno goce de los derechos humanos integralmente considerados.

En este sentido, los máximos organismos internacionales han emitido opiniones concordantes. Así, la Organización de Naciones Unidas ha reconocido que; “[...] la democracia no se reduce al acto electoral, sino que requiere de eficiencia, transparencia y equidad en las instituciones públicas, así como de una cultura que acepte la legitimidad de la oposición política y

2. Nogueira Alcalá, H., “Democracia, Poder Constituyente o Reforma Constitucional y sus implicancias jurídicas en el proceso político de cambio constitucional en Chile”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, N° 38, 2016, p. 529.

3. La Unidad de Inteligencia de la revista *The Economist* califica del cero al diez el sistema democrático de 167 países ponderando cinco categorías –proceso electoral y pluralismo, funcionamiento del gobierno, participación política, cultura política democrática y libertades civiles–. Según el estudio, la democracia en Argentina posee 6,85 de puntaje, ubicándose en el puesto 50 del ranking global.

reconozca, y abogue por, los derechos de todos”⁴. Es que esta, “[...] excede a un método para elegir a quienes gobiernan, dado que es también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas de poder”.⁵

En idéntico sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la estrecha relación entre democracia, Estado de derecho y derechos fundamentales en el célebre precedente “*Yatama vs. Nicaragua*”,⁶ en los siguientes términos: “[...] en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.

Concordantemente, los ministros de Relaciones Exteriores de las Américas en la Carta Democrática Interamericana expresaron: “[...] Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.⁷

Teniendo en cuenta estos lineamientos, en este breve artículo buscaremos analizar el reciente precedente “*Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo*”.⁸ en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó la labor desarrollada por las personas defensoras de derechos humanos en un sistema democrático y el carácter autónomo del derecho a defender los derechos humanos.

4. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Alfaguara, Buenos Aires, 2004, p. 36.

5. *Ibidem*, p. 45.

6. Corte IDH, “*Caso Yatama vs. Nicaragua*”, sentencia del 23/06/2005, párr. 191.

7. Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11/09/2001, artículo 3º.

8. Corte IDH, “*Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados ‘José Alvear Restrepo’ vs. Colombia*”, sentencia del 18/10/2023.

2. El rol de los organismos de defensa de derechos humanos

En el marco de un sistema democrático, los organismos de derechos humanos llevan a cabo una función trascendental para el fortalecimiento de la democracia y de las instituciones propias de un Estado de derecho. Por ello, se vuelve crucial para lograr la sostenibilidad del sistema que las autoridades públicas refuercen estándares de protección respecto de los miembros de estas instituciones.

La Corte Interamericana en el mencionado caso analizó la supuesta responsabilidad internacional del Estado de Colombia por hechos de violencia, intimidación, hostigamientos y amenazas contra distintos miembros de una corporación de abogados que desempeñaban actividades de defensa de los derechos humanos.

La Comisión Interamericana alegó que el Estado colombiano había llevado a cabo labores arbitrarias de inteligencia, entre ellas la entrega de información a paramilitares, así como pronunciamientos estigmatizantes en los cuales vinculaban a los miembros de la organización con la guerrilla. Este accionar estatal constituyó no solo un grave incumplimiento del deber de protección, sino que además se trató de acciones abiertamente contrarias a ese deber que buscaban amedrentar a los abogados en sus labores de defensa de los derechos humanos. Ese efecto amedrentador o también llamado “*chilling effect*” perturbó no solo a los miembros de esta organización sino en general a todas las personas dedicadas a la defensa de los derechos humanos.⁹

Es doctrina consolidada del Tribunal Interamericano que el respeto por los derechos humanos en un Estado democrático depende en gran parte de las garantías efectivas y adecuadas de que gocen los defensores para desplegar libremente sus actividades, por lo que es conveniente que las autoridades dediquen especial atención a las acciones que limiten u obstaculicen su trabajo. La actividad que despliegan las organizaciones, como la corporación José Alvear Restrepo en el presente caso, contribuyen en gran medida a la observancia de los derechos humanos, ya que actúan como garantes contra la impunidad y complementan el rol de los Estados y del Sistema Interamericano en su conjunto, tal como se desprende de los fallos “*Valle Jaramillo*” y “*Sales Pimenta*”.¹⁰

9. *Ibidem*, voto concurrente del juez Rodrigo Murovitsch, párr. 168.

10. Corte IDH, “*Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*”, sentencia del 27/11/2008, y “*Caso Sales Pimenta vs. Brasil*”, sentencia del 30/06/2022.

En idéntico sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, afirma que “toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”.¹¹

El Estado está obligado a garantizar que las personas defensoras de derechos humanos puedan ejercer su función trascendental. Este deber estatal se traduce en distintas medidas; las autoridades deben protegerlos cuando sean víctimas de amenazas contra su vida e integridad, deben abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, y al mismo tiempo, deben investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad y la corrupción. En efecto, el Tribunal reconoció que “la defensa de los derechos humanos solo puede ejercerse libremente cuando las personas que la realizan no son víctimas de amenazas o de cualquier tipo de agresiones físicas, psíquicas o morales u otros actos de hostigamiento”.¹²

En este caso particular, las intimidaciones y los atentados a la integridad y a la vida de los miembros de la corporación José Alvear Restrepo eran particularmente graves ya que generaron un efecto no solo individual, sino también colectivo, en la medida en que la sociedad colombiana se vio impedida de conocer la verdad sobre la situación de respeto o de violación de los derechos en este país.¹³

3. Conclusiones

La presente sentencia revista una importancia fundamental ya que por primera vez la Corte Interamericana declaró el carácter autónomo del

11. La Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos fue aprobada por la Asamblea General el 8 de marzo de 1999.

12. Corte IDH, “Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados ‘José Alvear Restrepo’ vs. Colombia”, *op. cit.*, párr. 477.

13. *Ibidem*, párr. 478.

derecho a defender los derechos humanos. Si bien en anteriores sentencias ya se había pronunciado sobre el contenido y alcance de este derecho, no había declarado una violación autónoma al mismo.

En el caso “*Escales Mejía*”¹⁴ el Tribunal había indicado que este derecho, y el deber correlativo de los Estados de protegerlo, se vinculan con el goce de distintas prerrogativas garantizadas por la Convención Americana, tales como la vida, la integridad personal, la libertad de expresión, la libertad de asociación, las garantías judiciales y la protección judicial, derechos que, en su conjunto, constituyen el vehículo de realización, precisamente, del derecho a defender los derechos humanos. Concordantemente, en el caso “*Digna Ochoa*”¹⁵ reconoció su competencia para abordar el contenido y alcance de ese conjunto de derechos que se vinculan, precisamente, con el derecho a defender los derechos humanos.

Aplicando una interpretación evolutiva de la Convención Americana, la Corte determinó que es posible derivar de sus disposiciones el reconocimiento jurídico del derecho a defender los derechos humanos. En virtud de esta prerrogativa, los miembros de los organismos de defensa tienen el derecho a ejercer, sin limitaciones y sin riesgos de cualquier tipo, las actividades y labores relacionadas con el impulso, vigilancia, promoción, divulgación, enseñanza, defensa, reclamo o protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

El reconocimiento de este derecho impone a los Estados un deber especial de protección de las personas defensoras, el cual implica no solo que las autoridades estatales se abstengan de imponer restricciones ilegítimas, sino una obligación reforzada de formular e implementar instrumentos de política pública adecuados, y de adoptar disposiciones de derecho interno y prácticas pertinentes para asegurar el ejercicio libre y seguro de las actividades que aquellas desarrollen.

Teniendo en cuenta estas directrices, el Tribunal Interamericano determinó que Colombia había incumplido el deber especial de protección de los integrantes de la organización José Alvear Restrepo, al llevar a cabo a través

14. Corte IDH, “*Caso Escaleras Mejía y otros vs. Honduras*”, sentencia del 26/09/2018, párr. 60.

15. Corte IDH, “*Caso Digna Ochoa y familiares vs. México*”, sentencia del 25/11/2021, párr. 34.

de sus agentes actos de amenazas, intimidaciones y hostigamientos en su contra, generando una situación de riesgo para su vida e integridad personal. En este contexto, las distintas acciones y omisiones atribuidas a las autoridades estatales han perturbado el derecho a defender, impulsar y promover los derechos humanos y libertades fundamentales de las presuntas víctimas.¹⁶

Por consiguiente, la Corte Interamericana determinó que la persecución sistemática y reiterada contra los miembros de la organización reflejaba un *modus operandi* del Estado para tratar a los opositores políticos. Este accionar estatal implicó una restricción a la defensa de los derechos humanos con efectos individuales y colectivos para la sociedad colombiana. En este sentido, en forma inédita el Tribunal consolidó definitivamente la interpretación sobre la justiciabilidad autónoma del derecho a defender los derechos humanos.¹⁷

Bibliografía

- Ferrajoli, L., “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 9, 1998, Octubre-Marzo, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, pp. 173-184.
- Nogueira Alcalá, H. “Democracia, Poder Constituyente o Reforma Constitucional y sus implicancias jurídicas en el proceso político de cambio constitucional en Chile”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, N° 38, 2016, pp. 529-546.
- Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo, *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, Alfaguara, 2004.

Referencias jurisprudenciales

1. Corte IDH, “Caso Yatama vs. Nicaragua”, sentencia del 23/06/2005.
2. Corte IDH, “Caso Escaleras Mejía y otros vs. Honduras”, sentencia del 26/09/2018.

16. Corte IDH, “Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados ‘José Alvear Restrepo’ Vs. Colombia”, *op. cit.*, párrs. 977 y siguientes.

17. *Ibidem*, voto concurrente del juez Rodrigo Mudrovitsch, párr. 17.

3. Corte IDH, “*Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*”, sentencia del 27/11/2008.
4. Corte IDH, “*Caso Digna Ochoa y familiares vs. México*”, sentencia del 25/11/2021.
5. “*Caso Sales Pimenta vs. Brasil*”, sentencia del 30/06/2022.
6. Corte IDH, “*Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados ‘José Alvear Restrepo’ vs. Colombia*”, sentencia del 18/10/2023.

Referencias normativas

1. Carta Democrática Interamericana aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11/09/2001.
2. Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, aprobada por la Asamblea General el 8 de marzo de 1999.

Las instituciones de la democracia constitucional y los derechos: un repaso de la literatura

*Pedro A. Caminos**

Resumen

En este trabajo se presentarán dos enfoques recientes sobre la relación entre las instituciones de la democracia constitucional y los derechos. El primer enfoque sostiene que las instituciones deben efectuar el mismo tipo de razonamiento para garantizar la justificación de sus decisiones sobre derechos. Ese razonamiento se basa en el principio de proporcionalidad. El segundo enfoque sostiene que las instituciones deben especializarse en diferentes tipos de razonamiento. Así cada una de ellas realiza un aporte particular a la protección de los derechos. El objetivo de este trabajo es que un lector interesado, pero no especializado, pueda conocer rápidamente las obras y autores de referencia de cada enfoque.

Palabras clave: Democracia, Derechos, Instituciones.

The Institutions Of Constitutional Democracy And Rights: A Review Of The Literature

Abstract

This paper shall present two recent approaches on the relation between the institutions of constitutional democracy and rights. The first approach

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Diploma de Honor); Profesor de Derecho Constitucional (UBA); doctorando (UBA); pcaminos@derecho.uba.ar.

contends that those institutions should apply the same kind of reasoning in order to justify its decisions on rights. That reasoning is grounded on the principle of proportionality. The second approach contends that each institution should become a specialist in a different kind of reasoning. Thus, each one of them would do a peculiar contribution to the protection of rights. The aim of this paper is to allow to an interested, but not expert, reader to quickly get acquainted with reference works and authors of each approach.

Keywords: Democracy, Institutions, Rights.

Los debates sobre la relación entre democracia y derechos no son una novedad. La reflexión permanente sobre el modo en que dicho vínculo se desarrolla probablemente sea uno de los motores que mantiene vivo a un régimen político democrático. Sin embargo, en las últimas dos décadas, a partir de los aportes de ciertos autores, como Jeremy Waldron o Mark Tushnet, la discusión comenzó a girar ya no tanto en torno a los conceptos abstractos de “democracia” y “derechos”, sino sobre diseños y capacidades institucionales.¹

De ese modo, el diálogo pasó a referirse a problemas más concretos relativos al aporte que las instituciones habituales en nuestros sistemas constitucionales, tales como las legislaturas o los tribunales, pueden hacer para honrar el compromiso tanto con la democracia como con los derechos. En este trabajo, quisiera referirme a dos tendencias divergentes en esa literatura más reciente. Mi objetivo es referenciar sintéticamente ambas posiciones, señalando cuáles son los tópicos que discuten e indicando las obras relevantes para permitir que lectores interesados, pero no especializados, puedan acudir a ellas y “pensar en derecho” por sí mismos.

1. J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

I. La confusión como diseño institucional

La primera de las dos tendencias que analizaré es la de la “confusión”. El término no debe ser entendido en sentido peyorativo sino como una metáfora elaborada a partir del concepto de confusión como modo de extinción de las obligaciones. Una obligación se extingue por confusión cuando acreedor y deudor de un vínculo obligacional pasan a ser la misma persona. En esa línea, un diseño institucional se funda en el principio de la confusión cuando se espera que cada institución utilice el mismo tipo de razonamiento. Así, sus roles institucionales se confunden.

En la literatura contemporánea, el principio de confusión está asociado con la promoción de un uso cada vez más extensivo del principio de proporcionalidad. Se trata, por supuesto, de un fenómeno global consistente en que una mayor cantidad de tribunales, nacionales, regionales e internacionales, evalúan la validez de leyes y otras normas recurriendo a un análisis que comienza por determinar la legitimidad de los fines que ellas persiguen, pasa a determinar la idoneidad de los medios por los que optaron sus creadores para alcanzar tales fines, continúa por comparar esos medios con otros alternativos para comprobar si alguno de ellos impondría restricciones menos onerosas pero igualmente idóneas y, por último, pondera si la importancia de alcanzar esos fines es superior a la intensidad de la restricción al derecho.²

El uso del principio por parte de los tribunales tiene un ejército de defensores. No quiero extenderme aquí sobre las ideas de los sospechosos de siempre.³ En cambio, me parece importante prestarle atención

2. A. Stone Sweet y J. Matthews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 47 (1) (2008): 68-149. La exitosa difusión del principio de proporcionalidad se explica muy probablemente por la existencia de una “comunidad global de cortes” cuyos miembros mantienen contactos permanentes, desarrollando influencias recíprocas. Véase A. M. Slaughter, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 44 (2) (2003): 191-219. El rol del derecho internacional y su vínculo con el derecho constitucional merecen un tratamiento separado. Una buena introducción en M. Kumm, “Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement”, en S. Choudry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

3. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002; D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004; L. Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos

al modo en que esa defensa se desarrolló en contextos no tan amenos al principio de proporcionalidad, como los Estados Unidos. En una obra relativamente reciente, Jamal Greene sostuvo que la proporcionalidad tenía la ventaja de disminuir la intensidad de las controversias sobre derechos.⁴ Entre las razones que proporcionó para justificar esa idea me interesa destacar una. Cuando se plantea un conflicto entre derechos, el principio de proporcionalidad se toma en serio a ambos, pues los dos son ponderados y la eventual victoria de uno en cierto contexto no precluye la posibilidad de un resultado diverso en otro. Eso contribuiría a evitar, o al menos a atenuar, la polarización política que aqueja a muchas democracias occidentales.

Un camino similar al de Greene es transitado por quienes proponen un “constitucionalismo transformador”.⁵ La idea general es que la constitución o un instrumento de derechos humanos configuran el fundamento para una transformación, más o menos profunda, de las estructuras sociales, políticas, económicas e institucionales existentes en un Estado o en una región. En ese contexto, los tribunales actúan como agentes de esa transformación, dando voz a los grupos vulnerables que carecen de peso o de representación en el proceso político, admitiendo litigios de tipo estructural para promover el cambio en el modo de trabajo de agencias, organismos e instituciones y exhortando a las instituciones políticas para que deliberen, cuando no directamente para que decidan, sobre políticas públicas desactualizadas, discriminatorias o, lisa y llanamente, inexistentes.

Aires, Eudeba, 2009; A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

4. J. Greene, *How Rights Went Wrong. Why Our Obsession with Rights Is Tearing America Apart*, Boston, Houghton - Mifflin - Harcourt, 2021.

5. D. Bonilla Maldonado (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; O. Vilhena et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism. Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2013; A. Von Bogdandy et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Jus Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017; M. Hailbronner, “Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South”, *American Journal of Comparative Law*, 65(3) (2017): 527-565.

No es de extrañar que la atribución de semejantes virtudes al principio de proporcionalidad tienda a volverlo tan atractivo. Las propuestas de organización institucional basadas en la confusión se desprenden casi naturalmente de esa visión. En efecto, estas ideas presuponen que las instituciones están animadas por una “cultura de la justificación” según la cual deben explicar la legitimidad de las medidas que adoptan y por qué ellas no afectan indebidamente los derechos que se dicen restringidos.⁶ Los tribunales son considerados no como instituciones que resuelven casos particulares aplicando normas generales, sino como un foro en el que los ciudadanos pueden exigirle esa justificación al gobierno.⁷ Según este tipo de concepciones, los tribunales están para darles “significado a nuestros valores públicos”, diciéndolo en palabras de Owen Fiss.⁸

Una objeción posible aquí es que, si la proporcionalidad contribuye a darle significado a “nuestros valores públicos”, entonces tal vez dicha tarea debería ser desarrollada fuera de los tribunales. Por lo tanto, no es de extrañar que se defienda el uso de la proporcionalidad para elaborar discursos constitucionales no solo en el ámbito judicial, sino también en las instituciones políticas.⁹ Con lo cual, la confusión institucional queda concretada.

Por supuesto, no todos los partidarios de la proporcionalidad sostienen que el principio deba ser aplicado exactamente de la misma manera en cada ámbito institucional. Algunos tienen posiciones más sutiles,

6. El concepto de “cultura de la justificación” se popularizó a partir del muy citado artículo de E. Mureinik, “A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights”, *South African Journal on Human Rights*, 10 (1) (1994): 31-48.

7. Una defensa de esta idea en C. Lafont, *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press 2019. Entre nosotros, Roberto Gargarella también va en esa línea, aunque expresando una perspectiva escéptica, acaso sombría, con respecto a la posibilidad de que los tribunales realmente existentes en la Argentina sean capaces de concretar adecuadamente esa tarea. Véase R. Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.

8. O. M. Fiss, “Foreword: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review*, 93(1) (1979): 1-58, p. 2.

9. F. I. Michelman, “Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism”, en V. C. Jackson y M. Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 41-44.

“institucionalmente sensitivas”.¹⁰ Sin embargo, quienes están disconformes con este enfoque y son críticos del principio de proporcionalidad nos llevan a pensar las cosas de otra manera.¹¹

II. Instituciones especializadas

La otra tendencia que presentaré en este trabajo es la de la “especialización”. Un diseño institucional se funda en el principio de especialización cuando el tipo de razonamiento empleado por cada institución es diferente del usado por las otras. Esto permite que cada actor institucional efectúe un aporte peculiar y diferenciado al procedimiento decisorio. La especialización admite ciertos matices que, en principio, son más difíciles de introducir bajo el diseño de la confusión. Entre ellos, se destaca el concepto de deferencia. Si una institución efectúa un tipo de aporte al procedimiento decisorio basado en sus propias capacidades institucionales que es distinto del que realizan las otras, entonces cada institución tiene una razón para ser deferente con las demás en aquellos puntos en los que ellas tienen ventajas en virtud de sus capacidades específicas, y la revisión tendrá lugar de acuerdo con esas capacidades en particular.¹²

10. A. Brady, *Proportionality and Deference. An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; A. Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 287-294; V. Perju, “Proportionality and *Stare Decisis*: Proposal for a New Structure”, en V. C. Jackson y M. Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; R. Dixon, “Calibrated Proportionality”, *Federal Law Review*, 48(1) (2020): 92-122.

11. J. F. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Aunque no estrictamente crítico, Víctor Ferreres Comella también ha indicado con mucha lucidez cuáles son los límites de la proporcionalidad, en particular que su uso presupone una concepción política sustantiva que debe ser adecuadamente explicitada a riesgo de que quede oculta si solo se observan los “pasos” específicos de la proporcionalidad. Ello lo lleva a discutir las implicancias institucionales del uso del principio por parte de los tribunales. Véase V. Ferreres Comella, “Beyond the Principle of Proportionality”, en G. Jacobsohn y M. Schor (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.

12. No es de extrañar que la discusión sobre la separación y la división de poderes también se haya renovado en este contexto. Véase E. Carolan, *The New Separation of Powers. A*

Una manera elegante de presentar esta idea fue elaborada por Adrian Vermeule, quien propuso distinguir entre los dos tipos de rol que cada institución puede asumir: decisión y revisión.¹³ Vermeule sugirió que la decisión con respecto al alcance de la revisión fuera adoptada como una respuesta a esta pregunta: ¿qué beneficio (o costo) marginal implica agregar una etapa adicional de revisión para este tipo de decisiones? De acuerdo con Vermeule, la respuesta variará según diversos factores, pero, en general, los costos tenderán a superar a los beneficios cuanto mayor sea el nivel de injerencia judicial respecto de la decisión, es decir, cuanto más se acerque la actividad judicial a ser una decisión en lugar de una revisión. Por lo tanto, *en el margen*, los tribunales actúan razonablemente quedándose en el área de la revisión y adoptando criterios de deferencia hacia la administración. Por ello, en general los tribunales deberían ser deferentes y abstenerse de decidir.

En esa línea, hay una creciente literatura encargada de analizar y diferenciar los tipos de razonamientos que utilizan las legislaturas y los tribunales, sobre todo en materia de derechos.¹⁴ Básicamente, los tribunales se especializan en la resolución de controversias que son llevadas ante ellos por las partes con el fin de que las resuelvan aplicando normas creadas previamente. Incluso cuando un tribunal crea derecho, lo hace apelando a un razonamiento en el que esa creación es elaborada a partir de normas preexistentes. En cambio, las legislaturas están concebidas para actuar de

Theory for the Modern State, Oxford, Oxford University Press, 2009; C. Möllers, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2013; D. Kyriasis, *Where Our Protection Lies. Separation of Powers and Constitutional Review*, Oxford, Oxford University Press, 2017; M. Tushnet, *The New Fourth Branch. Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

13. A. Vermeule, *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2016.

14. R. Ekins, *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 127-135; D. Kyriasis, *Shared Authority. Courts and Legislatures in Legal Theory*, Oxford, Hart, 2015; Yowell, P., *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Oxford, Hart, 2018, pp. 90-130; Webber, G. et al., *Legislated Rights. Securing Human Rights through Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; K. Roach, "The Varied Roles of Courts and Legislatures in Rights Protection", en M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights*, Oxford, Hart, 2015.

manera proactiva formulando normas generales en leyes con la finalidad de resolver problemas sociales en aras del bienestar colectivo.

III. Balance

Tal vez una manera de efectuar un balance de esta discusión sea admitir que una constitución no es normativamente homogénea.¹⁵ Por un lado, la constitución define las competencias de las instituciones democráticas mediante reglas. Por otro, la constitución incluye principios concretos referidos a las aspiraciones colectivas de la comunidad política que esas instituciones democráticas se proponen satisfacer. Tales aspiraciones son doblemente controversiales tanto porque es posible elaborar diferentes concepciones sobre ellas como porque pueden entrar en conflicto entre sí.

El rol de las instituciones democráticas es administrar esas polémicas y tensiones. El diseño apropiado para distribuir funciones en esa tarea de administración requerirá una sensibilidad muy particular a los cambiantes contextos. Pero, seguramente, la literatura actual proporciona herramientas adecuadas para guiar esa decisión que nos permita trascender la dualidad abstracta y poco práctica del contraste entre democracia y derechos.

Bibliografía

Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Atria, F., *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Balkin, J. M., "The Framework Model and Constitutional Interpretation", en Dyzenhaus, D. y Thorburn, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

15. F. Atria, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 274-277; E.-W. Böckenförde, "Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights", en *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, editado por M. Künckler y T. Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 264; J. M. Balkin, "The Framework Model and Constitutional Interpretation", en D. Dyzenhaus y M. Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

- Barak, A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Beatty, D. M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Böckenförde, E.-W., “Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights”, en *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, M. Künkler y T. Stein (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Bonilla Maldonado, D. (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Brady, A., *Proportionality and Deference. An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Carolan, E., *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Clérico, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- Dixon, R., “Calibrated Proportionality”, en *Federal Law Review*, 48(1) (2020), 92-122.
- Ekins, R., *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Ferrerres Comella, V., “Beyond the Principle of Proportionality”, en Jacobsohn, G. y Schor, M. (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.
- Fiss, O. M., “Foreword: The Forms of Justice”, en *Harvard Law Review*, 93(1) (1979), 1-58.
- Gargarella, R., *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.
- Greene, J., *How Rights Went Wrong. Why Our Obsession with Rights Is Tearing America Apart*, Boston, Houghton - Mifflin - Harcourt, 2021.
- Hailbronner, M., “Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South”, en *American Journal of Comparative Law*, 65(3) (2017), 527-565.
- Kavanagh, A., *The Collaborative Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.

- Kumm, M., “Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement”, en Choudry, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Kyritsis, D., *Shared Authority. Courts and Legislatures in Legal Theory*, Oxford, Hart, 2015.
- *Where Our Protection Lies. Separation of Powers and Constitutional Review*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Lafont, C., *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press 2019.
- Michelman, F. I., “Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism”, en Jackson, V. C. y Tushnet, M. (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Möller, K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Möllers, C., *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Mureinik, E., “A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights”, en *South African Journal on Human Rights*, 10 (1) (1994), 31-48.
- Perju, V., “Proportionality and *Stare Decisis*: Proposal for a New Structure”, en Jackson, V. C. y Tushnet, M. (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Roach, K., “The Varied Roles of Courts and Legislatures in Rights Protection”, en Hunt, M., Hooper, H. J. y Yowell, P. (eds.), *Parliament and Human Rights*, Oxford, Hart, 2015.
- Slaughter, A.-M., “A Global Community of Courts”, en *Harvard International Law Journal*, 44 (2) (2003), 191-219.
- Stone Sweet, A. y Matthews, J., “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 47 (1) (2008), 68-149.
- Tushnet, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- *The New Fourth Branch. Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- Urbina, J. F., *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

- Vermeule, A., *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2016.
- Vilhena, O. et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism. Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2013.
- Von Bogdandy, A. et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- Webber, G. C. N., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Webber, G. et al., *Legislated Rights. Securing Human Rights through Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- Yowell, P., *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Oxford, Hart, 2018.

Democracia y discurso público

*Juan Vicente Sola**

Resumen

En una democracia, el “mercado de ideas”, como lo denominó Oliver Wendell Holmes, se ha expandido con Internet, que actúa como un foro público para el intercambio de información y debate. La doctrina del foro público, que tradicionalmente protege el uso de espacios físicos para la libre expresión, debería aplicarse también a Internet para garantizar el acceso a la información. La censura en Internet, ya sea por parte del Estado o de empresas privadas, plantea riesgos para la libertad de expresión y el derecho a la información, particularmente frente al “derecho al olvido”. Este podría ocultar información esencial en una sociedad democrática, violando el acceso a la verdad y la libertad de prensa. Internet y los intermediarios, como buscadores y redes sociales, son cruciales para conectar a las personas y facilitar el acceso a la información, y cualquier intento de censura pone en peligro estos derechos fundamentales.

Palabras clave: democracia, expresión, foro público, internet, derecho al olvido.

Democracy and Public Discourse

Abstract

In a democracy, the “marketplace of ideas”, as Oliver Wendell Holmes called it, has expanded with the Internet, which acts as a public forum

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; Doctor en Economía; Diplôme de Hautes Études Internationales (Graduate institute Ginebra); Profesor Emérito UBA; juansola@derecho.uba.ar

for the exchange of information and debate. The public forum doctrine, which traditionally protects the use of physical spaces for free expression, should also apply to the Internet to ensure access to information. Internet censorship, whether by the state or private companies, poses risks to freedom of expression and the right to information, particularly in the face of the “right to be forgotten”. This could hide essential information in a democratic society, violating access to the truth and freedom of the press. The Internet and intermediaries, such as search engines and social networks, are crucial for connecting people and facilitating access to information, and any attempt at censorship endangers these fundamental rights.

Keywords: Democracy, Expression, Public Forum, Internet, Right to be Forgotten.

Amartya Sen recordaba la importancia de la libertad de expresión, aun en temas inesperados en una sociedad moderna, como fue combatir las hambrunas habituales en la India durante el período colonial británico. “Resulta que las hambrunas a menudo tienen poco que ver con el suministro de alimentos, y en su lugar tienen antecedentes causales en otras partes de la economía, relacionados a través de la interdependencia económica general”.¹ La mala comunicación es responsable y la libre expresión permite conocer la situación y resolverla.

En democracia se desarrolla un verdadero “mercado de ideas”, según la metáfora de Oliver Wendell Holmes en “Abrams v. United States” (1919), 250 U.S. 616, donde las personas intercambian su información y opiniones, y donde todos se enriquecen con el intercambio. Este “mercado de ideas”, mediatizado en otras épocas por medios institucionales de comunicación, se multiplica ahora por Internet, una nueva ágora para la difusión de ideas. Las comunicaciones a través de Internet han disminuido la importancia y la efectividad de las alternativas físicas para expresar un discurso, como fueron los parques públicos, los panfletos u otras formas impresas y tradicionales

1. Sen, Amartya, *On Ethics and Economics*, Oxford, Blackwell, 1987, p. 29.

de comunicación política o social. Se ha hecho posible, a través de Internet, el acceso libre al mercado de ideas señalado por el foro público tradicional.

La pregunta que se plantea es: ¿hasta qué punto puede el gobierno regular a quienes quieren organizar marchas en espacios públicos, como calles o parques, para expresar sus ideas? ¿Cómo se resuelve el conflicto con quienes desean circular por esos espacios públicos?

La doctrina del foro público es una herramienta analítica utilizada en casos de libertad de expresión para determinar la constitucionalidad de las restricciones de expresión implementadas en la propiedad del gobierno. Los tribunales emplean esta doctrina para decidir si los grupos deben tener acceso para participar en actividades expresivas en dicha propiedad. El juez Owen J. Robert, en *Hague v. Committee for Industrial Organization* (1939), escribió: “Calles y parques se han mantenido inmemorialmente en fideicomiso para el uso del público y, desde tiempo inmemorial, se han utilizado con fines de reunión, comunicación de pensamientos entre ciudadanos, y discusión de cuestiones públicas. Tal uso de las calles y lugares públicos ha sido, desde la antigüedad, parte de los privilegios, inmunidades, derechos y libertades de los ciudadanos”.

¿Puede extenderse esta doctrina a Internet?

La doctrina del foro público tiene una presencia generalizada en la libertad de expresión y debe ser reconocida para explicar los foros y comunicadores en Internet, configurando una “aldea global” de comunicación. Internet ha ampliado el espacio del foro público, particularmente con la presencia de buscadores para asegurar a las personas el acceso a la información buscada, requisito imprescindible en toda comunicación. La doctrina del foro público ofrece una protección adecuada y razonable a los buscadores de Internet frente a la decisión judicial que les impone el bloqueo de determinados vínculos de Internet, al amparo de un eventual “derecho al olvido”.

Esto permite el intercambio de información, datos, música grabada, imágenes, videos y contactos con otras redes o con otros sitios dentro de Internet. Internet y las redes que actúan dentro de ella han permitido crear una red social que conecta a cientos de millones de personas en todo el mundo. Internet y las redes sociales han transformado cómo los individuos se conectan y se comunican, cómo participan en el debate y controlan a las autoridades, y cómo las empresas venden sus bienes y servicios. Son también herramientas para la movilización política y cultural, y permiten la actividad

de militantes políticos, sociales y de quienes comparten sus ideas e imágenes con el público en general o con los miembros de otras redes.

Permite además el derecho a réplica y el mejor control de la veracidad a través del debate. Frente a una idea falsa, o incluso una calumnia, existe la posibilidad de un contraargumento o la provisión de nueva información.

El alto costo de acceder a la información nos pone frente a la incongruencia de la llamada “ley del olvido”. Las consecuencias de admitirla pueden ser gravísimas en una sociedad democrática, donde podría utilizarse para ocultar información necesaria para las decisiones de la sociedad. En este sentido, el “derecho al olvido” genera una desprotección de los individuos en su acceso a la información, pudiendo llegar a limitarlo o, cuando menos, dificultarlo. La Corte Suprema sostuvo: “El derecho de acceso a la información resulta fundamental en toda sociedad democrática y tiene una doble vertiente: como derecho individual de toda persona a buscar información y como obligación positiva del Estado de garantizar que se pueda acceder a la información solicitada” (Fallos 344:344).

La doctrina tradicional de proteger a los medios de prensa frente a intentos de eliminar información fidedigna. Obligar a la prensa a eliminar información veraz violaría la protección de la prensa libre. Los sitios de Internet tienen una función trascendente en la vida social y política, informan cómo los individuos interactúan entre sí y cómo los movimientos políticos y sociales se organizan y comunican con el público en general.

La censura en Internet

La censura en Internet puede provenir de dos orígenes: por una parte, de la actividad regulatoria estatal que intenta establecer un régimen de censura previa o de responsabilidad civil o penal por lo publicado en Internet; por otra, de la actividad de las empresas que actúan en Internet. Los buscadores o las redes sociales pueden ejercer, por temor a regulaciones estatales o acciones civiles por daño por responsabilidad civil, una censura preventiva sobre los contenidos de los sitios de Internet que administran. Los buscadores, como las redes, son empresas y buscan maximizar sus ingresos y preferencias, y naturalmente evitarán actividades riesgosas para su actividad comercial. Las presiones externas para ejercer una censura de contenido o de bloqueo de acceso son particularmente obvias en regímenes autoritarios represivos. Este riesgo subsiste en democracias cuando se limitan contenidos agresivos

a grupos sociales, minorías culturales o religiosas, o personas con el deseo de ocultar contenidos de su pasado, y para ello se ejerce una censura previa prohibida en el artículo 14 de la Constitución. En este caso se agrega un posible derecho de las personas al “olvido” de actividades o imágenes que pudieran serles desagradables al ser conocidas o recordadas en la sociedad. Sin embargo, deben ser rechazadas ya que buscan transformar a las empresas administradoras de contenidos en Internet en promotores de la censura.

El reconocimiento de este hipotético derecho impone a las redes sociales presiones internas para censurar su contenido o para bloquear el acceso de algunos de sus usuarios particulares. Este tipo de censura tiene la potencialidad de ser aplicada en forma abusiva, particularmente si se tiene en cuenta que, si se permite censura dentro de Internet, se podría ejercer contra quienes tuvieran opiniones diferentes en temas de interés público, o cuando las empresas consideren que esas opiniones interfieran con sus propios intereses. La censura de las comunicaciones en las redes sociales es preocupante porque limita las posibilidades para la difusión de ideas.

Se ha hecho posible, a través de Internet, el acceso libre al mercado de ideas señalado por Oliver Wendell Holmes en “Abrams v. United States” (1919), 250 U.S. 616. Las comunicaciones a través de Internet han disminuido la importancia y la efectividad de las alternativas físicas para expresar un discurso, como fueron los parques públicos, los panfletos u otras formas impresas y tradicionales de comunicación política o social. El riesgo a la libertad de expresión es doble: primero, por la capacidad de los motores de búsqueda para influir en el debate público al proveer resultados de búsqueda sesgados; segundo, por la capacidad de los gobiernos de imponer la regulación de los intermediarios como un medio indirecto de censura. Las comunicaciones por Internet requieren de intermediarios, ya sean buscadores o redes sociales. La pregunta no es si existe algún intermediario, sino quién debe ser el intermediario. El riesgo de que el intermediario, al tener una situación cuasi monopólica, pueda actuar como un censor privado, no impone necesariamente una regulación, ya que esto significaría reemplazar la decisión privada por una decisión gubernamental, y la tradición constitucional es que no debe haber una censura gubernamental sobre la expresión de ideas o imágenes (CBS, Inc. v. Democratic Nat’l Comm., 412 U.S. 94, 124-26 [1973]).

La respuesta es permitir medios alternativos de información. La importancia de los intermediarios de Internet es que permiten a los usuarios finales identificar y obtener acceso a un buen contenido. El análisis económico

de la intermediación indica que éstos pueden desempeñar un papel clave en ayudar a los usuarios finales a obtener acceso al contenido que desean. La imposición de responsabilidad civil o penal sobre el buscador es un incentivo a la censura privada sobre ideas e imágenes, ya que las empresas limitarían el acceso a la información cuando existiera riesgo de una demanda judicial. De esa manera se pondría un costo de transacción excesivo sobre la libre difusión de ideas, que es fundamento del Estado de derecho, y se impondría una censura previa expresamente prohibida por la Constitución.

El buscador no es quien origina el discurso cuestionado, sino que facilita el acceso a quien lo busca. La presencia de intermediarios trae nuevas soluciones a la búsqueda de información, ampliando las posibilidades de los usuarios para obtener acceso a la información que buscan y solamente la que quieren encontrar y no otra. Cumplen una función esencial al colaborar con los usuarios para identificar y obtener los contenidos deseados. ¿Qué ocurriría si no existiera esta actividad de intermediación asumida por los buscadores? Sería como una biblioteca sin fichas, donde estaríamos limitados a la memoria del bibliotecario.

Obligar o tan solo habilitar a los buscadores el bloqueo de determinados vínculos es una grave violación al derecho a la información, como sería una biblioteca sin fichas, donde la información estuviera presente pero fuera imposible acceder a ella. Mucho más grave sería permitir la distorsión del pasado en la construcción de un discurso político o una campaña electoral. Muchas veces la política es un intento de reescribir la historia, ocultando información y disipando graves hechos cometidos. Es un intento de jugar a Dios, según Borges: “Dios, que no puede cambiar el pasado, pero sí las imágenes del pasado” (“La otra muerte” en *El Aleph*, 1949).

Bibliografía

- Scioscioli, Sebastián, “Importancia y fundamentos de la libertad de expresión en el sistema democrático”, en Enrique Alonso Regueira (coord.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- Sen, Amartya, *On Ethics and Economics*, Oxford, Blackwell, 1987.
- Sola, Juan Vicente, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- Sola, Juan Vicente y Phelps, Edmund, *Tratado de Derecho y Economía*, Buenos Aires, La Ley, 2013.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

Retos contemporáneos de la democracia constitucional en América del Sur

*Raúl Gustavo Ferreyra**

Resumen

La Constitución es el instrumento más riguroso que se ha inventado para el gobierno de una comunidad. Ella, con todas sus piezas y como escritura fundamental de una sociedad abierta, instituye la forma inicial del orden del Estado. Las Constituciones pueden habilitar y desarrollar el método democrático con diferentes grados de intensidad, eficacia y latitud. Este trabajo postula que en América del Sur se hace necesario incrementar espacios y discusiones sobre una teoría general de la Constitución del Estado democrático. Es urgente analizar los desafíos y los peligros, tanto naturales como sociales, que amenazan la estabilidad y el crecimiento de la democracia constitucional, con especial atención dogmática sobre las Leyes fundamentales de Brasil y de la Argentina. Aunque las posibilidades de la democracia constitucional son infinitas, resulta vital estudiar el horizonte de proyección de esos retos que pueden avasallar, cuestionar o derrumbar sus proposiciones hacia la inalcanzable pero irrenunciable tierra prometida. Seriamente, la democracia siempre ha de profundizarse con mayor democracia. Su optimización reside, entre otras cuestiones, en la concepción de una respuesta global contra las agresiones al método mismo que ella instituye para toda una ciudadanía, cuyos miembros han de disponer, individualmente, de igual esfera garantizada de libertad política, dado que la libertad social, todavía, no posee garantías firmes.

* Abogado; Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UBA); Doctor en Derecho (UBA); Posdoctor en Derecho (UB); Miembro de la Comisión de Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA; rgferreyra@gmail.com.

Palabras clave: Constitución, Estado, democracia.

Contemporary Challenges of Constitutional Democracy

Abstract

The Constitution is the most rigorous instrument ever invented for the government of a community. It, with all its parts and as the fundamental Scripture of an open society, institutes the initial form of the order of the State. Constitutions can enable and develop the democratic method with different degrees of intensity, efficacy and latitude. This paper postulates that in South America it is necessary to increase spaces and discussions on a general theory of the democratic State Constitution. It is urgent to analyze the challenges and dangers, both natural and social, that threaten the stability and growth of constitutional democracy, with special dogmatic attention to the Fundamental Laws of Brazil and Argentina. Although the possibilities of constitutional democracy are infinite, it is vital to study the projection horizon of those challenges that can overwhelm, question or collapse its proposals towards the unattainable but unrenounceable promised land. Democracy must always be deepened with greater democracy. Its optimization lies, among other things, in the conception of a global response against aggressions against the very method it institutes for an entire citizenry, whose members must have, individually, an equal guaranteed sphere of political freedom, given that social freedom, as yet, does not possess firm guarantees.

Keywords: Constitution, State, Democracy.

I. Presentación¹

Desde 1988 la República Federativa de Brasil cuenta con una robusta Constitución Federal (CRFB), que debe ser protegida y salvaguardada, especialmente por el Supremo Tribunal Federal (STF), uno de los órganos jurisdiccionales más importantes del planeta debido a la relevancia de sus decisiones. Los dos jueces del STF, nombrados de acuerdo con el proceso constitucional por dos presidentes de la República diferentes, son eminentes juristas por derecho propio, cuya altísima reputación y destacado conocimiento jurídico son una fuente constante e inagotable de conocimiento y discusión del Derecho constitucional, especialmente en América del Sud. Con la erudita integración de Luís Roberto Barroso y Gilmar Ferreira Mendes, dos constitucionalistas de gran reputación, el STF ilustra también a la comunidad de naciones.

II. Declaración capital e itinerario discursivo

La tesis principal que presento se resume en las siguientes palabras. Un Estado debe ser tanto como lo constituye su ley fundamental. La Constitución es una máquina del tiempo y del espacio que nos engaña con sus posibilidades de gobierno. Por esta razón, sin Constitución no habrá democracia, el método entre todos los métodos, que autoriza el camino hacia una “tierra prometida”, porque implica un compromiso pacífico de toda la ciudadanía y, por lo tanto, evitará cualquier derramamiento de sangre.² No hay método superior a la democracia, porque protege la vida de todos y la dignidad inherente a toda persona humana. Sin embargo, esta democracia constitucional está sujeta a importantes desafíos, tanto por la agresión contra la naturaleza como por la exclusión social y el desarrollo tecnológico, que, con diversas implicaciones, tienen el potencial de sacudir los cimientos de su edificio.

1. Esta contribución se basa en la ponencia presentada el 17/10/2023 en la ciudad de Brasilia en el XXVI Congreso Internacional de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto Brasileño de Enseñanza, Desarrollo e Investigación (IDP) y la Fundación Getulio Vargas (FGV).

2. K. Popper, *La responsabilidad de vivir: Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 190.

La Constitución y su proyecto democrático pueden estudiarse y evaluarse desde al menos dos enfoques: el externo y el interno. Mientras que en el enfoque interno se aísla el instrumento “Constitución”, en el externo la ley fundamental se considera el cuarto elemento del Estado, junto con el territorio, la población y el poder, con la naturalización de las mismas tareas que en el enfoque interno: descripción o crítica. En ambos enfoques, las proposiciones descriptivas o valorativas pueden referirse a una Ley fundamental concreta de un Estado determinado, o bien en abstracto. La concepción concreta se denomina “dogmática”, mientras que la abstracta se denomina “teoría general de la Constitución”.

En esta disertación tomo el camino del enfoque interno con un esquema teórico contenido en una escritura que fue pensada y escrita en Sudamérica. Ocasionalmente, hago menciones dogmáticas específicas a la CRFB y a la Constitución Federal de la República Argentina (CFA), elegida porque su vigencia temporal se remonta a 1853, lo que la convierte en uno de los escritos republicanos más antiguos del planeta.

La próxima sección contiene declaraciones sobre la Constitución. A continuación, en la sección IV, ofrezco comentarios sobre la democracia. Luego, en la sección V, específicamente en el contexto de las realidades brasileñas y argentinas, presento algunos desafíos y peligros que amenazan el desarrollo democrático. La sección VI concluye con reflexiones finales.

III. La Constitución: forma inicial del ordenamiento jurídico del Estado

Los ordenamientos jurídicos estatales son sistemas deductivos, cuya base es la norma constitucional. Por “sistema” se entiende un “objeto complejo” cuyas partes se componen, estructuran y garantizan en un entorno. A través de la ley fundamental se determina una lengua. Esta determinación, a su vez, implica la máxima realización de la autodeterminación de la soberanía de cada ciudadano que forma parte del pueblo del Estado. La Ley fundamental es una lengua a través de la cual se instituye la forma inicial del orden estatal, consistente en un sistema de normas; sobre todo, normas de derecho para la realización de procesos públicos en un tiempo, un espacio y una comunidad de ciudadanos determinados.

La Constitución establece un sistema artificial. Con sus cuatro piezas –composición, mecanismos, estructura y entorno–, constituye uno de los

elementos primarios del Estado, a la vez que funda y da jerarquía y validez a todo su ordenamiento jurídico. Su emanación debe provenir del poder político y de la dirección de la ciudadanía, que es el pueblo, representado por una autoridad, tanto si se trata de fundamentar como de cambiar su texto. Así, la ley fundamental debe ser una norma instrumental, consignada en escrituras, dirigida a los ciudadanos y a los funcionarios públicos. Examinemos, pues, el edificio normativo de la “Constitución del Estado”, pieza por pieza.

La Escritura fundamental, es decir, el sistema de la propia Constitución, que prevé su “composición”, debe comprender hasta cuatro partes: las simples declaraciones; los derechos, bienes y deberes fundamentales; el desarrollo del poder y su control racional; y el proceso de reforma. Todas las Constituciones tienen básicamente estas partes que proponen la consolidación e integración de su composición.

Asimismo, la ley fundamental es un sistema de “garantías” constitucionalmente previstas que establecen mecanismos para su defensa, por lo que cabe esperar razonablemente que la Constitución valga lo que coticen sus garantías para protegerla. Todos los vínculos, conexiones y relaciones entre cada una de estas piezas, al definir la “estructura” del sistema, mostrarán los puntos fuertes y débiles del tipo de Estado orientado hacia la “tierra prometida” de la democracia. La Constitución del tipo Estado constitucional de Derecho está orientada hacia la democracia.

La *composición, estructura y garantías del sistema* se definirán en un entorno de “sociedad abierta”, la cuarta pieza del sistema: una comunidad de seres humanos en la que cada uno de ellos posee la naturaleza inmaculada para tomar sus decisiones personales, en oposición y rechazo de una “sociedad cerrada”, caracterizada por la magia, el totalitarismo, el seguimiento de un líder o cualquier otro modelo de desarraigo. La misión principal del instrumento consiste en determinar y, posteriormente, realizar el alcance de su obligación normativa, que debe ser un cierto estado de cosas: establecer y desarrollar una existencia pacífica.

Las Constituciones de Brasil y Argentina tienen estas cuatro piezas en sus ordenamientos. Naturalmente, fueron configuradas con diseños muy diferentes. La CFA, concebida y diseñada en 1853, con todas sus reformas, tiene actualmente más de 11.000 palabras en sus normas permanentes. La CRFB posee más de 60.000 palabras en sus reglas permanentes.

La CFA y la CRFB anuncian la paz en sus preámbulos; incluso la brasileña, en el artículo 4, Sección VI, prevé la “defensa de la paz”. En el momento

constituyente fundacional de la Constitución, cuando se crea el Derecho constitucional, siempre debería ser extremadamente importante ordenar y prescribir los objetivos importantes del Estado al principio del texto para que no haya dudas sobre los objetivos de la Ley fundamental.

Las regulaciones escritas de la lengua de la Constitución que están determinadas en sus partes son finitas porque no tienen partes fuera de sí mismas. Con sus regulaciones, la lengua de la Constitución muestra la esencia de todo lo que se puede pensar dentro de la comunidad estatal. La lengua constitutiva del Estado, finitamente regulada por sus palabras rectoras, tendrá que proporcionar un camino casi infinito. La realización de la Constitución, a través de su cumplimiento o interpretación, autorizará un uso casi “infinito” o ilimitado del instrumento, o “medio finito”. La lengua de la Constitución, en un espacio y tiempo determinados, expresa las posibilidades de gobierno de una comunidad de ciudadanos iguales en libertad. Los ciudadanos y los funcionarios públicos, en una sociedad abierta y pluralista, son todos “potencialmente intérpretes de la Ley fundamental del Estado”.³

En definitiva, la Constitución del Estado –el orden fundamental libre, democrático, positivo, normativo, escrito y regulado de una comunidad– debe ser el resultado de un ejercicio de la razón natural del ser humano para todos los estados de cosas que, con pretensiones de anticipación, previsibilidad y calculabilidad, se decida establecer en un tiempo y espacio determinados. Este es mi más puro pensamiento racional, con la ayuda de la experiencia. La razón natural humana no puede captar ni justificar todos los estados de cosas que la superan. Esta situación, la irracionalidad como estado de cosas, se ve alimentada por el voluntarismo irracionalista que a menudo presentan en nuestras comunidades personas que se consideran a sí mismas una especie de “líderes populistas de la providencia”, expresión totalmente opuesta a la racionalidad de la tesis aquí expuesta. Por lo tanto, la Constitución, una lengua de la razón del Estado, determina el ámbito de sus competencias. Sin lengua de la razón, no habrá Estado constitucional.

3. P. Häberle, *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. y presentación de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 2002, p. 41.

IV. La estructura democrática del sistema constitucional del Estado de derecho

De las piezas de la Constitución mencionadas en la sección III, ahora quisiera centrarme precisamente en la “estructura democrática” del Estado constitucional.

La CRFB es un paradigma de la lengua del constitucionalismo, como registro ejemplar de una declaración preceptiva sobre la creación de un Estado democrático de Derecho. Así se determina en el artículo 1, en la cúspide del ordenamiento jurídico fundamental establecido por la CRFB.

Una estructura democrática puede construirse a condición de que exista una ley fundamental. No hay democracia sin ley. No hay proyecto democrático sin Derecho positivo. No hay Derecho sin razón. La democracia, en tanto orientación de un sistema constitucional, se presenta como un espacio político en el que el poder de autodeterminación de la comunidad deriva, sin fisuras, de la combinación y sumisión de la soberanía de cada uno de los ciudadanos que componen el pueblo. Un ciudadano, un poder político; miles de ciudadanos, con sus mayorías y minorías, la probabilidad de moldear y sostener el poder democrático y la estructura del sistema constitucional. Sería el paso de la soberanía del ciudadano, átomo de la comunidad, a la idea de la soberanía del pueblo de una comunidad. La idea democrática que se defiende abiertamente incluye el pluralismo ciudadano como elemento constitutivo e integrador de su agenda.

La estructura consiste en las relaciones entre las piezas del sistema constitucional, incluido el entorno, y está conformada por la democracia, entendida y prometida como una forma de producir normas y fundamentar la legitimación del Estado; un método planificado que debe estructurarse para nutrir a los ciudadanos y a los servidores públicos. La democracia consiste en buscar y construir un consenso homogéneo y duradero. Implica un método basado en reglas de juego de naturaleza igualitaria para todos los ciudadanos con derecho a participar. Sin secretos, a la luz del día, cuyo valor central e irrenunciable es el pluralismo, siempre que su ejercicio no implique la distorsión intolerante o la abolición del propio método democrático, constitucionalmente asumido y protegido.

Las Constituciones prevén básicamente formas representativas de gobierno. Algunas de ellas tienen formas complementarias semidirectas, que implican una participación casi sin intermediarios en la toma de decisiones

políticas. En la representación, especialmente en el sistema presidencialista típicamente sudamericano, se elige –y exige– un líder del proceso constitucional. El sistema presidencial de gobierno en Sudamérica –nos guste o no, sea eficaz o ineficaz, contenga o no características irremediamente autocráticas– es el único modelo que se refleja en las Constituciones de los distintos Estados. Ningún Estado sudamericano tiene un sistema de gobierno parlamentario o un sistema presidencial limitado, no degenerado o regenerado. Tampoco existe un ejecutivo colegiado o consejo en ninguno de los Estados sudamericanos. Las disputas por la implementación de políticas públicas en la región sudamericana son indiferentes, ya que sólo existe un modelo, el presidencial.

Así, la disputa –si es que existe– consiste en comparar poderes; o más bien, establecer qué presidente de qué gobierno tiene más poderes. Las vicisitudes del constitucionalismo en América del Sur están vinculadas a las diferentes formas de “cultivo” asumidas por el presidencialismo. La suerte del constitucionalismo –en la tipología presidencialista, más o menos absolutista– está ligada o subordinada, penosamente, al gobierno encabezado por el presidente, porque el modelo instituye una persona, y solo una, que intentará conducir el proceso constitucional. El presidente se sitúa en el centro decisivo de la política nacional y, por lo tanto, se convierte en mucho más que un árbitro supremo. En concreto, es un director absoluto, un *monopresidente*. Desgraciadamente, este es el caso tanto de la CRFB como de la CFA, con sus respectivos ámbitos de actuación. El presidente es elegido sobre la base de sistemas electorales mayoritarios, en cuyo proceso el candidato vencedor concentra todo el poder por períodos que suelen incluir el escenario indudable de la “maldita” reelección. ¡Es necesario democratizar los poderes de los presidentes exclusivamente mediante la modificación o reforma de la Constitución!

En el marco de la democracia que promete una Constitución, se espera que una mayoría pueda gobernar con su plan políticamente aprobado en elecciones libres, auténticas y transparentes, y que una minoría pueda llevar a cabo libremente sus propuestas y controles sobre el partido en el poder, con la esperanza de convertirse en mayoría en el futuro. La democracia constitucional es un todo: mayoría y minoría. Una deformación indeseable de la democracia constitucional se observa en el auge perjudicial de la “democracia delegativa”,⁴

4. G. O'Donnell, “Democracia delegativa”, en *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, 1997, pp. 287-304.

que tiene una grave capacidad para ahogar la idea de representación en una comunidad.

El principio de la mayoría exige el respeto a la Constitución como forma inicial del orden jurídico del Estado. No debe dudarse: un estado de cosas es el principio de la mayoría y otro completamente distinto “dominio de la mayoría”. Ninguna mayoría asentada en el principio de triunfadora de los comicios podría suponer que esa circunstancia implica un dominio para derrotar o sepultar los derechos fundamentales del ser humano. Estos derechos son un coto vedado al principio de la mayoría, cuyo dominio jamás debería ejercerse en conculcación de su núcleo duro e intangible para beneficio de todos los hombres, según la correspondiente positivización en el orden estatal.

La democracia es un método para gobernar una comunidad de ciudadanos en libertad. Más democracia significaría más libertad para todos. Sin embargo, la democracia como método es un verdadero viaje, quizá sin final. No hay democracias perfectas, pero sí distintos ejemplos de desarrollo democrático. Tanto Brasil, desde 1988, como la Argentina, desde la recuperación institucional del 10/12/1983, han desarrollado modelos de democracia constitucional. Obviamente, como ya he señalado, no son perfectos, pero en ambos países la Constitución democrática ha servido y sirve como instrumento de gobierno de la comunidad. En el caso de Brasil, la prosperidad de su economía, que se encuentra entre las diez mayores del mundo, no puede separarse de la fecundidad de las reglas de juego determinadas por la Constitución de 1988.

En la lengua de la Constitución, la estructura que proporcionará el principio democrático lo convertirá en un elemento fundamental y determinante del sistema. Dentro de las herramientas que dispone la comunidad democrática, lo más razonable es un Estado promotor sin intervencionismos excesivos o abusivos, aunque moderadamente regulador. El hecho histórico de su papel de gestor no es la única base, ¿o es que la realización de la *justicia social* se dejará en manos de la iniciativa privada o de la mano invisible del mercado? Sin un programa enérgico, vigoroso y viable de justicia social, educación, sanidad, ciencia, tecnología y protección del individuo en peligro, todo quedaría abandonado al irracional desgobierno de la voluntad del mercado.

La experiencia demuestra lo que sucede y sucederá a los excluidos, a los vulnerables, si la economía y las importantísimas decisiones políticas

comunitarias sobre el bienestar general son gestionadas únicamente por los poderosos y afortunados. Mientras los representantes o servidores públicos terminen en algún momento el ejercicio de sus poderes constitucionales, los poderosos y afortunados siempre intentarán ejercer su dominio, en todo momento y en todo espacio.

Por último, la democracia nunca podría autorizar su propia abolición o supresión. Por ello, me hago eco de las palabras de Ulises Guimarães, en su histórico discurso del 5 de octubre de 1988 al gestarse la CRFB, que iluminó perpetuamente nuestro camino: “La persistencia de la Constitución es la persistencia de la democracia”.

V. Retos de la democracia constitucional

Como anuncié en la sección II, la democracia constitucional, por ser un método, es lo mejor de todo lo conocido, y está sujeta a la expansión y optimización de sus resultados. Al mismo tiempo, como cualquier actividad humana, también está sujeta a turbulencias o zonas de desintegración que pueden sacudir sus propios cimientos existenciales.

“Democracia”, como orientación política del Estado constitucional y declarada en la ley fundamental, por ejemplo en el caso de la Argentina, “sólo” comienza a acreditarse en el artículo 36, según la redacción dada en 1994.⁵ En el caso de la CRFB, además del artículo 1 mencionado, se establece un “Estado democrático” desde las palabras iniciales de su Preámbulo.

Argentina y Brasil son Estados federales. Nuestros países están hermanados por la geografía de nuestras tierras y las culturas de nuestros ciudadanos. Hoy celebramos los primeros 35 años de la CRFB, una ley fundamental cuyas “piezas” están contenidas en un Preámbulo, nueve Títulos y, por gracia de 250 normas permanentes, 97 disposiciones transitorias, seis enmiendas de revisión, 131 enmiendas constitucionales, 58 disposiciones vinculantes y tres actos internacionales equivalentes a enmiendas. Una serie de normas para una población de más de 200 millones de personas.

5. Art. 36, CFA: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”. Una norma inspirada en el art. 136 de la Constitución de México, según la redacción originaria de febrero de 1917.

Pronto se cumplirá también el 40° aniversario del restablecimiento de la CFA, una ley fundamental que ha sido modificada en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, aunque conserva más de la mitad del texto original de 1853. Sus piezas también están contenidas por obra y gracia de un Preámbulo, 129 normas constitucionales permanentes más el artículo 14 bis y 17 disposiciones transitorias, a las que deben agregarse las normas del derecho internacional de los derechos humanos detalladas en el artículo 75, inciso 22, que, en las condiciones que éste determina, tienen jerarquía constitucional. Una normativa completa para una ciudadanía de más de 45 millones de personas.

Pero hay más. Las economías brasileña y argentina representarían conjuntamente casi un dígito del PIB mundial. En términos de bienes, Brasil es el principal proveedor de importaciones de la Argentina, mientras que la Argentina es el tercer origen, en términos porcentuales, de las importaciones de Brasil. Las exportaciones de la Argentina tienen a Brasil como principal destino, y las importaciones de Brasil tienen a la Argentina como tercer proveedor en términos porcentuales.

Las democracias brasileña y argentina atraviesan actualmente escenarios diferentes, y de seguro lo harán en el futuro. En particular, la democracia brasileña desempeña un papel protagónico en el concierto global, porque es la orientación política asumida por el gobierno de uno de los Estados con mayor territorio del mundo y mayor población. Todo lo que ocurra bajo el sol brasileño y en su fértil suelo repercutirá en la ciudadanía global. Al constitucionalizar el sufragio universal, directo y secreto, con igual valor para todos los ciudadanos y obligatorio para los mayores de 18 años, Brasil es una de las mayores democracias constitucionales del mundo. Por todo ello, la defensa y la divulgación de la “tierra prometida” de la democracia debe ser el faro luminoso de la convivencia y nunca debe dejar de funcionar correctamente.

La democracia constitucional en general está amenazada por la guerra. América del Sur es una tierra de paz; sin embargo, diferentes guerras mantienen actualmente en vilo a los ciudadanos del mundo, porque sus consecuencias podrían ser globales. La guerra, como tal, constituye la negación más abyecta de la democracia e implica su demolición.

La democracia constitucional también está amenazada por la contaminación ambiental. Las mayores potencias del mundo son los mayores contaminadores. La vida está en peligro. Es evidente que, hasta ahora, los propios procesos que posibilita el método democrático no han sido eficaces

para conseguir que los Estados lleguen a un acuerdo global para proteger la naturaleza, incluida la persona humana, que naturalmente forma y formará siempre parte de ella. Increíblemente, existen personas que niegan el cambio climático y sus fatales consecuencias. Así le fue a la humanidad por sostener las ideas de Ptolomeo...

La inteligencia artificial ya forma parte de nuestra vida cotidiana. La idea subyacente debe ser que la inteligencia artificial nunca aspire a poner en peligro la democracia constitucional. Prefiero no imaginar la sustitución de la Constitución escrita y documentada –una de las máximas expresiones de la racionalidad humana para albergar la experiencia de la convivencia ciudadana– por algoritmos o cualquier tipo, clase o conjunto de normas emanadas de la inteligencia artificial. La fuente de toda la autoridad de esta máquina del tiempo que es la Constitución, su inteligencia natural –social, cultural, política– reside en la soberanía individual de cada ciudadano y la correspondiente agregación de sus opciones personales.

Ahora bien, no descarto la posibilidad de que un día, en el futuro de la humanidad, esta autoridad política comunal sea transferida y ejercida por alguna forma de inteligencia artificial (similar o superior) y que ésta tome decisiones o aconseje su adopción –en todo o en parte– por nosotros mismos. Esta hipótesis no es descabellada y no deja de ser preocupante, porque parece que el uso de este tipo de instrumentos no conduce a la humanidad a un destino de paz social e igualdad. En una especie de elogio a la inteligencia y a la conciencia humanas, postulo que la fuente de la autoridad debe quedar constituida para siempre, bajo algún modelo imperfecto de eternidad, en el poder que ellas mismas son capaces de producir, sostener y cambiar en cada comunidad. Lo mismo se aplica, por supuesto, a todo el proceso de reforma y a su control racional.

El fundamento de la democracia es la libertad política igual para toda persona humana, según la libre voluntad de cada comunidad de ciudadanos. La libertad política identifica la plenitud o la debilidad de una democracia constitucional. Sin embargo, no solo la libertad política es necesaria en una democracia constitucional, porque sin alimentación, trabajo digno, educación, medicamentos básicos y vivienda necesarios, los ciudadanos no pueden desarrollar plenamente su ciudadanía política. Es muy difícil ejercer la democracia con el estómago vacío.

Nuestras comunidades sudamericanas se enfrentan a una preocupante desigualdad social. Sus ciudadanos pueden ser políticamente libres, pero no

todos lo son tanto socialmente, porque una gran parte de ellos no disfruta de una ciudadanía plena, dada la exclusión social que los condena. Reducir la condena de la desigualdad es cuestión de aunar todos los esfuerzos de solidaridad, con el máximo de competencias y recursos, para que la inclusión en la sociedad sea un proceso exitoso y no un frágil peregrinaje discursivo. La justicia social puede tratar de reducir la mortificación que sufren y sufrirán muchos ciudadanos. Pensar en la justicia social significa intentar transformar una realidad de la sociedad civil.

La justicia social es una idea reguladora en flujo; el sol es y será siempre el sol, pero no sale de la misma manera en los polos que en los desiertos. Cada comunidad de individuos debe buscar, desarrollar y mantener su propia comunidad, con un énfasis inevitable en la libertad de cada uno de ellos para decidir y determinar su presente y su futuro. Esta igualdad social en libertad se basa, a su vez, en la dignidad individual de cada ser humano. El Estado de derecho, que en su entorno tiene una sociedad abierta, debe garantizar que cada individuo pueda desarrollar libremente el proyecto de vida que ha elegido, sin interferencias de ningún tipo, porque es precisamente aquí donde se legitima la entidad, en su más estricta naturaleza jurídica. La creciente desigualdad social es un obstáculo que impide el propio plan elegido, ya que puede poner en peligro la paz relativa y la sostenibilidad.

El cuadro de injusticia se agrava aún más por la presencia activa y voraz de los centros de poder corporativos financieros, económicos y mediáticos: “poderes salvajes”.⁶ Se trata de poderes sin regulación legal, que afirmarían una vuelta al estado de naturaleza e implicarían la negación de la ley y, en su lugar, el poder del más fuerte, una “libertad salvaje y sin ley”.⁷ Entidades muy poderosas, que no tienen un territorio soberano, sino que ejercen sus poderes no regulados por encima y por debajo del poder regulado del Estado. Estos poderes tienen su propia “Constitución”: la maximización de su riqueza y el aumento de la exclusión. Ciertamente, los sudamericanos no estamos solos en el mundo. También nos enfrentamos a poderes hegemónicos, salvajes y planetarios, portadores de inquietantes ideas neocoloniales que solo buscan más dominación y más injusticia.

6. L. Ferrajoli, *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 45-46.

7. I. Kant, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 146.

Fatalmente, la deuda pública también amenaza la estabilidad o el progreso de la democracia constitucional. Países como la Argentina, profundamente endeudados debido a la indigna irresponsabilidad de las autoridades políticas, condenan el desarrollo, ahora y en el futuro. Cabe señalar que la irresponsabilidad también puede atribuirse a los centros de poder de las finanzas mundiales, por ejemplo, al Fondo Monetario Internacional, que concede préstamos que solo pueden ser devueltos, con un notorio abuso, por varias generaciones de argentinos. La generación actual no tiene derecho a condenar a los que aún no han nacido, pero que nacerán en nuestra tierra, así como tampoco tiene derecho a castigar a condiciones deplorables de existencia a quienes sí viven hoy y deben soportar estoicamente la estafa internacional.

VI. Conclusiones preliminares

Primero. Una de las mejores ideas sobre una Constitución estatal es llamarla “Constitución de los ciudadanos”, como se hizo el 5 de octubre de 1988. Sin duda, una Constitución ciudadana debería permitir un ferviente constitucionalismo ciudadano.

Segundo. La lengua de la Constitución, orden emanado de la razón humana, debe ser utilizada por la democracia para exhibir la senda para todos los ciudadanos que componen un pueblo. La Constitución es un invento de los seres humanos: la ilusión, nunca alcanzable, de que es posible gobernar para siempre en el tiempo y en el espacio. Hemos visto que tiene diferentes tipos de reglas: algunas se pueden cumplir, otras se pueden cumplir parcialmente, y otras no se pueden cumplir nunca. Al ser una obra humana, le ocurre lo mismo que con nuestros planes de vida; muchos de ellos nunca podremos cumplirlos.

Tercero. Es necesario construir una teoría general de la Constitución en América del Sur que aborde cuestiones abstractas, pero también cuestiones típicamente sudamericanas. Así, la CRFB es un texto constituyente extraordinario, debido a que contiene una regulación detallada, precisa y solvente de la vida comunitaria y del desarrollo del poder público. Se puede incluso imaginar que quienes concibieron y fundaron la constitucionalización en 1988 intentaron reflejar y ordenar todo lo que se podía imaginar. Por su parte, la CFA, con su extraordinaria parsimonia en la lengua que la construye, se ha mostrado duradera por más de 170 años, sometida a todo tipo de inclemencias.

Cuarto. El fundamento de una democracia constitucional, aunque se crea que es un acto eterno, debe ser desarrollado y vivido todos los días,

tanto por sus ciudadanos como por los funcionarios públicos que deben realizarlo. La democracia, como forma de orientación política del Estado, es una regla intangible y fija del orden constitucional argentino, que se desprende implícitamente de la interpretación del mencionado artículo 36 de la CFA. Tal vez en Brasil, si se combinan los artículos 1 y 60.4, podría decirse que la democracia también constituye implícitamente un límite infranqueable para mantener la secuencia de vigencia del orden constitucional. Es decir, al margen de la democracia, no hay democracia, porque su abolición se produce en la medida en que el sistema constitucional fundacional deja de existir.

Quinto. Entre 2019 y 2023, los poderes públicos presidenciales de Brasil han soportado la amenaza perpetrada por una forma de abolicionismo democrático. Esta desviación de la conducta política consiste en negar la existencia de otra persona y sus derechos, un comportamiento que empaña la dignidad de la persona humana, pero que se aprovecha del método democrático para encaminarse. Los intolerantes, con su intolerancia agravada, se presentan ante la comunidad con ideas extravagantes que merecen un apoyo ocasional en las urnas.

En la Argentina, en el momento en que se piensan y sostienen estas palabras, también se presenta a las elecciones generales, para liderar el proceso constituyente, una propuesta con rasgos abolicionistas de la democracia, incluso del fundamento mismo de los derechos humanos. Es una situación alarmante y triste. Su principal premisa, una vez más, es la negación del otro y, por lo tanto, del diálogo y de toda posibilidad de discusión racional para construir un consenso comunitario hegemónico y duradero.

Sexto. La constitucionalización de la democracia no puede llevarnos a pensar que, una vez establecida en la ley, permanecerá ahí para siempre. Debemos luchar cada día por más democracia. En una contribución publicada en 1952, el filósofo Alf Ross atribuía distintas dimensiones a la democracia: “intensidad”, el número de personas que tienen derecho a participar; “eficacia”, el grado en que los ciudadanos pueden hacer valer sus opiniones en las decisiones de gobierno; y “latitud”, la medida en que la influencia y el control populares se extienden para abarcar más o menos los distintos poderes del Estado.⁸ Ciertamente, las democracias constitucionales argentinas y

8. A. Ross, *¿Por qué la democracia?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, pp. 93-96.

brasileñas tienen un grado ideal de intensidad. Las deficiencias más llamativas se dan en su eficacia y latitud, probablemente porque los propios sistemas presidenciales y sus tendencias autocráticas tienden a favorecer estas defecciones, situando al ciudadano como espectador y no como participante activo en la construcción democrática.

Séptimo. La lucha por la democracia debe realizarse siempre con total respeto a la separación de poderes y al contenido inescrutable de los derechos fundamentales.

Octavo. Luchar por la democracia debe significar un compromiso inalterable con cada uno de los pilares del sistema constitucional. Democracia es una forma de orientación política del Estado que implica el gobierno de cada ciudadano sobre toda la ciudadanía y de ésta, por la entelequia de la representación, del gobierno de todos sobre la mismísima individualidad concedida en la plaza pública, siempre basada en la división del poder establecida en una Escritura fundamental. Ante la naturaleza impracticable de una democracia directa, la democracia representativa constituye el método más emblemático.

Sin embargo, la democracia representativa nunca será completa ni perfecta,⁹ porque las Constituciones instituyen trazos fundamentales para construir y desarrollar un orden libre, estable y perdurable. La democracia representativa, un modelo en el que todos sus ciudadanos son igualmente libres, en caso de no contemplar controles que resguarden su anatomía y, así, quedar entregada libérrimamente sobre sí misma, albergaría la posibilidad de su inapropiada autodestrucción.¹⁰ La única manera de evitar que la democracia acabe sustancialmente con la democracia librada por vías democráticas –es decir, un verdadero suicidio de la democracia constitucional bajo la forma asistida del principio de legalidad– descansa en la intangibilidad del desarrollo y ejercicio de los derechos fundamentales de libertad.

Noveno. Las calamidades de la guerra, la marca de la inteligencia artificial, la injusticia social, el endeudamiento público, la destrucción de la naturaleza y el ascenso de los “bárbaros incivilizados del siglo XXI” son retos

9. K. Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 117.

10. E. Garzón Valdés, “Instituciones suicidas”, *Isegoría*, N° 9, Madrid, Centro de Ciencias Humanas y Sociales Instituto de Filosofía, 1994, pp. 64 y 108.

que desafían constantemente a nuestras democracias constitucionales en América del Sud.

Décimo. La CRFB es un logro político y jurídico. Entre los casi 500 constituyentes estaban Fernando Henrique Cardoso y Lula, dos líderes del propio programa de 1988. Un texto tan bello que incluso constitucionalizó la propia lengua portuguesa en el artículo 13 del CRFB de 1988.

Sobre la Constitución de 1988, el libro *Comentários à Constituição do Brasil* constituye literatura fundamental.¹¹ El texto describe y evalúa todas las partes de la Ley fundamental de Brasil. La contribución de más de 150 autores abarca 2.616 páginas. Contiene también referencias bibliográficas y jurisprudenciales sobre 35 años de desarrollo constitucional. Una obra notable con la coordinación científica de Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Streck y J. J. Gomes Canotilho. Barroso también colabora en ella. Se trata de una obra única por su altísimo contenido científico. En la “Nota Introductoria” a la 1ª edición, publicada en 2013, los coordinadores científicos afirman que comentar la CRFB es como recordar el cuento “Libro de arena” de Jorge Luis Borges. En la narración de Borges, “El libro de arena” no tiene principio ni fin, porque es exactamente infinito.

Apelo al texto borgeano para concluir. La democracia es exactamente infinita. Propongo, con toda modestia, repensar democrática, constante y profundamente la contemporaneidad de nuestras Constituciones. En todo momento y sin considerar nunca ninguna situación como cerrada, salvo por la negación de la democracia por parte de los intolerantes. Ellos no deberían beneficiarse, acaso, de la democracia, porque un día, gracias a ella, con seguridad harán el martirio de su tierra prometida. Toda vida está sujeta a condiciones, en eso consiste la vida. Tengo la gran suerte de compartir con ustedes este momento mágico e irrepetible de los primeros 35 años de una de las mejores Constituciones del mundo y los 170 años de una de las más duraderas.

Brasileños y argentinos siempre estaremos juntos, aunque cambie la geografía, tal vez también permanezcamos juntos porque los lazos de nuestra hermandad están garantizados a perpetuidad.

11. AA. VV., *Comentários à Constituição do Brasil*, 3ª ed. revisada y actualizada, Brasil, Editorial Saraiva, Almedina, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), 2023.

Bibliografía

- AA. VV., *Comentários à Constituição do Brasil*, 3ª ed. revisada y actualizada, Brasil, Editorial Saraiva, Almedina, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), 2023.
- Ferrajoli, L., *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- Garzón Valdés, E., “Instituciones suicidas”, *Isegoría*, Nº 9, Madrid, Centro de Ciencias Humanas y Sociales Instituto de Filosofía, 1994, pp. 64-128.
- Häberle, P., *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. y presentación de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Fabris, 2002.
- Hesse, K., *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Fabris, 1998, p. 117.
- Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008.
- O'Donnell, G., “Democracia delegativa”, en *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Buenos Aires, Paidós, 1997, pp. 287-304.
- Popper, K., *La responsabilidad de vivir: Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995.
- Ross, A., *¿Por qué la democracia?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

La garantía del plazo razonable en el derecho argentino. De dónde venimos y hacia dónde deberíamos ir para asegurarla

*Juan Manuel Chiaradia**

Resumen

La preocupación por las demoras injustificadas en los procesos judiciales (sean públicos o privados) no es novedosa, más bien histórica. Sin embargo, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, como garantía constitucional, recién comenzó a ser reconocido desde la segunda mitad del siglo XX. En este sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido una clara y progresiva línea jurisprudencial donde reconoce la garantía, sus principios y los parámetros para su análisis; aunque con algunas recientes desavenencias.

En función de ello, este trabajo pretende realizar un recorrido histórico vinculado con el reconocimiento de la garantía, sus elementos determinantes y las consecuencias de su violación para presentar el estándar actual y ciertos paradigmas que visualizamos en el horizonte de su desarrollo, en función de los procesos transformativos que atraviesa nuestro derecho procesal. Para ello, su contextualización en nuestro derecho implica expresar la evolución histórica de los modelos procesales adoptados y el nuevo paradigma surgido de los procesos transformativos del último tiempo.

Palabras clave: garantías constitucionales, plazo razonable, debido proceso.

* Abogado; Especialista en Administración de Justicia; Maestrando de la Maestría en Magistratura (todo ello por la Universidad de Buenos Aires); funcionario del Poder Judicial de la Nación que se desempeña en el fuero Criminal y Correccional Federal; Docente regular del Departamento de Derecho Procesal, cátedra de la Dra. Ángela E. Ledesma, Facultad de Derecho (UBA); juanchiaradia@derecho.uba.ar.

The Right to a Speedy Trial in Argentine Law. Where We Come From And Where We Should Go to Ensure It

Abstract

Concern about unjustified delays in judicial processes (whether public or private) is not new, rather historical. However, the right to a speedy trial, as a constitutional clause, only began to be recognized in the second half of the 20th century. In this sense, our Supreme Court of Justice has followed a clear and progressive jurisprudential line where it recognizes the right, its principles and the parameters for its analysis; albeit with some recent disagreements.

From this perspective, this work intends to carry out a historical journey linked to the recognition of the right, its determining elements and the consequences of its violation to present the current standard and certain paradigms that we visualize on the horizon of its development, based on the transformative processes that our procedural law goes through. For this, its contextualization in our law implies expressing the historical evolution of the adopted procedural models and the new paradigm that emerged from the transformative processes of recent times.

Keywords: Constitutional Rights, Speedy Trial, Due process of Law.

I. Introducción

Hoy en día se reproducen grandes críticas a la administración de justicia, principalmente, en el sentido de que es “lenta” y los procesos se alargan de forma injustificada. Razones no faltan. Lo cierto es que en nuestro país los pleitos duran tanto que se pierden de vista los fines de los procesos y cuando por fin llega una solución, aquella –en general– solo produce insatisfacción para todas las partes.¹ Esta preocupación y crítica por las

1. “*Justice delayed, justice denied*” sería el adagio inglés adecuado para esta situación. Aquel es recordado por Guarnieri como “justicia lenta, justicia negada”, afirmando que el principal y más grave problema de la administración de justicia en Italia, y que reúne

demoras en la administración de justicia no es nada novedosa; más bien, es histórica.

En este sentido reseña Pastor que: “Ya en la recopilación de Justiniano se recoge una constitución en la que se toman medidas ‘a fin de que los litigios no se hagan casi interminables y excedan la duración de la vida de los hombres’. Las leyes romanas ‘establecieron un plazo preciso para la duración del proceso penal, disponiendo Constantino que empezara a contarse con la litiscontestación y que fuera de un año; plazo que, en la época de Justiniano, era de dos años’. En la *Magna Charta Libertatum* de 1215 el rey inglés se comprometía ‘a no denegar ni retardar derecho y justicia’. En el mismo siglo, Alfonso X, *el Sabio*, mandaba, en consonancia con la fuente romano-justiniana de sus *Siete Partidas*, que ningún juicio penal pudiera durar más de dos años. En los tiempos modernos, el problema fue preocupación de la ciencia jurídico-penal desde sus primeras y embrionarias manifestaciones. Beccaria, en 1764, afirmó que ‘el proceso mismo debe terminarse en el más breve tiempo posible’, porque ‘cuanto más pronta y más cercana al delito cometido sea la pena, será más justa y útil; [...] más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo una pena la privación de la libertad, no puede preceder a la sentencia’. Medio siglo más tarde que Beccaria sería Feuerbach quien acentuara que ‘no tardar es una obligación de los jueces’...”.²

Sin embargo, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, entendido como garantía constitucional del proceso, es relativamente novedoso. Aunque se puede interpretar como una derivación del principio de celeridad procesal o como una consecuencia de la prohibición del *non liquet*, que

a todos los demás, es el de la duración de los procesos, y lo es tanto que para ese autor la justicia italiana no puede ser considerada digna de un país civilizado. En Guarnieri, Carlo, *¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano*, traducción de Slokar, Alejandro W. y Frontini, Norberto F., publicado como *Judicialismo* en Colección “Serie Negra”; N° 5, dirigida por Virgolini, Julio E. S. y Slokar, Alejandro W. editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 163.

2. Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 2002, pp. 101-102.

obliga a los tribunales a resolver,³ su reconocimiento con aquella jerarquía se produjo recién en la segunda mitad del siglo XX. Así, se afirma que a partir del derecho internacional público posterior a la Segunda Guerra Mundial, este principio derivó en la garantía judicial actual, con sus diversas formulaciones,⁴ del cual pasó a los ordenamientos jurídicos nacionales o bien, directamente, a sus prácticas judiciales.⁵

Sumado a ello, en nuestro país la cuestión tiene otra dimensión, ya que siendo tributarios de una cultura procesal⁶ de tradición inquisitiva (con

3. Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 142.

4. Se establece que toda persona perseguida penalmente debe ser juzgada “rápidamente” o “dentro de un plazo razonable” o “sin dilaciones indebidas o injustificadas”. En este sentido señala Pastor que: “Plazo razonable es la expresión más significativa que utiliza la dogmática de los derechos fundamentales para regular la prerrogativa del imputado a que su proceso termine tan pronto como sea posible. Esta redacción proviene del art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDH), suscrito en Roma en 1950, y es reproducida literalmente por el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en San José de Costa Rica en 1969. Algunos catálogos de derechos fundamentales recurren a otra fórmula, el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas o injustificadas (así el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [DADDH], de Bogotá, 1948, el art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], de 1966, y la Constitución española de 1978, art. 24.2). Asimismo, la Enmienda Sexta de la Constitución de los EE. UU. otorga el derecho a un “juicio rápido” y la Corte Suprema argentina ha señalado que la Constitución Nacional contiene, implícitamente y como derivación del principio de defensa, el derecho del imputado a obtener, del modo más rápido posible, un pronunciamiento definitivo sobre su situación frente a la ley penal”. En Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 2002, pp. 47-48.

5. Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Ad-Hoc, primera edición, Buenos Aires, 2002, pp. 99-100.

6. Autores como Edmundo S. Hendler y Luis María Bunge Campos diferencian la noción de cultura de los “modelos procesales” (inquisitivo o acusatorio) y las “tradiciones jurídicas” (continental o anglosajona) ya que éstas han sido resultado de realidades cambiantes y de procesos complejos desde el punto de vista histórico. Las diferencias no solo se limitan al modo de juzgar, sino al de castigar y, en definitiva, a la forma de ejercer el poder. Ese desarrollo diferenciado no solo se manifiesta en el modo de juzgar, sino en toda la concepción del castigo. En este sentido sostiene Bunge Campos que: “una cultura penal

todas las características que ello implica: proceso escrito, secreto, cuyo centro gravitacional es la confesión, sumario y con un manejo arbitrario de los tiempos)⁷ atravesada por procesos globales de inflación penal, y una mayor demanda de jurisdicción de los justiciables,⁸ la administración de justicia se vio ante una nueva labor que no supo afrontar. Así los pleitos se fueron prolongando cada vez más y aun los procesos sencillos pasaron a demorar años e incluso décadas.

Lógicamente, esta circunstancia va de la mano con una escasa asignación de recursos a la administración de justicia⁹ y un manejo ineficiente de estos escasos recursos, ya que la mayoría se destinan al pago de sueldos

se entiende como ese conjunto de ideas compartidas sobre elementos propios del castigo penal. ¿Qué es lo que se castiga? ¿Con qué fin aplico ese castigo? ¿Por qué motivo castigo? ¿Qué debo verificar para que ese castigo se aplique? Estas culturas penales delinean modos de pensar, formas de aproximarse y de comprender el fenómeno penal. Estos modos se traducen en una lógica cultural, un modo propio de pensar de cada cultura penal que, a su vez, define un enfoque determinado hacia los problemas que se presentan en todos sus aspectos”. En Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad en la historia. Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, Didot, primera edición, 2019, p. 27.

7. *Idem*, pp. 168-178.

8. Dice Garapon al respecto: “Estos últimos decenios han visto estallar los contenciosos y crecer las jurisdicciones y multiplicarse, diversificarse y afirmarse cada día un poco más su autoridad [...] Esta exigencia es absoluta. Todo y todo el mundo, debe ahora ser justiciable [...] Esta progresión de la justicia no es homogénea; si algunos contenciosos han estallado, otros caen en desuso, aparecen nuevos delitos y otros desaparecen [...] La invocación a diestro y siniestro del derecho y a los derechos tiene como efecto someter al control del juez sectores completos de la vida privada, antes fuera de todo control público. Peor aún, esta ‘judicialización’ acaba por imponer una versión penal a toda relación –política, administrativa, comercial, social, familiar, incluso amorosa– ahora descifrada desde la perspectiva binaria y reductora de la relación víctima/agresor...”. Garapon, Antoine, *Juez y Democracia, una reflexión muy actual*, título original *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, traducción de Manuel Escrivá de Romani, Flor del Viento ediciones S.A., París, 1997, pp. 15-20.

9. En comparación con otras ramas del Estado. Los recursos que el Tesoro Nacional asigna al Poder Judicial de la Nación son equivalentes al 3,5 % de los recursos tributarios y no tributarios de la Administración General. Estos se reparten entre el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, asignándose el 0,57 % a la Corte Suprema de Justicia y el 2,93 % al Consejo de la Magistratura, conforme el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 557/05.

para los empleados de un poder judicial altamente burocratizado pero ineficiente, lo que deja un margen muy escaso para inversión en infraestructura y tecnología, investigación, etcétera, que también son esenciales para adaptarse a las demandas de los justiciables.

Por último, se suma un último factor a este problema: la proliferación de los procesos paralelos.¹⁰ Estos procesos resultan mucho más atractivos para la sociedad –entre otras razones– porque se producen en tiempos mucho más expeditivos que los judiciales y tienden a desacreditar a la administración de justicia, tanto por su lentitud como por las decisiones que finalmente se adoptan –cuando difieren del juicio que emitieron los medios–. Como consecuencia de nuestra larga tradición inquisitiva, que posiciona en la etapa de instrucción o investigación preparatoria el proceso epistemológico de averiguación de la verdad, es allí donde se producen las “noticias” que a los medios de comunicación les interesa cubrir y a la sociedad consumir. Si el juicio no es más que una corroboración de lo actuado durante aquella etapa no puede pretenderse que la lógica periodística –que se rige por otros principios y reglas– espere hasta ese momento para comunicar a la sociedad, más aún, teniendo en cuenta la extensa duración de los procesos en nuestro país.¹¹

Al respecto Garapon sostiene: “Las relaciones entre la prensa y la justicia se ven exacerbadas por el arcaísmo de nuestro sistema, que le da demasiada importancia al juez de instrucción y no la suficiente al de audiencia. En muchos casos ordinarios, la verdadera pena no la decide el tribunal sino *ab initio* el juez de instrucción en el momento de la detención preventiva. Ésta quedará la mayor parte del tiempo encubierta por la jurisdicción del juicio. El momento de la justicia, el único en el que las garantías procedimentales están a la altura de lo que hay en juego, es la audiencia. El pretendido arcaísmo de nuestro procedimiento penal justifica todos los desbordamientos de los medios”.¹²

10. Bajo esta denominación pretendo englobar tanto a los llamados “juicios mediáticos” como aquellos que se producen hoy en día en el marco de internet y las redes sociales que allí se alojan.

11. Chiaradia, Juan Manuel, “El proceso penal y los juicios mediáticos”, publicado en revista *Pensar en Derecho* N° 22, 2023; puede compulsarse en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-22.php>

12. Garapon, Antoine, *Juez y Democracia, una reflexión muy actual*, título original *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, traducción de Manuel Escrivá de Romani, Flor del Viento ediciones S.A., París, 1997, p. 62.

Teniendo en cuenta todos estos factores y el acotado margen del presente trabajo, comenzaré desarrollando una breve evolución histórica de nuestra cultura procesal, centrada en el proceso penal, ya que aquel influyó en conformar esa cultura que se proyectó sobre los procesos civiles y administrativos. Luego, analizaré cómo este derecho a ser juzgado en un plazo razonable se cristalizó en una garantía de raigambre constitucional y convencional. Con aquella base abordaré el desarrollo jurisprudencial que ha hecho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la garantía, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por último, dedicaré unos párrafos a reflexionar sobre el estándar que estos precedentes nos han dejado trazados y hacia dónde debería dirigirse el desarrollo de la garantía en el futuro.

En este sentido debo aclarar que el presente trabajo no pretende abordar de forma exhaustiva todas las discusiones que se producen en torno al concepto de “plazo razonable”, sus diversas formulaciones, raíces históricas, ni sobre cada uno de los apartados propuestos. Es claro que la posibilidad de sistematizar y circunscribir todas aquellas propuestas es una labor de magnitud que excede los propósitos de este trabajo. La breve indagación histórica y jurisprudencial que propongo resultará satisfecha en sus objetivos con que solo sirva para poner de manifiesto la necesidad de emprender esa tarea y –principalmente– plantear las bases sobre las que se deberían discutir los nuevos horizontes que se avizoran sobre esta garantía.

II. Evolución histórica de nuestra cultura procesal

II.A. El modelo inquisitivo

En octubre de 1888, mediante la ley 2.372, se sancionó el primer ordenamiento procesal penal de nuestro país: el Código de Procedimientos en Materia Penal (en adelante CPMP o código Obarrio).¹³ Según el codificador, este ordenamiento tenía sus raíces –entre otros– en el “código español” y de aquel tomaba la mayoría de sus institutos. Sin embargo, este proyecto

13. Por Manuel Obarrio, quien presentó el proyecto de la que finalmente fuera la Ley 2.372.

que imitaba el modelo de enjuiciamiento español tomó como referencia un proceso que tenía casi cien años de antigüedad cuando España estaba –paradójicamente– abandonándolo.

En efecto, en 1882 España sancionó la ley de enjuiciamiento criminal, más cercana al proceso mixto del Código Procesal Penal de la Nación de 1991 (CPPN o código Levene),¹⁴ que al procedimiento inquisitivo del código Obarrio. Aquel proceso de codificación reconocía sus raíces en los instrumentos sobre los que se debe haber basado (a su vez) el legislador argentino: el Código de Procedimiento Criminal napoleónico de 1808, la Constitución de Cádiz de 1812, el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 y la Compilación General de las disposiciones vigentes sobre enjuiciamiento criminal del 30 de diciembre de 1878,¹⁵ la que había sintetizado, ordenado y derogado las partes correspondientes de la diversa legislación vigente en España sobre enjuiciamiento criminal.¹⁶ Aquel antecedente también permite vislumbrar la preocupación histórica por las demoras en la administración de justicia.¹⁷

14. Por Ricardo Levene (hijo), quien presentó el proyecto de la que fuera la Ley 23.984.

15. Así surge de la exposición de motivos de la ley, publicada en la *Gaceta de Madrid* del 17 de septiembre de 1882, Tomo III, p. 803. Puede compulsarse en <https://www.palladinopellonabogados.com/exposicion-de-motivos-de-la-ley-de-enjuiciamiento-criminal/>

16. Ello era así ya que se componía de múltiples Decretos Reales –en ocasiones con mandatos contradictorios–. Tal labor puede apreciarse en Ruiz y Rodríguez, Hermenegildo María, *Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal. Concordada, anotada y seguida de observaciones*, Madrid, Imprenta de Revista de la Legislación, 1878, la que puede compulsarse en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/compilacionGeneral.pdf>

17. En la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 se explicaba sobre la duración de los procesos: “Sin desconocer que la Constitución de 1812, el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 y otras disposiciones posteriores, mejoraron considerablemente el procedimiento criminal, sería temerario negar que aún bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados; y aún podría añadirse, para completar el cuadro, que tan escandalosos procesos solían no ha mucho terminar por una absolución de la instancia, sin que nadie indemnizara en este caso a los procesados de las vejaciones sufridas en tan dilatado período, y lo que es más, dejándoles por todo el resto de su vida en situación incómoda y deshonrosa, bajo la amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento el día en que por malquerencia se prestaba a declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo”.

Teniendo en cuenta estas circunstancias podríamos afirmar que hasta el año 1992 nuestro país funcionaba con un proceso diseñado prácticamente doscientos años antes. Ello claramente forjó nuestra cultura procesal. Y es que no solamente el proceso penal es tributario de esta cultura inquisitiva, sino que los procesos civiles y administrativos también se nutrieron de aquellas prácticas por ser, como dije, culturales,¹⁸ lo que condujo a la prolongación de todos los procesos en general. Esto es así porque el diseño constitucional que planeó Alberdi era uno orientado a la concentración de poder¹⁹

18. Igualmente puede afirmarse que ciertas prácticas e institutos del procedimiento penal se vieron influidos o directamente imitaron los procesos de enjuiciamiento civil.

19. El sistema hiper-presidencialista diseñado por Alberdi orientado a la concentración de poder tenía como fin difuminar el poder que poseían los caudillos en nuestro país y la anarquía producto de esa organización política (que se tradujo en guerra civil, anarquía y la dictadura de Rosas) del siglo XIX. Así lo refiere en sus “bases”, siguiendo el modelo chileno: “El problema del gobierno posible en la América antes española no tiene más que una solución sensata, que consiste en elevar nuestros pueblos a la altura de la forma de gobierno que nos ha impuesto la necesidad; en darles la aptitud que les falta para ser republicanos; en hacerlos dignos de la república, que hemos proclamado, pero que no podemos practicar hoy ni tampoco abandonar; en mejorar el gobierno por la mejora de los gobernados; en mejorar la sociedad para obtener la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo. [...] Felizmente, la república, tan fecunda en formas, reconoce muchos grados, y se presta a la exigencia de la edad y del espacio. Saber acomodarla a nuestra edad es todo el arte de constituirse entre nosotros. Esa solución tiene un precedente feliz en la República sudamericana, y es el que debemos a la sensatez del pueblo chileno, que ha encontrado en la energía del poder de Presidente las garantías públicas que la monarquía ofrece al orden y a la paz, sin faltar a la naturaleza del gobierno republicano. Se atribuye a Bolívar este dicho profundo y espiritual: ‘*Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes*’ [...] Chile ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante en que la anarquía le desobedece como presidente republicano. [...] Chile supo innovar en esto con un tacto de estado, que no han conocido las otras Repúblicas. La inspiración fue debida a los Egañas, y el pensamiento remonta a 1813. Desde aquella época escribía don Juan: Es ilusión un equilibrio de poderes. El equilibrio en lo moral y lo físico reduce a nulidad toda potencia. [...] Tampoco puede formar equilibrio la división del Ejecutivo y el Legislativo, ni sostener la Constitución. [...] Lo cierto es que en la antigüedad, y hoy mismo en Inglaterra, el Poder Ejecutivo participa formalmente de las facultades del legislativo. [...] *La presente Constitución es tan adaptable a una monarquía mixta como a una república.* [...] En los grandes

y el sistema inquisitivo es el que comparte esa concepción del ejercicio del poder, es decir, concentrado y vertical.

Ahora bien, ¿por qué esta cultura procesal podría conducir a la prolongación de los procesos? Para dar respuesta al interrogante debemos reparar en las características de aquel proceso de raíz inquisitiva. En este sentido, debemos destacar como relevantes para este análisis las siguientes características del proceso inquisitivo:

Secreto. Es quizás una de las características más reconocidas del proceso inquisitivo. Fue incorporado a fines del siglo XVIII por el papa Bonifacio VII. El secreto era para el imputado, a quien se le ocultaban las declaraciones e identidades de los testigos, lo que era mantenido en las dos etapas del proceso –la sumaria de investigación y la plenaria de juzgamiento–. Mientras que Tomás y Valiente destacaba que el riguroso cumplimiento del secreto constituía la principal base de la eficacia inquisitorial,²⁰ Foucault explicaba que: “La forma secreta y escrita del procedimiento responde al

peligros, interiores o exteriores de la República, pueden la censura o el gobierno proponer a la junta gubernativa y ésta decretará que todas las facultades del gobierno o del consejo cívico se reconcentren y reúnan en el solo Presidente, subsistiendo todas las demás magistraturas con sus respectivas facultades, cuya especie de dictadura deberá ser por un tiempo limitado y declarado por junta gubernativa”. Sin embargo, el sistema no estaba llamado a durar eternamente, sino que debía ser suficiente para forjar el Estado y luego ser abandonado por una constitución definitiva con otro diseño institucional. Así decía Alberdi que: “No se ha de aspirar a que las constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos. Como los andamios de que se vale el arquitecto para construir los edificios, ellas deben servirnos en la obra interminable de nuestro edificio político, para colocarlas hoy de un modo y mañana de otro, según las necesidades de la construcción. *Hay constituciones de transición y de creación, y constituciones definitivas y de conservación. Las que hoy pide América del Sur son de la primera especie, son de tiempos excepcionales*”. Sin embargo, el éxito de la fórmula para las elites gobernantes fue tal que ese diseño se mantiene hasta el día de hoy, pese a las atenuaciones que se han introducido en las diversas reformas constitucionales. Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, 1852 (los destacados me pertenecen).

20. Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad en la historia. Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, editorial Didot, primera edición, 2019, pp. 167-168, con cita de Tomás y Valiente, Francisco, “Relaciones de la Inquisición con el aparato institucional del Estado”, en *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*, Alianza, Madrid, 1982.

principio de que en materia penal el establecimiento de la verdad era para el soberano y sus jueces un derecho absoluto y un poder exclusivo”.²¹

Así, en 1925 Tomás Jofré describía la tarea del juez en nuestro sistema procesal de esta forma: “El juez de instrucción ha trabajado en silencio, durante días, semanas o meses, recibiendo declaraciones de testigos, oyendo a los peritos, constatando presunciones, verificando visitas domiciliarias y tratando por todos los medios de poner en evidencia la culpabilidad del acusado. Su obra es perfecta, la ha ido fabricando pieza a pieza, con cariño y a veces hasta con pasión, pero es la obra de un solitario a quien nada perturba, de un unilateral a quien nadie contradice, de un autoritario a quien nadie vigila”.²²

Escrito. La obligación de dejar registros escritos de todo cuando ocurriere en el proceso inquisitorial²³ surge como fruto de la desconfianza endémica hacia la administración de justicia y, dentro de ésta, entre sus integrantes. Esta desconfianza produce una necesidad de control que se ejerce por este medio y por el complejo sistema de recursos que prevé el sistema inquisitivo, imposible de practicar sin registros escritos. La adopción del expediente escrito condujo rápidamente a la burocratización de la administración de justicia y a la consecuente sacralización del expediente.

Sumario. Manejo arbitrario de los tiempos. Además de llamarse así a la primera etapa del proceso, esta característica tiene el sentido de “breve”, aunque no en tiempos reales, sino en el sentido de poseer plazos indeterminados. Aquello permite al juez manejar de forma discrecional los tiempos del proceso, acelerando o retrasando el ritmo de los actos según su arbitrio.²⁴ Esto funcionaba tanto como un mecanismo para avasallar los –pocos– derechos de los imputados cuando se “aceleraba” el proceso, como

21. Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, trad. Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 41.

22. Jofré, Tomás, *Manual de Procedimiento (Civil y Penal)*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1925, 3ª ed., T. II, p. 137; citado por Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad en la historia. Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, editorial Didot, primera edición, 2019, p. 280.

23. Según Bunge Campos se remonta al IV Concilio laterano de 1215; concretamente al canon *Quoniam contra falsam*; en Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad...*, *op. cit.*, p. 169.

24. *Idem*, p. 170.

una forma de coaccionarlo con la amenaza de demorar el proceso, siempre con el imputado detenido.²⁵

En este sentido, Andrés Ibáñez distingue dos categorías de imputado con relación a la duración del proceso: el estándar y el de lujo. El “estándar” se verá perjudicado tanto por la demora –por ser un sector de justiciables especialmente afectado por el uso de la prisión preventiva– como por la aceleración de las actuaciones –porque los procedimientos rápidos o abreviados se producen al precio de una efectiva disminución de garantías, principalmente, del acceso a una defensa efectiva y al juicio oral–. Por su parte los imputados de lujo utilizan tanto la tardanza en la detección de sus conductas infractoras como estrategias de ruptura, por lo que realizan un uso táctico del plazo razonable.²⁶

Tomás Jofré, comentando el Código procesal adoptado por la provincia de Buenos Aires en 1915, decía sobre la morosidad judicial: “Todo el mundo la reconoce, perjudica las garantías individuales, la moral pública y el crédito del país. Seis meses para que un proceso recorra todas sus faces [sic] no es un tiempo breve; pero es peor el sistema actual, en que no se sabe cuándo terminan las causas y los hombres se pudren en las cárceles esperando la tardía sentencia. Las reformas introducidas no significan en manera alguna que los funcionarios no deban expedirse dentro de los plazos del Código. Su alcance es otro: tiende a evitar las eternas demoras que tanto mal le hacen a nuestra justicia, marcando un límite para la duración de los procesos, del cual no se podrá pasar impunemente. No hay causa, por complicada que sea, que no pueda fallarse en los términos que consigna el artículo [56 del código comentado]”.²⁷

25. Bunge Campos cita una estrategia (o más bien, artimaña) que podía utilizar el inquisidor según el Manual de inquisidores de Nicolau Eymeric: “[...] si se empeña el reo en negar el delito le dirá el inquisidor que va á hacer un viage muy largo, y no sabe cuándo será la vuelta [...] que estando empeñado en no confesar tendrá que quedarse en la cárcel hasta que él vuelva”. En Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad ... op. cit.*, p. 48, con cita de Eymeric, Nicolau, *Manual de inquisidores*, traducida del francés al castellano por J. Marchena, Imprenta del Feliz Aviñón, Montpellier, 1821, p. 22.

26. Ibáñez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, editorial Trotta, Madrid, 2015, pp. 340-343.

27. Jofré, Tomás, *El nuevo código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires comentado*, Tomo 1, Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1915.

Delegación. La delegación de ciertos actos del proceso en subordinados es otra de las consecuencias de la adopción de un sistema escrito que proviene de los albores de estos sistemas, tal como lo destaca Tomás y Valiente en los procesos de los siglos XVI a XVIII.²⁸ De esta forma, el juez, en lugar de practicar por sí ciertos actos –como las declaraciones de los testigos–, se limitaba a leer las actas que realizaban sus subordinados. Es decir que se estudiaba solamente el registro escrito. Esto deforma la propia noción del sistema inquisitivo de cómo debe actuar el juez-pesquisador y cómo formaría su “convicción íntima” sobre el caso.

Carlos Nino afirmaba que: “La *extrema lentitud* de los procesos judiciales; el hecho de que en la práctica sean *secretos*, dado que la mayoría de ellos se tramitan por *expediente escrito*; el *exagerado ritualismo* con que los procedimientos son conducidos [...] y la *delegación de pasos fundamentales* del proceso en funcionarios que ni siquiera revisten el carácter letrado, afectan muy gravemente la garantía del debido proceso de ley, y con ello la posibilidad de consolidar un genuino liberalismo constitucional en la Argentina”.²⁹

Ahora bien, el último artículo (701) del CPMP establecía: “Toda causa deberá terminarse completamente en el término de dos años, no computándose las demoras causadas por articulaciones de las partes, diligenciamiento de oficios o exhortos, realización de peritaciones u otros trámites necesarios, cuya duración no dependa de la actividad del Juzgado”. A su vez, el art. 206 del CPMP establecía un plazo de seis meses de duración para la etapa del sumario –investigación–. Es decir que se había pretendido introducir una limitación temporal a la duración de los procesos. Sin embargo, resulta evidente que los amplios márgenes de discrecionalidad para medir aquella duración que dejaba la norma tendían a frustrar los fines para los que era prevista. Los magistrados interpretaban que estos plazos no eran

Consultado en la biblioteca digital del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1121>

28. Tomás y Valiente, Francisco, *El Derecho Penal de la monarquía absoluta*, editorial Tecnos, Madrid, 1969, p. 179.

29. Nino, Carlos S. *Fundamentos de derecho constitucional – Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, ed. Astrea, Buenos Aires, primera edición, 1992, quinta reimpresión, p. 475 [los destacados me pertenecen].

“absolutos” y, de esta forma, se producía una “derogación de facto” de las normas.³⁰

II.B. El proceso mixto

Al adoptar un proceso mixto³¹ en el año 1992 la intención fue que el centro gravitacional del proceso estuviera fijado en el juicio oral y público y, de esa forma, resolver los diversos problemas que se derivaban del sistema inquisitivo; entre ellos, la excesiva duración de los casos. Este ordenamiento preveía una breve etapa de investigación –llamada “instrucción”– de corte inquisitivo, y una etapa de juicio oral y público con tendencia adversarial que fuera el eje del proceso. En este sentido el art. 207 del CPPN establecía que la etapa de instrucción debía durar cuatro meses, a contar a partir de la indagatoria, prorrogables por dos meses más.

Sin embargo, el cambio no fue lo suficientemente radical para producir el efecto buscado ya que se mantuvieron en la etapa de investigación –instrucción– todos los elementos del modelo anterior –inquisitivo–. Así, mantener en la etapa de investigación al juez-investigador y como un fin declarado del proceso “la búsqueda de la verdad”³² implicó mantener el principio de oficialidad inquisitivo. Es decir, que el eje discursivo del proceso siguió siendo un monopolio del poder, por el cual se convierte el diálogo de las partes que debería tener todo el proceso en un monólogo en el que hay un solo protagonista –el pesquisador– y un objeto de conocimiento –“la verdad”– que es autoevidente y parte de una hipótesis –sospecha– en

30. En “Kipperband” (CSJN Fallos 322:360) los Dres. Petracchi y Boggiano –en disidencia– sostuvieron: “Que los plazos de los arts. 701 y 206 Código Procesal en Materia Penal, de dos años y de seis meses para la totalidad del procedimiento y para el sumario respectivamente, no sean interpretados por los jueces como absolutos no significa que aquéllos puedan quedar tan fuera de consideración como para que se produzca, de facto, una verdadera derogación. No hay duda de que dichos plazos deben constituir, por lo menos, un canon de razonabilidad sobre la duración del trámite que no puede ser soslayado sin más ni más por el juzgador”. Es decir, que los plazos fijados por la ley pasaban a ser “al menos” un canon de razonabilidad, pero no un plazo en sí como pretendía el legislador, avalando de una forma esa derogación de facto que efectuaban los tribunales.

31. También llamado inquisitivo reformado o acusatorio formal.

32. Esa verdad absoluta, real, material y autoevidente que persigue el proceso inquisitivo.

la mente del pesquisador, que realizará todas las “medidas de prueba” que tiendan a verificarla.³³ Es decir, hará lo que considere necesario para confirmar su propia sospecha.

Esto condujo a que en la mayoría de los casos la etapa del juicio no fuera más que una corroboración de lo actuado en el expediente durante la etapa de instrucción. Ésta siendo el centro del proceso por ser donde se produce efectivamente la prueba, la que luego es reproducida en el juicio.

Al fallar este intento de dar preeminencia a la etapa del juicio oral y público, y frente a los límites y plazos que fijaba el CPPN, lo que surgió fue una tergiversación en la práctica, mediante la adopción de una doctrina que flexibiliza los plazos legales, por lo cual el proceso de investigación (que debía estar acotado en el tiempo) se prolongaba durante años o incluso décadas, hasta que el juez consideraba que tenía suficientemente verificada su hipótesis. De esta forma se plantea –al día de hoy– que los plazos que establecen los códigos procesales son “ordenatorios”, y por lo tanto no son perentorios ni mandatorios para los tribunales, aunque sí lo son para las partes.

En el caso “Kipperband” los Dres. Petracchi y Boggiano habían advertido sobre los peligros de esta interpretación que hacían los tribunales utilizando el CPMP y sobre las constantes prórrogas sobre el plazo legal para la etapa de investigación que los jueces se daban a sí mismos: “la etapa sumarial ya llevaba seis años, en contra del plazo de seis meses que señala el art. 206, Código Procesal en Materia Penal. Más allá de que los tribunales interpreten que dicho plazo es meramente ‘ordenatorio’, parece difícil aceptar que él pueda multiplicarse de semejante forma sin que existan razones extraordinarias y sin que ello cause al menos alguna reacción por parte de quien tiene a su cargo el contralor de la duración de la tramitación. Ello no sólo no ocurrió, sino que en similares condiciones de imprecisión del informe se concede una nueva prórroga por otros tres meses el 26 de agosto de 1992”.³⁴

33. Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad en la historia. Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, editorial Didot, primera edición, 2019, pp. 155-168.

34. CSJN Fallos 322:360, “Kipperband, Benjamín s/ estafas reiteradas por falsificación de documentos - incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal”, sentencia del 16 de marzo de 1999.

II.C. ¿Hacia un nuevo paradigma?

Finalmente, en el año 2014 y mediante la ley 27.063 nuestro país adoptó un código procesal penal de tendencia acusatorio-adversarial cuya implementación comenzó de forma progresiva a mediados del año 2019. El esquema sigue la línea de la mayoría de los modelos acusatorios: los jueces ejercen un rol de control de garantías en el marco de audiencias orales y los fiscales asumen plenamente la dirección de las investigaciones. Lo que da sentido a este modelo es el marco de oralidad e inmediación en el que se produce la actividad jurisdiccional.

En lo que hace a los tiempos del proceso, para esa etapa de investigación preparatoria se prevé una breve etapa de investigación preliminar –máximo 90 días– luego de la cual el fiscal debe formalizar la investigación, es decir, comunicarle al imputado, frente a un juez, el hecho que se le atribuye, la calificación legal y los elementos de prueba. Así, se fija un plazo máximo de un año de duración para la investigación, con tratamiento de incidencias en audiencias orales. El legajo del fiscal será desformalizado y sólo contendrá la enumeración de los documentos y elementos de prueba recogidos, un resumen de todas las diligencias practicadas, de los datos obtenidos y de la identidad de los sujetos intervinientes y de los entrevistados. Ese legajo nunca podrá ser compulsado por el juez y siempre será accesible para la defensa, una vez formalizada la investigación. Además, la defensa conformará su propio legajo para sustentar su teoría del caso. Es decir que se abandonaría el expediente escrito, secreto y con manejo arbitrario de los tiempos.³⁵

Ahora bien, siguiendo con la cultura de lo público en la que se enmarcan nuestros modelos procesales –producto de nuestra larga tradición inquisitiva– adoptar un sistema que proviene de la cultura de lo privado implica que necesariamente debe ser adaptado a nuestra cultura penal. Cambiar un sistema procesal no trae aparejado por sí solo un cambio en el conjunto de

35. Esta tendencia hacia el reconocimiento y la preeminencia de los principios del juicio (oralidad, inmediación, concentración, celeridad, etc.) tuvo su impacto también en el proceso civil. Así, en julio de 2019 se presentó el anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, justamente, hace referencia a todos estos principios y persigue que los procedimientos sean rápidos y sencillos, buscando la realización de audiencias orales multipropósito.

ideas compartidas sobre elementos propios del castigo penal que conforman la cultura, sino que se requiere un cambio mucho más grande y coyuntural. Bunge Campos considera que las diferencias en el método para aproximarse a “la verdad” dentro de cada sistema resultan esenciales a cada cultura y, dentro de ese modelo de aproximación –sea una actividad a realizar o información a analizar– poco importa el nombre del funcionario que realiza la tarea, sino el modo en que se aporta la información para arribar a la solución jurisdiccional.³⁶ De esta forma afirma que: “la idea de que es el Ministerio Público el encargado de la búsqueda de la verdad, hace, a nuestro juicio, del sistema acusatorio una variante del inquisitivo, al cambiar el nombre del inquisidor, mediante el viejo truco de la burla de etiquetas. En el sistema acusatorio son las partes las que aportan su verdad y no un inquisidor que puede llamarse juez o fiscal, aunque su rol sea el mismo”.³⁷

El ordenamiento también prevé explícitamente la garantía del plazo razonable. Su artículo 18 establece: “Justicia en un plazo razonable. Toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme los plazos establecidos en este Código...”. Tanto aquel artículo como los relativos a los plazos para la investigación que se les imponen a los fiscales establecen como consecuencia de la violación a dichos plazos la posibilidad de sanción administrativa a los funcionarios públicos intervinientes, en el sentido de constituir “falta grave y causal de mal desempeño” de los fiscales y jueces.

A su vez, esta resignificación de la oralidad, la intermediación y la litigación efectiva está ejerciendo influencia sobre el proceso civil, lo que se

36. Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad en la historia – Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, editorial Didot, primera edición, 2019, pp. 267-269. El autor dice: “La evidencia es una información que debe ser analizada, la prueba una actividad que debe ser desarrollada. Esta diferencia es claramente el distingo entre los modos de aproximarse a la verdad de un sistema y de otro; en uno se hace a través de elementos que son aportados por las partes y en el otro a través de la actividad de un investigador que puede ser el juez-pesquisador del que hablan las Partidas o un fiscal. El nombre del funcionario ajeno al conflicto que desarrolle esa actividad es indiferente, lo que importa es el modo en que se aporta esa información para arribar a la solución jurisdiccional. En una, un investigador indaga para averiguar la verdad; en la otra, un tercero escoge entre dos versiones la que resultó apoyada por la evidencia aportada por las partes. Esa es, en definitiva, la diferencia entre uno y otro método”.

37. *Idem*, p. 5.

vio cristalizado en el actual proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Según surge del Anteproyecto presentado en agosto de 2019, el nuevo modelo busca “promover la adopción de la oralidad civil y comercial efectiva para lograr la inmediatez entre los jueces y las partes en aquellos conflictos que demanden una atención directa del juez; evitar la delegación de funciones; concentrar la actividad procesal y evitar formalidades irrelevantes [...] para agilizar el servicio de justicia”.³⁸ Sin perjuicio de ello, debe destacarse que antes del impulso del proceso de reforma se había aplicado un proyecto de generalización de la “oralidad civil efectiva” sin cambios legislativos que logró importantes resultados en materia de satisfacción de los usuarios, aumento de las conciliaciones y reducción de los tiempos de los procesos.³⁹ En este sentido, el ordenamiento también prevé el derecho de las partes a “un proceso eficiente, útil y efectivo que debe concluir en un plazo razonable, el que incluye también la pronta ejecución de las resoluciones judiciales”.

Si bien solo el paso del tiempo nos permitirá apreciar la efectividad tanto de los nuevos sistemas procesales como de las sanciones previstas para el incumplimiento de los plazos legales, lo cierto es que aquella no parece ser una solución adecuada (o suficiente) para un problema endémico de la administración de justicia. La sanción administrativa de los funcionarios públicos que incumplen los plazos que fija la ley resultaría adecuada para los casos de graves incumplimientos, pero excesiva en aquellos casos de mínimo incumplimiento, lo que tendería a una aplicación restrictiva de las sanciones. Por eso, estos mecanismos deberían conjugararse con una

38. Del Prólogo del “Anteproyecto Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,” ediciones SAIJ; puede compulsarse en la biblioteca digital <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2612>.

39. “El Informe Nacional de Generalización de la Oralidad Civil en la República Argentina, que recopila la información de las jurisdicciones participantes desde agosto de 2016 a junio de 2019, refleja que se celebraron más de 28.000 audiencias: 18.897 preliminares y 9.497 de vista de causa; con más de 12.600 causas finalizadas, la duración promedio de estos juicios se redujo a 518 días corridos (es decir 1 año y 4 meses). En términos porcentuales, el 68 % de los juicios finalizaron en menos de dos años y el 32 % en menos de uno. Por último, se destaca que el 49 % de los juicios finalizaron por acuerdo de partes...”. Del Prólogo del “Anteproyecto Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,” citado anteriormente.

consecuencia procesal que impida la continuidad del proceso. Ello podría tender a evitar la mora jurisdiccional con mayor eficacia y, a la vez, evitaría potencialmente la afectación de la garantía constitucional a ser juzgado en un plazo razonable.

II.D. Conclusiones intermedias

Esta breve reseña sobre la evolución histórica de los modelos procesales penales que a nivel federal adoptó nuestro país pretendía mostrar cómo, a pesar de las constantes previsiones legales tendientes a evitar la dilación indebida de los procesos, la administración de justicia –históricamente anclada en una fuerte tradición inquisitiva– ha mantenido los principios del sistema inquisitivo y sorteado consistentemente las imposiciones legales de duración de los procesos.

Así, el complejo problema de la mora jurisdiccional puede ser atribuido –en parte– a nuestra propia cultura de lo público, orientada a la concentración de poder en la autoridad y tributaria de la tradición inquisitiva. Y si bien en los últimos años hemos adoptado un sistema que reconoce sus raíces en la cultura germánica y grecolatina de lo privado, adaptándolo a nuestra cultura, lo cierto es que aún queda ver cómo se adaptarán los actores de la administración de justicia –incluyendo a los litigantes– al nuevo sistema procesal y al cumplimiento de los plazos legales que aquel prevé. Por lo pronto solo podemos esperar que se reduzcan drásticamente los tiempos que demandan actualmente los procesos, pero sin que ello implique ningún menoscabo en las garantías constitucionales de los justiciables ni en la calidad de las decisiones jurisdiccionales.

III. Rango convencional y constitucional de la garantía

En el plano del derecho internacional público posterior a la segunda guerra mundial comenzó a plasmarse el reconocimiento de un amplio abanico de derechos, entre los que se encuentra el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Frente al horror de los Estados totalitarios, los tratados internacionales de derechos humanos de la época pretendían afianzar el Estado constitucional de derecho. Para ello fueron incluidos, junto a las garantías básicas burguesas ya consolidadas, otros derechos básicos llamados “de segunda generación”, tendientes a reconocer la transformación de

las expectativas jurídicas de los individuos derivada del desarrollo de nuevas formas de relación entre estos y el Estado.⁴⁰

Así, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH) de Bogotá, 1948, quedó plasmado –dentro del art. XXV que resguarda la protección frente a detenciones arbitrarias–, el derecho “a ser juzgado sin dilación injustificada”. Esta fórmula es similar a la que posteriormente sería adoptada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), de 1966,⁴¹ que en su artículo 14.3.c establece que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho [...] a ser juzgada sin dilaciones indebidas”.

Como se aprecia, el reconocimiento del derecho por estos instrumentos parecía reservado al ámbito de los procesos penales. Sin embargo, dos años después de la DADDH –en 1950–, fue suscripto en Roma el Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), que adopta la redacción de “plazo razonable” que es la fórmula más representativa para la dogmática jurídica del derecho en estudio. Así, su artículo 6.1 establece que: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

Esta fórmula fue reproducida casi literalmente por el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), firmada en San José de Costa Rica en 1969 pero no solo para los procesos penales o civiles, sino que la convención fue más allá e incluyó la determinación de los derechos y obligaciones de orden laboral, fiscal “o de cualquier otro carácter”.⁴² De esta forma, el reconocimiento del derecho a obtener un

40. Pastor, Daniel R. “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, publicado en *Jueces para la Democracia*, Madrid, N° 49; con cita de Fernández-Viagas Bartolomé, Plácido, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, 1994, p. 17.

41. En vigor desde 1976.

42. El artículo de la CADH citado reza: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de

pronunciamiento definitivo en un plazo razonable no quedó limitado a los procesos penales, sino que deben ser abarcados todos los procesos –litigiosos o no– por los que una persona pueda requerir la intervención del Estado.

El valor de estas disposiciones se encuentra dado porque las normas convencionales contemplan expresamente la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar su aplicación en el ámbito interno. Es decir, la adecuación interna del Estado y la responsabilidad por su incumplimiento. De esta forma, al ser ratificados por nuestro país –con excepción del CEDH– nace la obligación en el plano internacional del Estado y su sistema de control (por ejemplo, en el ámbito regional americano, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Ahora bien, en nuestro país la reforma constitucional de 1994 incorporó estos tratados (DADDH, PICIP y CADH, entre otros) al texto de la Carta Magna por medio del artículo 75, inciso 22. De esta manera, la reforma amplió el catálogo de garantías procesales contenido por el artículo 18, al consolidar algunas que la jurisprudencia había considerado derivadas de su letra e incorporar a otras, como fue el caso del derecho a la duración razonable del proceso.

IV. Su reconocimiento en la jurisprudencia argentina

Mucho antes de que la reforma constitucional de 1994 incorporara a la Carta Magna los tratados que contemplan la garantía del plazo razonable –y desde antes incluso que esos tratados fueran ratificados por leyes del Congreso de la Nación–,⁴³ nuestra Corte Suprema ya había proclamado el rango constitucional de esa garantía. Quizás el precedente más significativo y recordado en este sentido es el caso “Mattei”,⁴⁴ en el que se señaló explícitamente que el derecho a obtener un pronunciamiento del modo más rápido posible se encuentra incluido en la garantía de la defensa en juicio que emana del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional. La sentencia,

cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

43. A modo de ejemplo, la CADH fue incorporada a nuestro derecho interno por la Ley 23.054 en el año 1984.

44. CSJN- Fallos 272:188 “Mattei”, sentencia del 29 de noviembre de 1968.

de 1968, también afirmaba que los principios de progresividad y preclusión reconocen su fundamento en “la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente”. A raíz de ello diversos autores han reconocido este caso como un *leading case* en la materia, que condujo múltiples precedentes⁴⁵ que fueron desarrollando el alcance e interpretación de la garantía, así como los parámetros para su evaluación. Esa línea jurisprudencial de nuestro máximo tribunal fue desarrollada siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) sobre el tema.

Para este apartado, destacaré solo algunos de aquellos precedentes, que considero esenciales para este análisis, abocado al concepto y la significación jurídica del “plazo razonable”, los parámetros para su evaluación y las consecuencias de su violación. Por último, expondré brevemente algunas críticas que se ensayan contra esta doctrina.

IV.A. Concepto y significación jurídica

El primer caso en el cual los ministros de nuestra Corte Suprema analizaron el concepto de “plazo razonable” fue el precedente “Firmenich”,⁴⁶ en el que se discutía el plazo razonable del encarcelamiento preventivo, no del proceso en sí, de acuerdo a los alcances del artículo 7, inciso 5° de la CADH. En primer lugar, sostuvieron que el artículo analizado de la CADH estaba redactado en términos casi idénticos al artículo 5, inciso 3 del CEDH.

45. Se pueden citar, entre otros: “Pileckas” Fallos 297:486 (1977); “Aguilar” Fallos 298:50 (1977); “Mozzati” Fallos 300:1102 (1978); “Bartra Rojas” Fallos 305:913 (1983), “Casiraghi” Fallos 306:1705 (1984), “Y.P.F.” Fallos 306:1688 (1984); “Kipperband” Fallos 322:360 (1999); “Cortegoza Orlando”, C. 88. XXXVIII. RHE (2002); “Barra” Fallos 327:327 (2004); “Egea” Fallos 327:4815 (2004); “Moyal” Fallos 330:4539; “Cuatrín” Fallos 331:600 (2008); “Ibáñez, Ángel Clemente” I. 159.XLIV REX (2009); “Arisnabarreta” Fallos 332:2159 (2009); “Bobadilla” Fallos 332:2604 (2009); “Fizman” Fallos 332:1492 (2009); “Oliva Gerli” Fallos 333:1987 (2010); “Poggio, Oscar Roberto” P. 686. XLV ROR (2011), “Mezzadra, Jorge Oscar” M. 1181. XLIV (2011), “Rizikow” R. 818. XLIV (2011); “Losicer”, Fallos 335:1126 (2012), “Vilche, José Luis” V. 161. XLVIII. RHE (2012), “Bondner” Fallos 336:2184 (2013), “Goye” Fallos 340:2001 (2017) y “Espíndola” Fallos 342:584 (2019).

46. CSJN, Fallos 310:1476 (1987).

Consecuentemente, recurrieron a la jurisprudencia del TEDH sobre la materia,⁴⁷ de la cual surge que “está reconocido por todos la imposibilidad de traducir el concepto ‘plazo razonable’ en un número plazo razonable de días, semanas, de meses o de años o en variar la duración según la gravedad de la infracción”, por lo que debe analizarse en cada caso concreto el carácter razonable o no de la duración.

Este precedente sobre la duración del encarcelamiento preventivo, fijó también la posición de la Corte en cuanto a la garantía del plazo razonable en sí, partiendo de la base de que no se encuentra predeterminado, sino que debe analizarse en cada caso en concreto si se produce la afectación a la garantía o no. Así, en el caso “Kipperband”,⁴⁸ los ministros Fayt y Bossert –en disidencia– sostuvieron que: “el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, no puede traducirse en un número de días, meses o años”. Esta interpretación es la que tomaron los jueces Petracchi y Bossert en su disidencia, aunque no fuera plasmada textualmente. Lo que sí aclaran los ministros es que, así como a los jueces les compete analizar en cada caso concreto la “razonabilidad” en la duración del proceso, es facultad del legislador fijar un “techo” o plazo absoluto para el promedio de los casos. Concretamente sostuvieron que: “aun cuando se tenga manga ancha para juzgar la razonabilidad del tiempo durante el cual una persona puede encontrarse legítimamente sometida a proceso, ello no significa que el legislador, en el marco de las facultades que le son propias, no pueda establecer un plazo absoluto, superado el cual no sea posible relativizar o justificar ninguna dilación ulterior [...] nada obsta a que la ley establezca plazos de duración perentorios para los procesos”. Esta disidencia tiene gran relevancia ya que posteriormente se convertirá en la posición mayoritaria de la Corte en el caso “Barra”,⁴⁹ a partir del cual se mantuvo.

Por su parte, la Corte IDH ha dicho que el plazo razonable “tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente [...] [P]articularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento,

47. Fueron citados los casos “Stogmüller”, “Neumeister” y “Ringelsen” del TEDH.

48. CSJN, Fallos 322:360 (1999).

49. CSJN, Fallos 327:327 (2004).

incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”⁵⁰ y que su designio es el de limitar en la mayor medida posible la afectación de los derechos de una persona.⁵¹ Esta conceptualización fue la que tomó nuestra Corte en el reciente caso “Espíndola”.⁵²

De esta forma se fue adoptando el criterio de interpretación que afirma que la garantía del “plazo razonable” no puede ser predeterminada en una duración de tiempo concreta. Es decir, que no existe un plazo concreto superado el cual se vea afectada la garantía. Lo que sí puede existir es un “techo” o plazo fijado por la ley para los procesos. Ese “techo”, vale decirlo, puede prever una prórroga para casos complejos, pero siempre debe jugar en favor del acusado. Esto implica dos cuestiones: por un lado, que ese plazo máximo podría ser irrazonable para ciertos casos (por ejemplo, los extremadamente sencillos) y, por otro lado, que debe evaluarse con especial cautela –de forma restrictiva– la admisión de la prórroga ya que, si se convierte en la práctica generalizada para prácticamente todos los casos, la regla se vería tergiversada en sus fines. Ello, ya que existe una especial tendencia en nuestro país en este sentido, en razón de nuestra cultura que conduce a una resistencia de la administración de justicia a que le sean impuestos plazos perentorios de actuación. Esta resistencia no es caprichosa, sino que es producto de la conjunción de diversos factores, como vimos: nuestra larga tradición inquisitiva que determina el modelo de autoridad y ejercicio del poder punitivo, sumada a una escasa asignación de recursos para una desbordada administración de justicia por la mayor demanda de una sociedad altamente litigiosa.

IV.B. Parámetros de evaluación

Que no exista un plazo preestablecido para asegurar la garantía implica que deben establecerse parámetros objetivos para juzgar si la duración de un proceso es o no razonable. Para ello, nuestra Corte fue siguiendo y haciendo suyos los parámetros desarrollados por la jurisprudencia de la

50. Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C, N° 35, párrs. 70 y 71.

51. Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C, N° 206, párr. 119.

52. CSJN, Fallos 342:584, resuelta el 9/4/2019.

Corte IDH, que a su vez fueron tomados de los casos del TEDH. Aquellos primigenios parámetros eran: la complejidad del caso, la actividad de las autoridades administrativas y judiciales y la conducta de las partes. Luego, el desarrollo en el análisis de la garantía condujo a la incorporación de otros parámetros: la afectación jurídica de la parte involucrada y el análisis global del procedimiento. Estos conceptos y su desarrollo serán analizados en el presente acápite, recurriendo tanto a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema como a la de la Corte IDH, ya que –como dije– los parámetros primero desarrollados por el órgano convencional fueron luego receptados por nuestro Máximo Tribunal.

IV.B.i. Complejidad del caso

La Corte IDH ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia distintos criterios para determinar la complejidad de un proceso. Entre ellos se encuentran: la extensión de las investigaciones y expedientes, la cantidad y complejidad de la prueba, el número de incidentes e instancias,⁵³ la pluralidad de sujetos procesales⁵⁴ o la cantidad de víctimas,⁵⁵ el tiempo transcurrido desde el hecho,⁵⁶ las características del recurso o proceso,⁵⁷ el contexto en el que ocurrió el hecho,⁵⁸ la complejidad de los delitos que se investigan,

53. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, párr. 78, y Caso Anzualdo Castro vs. Perú, sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 157.

54. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 106, y Caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 14, párr. 133.

55. Caso Baldeón García vs. Perú, párr. 152, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 155, párr. 103, y Caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 113.

56. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 150, y Caso Radilla Pacheco vs. México, sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 245.

57. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 83.

58. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 184, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Serie C No. 148, párr. 293, y Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, párr. 156.

la dificultad de acceder a la prueba, la exigencia de dictámenes y debates técnicos,⁵⁹ la duración de procesos similares y la trascendencia del asunto, sobre todo cuando requiera de un cuidado especial.⁶⁰ Cabe recordar en este sentido que nuestra Corte Suprema tiene dicho que los estándares fijados por la Corte IDH no solo resultan pautas interpretativas sino también un deber de garantía a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino.⁶¹

Con relación a este punto y el “techo” que podría fijar la legislación para la duración de los procesos, nuestra Corte ha dicho que “en la medida en que la ley estaría fijando un plazo adecuado a causas con un grado de dificultad intermedio su transcurso completo podría ser considerado, de todos modos, ‘irrazonable’ frente a casos extremadamente sencillos”.⁶²

Castex y Alessandretti critican este parámetro porque consideran que si el imputado no entorpece el proceso no tiene por qué soportar la prolongación porque la causa sea compleja, frente a todos los recursos y poder con los que cuenta el Estado para llevar adelante el proceso en su contra.⁶³ Sin embargo, entiendo que esta conclusión parte de una concepción errónea. No se trata de justificar la prolongación porque el caso sea complejo. Sino que la duración del proceso, dentro del “techo” máximo que fija la legislación, podría ser razonable para un caso complejo pero irrazonable para uno sencillo, como se explicó anteriormente. Más allá de aquel máximo –y su eventual prórroga si existe esa cláusula legal– la duración del proceso sería irrazonable.

Es decir, la “complejidad del caso” debe ser comprendida a favor del imputado en estos términos: si el caso es extremadamente sencillo, no es

59. Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párrs. 163 y 176; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, párr. 165.

60. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 130.

61. CSJN, Fallos: 327:3312 y 342:584.

62. CSJN, “Kipperband” Fallos 322:360 –disidencia de Petracchi y Bossert– (1999) y “Barrá”, Fallos 327:327 (2004).

63. Castex, Francisco y Alessandretti, Rosario, “Comentario al capítulo XIII. Las garantías judiciales en serio”, en Pastor, Daniel R. (dir.), *Un juez para la democracia. Debates acerca de jurisdicción y Estado constitucional en la obra “Tercero en discordia” de Perfecto Andrés Ibáñez*, editorial Ad-Hoc, pp. 158-159.

razonable que aquel se prolongue por el plazo máximo que fija la legislación, sino que debe acabarse antes.

IV.B.ii. Actividad de las autoridades estatales

En primer lugar, hay que señalar que cuando se analiza la conducta de las autoridades estatales, no se encuentra limitada a los órganos judiciales. Quizá los agentes de la administración de justicia actúen con cierta celeridad en el caso, pero la mora puede surgir de otros órganos estatales. De esta forma se ve afectada la garantía y se origina la responsabilidad estatal. A modo de ejemplo, en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina” la Corte IDH tuvo en consideración que se había tardado más de dos años en establecer la titularidad de un inmueble, debido a las demoras del registro de la propiedad.⁶⁴ Esto no quiere decir que no exista a su vez una omisión de las autoridades judiciales que, frente al incumplimiento o la mora producida por otro órgano estatal, no actuaron para remediar la situación.

Es decir, debe evaluarse el comportamiento de las autoridades estatales que por acción u omisión afectan la prolongación del juicio⁶⁵ y de los procedimientos no judiciales que tengan incidencia sobre aquel.⁶⁶ La Corte IDH ha señalado este parámetro en casos en los que las autoridades han demostrado graves faltas durante períodos significativos. Por ejemplo, cuando una investigación es abandonada⁶⁷ cuando el avance del proceso no es impulsado y permanece paralizado⁶⁸ o cuando la incidencia del paso del tiempo sobre los derechos de los interesados no es tomada en consideración.⁶⁹

64. Corte IDH, sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246.

65. Caso Cantos vs. Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 97, párr. 5.7

66. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 131.

67. Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 162.

68. Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2009. Serie C No. 100, párrs. 114 y 115.

69. Caso Furlan vs. Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246.

En general se entiende que el cumplimiento de los plazos procesales o la “actividad permanente” del órgano de la administración de justicia implican que la duración del proceso fue razonable, ya que no cualquier demora puede ser considerada automáticamente como violatoria de la garantía. Sin embargo, corresponde señalar que aun cumpliendo a rajatabla todos los plazos que imponga el ordenamiento procesal para los distintos actos es posible violar la garantía, al producir una duración del procedimiento irrazonable para el caso concreto.

En todo caso, la actividad jurisdiccional ininterrumpida puede “dar razón de la conducta del tribunal” frente a una posible sanción administrativa o disciplinaria, pero de esa forma no se sana la violación a la garantía del plazo razonable.⁷⁰ En este sentido, en el caso “Espíndola”, nuestra Corte Suprema sostuvo que: “el derecho fundamental [...] a ser juzgado dentro de un plazo razonable [...] prevalece frente a las reglas del derecho común –o a la actividad procesal realizada en aplicación de ellas– que impiden su realización efectiva [...] el derecho es independiente de los plazos generales que el legislador ordinario impone teniendo en mira clases de casos, como lo serían los términos de prescripción de la acción penal”.⁷¹

Esta circunstancia, muchas veces soslayada pero recientemente puesta en foco por nuestro Máximo Tribunal, implica que la administración de justicia debe actuar con gran cautela frente a cada caso concreto y realizar una evaluación de cuánto tiempo debería insumir el proceso para evitar su duración por un lapso irrazonable. No basta con meramente cumplir los plazos que impone el ordenamiento procesal para asegurar la garantía.

Por último, debe destacarse que los distintos órganos de la administración de justicia y sus agentes tienen un deber especial para asegurar el respeto de esta garantía. Así lo ha sostenido nuestra Corte al señalar que: “cuando se trata de precisar el alcance de este derecho y su vigencia, adquiere preeminencia el Poder Judicial, a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un Estado de derecho y garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las personas frente al poder estatal”.⁷²

70. CSJN, “Kipperband” Fallos 322:360 –disidencia de Petracchi y Bossert– (con remisión de Fallos: 303:917, disidencia del juez Frías) y “Barra”, Fallos 327:327.

71. CSJN, Fallos 342:584.

72. CSJN, Fallos 342:584.

IV.B.iii. Actividad de las partes

En este punto deben evaluarse los comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial.⁷³ Es decir, si el propio interesado ocasionó la prolongación del proceso. Ahora bien, evaluar la conducta de las partes en el proceso exige un rigor especial, ya que en muchos casos ha conducido a que los tribunales intenten “echar culpas” indicando como razón de la mora lo que no es más que el ejercicio del derecho de defensa. Sumado a ello, y más allá de que pudiera existir una conducta dilatoria de las partes, ello no exime por sí de responsabilidad al Estado.

Ya en el caso “Kipperband” los ministros Petracchi y Bossert señalaban esta cuestión, sosteniendo que “es inaceptable el criterio que [...] considera en contra del imputado sus ‘peticiones’, pues ello provoca una restricción de la libertad de defensa contraria a la comprensión que de este derecho debe hacerse a la luz del art. 18 de la Constitución Nacional. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utiliza ciertamente como criterio de valoración de la demora cuál haya sido la conducta del recurrente (*op. cit.*, p. 268); pero, a diferencia de lo que ocurre en los procesos civiles, el imputado no está obligado a colaborar activamente con lo que se refiere a la celeridad del proceso en su contra (conf. doctrina sentada en el caso ‘Eckle’ *supra cit.*). Y aun en aquéllos, en los cuales, en principio, es deber de las partes asegurar la rapidez del proceso, esta máxima no libera a los Estados parte de la obligación de que el juicio finalice en un plazo razonable (*op. cit.*, p. 267, con cita de los casos ‘Neves e Silva’; ‘Capuano’ y ‘Buchholz’).⁷⁴

Siguiendo aquel criterio y la jurisprudencia de la Corte IDH, recientemente nuestra Corte ha sostenido que: “no puede hacerse recaer sobre los imputados la demora en la tramitación del proceso cuyo impulso diligente está a cargo del Estado (Fallos: 340:2001 y sus citas) [...] En lo que aquí respecta, además, ha de destacarse que ‘el imputado no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir al imputado en un proceso penal que soporte la carga

73. Caso Cantos vs. Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 97, párr. 57.

74. CSJN, Fallos 322:360 –disidencia de Petracchi y Bossert– y “Barra”, Fallos 327:327.

del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley'...".⁷⁵

Entonces, la conducta de las partes puede efectivamente ser dilatoria cuando pretende frustrar el avance del proceso. Por ejemplo, obstruyendo la producción de elementos de prueba, demorando la comparecencia o el inicio de actos del proceso, evadiendo la jurisdicción, interponiendo maliciosamente planteos improcedentes, etcétera. Sin embargo, el análisis sobre este punto debe ser especialmente riguroso y restrictivo, a raíz de la evidente tensión que se produce con el ejercicio legítimo del derecho de defensa, aunque en algunos casos pueda no ser ético.

IV.B.iv. Afectación a la situación jurídica de la parte involucrada

El transcurso del tiempo y la prolongación de los procesos inciden de muchas maneras en las partes involucradas. Quizás mucho más en los procesos penales, donde se encuentra en juego nada menos que la libertad, pero cualquier persona que se enfrente a un proceso –de índole civil, comercial, laboral, etcétera– se enfrenta a la angustia, estrés, preocupación, desgaste emocional, etcétera; por encontrarse en juego sus derechos e intereses –el objeto del proceso–. La demora en la resolución del caso trae aparejadas afectaciones significativas y, en muchos casos, irreversibles a esos derechos de las personas involucradas.

A raíz de ello, fue incorporada “la afectación jurídica de la parte involucrada” como un elemento para evaluar la duración razonable de un proceso. Y si bien en algunos casos resulta innecesario contemplar este elemento,⁷⁶ en otros resulta especialmente determinante. En el citado caso “Furlan”,⁷⁷ la Corte IDH estableció que “si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”. El proceso llevado en este país, de índole civil, demoró diez

75. CSJN, Fallos 342:584 con cita de Corte IDH, Caso Albán Cornejo y otros v. Ecuador, sentencia del 22 de noviembre de 2007, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 112, y sus citas.

76. Corte IDH, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, párr. 165.

77. Corte IDH, caso Furlan vs. Argentina, sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246.

años hasta que recayó sentencia y luego dos años más de procedimientos administrativos hasta lograr el cobro de una suma mucho menor de lo que resolvió la sentencia. Frente a ello la Corte IDH destacó que: “el presente caso exigía por parte de las autoridades judiciales una mayor diligencia, pues de la brevedad del proceso dependía el objetivo primordial del proceso judicial, el cual era obtener una indemnización que podía estar destinada a cubrir las deudas que durante años la familia de Sebastián Furlan acumuló para efectos de su rehabilitación y para llevar a cabo terapias necesarias tendientes a atenuar los efectos negativos del paso del tiempo”.

Es decir que el objeto del proceso y el paso del tiempo si incide de manera relevante en la situación jurídica de los individuos conducen a que el proceso deba llevarse con mayor celeridad. En materia penal es sencillo advertir la relevancia de este elemento y la afectación que se produce cuando una persona se encuentra privada de su libertad. Sin embargo, existen múltiples derechos que se pueden encontrar restringidos en el marco de un proceso penal que también deben considerarse: de índole patrimonial cuando se disponen embargos, inhibiciones o cauciones reales, privar de un derecho cuando se dispone una inhabilitación, restricciones ambulatorias o a la libertad cuando se obliga al acusado a permanecer en cierta zona, presentarse en forma periódica, o solicitar autorizaciones para viajes y traslados –dentro o fuera del país–, etcétera. En este sentido Pastor señala que “la persecución implica desde el comienzo, el sometimiento del imputado a condiciones de ‘semipenalización’ que se manifiestan en ciertos padecimientos que encuadran en el carácter idéntico a la pena que se atribuye ya al proceso: angustia, gastos, pérdida de tiempo y de trabajo, humillación, descrédito, etcétera”.⁷⁸

IV.B.v. Análisis global del procedimiento

Como explica Ángela Ledesma, más que un parámetro, ésta es una pauta que debe guiar la apreciación de los demás indicadores que pueda exhibir cada caso.⁷⁹ Nuestra CSJN también ha receptado esta pauta siguiendo la

78. Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso...*, *op. cit.*, p. 393.

79. Ledesma, Ángela E., “Nuevos estándares a la luz de las garantías”, en Sabsay, Daniel A. (dir.), *Constitución de la Nación Argentina: y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo I*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

jurisprudencia de la Corte IDH y el TEDH: “la Corte IDH ha acudido y hecho suyas las pautas establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y así, siguiendo a aquel en el Caso Guincho vs. Portugal, ha señalado que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la *duración total del procedimiento* –incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse–, hasta que se dicte sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción”.⁸⁰

Lo que aporta, en definitiva, es el principio que debe guiar la forma de evaluar todos los elementos reseñados anteriormente. Ningún tramo debe quedar fuera del análisis; esto implica todos los trámites de las etapas recursivas y de ejecución de la sentencia. Ello no es menor, ya que si bien en los procesos de tradición inquisitiva se aprecian en general serias demoras durante la sustanciación de la etapa de investigación, cuando vemos la experiencia de provincias que adoptaron modelos acusatorios se advierte que la sustanciación de la etapa recursiva es, en general, donde se produce la lesión a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable.

El ejemplo que se presenta como paradigmático en nuestro país es el de la provincia de Buenos Aires, tratado por nuestra CSJN en el caso “Espíndola” citado anteriormente. Veamos, mientras en la década de 1990 la Nación tomaba tímidos pasos para dejar un proceso puramente inquisitivo por uno “mixto”, en la provincia de Buenos Aires se gestaba una reforma procesal moderna que culminó en la adopción de un proceso acusatorio en 1998.

Luego de más de veinte años de aplicación, en 2019, la CSJN se pronuncia en duros términos contra los tribunales provinciales, especialmente la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires (en adelante SCPBA) en razón de las moras en el trámite de las etapas recursivas de múltiples expedientes. En el caso concreto la CSJN destacó que: “el tiempo irrogado desde el momento del hecho y hasta la sentencia condenatoria no alcanzó a los dos años. Mientras que, hasta la fecha, la etapa recursiva –cuyo más elemental objetivo es la búsqueda de mejor derecho– ha insumido casi doce años sin

80. CSJN, “Espíndola” Fallos 342:584 (2019) con citas de Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, párr. 71 y TEDH, Casos Robins v. the United Kingdom, 23 Sept. 1997, §28; Silva Pontes v. Portugal, 23 Mar. 1994, §36; Di Pedé v. Italy, 26 Sept. 1996, §32; Zappia v. Italy, 26 Sept. 1996, §§20-22; Bouilly v. France, 7 Dec. 1999, §§19-23; Pinto de Oliveira v. Portugal, 8 Mar. 2002, §26; Mocie v. France, 8 Apr. 2003, §§21-22.

que los imputados puedan contar con un pronunciamiento definitivo”. En el fallo se recordó vasta jurisprudencia de la propia corte, así como de la Corte IDH y del TEDH y se expuso que nuestro máximo tribunal posee una clara línea en la materia, que era sistemáticamente desoída por el tribunal provincial. Así sostuvieron que:

... esta Corte advierte, no sin preocupación, que el problema planteado en cuanto a la arbitrariedad por inadecuado tratamiento respecto de trámites recursivos que injustificadamente se prolongan por períodos como el aquí analizado, parece ser en la Provincia de Buenos Aires un problema serio y recurrente.

Dan cuenta de ello los precedentes ya citados de esta Corte Suprema en materia de plazo razonable en la instancia recursiva, dictados desde hace ya más de una década, y que tienen la particularidad de provenir de esta misma jurisdicción (“Santander” –Fallos: 331:2319–; CSJ 159/2008 (44-I)/CS1 “Ibáñez, Ángel Clemente s/ robo calificado por el uso de armas”, resuelta el 11 de agosto de 2009; “Barroso” –Fallos: 333:1639–; CSJ 161/2012 (48-V)/CS1 “Vilche, José Luis s/ causa n° 93.249”, resuelta el 11 de diciembre de 2012 y CSJ 1022/2011 (47-S)/CS1 “Salazar, Ramón de Jesús s/ causa n° 105.373”, resuelta el 6 de febrero de 2018).

Y lo que decididamente preocupa a este Máximo Tribunal es que, mientras esos precedentes han constituido los estándares que la Corte Suprema ha construido sobre el particular, resultan ser los mismos que en el presente caso el superior provincial ha tácitamente elegido desaplicar, al no dar respuesta a la cuestión federal que le fue planteada.

Y de la misma forma como sucedía en aquellas oportunidades y ocurre en la presente causa, de no intervenir este Máximo Tribunal, quedaría sin respuesta un serio planteo de afectación del derecho de los justiciables a ser juzgados en un plazo razonable al tiempo que una eventual responsabilidad del Estado argentino ante las instancias supranacionales.⁸¹

81. CSJN, “Espíndola” Fallos 342:584 (2019), considerando 28.

Por eso, viendo concretado el mayor temor que acecha a los tribunales, es decir, ser desobedecidos,⁸² los ministros de la CSJN, además de resolver el fondo de la cuestión, recurrieron al dictado de una sentencia exhortativa hacia los tribunales provinciales para hacer cesar la problemática descripta. Si aquella tendrá eficacia o no, solo podrá ser evaluado con el paso del tiempo. Sin embargo, dos años después debieron fallar en sentido casi idéntico al de dicho precedente y exhortar nuevamente al máximo tribunal provincial a ajustar sus procesos y tiempos a fin de no continuar perpetuando violaciones sistemáticas a la garantía.⁸³

Por otro lado, debe destacarse que la CSJN ha advertido las demoras que ocasiona en el proceso el reenvío que efectúan los tribunales de revisión. En consecuencia, ha optado por no reenviar ciertos casos para agilizar el dictado de una sentencia definitiva.⁸⁴ Esta sana práctica ha sido trasladada al nuevo CPPF, que en su art. 365 establece la prohibición del reenvío por parte de los tribunales de impugnación.⁸⁵

82. Böhmer, Martin F, “Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas”, SJA2012/05/23-17; JA-2012-II; sostiene al respecto: “el peligro último que acecha a todo tribunal: no ser obedecido, es decir, no poder emitir juicios realizativos exitosos, capaces de transformar las funciones jurídicas de las situaciones o de los sujetos que deberían sentirse (estar) sometidos a su jurisdicción”.

83. CSJN, “Escudero”, Fallos 344:378 (2021).

84. A modo de ejemplo, en el caso “Rojas” (CSJ 367/2018, “Rojas, Lucía Cecilia y otros s/ homicidio agravado”, sentencia del 26 de diciembre de 2019) los ministros sostuvieron que: “...tras más de nueve años de procedimiento recursivo, insistir en el reenvío de las actuaciones a fin de que sea el superior tribunal provincial quien asegure el derecho de las imputadas a una revisión acorde con la presunción de inocencia, se traduciría, en definitiva, en la lesión de otro derecho, cual es el que tiene todo imputado a obtener un pronunciamiento que defina su posición frente a la ley y a la sociedad, y ponga término al estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal”.

85. Código Procesal Penal Federal, Art. 365: “Prohibición de reenvío. Los jueces deberán resolver sin reenvío. Si por efecto de la decisión adoptada debiera cesar la prisión u otra medida de coerción sobre el imputado, se ordenará su cese inmediato o la medida que corresponda”.

IV.C. Consecuencias de la violación

Una vez evaluados los parámetros para juzgar si se produjo la violación a la garantía, corresponde analizar las posibles consecuencias. Como vimos, en nuestro país existe una resistencia cultural a los plazos legales que se le imponen a la administración de justicia, lo que conduce a una mora generalizada en todos los procesos. Pero aquella mora, y la afectación a la garantía que trae aparejada, debe necesariamente tener alguna consecuencia. Decía Carrara que: “Sería burlarse del pueblo el dictar preceptos de procedimiento dejando su observancia a gusto del juez [...] si el legislador dicta un procedimiento que pueda ser violado al arbitrio de los jueces, no hace una ley, sino que se limita a dar un consejo”.⁸⁶

Y frente a la violación existen básicamente tres consecuencias posibles: a) la imposibilidad de que continúe el proceso, b) la compensación de la parte afectada, c) la sanción administrativa o disciplinaria de los funcionarios. Estas consecuencias, vale aclararlo, no son excluyentes, ya que podrían darse en alguna forma combinada. En nuestro país la jurisprudencia ha sido vacilante, pero con el tiempo se consolidó la posición que promulga como consecuencia la extinción de la acción penal por prescripción, lo que no es una solución adecuada, como veremos a continuación.

IV.C.i. Imposibilidad de que continúe el proceso

En el caso “Pileckas”⁸⁷ se produjeron diferencias de interpretación entre los jueces de primera instancia y la cámara de apelación respecto de la calificación legal aplicable al caso, al punto de declarar nulas tres sentencias dictadas durante los cinco años que llevaba en trámite el proceso. Es decir, una verdadera “guerra de posiciones dogmáticas”, donde el único rehén y damnificado era el acusado. El Procurador General sostuvo que era una irregularidad rayana en el escándalo que podría prolongarse de forma indeterminada. La CSJN afirmó que en este caso se daba aquella situación sobre la que advertían en el precedente “Mattei”, sin embargo, decidieron confirmar la condena de Pileckas.

86. Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1956, t. II, p. 277.

87. CSJN, “Pileckas” Fallos 297:486 (1977).

En el caso “Mozzati”¹ los acusados fueron detenidos y puestos en prisión preventiva en septiembre de 1953. Desde ese momento estuvieron detenidos por distintos lapsos, mientras que cuando se encontraban en libertad, aquella se veía restringida por las condiciones impuestas al concederles la excarcelación. Llegó así el año 1978 sin tener sentencia firme. La corte indicó que un proceso que se extiende 25 años es una tergiversación de todo lo mandado por la CN respecto de las garantías concernientes a la administración de justicia. Sin embargo, destacaron que esta tergiversación era *inculpable*, es decir, que no era responsabilidad de los tribunales que llevaron a cabo el proceso (cabría preguntarse, ¿de quién si no?).

Ahora bien, a diferencia de lo resuelto en “Pileckas”, en este caso decidieron declarar la “insubsistencia” de lo actuado desde el auto de prisión preventiva y, en consecuencia, dispusieron la extinción de la acción por prescripción. Esta insubsistencia, de creación pretoriana, no resulta asimilable a una declaración de nulidad, ya que no existían actos procesales viciados. Más bien, frente a una excesiva prolongación del proceso, aquellos actos no debían continuar produciendo efectos jurídicos. Por eso, ya que los actos interruptivos de la prescripción no debían surtir efectos, consideraron transcurrido el plazo de extinción de la acción.

Sin embargo, la insubsistencia de la acción por el paso del tiempo podía conducir al dictado de un sobreseimiento sin necesidad de recurrir al instituto de la prescripción. Es decir, rechazar la acusación por constatar una afectación al debido proceso.

En este sentido, en el caso “Kipperband”² la disidencia conformada por los jueces Fayt y Bossert, citando a la Suprema Corte de Estados Unidos (en adelante SCOTUS, por sus siglas en inglés) en el caso “Barker v. Wingo”,³ proponían continuar aquella línea jurisprudencial y declarar la insubsistencia de la acción penal en el caso. Como vimos anteriormente, la disidencia

1. CSJN, “Mozzati” Fallos 300:1102 (1978).

2. CSJN Fallos 322:360.

3. 407 US 514 (1972), en el que se sostuvo que: “cuando el derecho a un juicio rápido ha sido privado, ello lleva al remedio severo de rechazar la acusación [...] Semejante remedio es aún más grave que la regla de exclusión o una orden para realizar un nuevo juicio, pero es el único remedio posible” (conforme traducción libre obrante en CSJN Fallos 322:360 –disidencia de los jueces Fayt y Bossert).

conformada por Petracchi y Boggiano fue la que se constituiría como la posición mayoritaria de la CSJN. Aquellos magistrados también citaron el caso “Barker v. Wingo”, pero recurriendo a otros pasajes y en consiguiente proponían: “poner fin a la presente causa por medio de la declaración de la extinción de la acción penal por prescripción, en la medida en que ella constituye la vía jurídica idónea para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal por el transcurso del tiempo y salvaguardar de este modo el derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (art. 18, Constitución Nacional, y art. 8, inc. 1º, C.A.D.H.)”.

Esta sería la fórmula que finalmente adoptó la CSJN en los casos siguientes, disponiendo la extinción de la acción penal por prescripción cuando se ha afectado la garantía de ser juzgado en un plazo razonable. Así, en el precedente “Oliva Gerli” quedó plasmada la evolución de esta forma: “a partir del caso ‘Mozzati’ (Fallos: 300:1102) esta Corte en su calidad de ‘poder supremo en resguardo de la Constitución’ consideró que debía examinar la posible violación de esta garantía y comenzó a insinuar que el ‘medio conducente’ para salvaguardarla debía ser la declaración de la ‘extinción de la acción penal por prescripción’, conf. casos ‘Casiraghi’ (Fallos 306:1705), ‘Bartra Rojas’ (Fallos: 305:913), ‘YPF’ (Fallos: 306:1688); temperamento luego reafirmado en el caso ‘Amadeo de Roth’ (Fallos: 323:982 –esp. voto de los jueces Petracchi y Boggiano–) y mantenido en la actualidad en el caso I. 159.XLIV in re ‘Ibáñez’ –del 11 de agosto de 2009–, en el que la propia Corte declaró la extinción de la acción penal como vía jurídica idónea para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal”.⁴

Pero: ¿es realmente la prescripción la “vía jurídica idónea” para salvaguardar la garantía de ser juzgado en un plazo razonable?

Si bien a los fines prácticos ambas soluciones (insubsistencia o prescripción) ponen fin a la persecución contra el acusado, lo cierto es que se trata de institutos completamente diferentes, que no deberían ser asimilados. Y ello es así porque la extinción de la acción penal por prescripción no es el único límite posible en el ejercicio de la acción. La regulación del instituto corresponde al legislador y las causales para la interrupción o suspensión varían. De esta forma, en el régimen del Código Penal de la Nación actual, tomando en consideración las causales de interrupción del cómputo,

4. CSJN, Fallos 333:1987 (2010), considerando 9º.

un proceso por un delito con una pena elevada no perpetua (con un plazo máximo de 12 años) podría extenderse casi cincuenta años sin que haya operado el instituto de la prescripción.⁵ Sin embargo, de ninguna forma podría argumentarse que ese plazo resulta razonable. Resulta evidente así que la garantía a ser juzgado en un plazo razonable puede violarse aun cuando la acción penal no se haya extinguido por prescripción. Y sin recurrir a ejemplos extremos como el dado, existen múltiples situaciones donde se advierte que la duración del proceso dejó de ser razonable pese a no haber operado la extinción de la acción por prescripción.

La prescripción es causa de exclusión de la punibilidad del derecho material porque señala el ámbito represivo temporal de restricción de la libertad individual; en cambio, la necesidad de un plazo máximo para la duración del proceso es una garantía procesal que se refiere a las condiciones que hacen que un juicio sea legítimo y que no se vinculan con la punibilidad general y abstracta del hecho. Como consecuencia, el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable está antes que la prescripción de la persecución y por fuera de ella. En efecto, la garantía de ese derecho fundamental juega su papel antes que la prescripción, y debe –necesariamente– conducir a una consecuencia diferente que aquel instituto, como *la insubsistencia de la acción*.

Al respecto se ha destacado que: “La insubsistencia de la acción penal, de creación jurisprudencial, tiene como fin principal brindar racionalidad a los tiempos de duración de un proceso penal en desarrollo, en aquellos supuestos en los que el plazo que ha insumido el mismo, por excesivo, afecta nítidamente los principios más fundamentales del derecho de defensa y el debido proceso. Aun cuando la aplicación de este instituto también tiene como consecuencia principal la culminación del proceso penal, lo cierto es que la violación a la garantía de duración razonable del proceso y, en su caso, la insubsistencia de la acción penal tiene claras diferencias, tanto en sus fundamentos como en sus fines, con la prescripción de la acción penal. Y es justamente en aquellos casos en los que aún no ha transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal en los que puede analizarse la declaración de insubsistencia de la misma, pues de lo contrario, si ésta ya se ha extinguido por el transcurso del tiempo, debiera aplicarse aquel instituto y no este

5. Conforme los arts. 62 y 67.

último [...] Es que la prescripción por el transcurso del tiempo tiene razón de ser en la pérdida progresiva del interés social en la persecución de un delito en función de su gravedad, mientras que la acción penal deviene insubsistente, atendiendo al derecho de quien se encuentra imputado a liberarse de las restricciones que impone la sujeción a un proceso excesivo e innecesariamente largo, contrastadas con el principio de inocencia”.⁶

A su vez, Ángela Ledesma planteaba la posibilidad de aplicar una excepción procesal en razón del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, la que sería viable pese a que los ordenamientos no la instituyan en forma expresa, por encontrarse comprometido el interés del Estado en la realización de un proceso regular y legal de acuerdo al diseño de nuestro bloque de constitucionalidad. Señala así que: “conforme la jerarquía del derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable [...] el Estado ha perdido la posibilidad de perseguir y, como consecuencia de ello, de punir cuando no ha realizado el juicio en tiempo oportuno”.⁷

En este sentido, Pastor señala que: “El hecho de que un proceso haya alcanzado su plazo máximo de duración razonable debe ser tratado, técnicamente, como un impedimento procesal, que es el medio a través del cual se hace efectiva, en un procedimiento concreto, la consecuencia que se deriva de la violación de una regla de derecho limitadora del poder penal del Estado, con el fin de obstruir la continuación de un juicio que se ha tornado ilegítimo. Frente a esta infracción el proceso, no puede seguir adelante y debe ser concluido de un modo anticipado y definitivo [...] Con este alcance, es el régimen procesal de las excepciones o artículos de previo pronunciamiento, el que normalmente brinda el instrumental procesal positivo adecuado para hacer valer el impedimento procesal de la excesiva duración del proceso penal en el caso concreto [...] ante el cumplimiento del plazo razonable de duración del proceso penal, si este derecho fundamental tiene algún sentido,

6. Zurueta, Federico Aníbal, “Insubsistencia de la acción penal por violación a la duración razonable del proceso”, publicado en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, octubre de 2008, N° 10, p. 1709 y ss.; comentario a una resolución de la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba, en una causa por infracción al art. 1° de la Ley 13.944, en la que se dispuso la insubsistencia de la acción.

7. Ledesma, Ángela E., “La excepción de prescripción y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable en el proceso penal”, publicado en *Revista de Derecho Procesal*, editorial Rubinzal-Culzoni, 2003-2, pp. 239-248.

éste no puede ser más que el de impedir el progreso ulterior del procedimiento a partir de ese instante, con lo cual, en los hechos y en derecho, el ejercicio de la acción ya no puede ser continuado”.⁸

Por estas razones, y mientras no existan previsiones legislativas al respecto, para los casos donde se constata una afectación a la duración razonable del proceso, debería abandonarse el instituto de la prescripción y, en cambio, ser declarada la insubsistencia de la acción, con el consecuente sobreseimiento del acusado.⁹ Como sostenían los jueces de la SCOTUS en el caso “Barker v. Wingo”, cuando se constata la lesión del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, la única solución posible es rechazar de pleno la acusación.¹⁰

Sin embargo, recientemente hubo un precedente que puso en jaque esta posición, que entendemos acertada. En concreto, ocurrió que la provincia de Chubut había establecido en su régimen procesal un plazo de 6 meses para la etapa preparatoria y que, transcurrido dicho plazo, o las eventuales prórrogas autorizadas por la norma, se debía dictar el sobreseimiento del acusado por insubsistencia de la acción; precisamente, por encontrarse en juego la garantía a ser juzgado en un plazo razonable. Esto condujo a la intervención de la CSJN al plantearse la inconstitucionalidad de dicha norma, en el precedente “Price”.¹¹

8. Pastor, Daniel R., “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, publicado en *Jueces para la Democracia*, Madrid, N° 49.

9. Por su parte, Daniel Pastor opina que en lugar de la creación pretoriana debería aplicarse por analogía la excepción de prescripción: “la fórmula que mejor conviene a la naturaleza del impedimento tratado, es la aplicación analógica de los preceptos referidos a la prescripción del hecho, en tanto que, aunque no sean lo mismo, algunos aspectos y sobre todo sus efectos, son similares. Con ello, también, se salva la objeción de la falta de regulación expresa de la cuestión como excepción o artículo de previo pronunciamiento, pues nadie debe dudar del acierto de presentar al cumplimiento del plazo razonable como interpretación analógica *in bonam partem* de la excepción de prescripción del delito”. En Pastor, Daniel R., *op. cit.*

10. “cuando el derecho a un juicio rápido ha sido privado, ello lleva al remedio severo de rechazar la acusación [...]Semejante remedio es aún más grave que la regla de exclusión o una orden para realizar un nuevo juicio, pero es el único remedio posible” (conforme traducción libre de 407 US 514 (1972), obrante en CSJN Fallos 322:360 –disidencia de los jueces Fayt y Bossert).

11. CSJN, Fallos 344:1952, sentencia del 12 de agosto de 2021.

Este precedente fue objeto de un amplio tratamiento por parte de la doctrina,¹² por lo cual seré breve en su análisis, prescindiendo de desarrollar en profundidad los hechos del caso y los argumentos de la CSJN, para centrarme en las críticas al estándar fijado por el tribunal (sin perjuicio de recomendar al lector la compulsa de los trabajos citados anteriormente para un estudio exhaustivo del problema).

En síntesis, la mayoría de la CSJN sostuvo que la legislatura provincial se había inmiscuido en una materia delegada (el derecho de fondo –sustantivo–), ya que la regulación de las formas de extinción de la acción penal se encontraba en el Código Penal de la Nación y que aquella norma provincial importaba una drástica reducción de la vigencia temporal de la acción penal regulada en aquel. En su voto minoritario, el Dr. Lorenzetti descartó aquellas nociones, pero sostuvo que la norma fijaba un plazo irrazonable, con lo cual sus consecuencias conducían a la impunidad, restringían la pretensión punitiva estatal y afectaban principios y valores constitucionales y convencionales; lo que también conducía a declarar su inconstitucionalidad.

Las razonables objeciones a este precedente pueden subsumirse en las siguientes críticas:

- a) la regulación de las vías de la extinción de la acción penal no corresponde al derecho sustantivo, sino al procesal, independientemente de “en qué código” la haya ubicado el legislador nacional, ya que la distribución de competencias proviene del diseño constitucional. Como sostiene Binder: “si todo lo que pusieran o sacaran los legisladores federales en el Código Penal se convirtiera automáticamente en legislación común, entonces la cláusula constitucional contiene una delegación

12. Sin ser exhaustivo pueden citarse, AAVV., Lorenzo, Leticia (comp.), *Una mirada federal sobre el plazo razonable*, Editores del Sur, 2021; AAVV., *Una mirada patagónica sobre el plazo razonable. A propósito del fallo “Price” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Editores del Sur, 2021; Aristimuño, Julián, “Fallo ‘Price’ de la CSJN: Desencuentros entre la prescripción y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable”, en Rubinzal-Culzoni, N° 83/2022 y los trabajos publicados en la edición especial de La Ley, N° 219, de noviembre de 2021: a) Ledesma, Ángela E. y Ahumada, Carolina, “El fallo ‘Price’: un alto precio para los procesos de reforma”; b) Maggio, Facundo, “Sobre las garantías sustanciales del procedimiento penal: el fallo ‘Price’ y c) Piqué, María Luisa y Amaro Piccinini, Georgina, “Federalismo, acción penal y plazo razonable a la luz del fallo ‘Price’ de la Corte Suprema”.

totalmente abierta, lo que es impropio de nuestro sistema federal. Los legisladores solo pueden sancionar un Código Penal con un contenido constitucionalmente admisible –no solo en términos de garantías se entiende–, ya que no pueden incluir en ese Código Penal lo que la Constitución no admite que se incluya, porque es de esfera no delegada”.¹³

- b) Es errónea la equiparación entre la garantía a ser juzgado en un plazo razonable y el instituto de la prescripción que realiza la CSJN. Se afirma que no son idénticos, pero que están vinculados y que uno sería el remedio ante la afectación del otro. Esta ciertamente es la respuesta que ha adoptado la CSJN a lo largo de su jurisprudencia –como vimos anteriormente– pero es la única conexión entre ambos. Como afirma el Dr. Lorenzetti en su voto: “no es posible asimilar [...] al instituto de la prescripción con la regulación de la garantía del plazo razonable mediante la cláusula de caducidad de la facultad del Ministerio Público Fiscal de impulsar la acción penal establecida en las normas provinciales cuestionadas. Y ello, sin perjuicio de lo expresado por esta Corte Suprema en diversas oportunidades, en punto a que la prescripción de la acción penal constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas (Fallos: 323:982 y 333:1987, entre muchos otros).

La circunstancia de que exista una estrecha relación entre la garantía del plazo razonable y el instituto de la prescripción no autoriza a derivar de ella la conclusión de que los tiempos previstos para la prescripción puedan ser utilizados sin más como baremo para determinar la ‘duración razonable del proceso penal’. Ello así, por cuanto la citada garantía puede infringirse aun cuando el delito puntual que se investiga no se encuentre prescripto (cfr. Fallos: 323:982 ‘Amadeo de Roth’, y ‘Espíndola, Juan Gabriel’, Fallos: 342:584, entre otros); mientras que, a la inversa, la prescripción puede operar en el marco de un proceso llevado adelante con una celeridad notable. Es preciso concluir, entonces, que se trata de supuestos diferentes, puesto que

13. Binder, Alberto, “Los dilemas de la unificación del proceso penal”, XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Libro de ponencias y relatos generales, noviembre de 2009, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 1063 y ss.; citado por Ledesma, Ángela E. y Ahumada, Carolina, “El fallo ‘Price’: un alto precio para los procesos de reforma”, citado anteriormente.

en un caso lo que está en juego es el tiempo que tiene el titular de la acción para comenzar a ejercer la persecución penal y en el otro, la diligencia con la que se lleva adelante una persecución ya iniciada”.

Sin perjuicio de ello, no debe interpretarse, de lo resuelto por la CSJN, la imposibilidad de regular la insubsistencia de la acción a nivel federal y que dicha regulación proyecte sus consecuencias sobre los procesos provinciales, ya que se debatió la validez del órgano legislativo provincial para regular una materia que se consideraba delegada a la nación (incorporada al Código de fondo). Así, más allá de los referidos desaciertos de la CSJN al interpretar que las regulaciones sobre el ejercicio de la acción incumben al derecho sustantivo y no al procesal, y sobre la imposibilidad de las legislaturas provinciales de regular la insubsistencia de la acción penal por violación al plazo razonable, no debe concluirse la imposibilidad de una regulación semejante si –siguiendo su doctrina– se enmarca en la regulación de la acción del Código Penal de la Nación.

Es decir, en una conducta pragmática y aunque le neguemos el carácter de derecho sustantivo a una regulación procesal por el mero hecho de “en qué código se ubica”, podríamos ser deferentes a la errónea doctrina de la CSJN y aun así alcanzar el noble objetivo de sentar una regulación de la insubsistencia de la acción penal al afectarse esta garantía.

IV.C.ii. Sanción administrativa

Ahora bien, como vimos, el nuevo CPPF establece la posibilidad de aplicar sanciones administrativas a los funcionarios intervinientes cuando se afecte la citada garantía. También el anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece, en su art. 46, como “falta grave” el incumplimiento de los deberes de los jueces establecidos en el artículo 45, y fija un mecanismo de “comunicación anticipada al Superior”, cuando el juez advierta que no podrá dictar sentencia a tiempo en un caso concreto.¹⁴

14. El anteproyecto puede compulsarse en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anteproyecto_codigo_procesal_civil_comercial_nacion.pdf o <http://www.biblioteca digital.gob.ar/items/show/2661>

El proyecto del art. 46 citado reza: “Incumplimiento de los deberes. El incumplimiento reiterado de los deberes antes establecidos será considerado falta grave y se tomará en consideración como elemento de juicio respecto de su idoneidad para el desempeño

De esta forma, se conjugarían dos de los modelos de respuesta: la imposibilidad de que continúe el proceso y la sanción administrativa o disciplinaria de los funcionarios responsables. Restaría evaluar la necesidad –o no– de mecanismos de compensación para la parte afectada.

IV.C.iii. Compensación de la parte afectada

La jurisprudencia alemana se inclina por realizar “compensaciones” en el ámbito de la determinación judicial de la pena, sosteniendo que la excesiva duración del proceso disminuye el reproche de culpabilidad. Parte de la jurisprudencia española adhiere a esta postura, aunque la dominante se inclina por no reconocer efectos judiciales a la violación, remitiendo la cuestión a la gracia o el indulto.¹⁵ Ahora bien, estos mecanismos de com-

de sus funciones. Cuando la sentencia definitiva no pudiere ser pronunciada dentro del plazo establecido, el juez o tribunal deberá hacerlo saber a la Cámara de Apelaciones que corresponda o, en su caso, a la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, con anticipación de DIEZ (10) días al del vencimiento de aquél si se trata de proceso ordinario por audiencias y de CINCO (5) días en los demás casos, expresando las razones de su imposibilidad. Si considerare atendible la causa invocada, el superior señalará el plazo en que la sentencia debe pronunciarse, por el mismo juez o tribunal o por otro del mismo fuero cuando circunstancias excepcionales así lo aconsejaren. Se comunicará al Consejo de la Magistratura de la Nación si el juez no hubiere informado oportunamente la imposibilidad referida o habiéndolo hecho, sin causa justificada, no pronunciare la sentencia dentro del plazo que se le hubiera fijado”.

15. Pastor, Daniel R., “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, publicado en *Jueces para la Democracia*, Madrid, N° 49. El autor afirma que: “De Alemania provino la idea, inspirada en la jurisprudencia del TEDH, de que la violación al plazo razonable, en caso de ser comprobada, fuera compensada ya en el mismo proceso. En efecto, tras algunas vacilaciones iniciales, se asentó la doctrina según la cual la infracción debía ser considerada en la determinación judicial de la pena, pues la excesiva duración del proceso, sufrida por el imputado que resultaba condenado, debe ser tomada como una consecuencia negativa proveniente del Estado y que sufre el imputado a consecuencia del hecho, de modo que disminuye con ello proporcionalmente el reproche de la culpabilidad. Para estos casos se propone, en la medida en que lo permitan los límites de la ley, compensar la violación del plazo razonable con la reducción de la pena, incluso al mínimo, o con la suspensión de su ejecución o hasta con su prescindencia. Sin embargo, la jurisprudencia alemana sigue sosteniendo, aunque sin claridad ni precisión y con menos convicción todavía, que en casos excepcionales la solución debe ser el sobreseimiento del caso [...] Algunos autores y cierta jurisprudencia del TS que los

pensación no resultarían aplicables si consideramos que la afectación de la garantía debe ser un obstáculo para la continuidad del proceso, como se argumentó anteriormente.

Entonces, solo nos quedaría evaluar el ámbito de las compensaciones patrimoniales, es decir, una reparación económica por vía de una acción civil independiente. En principio se trata de la aplicación de las reglas generales del derecho resarcitorio: todo el que provoca un daño está obligado a repararlo; en este caso, el Estado, a través de los órganos de administración de justicia. Sin embargo, nos advierte Pastor que: “A pesar de la gran cantidad de procesos que son realizados por fuera de todo plazo razonable y a pesar incluso de que algunos Estados han resultado condenados internacionalmente por ello, la jurisprudencia de los distintos países apenas si presenta casos de reparaciones civiles de tales daños”.¹⁶

Y ello responde a distintas razones. Se argumenta sobre la dificultad de acreditar la responsabilidad subjetiva de los funcionarios, sobre las dificultades que presenta el “corporativismo judicial” para obtener una sentencia en estos términos, la prejudicialidad de la acción penal si se considera que el funcionario interviniente cometió un delito, los exiguos montos que se atribuyen como reparación y la paradoja de que los procesos civiles también se prolongan innecesariamente, lo que podría conducir a la violación de la garantía en el marco del procedimiento para establecer una indemnización por una violación anterior.

De todas formas, existen demandas tendientes a obtener reparaciones por esta vía, con resultados diversos –en cuanto al éxito de que prospere la demanda¹⁷ y la cuantificación del daño– y generalmente se producen vinculadas

respalda, se inclinan por la solución alemana de reparar la violación en el ámbito de la determinación judicial de la pena por compensación de la culpabilidad. Sin embargo, la mayoría del TS y el TC parecen inclinarse por no reconocer efectos judiciales a la violación y remitir la cuestión a la gracia o el indulto. Como sea, se impone en España la tesis de la determinación abierta de la violación y la compensación como solución de las violaciones comprobadas”.

16. Pastor, Daniel R., *El plazo razonable... op. cit.*, p. 509.

17. Se afirma que la responsabilidad por errores judiciales ha sido “rara vez admitida por la Corte Suprema de Justicia, pudiendo citar solamente casos aislados. Ha dicho el Supremo Tribunal que la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga el derecho de solicitar la indemnización pues, a dicho propósito, sólo cabe considerar como

–principalmente– con la detención cautelar –prisión preventiva– de personas que finalmente fueron absueltas.¹⁸

En ese contexto, la mejor solución estará dada por una clara regulación legislativa. Es decir, un sistema de indemnizaciones que prevea distintos niveles de afectación de la garantía y un sistema de compensación adecuado al daño.

IV.D. Críticas

Pastor esboza una crítica a esta posición mayoritaria de interpretación en la que se ubica la jurisprudencia de nuestra corte, a la que llama “doctrina del no plazo”, porque considera que el plazo razonable no sería una condición de tiempo preestablecido, sino que una vez concluido el proceso el juez debe evaluar si su duración ha sido razonable o no (mediante los parámetros analizados anteriormente) y, en su caso, compensar de alguna forma al justiciable por la afectación a su garantía. Es decir: no es un plazo en sentido procesal sino una pauta interpretativa abierta que da lugar a compensaciones (de índole penal o civil) y/o sanciones administrativas o disciplinarias, siendo justificado el sobreseimiento del afectado en casos de extrema vulneración de la garantía.¹⁹

Frente a esta posición mayoritaria el citado autor sostiene “la necesidad de que la ley procesal penal establezca el plazo (o los plazos) que considere

error judicial a aquél que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de administración de justicia, cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin por el ordenamiento. Su existencia debe ser declarada o ir a un nuevo pronunciamiento judicial recaído en los casos en que resulta posible intentar válidamente la revisión de la sentencia, mediante un nuevo pronunciamiento que determine la naturaleza y gravedad del yerro (ver Fallos 311:1007; 317:1233; 319:2864)”. Ver Correa, José Luis, “Responsabilidad del Estado en las Constituciones Provinciales”, en *Derecho Público Provincial y Municipal –Vol. III–*, Buenos Aires, La Ley, 2007.

18. La CSJN ha intervenido en distintos casos de esta índole, pudiendo señalarse los precedentes de Fallos 332:2159, 334:1302, “Poggio, Oscar Roberto” P. 686. XLV ROR, “Mezzadra, Jorge Oscar” M. 1181. XLIV y “Rizikow” R. 818. XLIV, entre otros.

19. Pastor, Daniel R., “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, publicado en *Jueces para la Democracia*, Madrid, N° 49.

razonable(s) para la duración del proceso”.²⁰ Para ello recurre a distintos argumentos:

- a) El mandato expreso del orden jurídico internacional, según el cual los Estados miembros incumplirían los tratados internacionales suscritos al no haber regulado en su derecho interno cuál sería la duración razonable de los procesos.
- b) El mandato expreso del Estado de derecho, según el cual el ejercicio del poder estatal siempre debe tener un fundamento legal; consecuentemente, el régimen procesal debe fijar el plazo razonable y no los tribunales.
- c) El principio *nulla coactio sine lege*, según el cual no puede existir coerción sin proceso fijado por ley. Entonces, si todas las medidas del procedimiento están abarcadas por este principio, no puede sostenerse que el proceso en su conjunto (y su duración) no lo estén. Consecuentemente, la vigencia efectiva de dicho principio exige que la duración máxima posible de la intervención del Estado en los derechos individuales a través del proceso penal esté predeterminada y regulada por la ley.
- d) El principio de legalidad material: según el cual la ley debe determinar la pena. Si la persecución penal representa una “pena” en sí misma por la sospecha sobre el acusado, desde el comienzo del proceso se lo somete a una “semi-penalización” con distintas consecuencias. Consecuentemente, “la falta de una determinación aproximadamente precisa de la duración del proceso, coloca al enjuiciado en la llamada ‘situación de doble incertidumbre’: no sabe cómo terminará su proceso y tampoco sabe cuándo”.
- e) La división de poderes. Finalmente, afirma el autor que en el sistema constitucional de derecho los actos de los poderes no parlamentarios solo pueden encontrar en la ley su legitimación democrática. Consecuentemente es la ley la que debe reglamentar el plazo razonable de los procesos y no dejarlo a la interpretación de los tribunales.²¹

20. Pastor, Daniel R., *op. cit.*

21. Pastor, Daniel R., *op. cit.*

V. Conclusiones. El estándar hoy y hacia dónde vamos

V.A. *Estándar hoy*

A lo largo del presente trabajo se expuso sucintamente:

- a) La inclinación a la prolongación indebida de los procesos en nuestro país como consecuencia de una larga tradición inquisitiva con todo lo que ello implica para la formación de nuestra cultura procesal, atravesada por una forma de ejercer la autoridad y el poder de forma vertical, secreta y con manejo arbitrario de los tiempos. Sin embargo, a nivel federal nos encontramos atravesando un proceso de transición hacia modelos de tradición anglosajona, centrados en la intermediación y la litigación oral efectiva, lo que implica una profunda transformación social y de la dinámica de la administración de justicia. En ese sentido debe resolverse la forma en la cual será ensamblado ese nuevo paradigma procesal dentro de nuestra cultura (la forma de entender la verdad, la autoridad y el poder), ya que lógicamente generará fricciones, e impactará en la duración de los procesos.
- b) El rango constitucional que ha adquirido dentro del sistema de garantías que llamamos “debido proceso” el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, en procesos de cualquier índole —procesos penales, civiles, laborales, administrativos, etcétera— y la larga tradición jurisprudencial sobre la materia de nuestra CSJN en reconocer la garantía, siguiendo la de los tribunales internacionales de derechos humanos (principalmente la Corte IDH y TEDH).
- c) El concepto que asignamos al “plazo razonable”, entendido no como un plazo preestablecido, sino como un estudio de razonabilidad de la duración que debe producirse en cada caso concreto, sin perjuicio de que la legislación podría establecer “techos” para fijar un límite de duración general a los procesos. De esta forma, se desarrollaron los parámetros para efectuar una evaluación en cada caso sobre la garantía: la complejidad del caso, la actividad de las autoridades estatales, la actividad de las partes, la afectación a la situación jurídica de la parte involucrada y el análisis global del procedimiento.
- d) Las consecuencias que debe traer aparejada la violación, afirmando en primer lugar, que debe constituirse como un obstáculo procesal para

la continuidad del caso, inclinándonos por la declaración de insubsistencia de la acción y dejando el instituto de la prescripción para otro universo de casos. Sin perjuicio de ello, también existen como soluciones que deben conjugarse la sanción administrativa de los funcionarios intervinientes en casos de extrema violación y la compensación de la parte afectada, en un sentido patrimonial y mediante una acción independiente por la vía civil.

- e) Por último, las críticas que efectúa una posición de la doctrina hacia esta corriente de interpretación mayoritaria, principalmente centrada en la necesidad de regulación legislativa de la cuestión, que no debe ser librada a la interpretación judicial.

V.B. Hacia dónde vamos

Es cierto que la imprecisión en la determinación del plazo razonable de duración del proceso conduce a que en la práctica exista una mayor cantidad de casos donde se producen violaciones a la garantía. Sin embargo, entiendo que, por sí sola, la solución que brinda Pastor no resulta adecuada. Y ello es así porque no resulta factible la determinación de uno o varios plazos que resulten adecuados para todos los procesos. Cada uno tiene sus particularidades y complejidades, lo que conduciría a desigualdades si se brindara un tratamiento único. Sí comparto la necesidad de una previsión legislativa objetiva para evitar la prolongación indeterminada de los juicios, la que podría ser provincial –por su carácter procesal, pese a los señalamientos de la CSJN en el precedente “Price”.

La legislación debe fijar el “techo”, la regla general, pero luego en cada caso concreto el juez debe analizar si aquel máximo no resulta irrazonable para ese caso. Es decir, de lo que se trata es de advertir que ese techo procesal para asegurar la garantía podría resultar “irrazonable” para algunos casos y, de esa forma, verse afectada. De esta forma entiendo que no resulta incompatible la tesis que formula Pastor con la interpretación mayoritaria, sino que aquellas deben conjugarse de cierta forma que permita extender el alcance de la garantía. Es decir, la existencia de un plazo máximo legalmente predeterminado se debe combinar con los criterios de evaluación anteriormente analizados para que establecer en cada caso concreto cuál es la duración que resulta razonable.

En este sentido se pronuncia Ibáñez al indicar que: “la imposición de un verdadero plazo al ejercicio legítimo de la coacción estatal que el proceso

implica, sería una solución constitucionalmente irreprochable. Podrá discutirse acerca de la duración de este, según criterios de proporcionalidad a tener, esencialmente, de las exigencias objetivas de una diligente investigación; y también de la naturaleza y gravedad del delito. Asimismo, con fines de ajuste, cabría tomar en consideración la propia responsabilidad del interesado cuando se aprecien indicios de una estrategia orientada ya *ex ante* a hacer aquella imposible, o bien, durante el trámite judicial, a sabotearlo en vez de defenderse en él”.²²

Esto impone una mayor labor y responsabilidad sobre los agentes y funcionarios de una ya colapsada administración de justicia que, a la vez, presenta un endémico rechazo a someterse a ver su actividad encorsetada por los plazos que le fija el ordenamiento procesal. Con ese horizonte, la adopción de los nuevos modelos procesales resulta un buen paso, pero no es una panacea que saneará los históricos problemas que aquejan a la administración de justicia. Para ello resulta paradigmática la problemática suscitada en la provincia de Buenos Aires que nuestra CSJN trató en el caso “Espíndola”. Los procesos se desenvuelven con mayor celeridad y se llega a sentencias en tiempos razonables pero los mecanismos recursivos demoran años y se produce en aquella etapa la violación a la garantía. Aquella experiencia debe ser tomada especialmente en cuenta al aplicar el nuevo proceso acusatorio federal.

En ese contexto tampoco debe dejarse de lado que ya desde la década de 1990 la CSJN advertía: “No son ajenas al conocimiento de esta Corte las ingentes dificultades que agobian a los jueces por el exceso de tareas y ciertas carencias estructurales, las cuales seguramente se agravaron, en el caso, con motivo de las vicisitudes ocasionadas por la modificación del sistema procesal y por los innumerables cambios producidos en las designaciones de los funcionarios intervinientes. Sin embargo, tal situación, aun cuando permitiere explicar las demoras en que se ha incurrido y justificar a los jueces por esa misma demora, no autoriza a hacer caer sobre la cabeza del imputado los inexorables costos de lo sucedido”.²³ Por eso, frente a un cambio del sistema procesal mucho más profundo que el producido en aquella época,

22. Ibáñez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, editorial Trotta, Madrid, 2015, pp. 340-343.

23. CSJN Fallos 322:360.

la escasa asignación de recursos materiales destinados actualmente a la administración de justicia²⁴ y la demanda de los justiciables que crece exponencialmente año a año, se impone la necesidad de producir un debate serio sobre las necesidades de la administración de justicia, lo que la sociedad demanda de ella, las herramientas que les entregan los legisladores, etcétera.

La previsión procesal sobre la posibilidad de aplicar sanciones administrativas a los funcionarios intervinientes en procesos donde se vea afectada la garantía del plazo razonable resulta positiva, al incorporar un nuevo mecanismo para prevenir la producción de la violación y establecer otro marco de consecuencias. Y si bien solamente el paso del tiempo nos permitirá apreciar la efectividad de las sanciones previstas para el incumplimiento de los plazos legales, lo cierto es que aquella no parece ser una solución adecuada (o suficiente) para un problema endémico de la administración de justicia.

La sanción administrativa de los funcionarios públicos que incumplen los plazos que fija la ley resultaría adecuada para los casos de graves incumplimientos, pero excesiva en aquellos casos de mínimo, lo que entiendo que conducirá a una aplicación restrictiva. Por eso, las consecuencias administrativas siempre deberían conjugarse con una consecuencia procesal que impida la continuidad del proceso. Ello podría tender a evitar la mora jurisdiccional con mayor eficacia y, a la vez, evitaría potencialmente la afectación de la garantía constitucional a ser juzgado en un plazo razonable.

Ahora bien, esta consecuencia no debería ser simplemente la extinción de la acción penal por prescripción, sino que debería plantearse la posibilidad de prever de forma legislativa el obstáculo constitucional adecuado frente a esta violación, es decir, la insubsistencia de la acción. Esta insubsistencia debe ser incorporada como mecanismo de excepción procesal para que actúe antes de la culminación e impida que avance más allá, una vez que se vea afectada la garantía.

Sumado a ello, deberían existir mecanismos adecuados de compensación, teniendo en cuenta no solo casos graves de encarcelamiento preventivo, sino también para quien sufre durante años las consecuencias de

24. El 8 de octubre de 2019 el Plenario del Consejo de la Magistratura de la Nación declaró la Emergencia en materia de infraestructura edilicia y en materia tecnológica por un año y para todo el Poder Judicial de la Nación (resolución 217/2019 publicada en el B.O.).

“semi-penalización” de un proceso que el Estado no tuvo interés en llevar a cabo en un tiempo adecuado. Así, debería elaborarse una clara regulación legislativa respecto de una acción civil o administrativa independiente que establezca un sistema de indemnizaciones, previendo distintos niveles de afectación de la garantía y la compensación adecuada al daño, pero también los plazos en los que debe llevarse a cabo su trámite, para no realizar una nueva y paradójica afectación a la garantía.

Aquí se impone la necesidad de una advertencia: el mero cumplimiento de los plazos procesales que puedan prever los ordenamientos no implica que no sea vea afectada la garantía de ser juzgado en un plazo razonable. Elegir transitar el camino de las formas conduce a una banalización de la garantía y su razón de ser. Siempre existe margen para la mejora y sobre ello es que deben trabajar los operadores de la administración de justicia. El objetivo no es “cumplir con los plazos”, sino lograr solucionar los conflictos en el menor tiempo que les sea posible para evitar, hacer cesar y/o reducir las negativas consecuencias sobre cualquier persona y sus derechos en el marco de un proceso judicial de cualquier índole.

Bibliografía

- AA. VV. Pastor, Daniel R. (dirección), *Un juez para la democracia. Debates acerca de jurisdicción y Estado constitucional en la obra “Tercero en discordia” de Perfecto Andrés Ibáñez*, Ad-Hoc.
- AA. VV. Lorenzo, Leticia (comp.), *Una mirada federal sobre el plazo razonable*, Editores del Sur, 2021.
- AA. VV. *Derecho Público Provincial y Municipal –Vol. III–*, Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, 1852.
- Böhmer, Martin F, “Una aproximación retórica a las sentencias exhortativas”, en *Jurisprudencia Argentina*, SJA2012/05/23-17; JA-2012-II.
- Bunge Campos, Luis María; *Poder, pena y verdad en la historia. Estudio sobre la genealogía de las culturas penales*, Didot, primera edición, 2019.
- Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1956, t. II.

- Chiaradia, Juan Manuel, “El proceso penal y los juicios mediáticos”, en *Revista Pensar en Derecho* N° 22, 2023.
- Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, trad. Aurelio Garzón del Camino, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
- Garapon, Antoine, *Juez y Democracia, una reflexión muy actual* (título original *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*), traducción de Manuel Escrivá de Romani, París, Flor del Viento ediciones, 1997.
- Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988.
- Guarnieri, Carlo, *¿Cómo funciona la máquina judicial? El modelo italiano*, traducción de Slokar, Alejandro W. y Frontini, Norberto F., publicado como *Judicialismo* en Colección “Serie Negra”, N° 5, dirigida por Virgolini, Julio E. S. y Slokar, Alejandro W., Buenos Aires, Hammurabi, 2003.
- Ibáñez, Perfecto Andrés, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015.
- Jofré, Tomás, *El nuevo código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires comentado*, Tomo 1, Buenos Aires, Librería Jurídica de Valerio Abeledo, 1915.
- Ledesma, Ángela E., “La excepción de prescripción y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, 2003-2.
- Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, primera edición, 1992.
- Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho – Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Buenos Aires, Ad-Hoc, primera edición, 2002.
- “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en *Jueces para la Democracia*, Madrid, N° 49.
- Zurueta, Federico Aníbal, “Insubsistencia de la acción penal por violación a la duración razonable del proceso”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, octubre de 2008, N° 10.

¿Positivismo o pospositivismo?*

Conversatorio entre Manuel Atienza y Antonio García Amado

El 27 de septiembre de 2023, en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuvo lugar el conversatorio entre los profesores Manuel Atienza¹ (catedrático de la Universidad de Alicante, España) y Juan Antonio García Amado² (catedrático de la Universidad de León, España),³ denominado “¿Positivismo o pospositivismo?”. La presentación estuvo a cargo del decano Leandro Vergara y el encuentro fue moderado por el profesor Juan Pablo Alonso.

MANUEL ATIENZA— Buenas tardes. Me da mucho gusto participar aquí en este debate, si bien tengo la impresión de jugar en la cancha del equipo contrario. Sin duda, la Facultad de Derecho de la UBA viene a ser algo así como el templo del positivismo jurídico por antonomasia, y mi papel en este debate consiste en criticar esa concepción del derecho. De manera que, puesto que me toca jugar fuera, espero que sean comprensivos conmigo; digamos, para compensar esa desventaja inicial.

* Edición al cuidado de Leandro Abel Martínez. Transcripción y corrección a cargo de Clarisa Vittoni.

1. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires; manuel.atienza@ua.es.

2. Juan Antonio García Amado, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León, Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires; jagara@unileon.es.

3. Al día siguiente, Juan Antonio García Amado fue distinguido como Doctor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires. El elogio académico estuvo a cargo Leandro Vergara y el profesor Andrés Rosler. Por su parte, el homenajeado dictó su conferencia magistral de investidura titulada “El Derecho no es lo que se enseña. Propuestas para reconstruir la enseñanza y la investigación jurídica”.

Había preparado diez puntitos, muy cortos, pero no sé si me va a dar tiempo a enunciarlos en estos diez primeros minutos que me corresponden en este debate entre el positivismo y el pospositivismo, con mi buen amigo Juan Antonio García Amado. Voy a intentarlo.

1) Empiezo por señalar un acuerdo que, me parece, existe entre todos nosotros, en el sentido de que vivimos en un momento jurídico distinto en relación con lo que fue el derecho de hace algunas décadas. Quiero decir que hoy vivimos en el contexto de lo que suele llamarse el “constitucionalismo jurídico”. Para los positivistas, esa diferencia consistiría simplemente o fundamentalmente en que la pirámide normativa tiene ahora un piso más, pero se trataría de una diferencia, por así decirlo, simplemente formal. Mientras que los pospositivistas defienden que el cambio es también sustantivo, o sea, que el constitucionalismo de nuestros días requiere también tomar en consideración elementos materiales y valorativos.

2) Mi segunda tesis sería esta. La crítica que dirigir al positivismo jurídico es, fundamentalmente, una crítica histórica. Para explicarla tengo que hacer referencia a la obra de un filósofo del derecho español poco conocido, Felipe González Vicén, pero que, en mi opinión, es el autor de los trabajos más esclarecedores que se han escrito (en las décadas centrales del siglo pasado) sobre el positivismo jurídico. El positivismo jurídico, para él, es un *hecho histórico*, ligado a los grandes cambios en el derecho (del mundo occidental) que se producen hacia finales del XVIII y comienzos del XIX. Como tal hecho histórico, esa concepción del derecho fue funcional (sirvió como teoría para explicar los sistemas jurídicos) a lo largo de todo el siglo XIX y hasta las décadas finales del XX (cuando irrumpe el fenómeno del constitucionalismo al que antes me refería). González Vicén (que fue un defensor del positivismo jurídico) citaba una frase de Ernst Bloch que venía a decir que la escuela histórica del derecho (una de las primeras direcciones de positivismo jurídico) había “crucificado al derecho natural en la cruz de la historia”. Y a mí me gusta, inspirándome en esa idea, afirmar que, de manera semejante, el constitucionalismo contemporáneo ha “crucificado al positivismo jurídico en la cruz de la Constitución”. Por eso digo que mi crítica al positivismo jurídico es histórica. Si yo no soy positivista jurídico es porque me parece que el fenómeno jurídico del que hoy nos toca ocuparnos a los teóricos del derecho es muy distinto a lo que fue más o menos en los dos últimos siglos.

3) “Pospositivismo jurídico” es, ciertamente, una expresión ambigua. Por un lado, hace referencia a algo (una concepción del derecho) que viene detrás de (presupone) la iuspositivista, como efectivamente ha ocurrido. Pero, por otro lado (o, al mismo tiempo) implica también una *superación* del positivismo jurídico, entendiendo lo de “superación” aproximadamente en el sentido de la dialéctica hegeliana o marxista. Al tratarse de una superación, no cabe pensar que lo producido por los autores iuspositivistas carezca de todo valor y tengamos, sin más, que prescindir de ello, que echarlo a la basura. No. Lo que quiere decir es que se necesita ir *más allá del positivismo jurídico*, que es el título que pusimos Juan Ruiz Manero y yo a un artículo que escribimos hace tiempo sobre el asunto.

4) Lo que caracteriza al pospositivismo jurídico es ser una concepción dualista del derecho. Quiere decirse con ello que el derecho es, naturalmente, un sistema de normas (de carácter coactivo, dinámico e institucionalizado: no entro en detalles), pero también y sobre todo una práctica social orientada al logro de ciertos fines y valores (en nuestros días: los del constitucionalismo).

5) El pospositivismo no es, por lo tanto, ni *iusnaturalismo* ni lo que se suele llamar *neoconstitucionalismo*. No entro en detalles, quizás luego podamos discutirlo con más detalle. Pero me gustaría aclarar desde el principio que, en mi opinión, el llamado neoconstitucionalismo no es una concepción del derecho a la que pueda darse mucho crédito y, desde luego, nada, o muy poco, tiene que ver con el pospositivismo.

6) Las tres concepciones del derecho de mayor influencia en los últimos tiempos, simplificando un poco las cosas, serían el iusnaturalismo, el positivismo analítico y la teoría crítica del derecho. Cada una de ellas ha aportado algo importante. A los positivistas les debemos, sobre todo, el método analítico. Un método que fue extraordinariamente fructífero durante mucho tiempo, pero que lamentablemente derivó con mucha frecuencia (aunque con algunas excepciones) en puro escolasticismo. Hablando en términos generales, lo que uno encuentra en los trabajos de los positivistas jurídicos de los últimos tiempos son cuestiones muy poco interesantes. Por lo que se refiere a los iusnaturalistas, me parece que lo más valioso que se encuentra en esa tradición es el objetivismo moral. Aunque lamentablemente en muchas ocasiones el objetivismo lo identificaron esos autores con el absolutismo moral, y no es lo mismo. El objetivismo valorativo (un objetivismo mínimo) es necesario para poder dar cuenta de algunos aspectos fundamentales de

la práctica jurídica, como la obligación de justificar las decisiones. Y finalmente, a propósito de las teorías críticas del derecho, lo que habría que decir es que resulta valiosa –imprescindible– la idea de la transformación social. Pero el problema es que ese propósito de transformación social, a través del derecho, resulta frustrado si se parte de una concepción muy escéptica del derecho y que, por así decirlo, no asume un punto de vista mínimamente interno, el punto de vista del aceptante.

7) El pospositivismo sería entonces una concepción del derecho distinta de las tres anteriores (y del neoconstitucionalismo). Definida extensivamente, yo diría que incluye a autores como Dworkin, Alexy, el último MacCormick y Nino. Yo me considero pospositivista y mi posición está muy cerca de la de Nino.

8) El pospositivismo es una concepción todavía poco desarrollada, y no solo eso, sino también necesitada de ciertas correcciones. Tomando como referencia a los anteriores autores, yo encuentro los siguientes déficits: se pone demasiado énfasis en la aproximación entre el derecho y la moral; en particular, la llamada “tesis del caso especial” me parece equivocada; luego probablemente nos referiremos a ello. Falta una concepción más conflictualista del derecho y que tenga más en cuenta a las ciencias sociales (no solo a la filosofía moral y política). Hay un excesivo énfasis en los derechos de inspiración liberal (basados en el individualismo) y eso lleva a postergar en cierto modo los derechos sociales. Por lo demás, yo agregaría algunas dosis de pragmatismo filosófico y también algo de lo que cabría llamar realismo hobbesiano.

9) Una de las ideas centrales del pospositivismo, como antes señalaba, es de carácter ontológico. El derecho es algo más que un conjunto de normas. Es más bien, como escribió Nino, una gran actividad colectiva que transcurre en el tiempo; o, para emplear otra metáfora, en este caso de un autor iuspositivista, Mario Jori, no es algo así como un gran animal que habría que describir y que explicar, sino que se parece más bien a una actividad colectiva como la de cantar en coro.

10) El iuspositivismo argentino, en particular el bonaerense (como se ve, a diferencia de otros iuspositivismos, aunque el caso de Jori me parece que es más bien excepcional), se caracteriza por su fuerte normativismo. Y este quizás pudiera ser uno de los centros de nuestro debate. A la hora de plantear las relaciones entre el derecho y la moral o cómo entender la interpretación, hay una gran diferencia según se parta de considerar que el derecho es

simplemente un sistema de normas o, por el contrario, se asuma la idea de que se trata ante todo de una práctica social vinculada a fines y valores.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO— Muy buenas tardes. Me siento de verdad muy feliz de estar aquí, de volver a debatir con Manuel Atienza, con mi amigo Manolo, y no, no exagero ni es captación de la benevolencia del público si digo que mucho de lo que he pensado, de lo que he aprendido y de lo que he reforzado mi vocación filosófica en los últimos años ha sido gracias a los debates con Manuel Atienza, con Manolo. Nosotros a veces nos hemos dicho: “Somos el dúo Pimpinela”. Pero para mí ha sido enormemente enriquecedor y, además, a veces juntos hemos presumido, y aunque sea presunción también es legítimo de decir, que el ejemplo del debate amistoso, de ponerle pasión a la contradicción sin que con eso se deteriore la relación personal me parece que es un buen ejemplo y nos ha salido así. Somos una especie de matrimonio académico felizmente mal avenido, y eso es reconfortante.

No sé quién juega en casa, habría que hacer una estadística, una encuesta para saber si en Argentina en este momento, no solo la Universidad de Buenos Aires –que es el centro del mundo, pero luego alrededor hay más cosas–, no sé si en la Universidad de Buenos Aires predomina el iuspositivismo, pero dudo mucho que en la práctica jurídica y judicial argentina domine el iuspositivismo. Me atrevo a decir que aquí han llegado hace rato al pospositivismo y te están rebasando incluso a ti, Manuel.

Pero vamos a ir la última cosa introductoria. Hay un problema terminológico. Yo voy a hacerle, sin sacrificio ninguno, el homenaje a Manuel de decir aquí *pospositivismo*, porque es su tema, es su doctrina, aunque en realidad no puedo evitar estar pensando en planteamientos más amplios, en parecidos de familia dentro de corrientes variadas que yo conjuntamente denomino *iusmoralismo*.

Sé, Manolo, que tú coincides en casi todo lo teórico con Rodolfo Vigo y que no tienes casi ningún acuerdo práctico con él; y yo no sé si Rodolfo Vigo para ti sería un pospositivista con el que comulgas –en sentido figurado– o si sería un iusnaturalista del que discrepas. Yo estoy en desacuerdo con los dos y, por eso, en la distancia que tomamos los iuspositivistas, os puedo meter en el mismo grupo de amigos teóricos.

Tengo seis razones, no llevo a diez, para para criticar a este iusmoralismo o a este pospositivismo que Manuel Atienza representa como pocos,

y con enorme maestría. Tengo razones de teoría del derecho, razones políticas, razones morales, razones prácticas que tienen que ver con la defensa de nuestros derechos y razones epistémicas.

Razones de teoría del derecho. Este iusmoralismo o pospositivismo creo que lleva a cabo una triple disolución perjudicial, perniciosa o problemática, si lo decimos más suave. Se disuelve el concepto de derechos, se disuelve la Constitución misma y se disuelve el método jurídico o la técnica jurídica.

Se disuelve el concepto de derecho. Esto no es una novedad, desde el momento en que se cuestiona la separación conceptual entre derecho y moral. Hay como una división en tres partes de lo jurídico: lo jurídico empieza en lo axiológico para estas posturas. En el origen de todo están los valores. Tal como lo formula Robert Alexy, que es el gran autor inspirador en gran parte de toda la corriente hoy dominante, los valores se expresan deónticamente como principios. Y los principios dan aliento y razón de ser a las reglas, de tal modo que la regla que no cuadra con los principios verdaderos no es ni aplicable ni propiamente válida, no satisface la pretensión de corrección. Y los principios son los que tienen que ser porque derivan de los valores. De ahí que afirme Robert Alexy que, por definición, no hay principios injustos y que entre principios no hay antinomias. Esta visión del derecho, donde se hace depender el derecho de la moral —que, evidentemente, tiene que ser la moral objetivamente correcta; la base, lo ha dicho Manolo, es el objetivismo moral—, disuelve el derecho en la moral o relativiza extremadamente el derecho positivo, incluida la Constitución positiva.

Con esto llegamos a la segunda disolución, que es la disolución de la Constitución. La verdadera Constitución es la moral verdadera y esto se manifiesta en dos tesis claras: hay normas de la Constitución positiva que no se estima que sean auténticas normas constitucionales (la cuestión es cuáles tacha cada uno) y hay normas que no están positivadas; hay principios que no son positivos y que, no obstante, son por definición Constitución, por cuanto que son plasmación deóntica de los contenidos necesarios o los valores morales en su contenido correcto.

Así que ya tenemos dos fronteras que se evaporan: la frontera entre el derecho y la moral, y la frontera entre la Constitución que es y la que debe ser, porque la Constitución que propiamente es y que vincula a los tribunales y que el órgano de control constitucional tiene que aplicar no es una Constitución positiva, sino que es la Constitución verdadera, compuesta por los principios auténticos.

Y esto da pie a una disolución del método jurídico: ya no se trata de identificar las normas que son derecho y de interpretarlas, y de ver, con un ejercicio de discrecionalidad, cuál es la manera más razonable de aplicarlas, dentro de los límites que sus términos ponga, sino que se trata permanentemente de solucionar dilemas morales. Y esta es la tesis del caso especial de Alexy sobre la que Manuel dice que no es correcta porque a los abogados no se aplica, porque los abogados lo son de parte, no de parte de la razón, sino de parte del cliente.

Así pues, se establece que todo caso jurídico es susceptible de ser expresamente planteado como un dilema moral, donde lo que se discute es si vence o sale derrotada la regla que venga al caso –respecto de la que se pondera su principio subyacente y el de deferencia con el legislador legítimo– o si vence un principio *contra legem*, de forma que la decisión jurídica correcta es la decisión *contra legem* o contraria al derecho positivo.

Esas son mis razones teóricas de discrepancia. Por razones políticas también discrepo, pues creo que estas teorías ocluyen algo que es fundamental para el derecho moderno y el constitucionalismo moderno, como es la idea de legitimidad.

Estamos planteando mal nuestras discusiones. Los positivistas hablamos de la juridicidad o validez, los iusmoralistas hablan de la justicia y nos estamos olvidando de la legitimidad, de la legitimidad democrática y de la democracia deliberativa que se supone que en nuestros sistemas constitucionales legitiman las normas y fundan la obligación política. Y si olvidamos eso estamos cercenando una parte fundamental de la Constitución. Y estamos reemplazando, de hecho y con fundamento teórico, la soberanía popular por la voluntad soberana de los jueces, debidamente aleccionados desde las universidades, en apariencia, y desde los partidos, en realidad.

Tengo también discrepancias morales, porque nuestros Estados no son confesionalmente religiosos, pero tampoco son confesionales en la moral. No hay una moral oficial, no hay una moral verdadera del Estado constitucional de derecho, porque, si la hubiera, perderían sentido valores constitucionales, como el pluralismo, y perderían sentido todos los derechos de libertad, el derecho de pensar y obrar según a cada uno le dicte su conciencia y en la idea de que todos los planteamientos morales de cada cual tienen el mismo valor y la misma cabida en la Constitución. Por tanto, cuando en nombre de algunas de las concepciones morales presentes en la sociedad un tribunal impone frente a la ley, frente al derecho de todos, una determinada

concepción de la vida, de la sociedad justa, estamos ante un acto de imposición que es inconstitucional por definición. Nadie, y menos que nadie los jueces, tiene derecho a imponer una moral que inevitablemente va a ser la suya, frente a la moral que se delibera entre todos, supuestamente, según quieren nuestras Constituciones.

Y, sobre todo, tenemos un problema que es moral, que es político y que es jurídico, el de cómo dirimimos las controversias entre objetivistas morales. A mí, ya que estamos aquí, y entre amigos, lo que mayores enigmas me plantea es cómo resolvemos desde el objetivismo moral, que es común a ambos, las discrepancias absolutas en cuestiones éticas materiales o sustantivas entre Manuel Atienza y Rodolfo Vigo. Están de acuerdo en toda la teoría, pero no coinciden en el dictamen sobre un solo elemento práctico. Yo creo que para evitar la guerra civil entre objetivistas morales necesitamos un derecho que sea común en ellos y que, por lo tanto, trascienda la preferencia de cada uno. Da igual lo que piense del aborto Vigo, o lo que piensa aquí Atienza de la materia subrogada. Lo que importa es lo que entre todos, en ejercicio de nuestros derechos políticos y de libertad, hemos colocado en la ley, y así ponemos paz ante las discrepancias entre objetivistas o entre objetivistas y relativistas.

Me plantea enormes problemas, penúltimo tema, la cuestión del contenido esencial de los derechos fundamentales. Abrirse a la ponderación es estar dispuestos a sacrificar hasta en su más esencial contenido cualquier derecho fundamental que tengamos. Si ponderamos mi derecho a no ser torturado contra la vida de cinco muchachos inocentes a los que yo secuestre y que pueden morir si yo no confieso, es evidente que la vida de cinco inocentes va a pesar más, en un razonamiento moral, de lo que pesa mi derecho a no ser torturado y todo lo que eso implica. Y eso significa que no se puede ponderar contra los derechos. Pero si no se puede ponderar contra los derechos hay que dejar de plantear casos así, como de conflictos entre derechos, y hay que plantearlos al modo tradicional, como casos de calificación de conductas desde normas. Los positivistas, paradójicamente, somos kantianos, mientras que los ponderadores son utilitaristas y para ellos el criterio es que gane lo que más ventajas reporte.

Y, por último, tengo problemas epistemológicos, que resumo así, sin poder ahora concretarlos más. Ante la postura de “Bueno, asumamos todo y admitamos que la moral verdadera o la moral objetivamente correcta, aunque sea desde un objetivismo mínimo, tiene que prevalecer sobre el texto y

la intención presente en la norma positiva (incluida la norma constitucional)”, tenemos que poner sobre la mesa las cuestiones ontológicas y epistemológicas: los valores que vamos a expresar, que vamos a ordeñar, dónde viven y, dos, cómo los conoce el juez. ¿Cómo conozco yo, juez, el contenido de lo moralmente correcto, como base de lo jurídicamente correcto?

La solución es un constructivismo que se resume así: lo correcto objetivamente es aquello en lo que todos estaríamos de acuerdo si fuéramos perfectamente imparciales. Entonces, le pedimos a ese juez o a esa magistrada constitucional que razone de esta manera: primero plantéate cuál es su propia opinión. Luego salga de sí mismo y pregúntese qué opinaría una comunidad ideal de dialogantes o una comunidad ideal de habla, en sentido habermasiano, o la Comunidad de Los Ángeles, y después vuelva y compare eso que todos los sujetos racionales opinarían con lo que opina usted. ¿Y saben ustedes qué sale? Que o es usted esquizofrénico o tenía razón, porque le dio la razón la comunidad hipotética a la que consultó. Así pues, el constructivismo –que, como dice Habermas, legitima la democracia como medio dialógico de construcción del contenido de la ley– aplicado al juez es un callejón sin salida, porque empodera al juez, lo hace sentirse muy feliz imponiendo su voluntad, en la creencia de que lo respaldan todos los Hércules del mundo, que en realidad son fantasmagorías que construye él mismo para darse gusto a sí mismo en un perfecto ejercicio de narcisismo.

MANUEL ATIENZA— Una de las trampas que nos ha tendido Juan Antonio es su empeño por poner en el primer plano lo que él llama iusmoralismo. Pero en el positivismo no hay nada de iusmoralismo, Juan Antonio. Sostener que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral no le convierte a uno en iusmoralista. Vuelvo de nuevo a Nino. Su tesis fundamental era la necesidad de conectar el derecho con la moral y con la política, con el poder. Pero eso no quiere decir que fuera un iusmoralista, sino que, sencillamente, pensaba que la moral es un tipo de práctica que tiene algunas coincidencias con la práctica jurídica. Son distintas, pero algunos de sus fines son compartidos y eso nos ayuda a entender cómo es el derecho y cómo funciona en la práctica.

Tú has dicho que seguramente los abogados, los jueces, en Buenos Aires, o en Argentina, no son positivistas. Yo también creo que no lo son, porque no pueden serlo, porque el positivismo jurídico se ha quedado como una concepción, diríamos, de salón, y que no puede dar cuenta de lo que es

la práctica jurídica; por eso yo decía que es una concepción, más que equivocada, pobre del derecho. En una parte tiene razón; naturalmente que el derecho tiene que ver con normas y con normas que se aplican con el refuerzo de la coacción y todo lo demás. Pero no es solamente eso. Ahora estaba leyendo un texto de Mario Jori que decía que su maestro Uberto Scarpelli –que ha sido uno de los más importantes iuspositivistas en Italia– al final de su vida había declarado: “Yo soy un positivista más bien arrepentido”. ¿Qué quería decir con eso? Que se daba cuenta de que el positivismo era una concepción del derecho que había perdido vigencia. Recuerdo una entrevista que le hice hace tiempo a Pachi Guibourg (y otra que este último le hizo a Vernengo) donde aparecía también esa idea. Lo que venían a decir ambos era esto: “nuestra concepción positivista del derecho, y los problemas teóricos que nos interesan, no es lo que uno ve, por ejemplo, en la mayoría de los participantes en los congresos de la IVR (la Asociación internacional de filosofía jurídica y social)”. Creo que se puede decir sin exageración que Génova y Buenos Aires son dos lugares extraños desde el punto de vista iusfilosófico, porque están llenos de positivistas jurídicos. E insisto en cuál es mi objeción, mi razón fundamental para no ser positivista jurídico: que de esa manera no se puede dar cuenta del derecho, de cómo son hoy los derechos.

Vayamos al problema de las relaciones entre el derecho y la moral. Los positivistas se empeñan en plantear el problema en estos términos: “Puede haber derecho injusto”. Pues naturalmente que puede haberlo, esto es algo que casi nadie ha negado; empezando, por cierto, por Tomás de Aquino. Pero esa no es la cuestión: claro que puede haber –que hay– normas jurídicas que son injustas. Tú has supuesto que un pospositivista aceptaría que todo lo que aparece en la Constitución es justo, correcto. Pero naturalmente que no es así. En la Constitución española, por ejemplo, el tratamiento que se hace de la religión es manifiestamente injusto. Simplificando: hay un trato de privilegio, en primer lugar, en favor de la religión católica, y luego, de cualquier religión en relación con los no creyentes, con los ateos. Eso es lo que establece la Constitución, de manera que si, por ejemplo, yo fuera en algún momento magistrado del Tribunal Constitucional, no podría desconocer ese dato. De la misma manera que, por lo que tengo entendido, la Constitución argentina hace expresa referencia a Dios, y eso es algo que ningún jurista puede desconocer: el texto de la Constitución no se puede inventar, está ahí. O, en fin, yo creo que cualquier persona razonable pensará que el artículo de la Constitución de los Estados Unidos que establece el

derecho a portar armas carece de justificación pero, sin embargo, a ningún jurista o magistrado de la Corte Suprema de ese país se le ocurre decir que no existe ese derecho, que se puede prescindir tranquilamente de lo que dice tal artículo.

De manera que yo creo que ninguno de los autores que has mencionado como pospositivistas (Dworkin, Alexy, etc.) dice lo que tú dices que ellos dicen. O sea, que estás haciendo una caricatura. Lo que afirman es otra cosa: que en algunos aspectos muy relevantes de la práctica jurídica no se puede prescindir de la moral, de la teoría moral. Y yo creo que esa es una de las consecuencias peores que ha tenido el positivismo como cultura jurídica: que ha desarmado a los jueces, porque ha contribuido a que estos no tengan una formación en teoría moral cuando la necesitarían. Si resulta que en todas nuestras Constituciones y en todas las declaraciones de derechos en el ámbito internacional la dignidad humana es la pieza central, puesto que cualquier norma que atente contra la dignidad humana no podría considerarse como derecho válido, pues no veo de qué manera se puede prescindir aquí de un razonamiento moral. Si hay un concepto moral en esta vida debe ser el de dignidad humana; y que alguien me diga cómo, a la hora de resolver algún problema que tenga que ver con los derechos, se puede prescindir de un análisis, de una argumentación, de tipo moral. Ahora bien, que haya en la motivación de un juez un elemento de tipo moral no quiere decir que la argumentación jurídica (judicial) sea sin más un caso de la argumentación moral. No. Lo que se está diciendo es que contiene un ingrediente –un fragmento– de tipo moral. Pero esto es algo muy distinto a como tú lo has planteado.

La ponderación. La discusión en torno a la ponderación se convierte a veces en motivo de burlas. Como a ti te gusta decir: “No hay un ponderómetro”. Y naturalmente que no lo hay. Pero en ocasiones hay que ponderar. ¿Y por qué? Porque las reglas, las pautas específicas de comportamiento que forman parte de nuestros derechos, no permiten siempre, por sí mismas, resolver un caso, y entonces hay que acudir a los principios y que ponderar. Y esto no es algo que se le haya ocurrido a Alexy. Siempre se ha ponderado. El símbolo de la balanza que está desde siempre para representar la idea de la justicia y del derecho lo muestra claramente. Pero, sin duda, una cosa es decir que *a veces* un jurista o un juez tiene que ponderar y otra cosa es que *tenga siempre que dedicarse a ponderar*, que cuanta más ponderación haya, tanto mejor. No. La ponderación, por otro lado, no hay por qué

verla como una actividad arbitraria, puesto que hay criterios sobre cómo, y cuándo, se debe ponderar. ¿Se puede ponderar mal? Por supuesto que se puede ponderar mal. Tu crítica a la ponderación se basa muchas veces en partir de casos en los que un juez ha ponderado mal. Y naturalmente que esto es algo que puede ocurrir y que ocurre. De la misma manera, por cierto, que también se pueden cometer errores lógicos, o sea, argumentar mal por usar mal las reglas de la lógica. Pero ese, claro, no es un argumento para ir en contra de la lógica. La teoría de la ponderación de Alexy, en mi opinión, es una teoría que no dice nada muy extraordinario, nada del otro mundo, de manera que se podría acudir aquí a una expresión argentina: “ichocolate por la noticia!”. Lo que viene a decir Alexy es una cosa más bien obvia, pero tiene razón en lo que dice: el esquema de la ponderación vendría a ser algo parecido a un esquema deductivo, al silogismo judicial, o sea, un esquema formal que hay que rellenar. Nada más. Lo que pasa es que algunos han interpretado muy mal a Alexy; a lo que quizás él haya dado pie. Me refiero a la famosa fórmula del peso y, en particular, a su empeño por darle una forma matemática, aritmética. Algo, en mi opinión, completamente innecesario y que constituye probablemente una falacia: la de la falsa precisión. Pero la ponderación es uno de los procedimientos que han utilizado siempre los juristas y que hay que saber utilizar de manera prudente, o sea, hay que saber reconocer cuáles son los criterios de la buena y de la mala ponderación. Porque si prescindiéramos de la ponderación, ¿cómo haríamos para resolver esos casos en los que hay que recurrir a principios? ¿Nos resignamos a la pura arbitrariedad, como sostendría alguien como Eugenio Bulygin? Yo creo que no. Por supuesto que no hay aquí criterios precisos, pero es que no puede haberlos. Pero criticar una concepción del derecho por eso, porque no puede aportar criterios completamente precisos cuando hay que ponderar, me parece que no tiene sentido. El derecho forma parte de la racionalidad práctica, no es una parcela de la lógica o de la matemática y de ahí que en este campo se aplique lo que decía Aristóteles: de la misma manera que sería absurdo exigirle al matemático que recurra en sus demostraciones a la retórica, también lo sería pedirle al jurista que argumentara como si se tratara de efectuar un cálculo o una demostración matemática.

Bueno, habría muchas más cosas que decir. Pero lo dejo para intervenciones posteriores.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —El tema de las etiquetas supongo que no tiene entidad suficiente como para que gastemos mucho tiempo. Yo creo que *iusmoralismo* es una expresión no despectiva, de ninguna manera, y es perfectamente simétrica. Naturalmente, si los positivistas de cualquier signo u orden nos vamos a conformar con el “pos”, es como si dijéramos la última es mi “posesposa”, estaríamos haciendo una especie de jerarquía entre las parejas. El pospositivismo como superación del positivismo llena de íntimo orgullo al pospositivista, pero como etiqueta es tendenciosa. Yo también diría que son pospositivistas y posiusnaturalistas, ¿no? A unos los superan destruyéndolos y a otros los superan asimilándolos, pero esto es un juego que tampoco va a ninguna parte.

El positivismo, ha dicho Manuel, no puede dar cuenta de la práctica jurídica. Bueno, habría que identificar mejor qué es la práctica. Lo que a mí me parece que no da cuenta de la práctica jurídica es el *iusmoralismo*, de corte dworkiniano; es decir, la negación plena o tendencialmente intensa de la discrecionalidad judicial, del margen inevitable de valoración que tiene el juez cuando valora las pruebas, elige interpretaciones, normas, etcétera. Tomar en cuenta la discrecionalidad judicial sí es dar buena cuenta de la práctica jurídica. Esa es una tesis de todo el positivismo jurídico del siglo XX, la afirmación de la discrecionalidad judicial como elemento inevitablemente presente en la labor del juez. Pero lo que el *iusmoralismo* actual hace es asumir, en la senda de Dworkin, la tesis de la única respuesta correcta en derecho; o casi, porque también se acogen a Alexy, que dice que a veces en la ponderación sale empate y entonces decide discrecionalmente el juez. Sinceramente creo que el pospositivismo tiene poca capacidad para dar cuenta de la práctica jurídica auténtica y, por eso, creo que un juez pospositivista seguramente será una gran persona, con una buena formación filosófica, pero seguirá fallando en la misma oscuridad y en la misma indeterminación metodológica.

Manuel Atienza acaba de decir que cómo es eso que yo afirmo sobre que para estas corrientes antipositivistas de hoy hay partes de la Constitución que no son constitucionales y hay partes no constitucionales que sí son parte de la Constitución; y ha dicho que lo que está en la Constitución es Constitución y nadie puede negarlo. Bueno, querido Manuel, aquí ya vamos al barro: como dije recientemente, lo negaste tú respecto del artículo 55 de la Constitución española, que dice que el derecho del artículo 19 de nuestra Constitución, que habla de la libertad de circulación, la libertad de

movimientos dentro del territorio nacional, se puede suspender mediante declaración de estado de excepción. Cualquier interpretación bastante obvia da pie a pensar que eso significa que no se puede suspender mediante declaración de estado de alarma. El tribunal constitucional español, a toro pasado, declaró inconstitucional el decreto que establecía el estado de alarma suspendiendo la libertad de movimientos de los ciudadanos y Manuel montó en cólera doctrinal diciendo “Es que no han sabido ponderar”, porque ante la gravedad de la pandemia cómo no iban a prohibir a la gente salir de casa. No, el problema no es si prohibir a la gente salir de la casa o no. El problema es que había un medio, la declaración de estado de excepción, que, consiguiendo la misma inmovilización de los ciudadanos, daba mayores garantías de control parlamentario de esa limitación de los derechos.

Con lo cual, fíjate, Manuel, puestos a ponderar bien, resulta que hay una opción que el Gobierno tomó y no pasa el test de necesidad, que dice que si el mismo grado de afectación positiva del derecho beneficiado se consigue con un sacrificio menor de otros derechos o principios, la medida que se adoptó no es la más económica constitucionalmente y es, por tanto, inconstitucional. Entonces, o lo que dice la Constitución vale con carácter general o lo que dice la Constitución no vale, pero no puede ser que valga, como todo para el pospositivismo, nada más que *prima facie* o en principio, o a falta de que aparezca un principio expreso o implícito que lo derrote. Porque, en realidad, de lo que estamos hablando no es de si en la práctica del derecho hay que ponderar o no, porque si ponderar es sinónimo de valorar, los que llevan 125 años diciendo que la práctica judicial es eminentemente valorativa y no puede serlo de otra manera son los iuspositivistas, frente a todos los que dicen que en lo que el derecho positivo sea incierto auxilia la moral, para dotar de certidumbre y completud a lo que a lo mejor también es incompleto. Leamos al respecto a Dworkin, en la medida en que Dworkin pueda ser leído y se entienda algo de lo que dice.

En consecuencia, sobre lo que estamos discutiendo es la posibilidad, frecuencia y justificación que pueda tener la decisión *contra legem*. Estamos hablando de eso. Claro que un juez tiene que escoger entre varias interpretaciones posibles: el abogado de una parte alega una interpretación que beneficia a su cliente, el fiscal alega la otra interpretación posible, que beneficia a la acusación. Al juez le toca valorar o ponderar cuál es la mejor de las alternativas. Pero cuando lo que decimos es que frente a lo que pueda decir expresamente el artículo 55 de la Constitución o cualquier otro, o del

Código Civil o cualquier cuerpo legal, lo que en verdad hay que comprobar es si merece ser atendido o si, más allá de cualquier límite textual, se puede decir que hay razones de peso, razones prácticas, para decidir otra cosa que no tenga ningún encaje. Estamos hablando, ahí sí, de otra concepción del derecho, de otra concepción de la ponderación.

No tiene sentido, y este error lo he cometido yo muchas veces, atacar la ponderación por el nombre o por lo que significa, porque el hecho de ponderar al fin y al cabo es valorar, elegir entre alternativas, dar peso a las razones en pro de unas u otras, y eso lo hacemos todos constantemente. La cuestión es ponderar para qué y con qué límites, y preguntarse si la ponderación que se pretenda muy racional puede ser justificación suficiente para hacer lo contrario a lo que dice la Constitución, hacer lo contrario a lo que dice la Corte Interamericana, hacer lo contrario a lo que dice el Código Civil. Estamos hablando de dónde ponemos el límite de la actividad judicial, y por eso nuestros debates son en el fondo debates políticos y son debates sobre el modelo de Estado; son debates sobre qué tipo de práctica jurídica y de teoría del derecho presuponen nuestras Constituciones. El pensar que, porque nuestras Constituciones hablen del principio de dignidad y de libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo, se priva de sentido a los derechos de libertad, a los derechos políticos y a todo el esquema de separación de poderes para convertir a los jueces en soberanos es una manera de destruir la estructura de la Constitución, de nuestras Constituciones, desde el imperio impostado de ciertos principios entendidos a gusto del consumidor, aun cuando el consumidor sea alguien tan honesto y tan decente como Manuel Atienza.

Porque, claro, acabamos de escuchar a Manuel decir que cualquier norma que atente contra la dignidad humana no es válida. Bueno, vuelvo al ejemplo de antes, que ya sé que es tramposo y demagógico, como todo lo de uno. Pero ahora tomemos el derecho de familia argentino y el derecho de familia español, saquemos de ese derecho de familia cincuenta normas importantes y pongamos a decir a nuestro amigo Rodolfo Vigo y a nuestro amigo Manuel Atienza cuáles son compatibles o incompatibles con la dignidad humana. Uno elimina veinticinco y el otro elimina las otras veinticinco, y resulta que nos hemos cargado todas esas cincuenta normas del derecho de familia, porque cada cual considera, desde su idiosincrasia, que son incompatibles con la dignidad humana.

Rodolfo Vigo va a sacar, y está en su derecho de pensar así, todo lo relativo al aborto, al matrimonio entre personas del mismo sexo, a la adopción

por parejas homosexuales, etcétera. Manuel Atienza va a sacar todo lo que no tenga un contenido fuertemente liberal y social. Bueno si damos pábulo a lo que saca cada uno, nos hemos quedado sin derecho positivo. ¿Y entonces qué alternativa tenemos? ¿No permitir que ninguno prescinda de las normas positivas? Pero si ninguno prescinde de normas positivas, significa que no está bien que ninguno convenza a ningún juez argentino o español para podar el derecho de familia o el derecho de los negocios, por ejemplo, de lo que no pase un test de ponderación.

¿Tienen sentido los principios? ¿Tiene sentido hablar de principios? Claro que sí. Los principios, incluido el principio de dignidad, proporcionan excelentes argumentos interpretativos, razones de peso para preferir ciertas interpretaciones. Tomamos el principio de interés superior del menor y nos da una razón tremendamente fuerte para buscar, dentro de las posibles interpretaciones de una norma, la que más beneficie al menor afectado. Pero lo que en realidad estamos debatiendo es: ¿cualquiera de los principios es razón suficiente para autorizar al juez a proporcionar para un caso soluciones completamente alternativas y discordantes con el texto de la ley legítima y no inconstitucional? Porque no estamos haciendo tampoco control de constitucionalidad. Estamos hablando del uso apropiado que los jueces hagan de normas que no tienen tacha de inconstitucionalidad y que no tienen tacha de legitimidad, pero que funcionan solo a beneficio de inventario o bajo una especie de cláusula resolutoria que dicen que todo lo que está en el código vincula, como derecho, claro que sí, pero en principio y a salvo de que sea derrotado por un principio. Lo que estoy diciendo no es un invento ni una trampa. Léanse *Las piezas del derecho* de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero y vean lo que son los principios y cómo los principios pueden derrotar a las reglas, y con ello tenemos el panorama del activismo judicial, seguramente no querido en sus excesos por tales autores, pero responsables del mismo pese a todo.

MANUEL ATIENZA —Juan Antonio, una simple pregunta. Si tú has reconocido que el principio de dignidad humana juega un papel importante en el derecho; y, por cierto, cualquiera que esté atento a lo que es la jurisprudencia en países como España o Argentina, tiene que reconocerlo. Si tú crees que un juez, un jurista, tiene alguna vez que apelar a la dignidad humana, al elaborar un razonamiento jurídico, te pregunto: ¿se puede manejar el concepto de dignidad humana prescindiendo de la argumentación moral? ¿Se puede? Yo creo que no, que es imposible.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —¿Tengo que responder a eso?

MANUEL ATIENZA —Bueno, luego respondes. Déjame añadir alguna cosa más. Has hecho un comentario sobre algo que es falso, pero lo que pasa es que, al mismo tiempo que es falso, es muy difícil mostrar al auditorio que es falso. Porque se trata de un problema complejo del constitucionalismo español, sobre lo que dice el artículo 55 de la Constitución y todo lo demás. Tú has afirmado, como si fuera un axioma, que el artículo 55 dice claramente que, en relación con ese caso, para establecer ciertos límites a la libertad ambulatoria en tiempos de la COVID, el Gobierno no podía decretar el estado de alarma. Pero es falso. El artículo 55 de la Constitución española no dice claramente lo que tú dices, no lo dice, sino que deja el tema sencillamente abierto. Y como sabes muy bien, pero no lo has dicho, hay una ley que desarrolla el estado de alarma, que fue lo que decretó el Gobierno, y que explícitamente se refiere a la pandemia como supuesto en el que cabría decretar el estado de alarma. O sea, que aquí se trata de manejar conceptos que no están del todo perfilados en la Constitución, por lo que hay que ir a la ley que los desarrolla y efectuar una interpretación de tipo sistemático. Algo muy distinto a como tú lo has planteado. Lo que yo digo no es: “Prescindamos de lo que dice la Constitución y vayamos a ponderar y a decidir simplemente de acuerdo con lo que uno considera justo”. En absoluto. Lo que yo defendiendo sería: “Dentro de los límites marcados por la Constitución, cuál es la mejor interpretación en este caso”. Pues bien, la interpretación que llevó a cabo el tribunal constitucional español (y la resolución de la mayoría de sus miembros), entre otras cosas, atenta contra el sentido común: son los propios magistrados de la mayoría, en un momento determinado de la sentencia, los que dicen: “eso, lo que hizo el Gobierno —los límites a la libertad ambulatoria— es lo que había que hacer”, pero después de decirnos que eso es lo que había que hacer, lo declaran inconstitucional. O sea que no es para nada como tú lo habías planteado. Lo que pasa es que es muy difícil mostrar que esto es así, porque es un problema técnico y habría que tener todos los textos y todo lo demás, para poder entender del todo el problema.

El derecho, lo repito, es una práctica autoritativa y por eso no es lo mismo que la moral. Es lo que me lleva a pensar que lo que has dicho sobre el iusmoralismo a lo único que lleva es a confundir. El derecho es una práctica autoritativa, y por eso tiene un límite, del cual un jurista no puede salirse: el límite establecido por la autoridad. Lo que pasa es que, en nuestros sistemas

constitucionales, la moral ha emigrado al interior de las constituciones; o sea, que hoy la moral no es simplemente algo que está fuera del derecho, también está dentro del derecho. Pero que haya una moralidad interna del derecho no quiere decir que no haya también una moralidad externa al derecho. Muchas veces, discutiendo con Ferrajoli, él se empeña en que la moral tiene que ser necesariamente algo externo al derecho. Pero no es así. La moral está también dentro del derecho, y eso es algo que los positivistas, o algunos positivistas, se empeñan en no ver. Y si no ves eso, yo creo que no puedes dar cuenta de muchos aspectos muy relevantes de nuestras prácticas, concretamente, de las prácticas de un juez.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Quería responder a la parte de la teoría moral y dignidad humana. Naturalmente, yo he dicho aquí que un juez puede argumentar con la dignidad humana, con la justicia, con la equidad y con variadísimos valores morales. Lo que un juez no puede hacer es anular una ley de matrimonio igualitario, por ejemplo, porque es contraria a la dignidad humana. Un juez que te haya leído a ti o haya leído a Rodolfo Vigo se va a sentir empoderado por el nombre de la dignidad y, desde el momento en que sea fuerte su convicción de que ese modelo de matrimonio es opuesto a la dignidad humana, se va a sentir autorizado para decir que inaplica, anula o lo que procesalmente sea posible. La cuestión no es si en la argumentación jurídica y judicial aparecen elementos o valores morales, por supuesto que sí, y económicos y políticos y estéticos y de todo tipo. La cuestión es qué jerarquía o lugar tienen esos valores dentro del razonamiento judicial y en relación con el derecho positivo. En el iusmoralismo, el elemento autoritario del derecho se reconoce y al mismo tiempo se relativiza cuando va acompañado de la insistencia de que todas las normas son, por definición, derrotables, que todas obligan *prima facie*, etcétera.

Segundo, sobre el artículo 55 de la Constitución española, ese es un debate que no es procedente dar aquí porque requeriría un tiempo y proyectar el texto de las normas. Pero ya que dices que yo hago trampas, me parece que a veces a ti se te deslizan sin querer. Las mías son dolosas y las tuyas son imprudentes. Es cierto que la ley de estado de alarma pone como ejemplo de situación que puede justificar la declaración de estado de alarma una pandemia; lo que no dice es que en ese estado de alarma se pueda suspender la libertad de circulación de los ciudadanos, porque no se le ocurre a la ley del estado de alarma contradecir el artículo 55 de la Constitución, entre

otras cosas, porque eso la haría palmariamente inconstitucional y porque el Gobierno tenía la posibilidad de conseguir exactamente el mismo fin con un sacrificio menor del derecho de los ciudadanos, en cuanto a que el estado de excepción supone un control parlamentario mucho más fuerte de la extensión, la intensidad y la duración de esa restricción de los derechos.

No estamos ante una Constitución estúpida que diga “Aunque se acabe el mundo, los ciudadanos tienen que poder andar por la calle”. Dice la Constitución, y ratifica la ley de estado de alarma, que se puede suspender el derecho de andar por la calle de los ciudadanos, pero con un control semanal de dicho estado y del ejercicio que el Gobierno hace de esa tremenda potestad sobre el derecho fundamental. Y si ponderamos sale que la suspensión del derecho fundamental mediante estado de alarma no satisface el test de necesidad. Así no es solamente que uno pondere para ganar, que es lo propio; es que encima se hace trampas a sí mismo cuando pondera.

Tercera cosa, rapidísimo. “La moral ha emigrado dentro de las Constituciones”. El primero que lo dijo fue Günter Dürig, en el 59, eso como dato histórico. Y Dürig era quien era, y luego vinieron todos los demás, y está bien. Pero ante eso solo tengo una pregunta a la que no he encontrado respuesta en esta mesa, y tal vez el público la tenga. ¿La moral que emigró al interior de la Constitución es la tuya o la de Rodolfo Vigo, Manuel? Porque no os ponéis de acuerdo ni en la hora de comer, aunque tenéis un metaacuerdo sobre que la moral emigró al interior de las Constituciones. ¿Tú crees que emigró al interior de la Constitución argentina la moral de Rodolfo Vigo? Si así fuera, sería un acto de nobleza felicitar a Vigo diciendo “Enhorabuena porque tu moral ahora es la moral constitucional”, ¿pero cuál moral emigró? La Constitución expresa un gran acuerdo moral, es inmoral la pena de muerte y la suprimimos; es inmoral la tortura y la prohibimos; es inmoral la censura y la descartamos. Pero de todas las cuestiones sobre las que hay una disputa moral intensa en la sociedad y respecto de las cuales la Constitución calla (aunque puedan algunos decir que de todo habla cuando menciona la dignidad humana), en eso en lo que la Constitución calla, ¿cuál moral, tácitamente, está en la Constitución presente? ¿La de Manuel Atienza, a la que yo me afilio ahora mismo, o la de Rodolfo Vigo?

MANUEL ATIENZA —No quiero seguir con la discusión sobre el artículo 55, porque, insisto, sin tener los detalles no se puede discutir sobre esto. Pero, en fin, yo he escrito con cierto detalle, a propósito de ese tema,

y me parece que es claro. Por si a alguien le interesa, está publicado en la revista *Jueces para la democracia*. Mi idea es que uno no puede ir en contra de lo que dice la Constitución, pero la Constitución no dice de manera clara lo que tú sugieres. Creo que ese es un ejemplo de un error patente del Tribunal Constitucional español y motivado además por razones políticas, también obvias. Pero bueno, dejémoslo de lado, porque insisto que aquí no podemos entrar en el detalle en que habría que entrar. Pero, fíjate que, en el fondo, lo que tú estás diciendo es que ponderaron mal, pero estás reconociendo que era un caso en que había que ponderar. ¿No has dicho que resulta que había otra manera...?

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —No, no, disculpa, Manolo, aquí tengo que interrumpir. Yo digo que ponderaste mal tú porque no aplicaste el test de necesidades, el Tribunal lo ponderó e hizo bien.

MANUEL ATIENZA —Pero tú estás diciendo que tu argumento es ponderativo, que había una manera de resolver el caso que implicaba un menor coste.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —No, no. Digo que, puesto a resolverlo como tú dices que hay que resolverlo, que es ponderando, hay que ponderar bien y no para casa.

MANUEL ATIENZA —¿Y tú no? ¿No es un conflicto entre la salud de la gente y...?

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —No.

MANUEL ATIENZA —¿No?

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —No, es un conflicto entre una norma que pretende proteger un derecho de un modo constitucionalmente prohibido cuando puede protegerlo con la misma intensidad de un modo constitucionalmente permitido, de un Gobierno que no quería someter la limitación de los derechos al control parlamentario.

MANUEL ATIENZA —No entremos en eso, me parece que no tiene sentido. Insisto: no se puede discutir bien, porque faltan datos. Pero naturalmente que es un caso de conflicto de derechos.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —¿Se puede discutir o no se puede discutir? Porque si se puede discutir, yo digo que no es un caso de conflicto de derechos, es un caso de fidelidad a la letra clara de la Constitución cuando protege derechos.

MANUEL ATIENZA —Bueno, esto está muy bien porque plantea la cuestión de fondo que yo sostengo: que el derecho es una práctica. Y el derecho es una práctica que trata de satisfacer ciertos fines y valores. Y entonces, naturalmente, a propósito de la pandemia, de lo que se trata es de ver de qué manera el derecho puede ser un instrumento útil para proteger la salud de la gente.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Mediante declaración de estado de excepción, que le cuesta exactamente el mismo sacrificio, salvo que hay más control parlamentario y por tanto el test de necesidad va por ahí, si ponderamos.

MANUEL ATIENZA —Entonces hay que ponderar...

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Bueno, pues si ponderamos, Manuel, ponderaste mal. Entonces, si cuando los que ponderan ponderan mal, ¿qué se va a esperar de los positivistas?

MANUEL ATIENZA —El derecho es una práctica con la que se tiene que alcanzar ciertos fines y valores. Entonces, aquí tenemos la salud y la vida de la gente, por un lado; y, por otro lado, la libertad de circulación. Se trata de ver, si es que hay que sacrificar algún derecho, cuál. Y para ello hay que tener en cuenta todas las circunstancias. Me parece que ese es el planteamiento obvio. Pero dejemos esto a un lado, y pasemos a una crítica que me haces (no solo a mí), por sostener que todas las reglas son derrotables. Pero, Juan Antonio, resulta que eso es precisamente lo que sostiene Carlos Alchourrón: que todos los enunciados condicionales, y por lo tanto las normas, son derrotables. Que sean derrotables quiere decir que pueden tener alguna excepción implícita. ¿Cuándo la tienen? Bueno, este es un problema que habrá que ver pero, desde luego, no se trata de una tesis (solo) pospositivista. En mi opinión, lo de Alchourrón es lo mejor que se ha escrito sobre derrotabilidad. Lo dice clarísimamente: todos los enunciados condicionales y, por tanto, también las normas jurídicas, son derrotables, o sea, que puede

surgir un caso de excepción implícita. Lo cual, cabría decir, no es ninguna novedad; forma parte de lo que es el derecho, de lo que ha sido siempre.

La *reductio ad Vigum* [por Rodolfo Vigo]... ¿me permites que te diga que eso también es una trampa? Es una forma de decirme: “Tú también eres un iusnaturalista”. Es la crítica que siempre se le ha dirigido a Dworkin o a Nino. O sea, el argumento sería: lo que estás sosteniendo es lo mismo que sostienen los autores iusnaturalistas (como Vigo), y como el iusnaturalismo es una posición teórica que no se puede sostener... Bueno, yo no soy un iusnaturalista. Lo que yo pienso al respecto es lo siguiente. De la misma manera que el positivismo dejó de ser una concepción adecuada del derecho hace algunas décadas, el iusnaturalismo dejó de serlo hace ya unos cuantos siglos... siglos. El derecho es una construcción, es un artefacto, no tiene nada de natural. Si hay algo que no es natural en esta vida es justamente el derecho. Afirmar que una concepción como la de Dworkin, la de Alexy o la de Nino es iusnaturalista y criticarles por ello me parece absurdo, descontextualizado. Que hay una coincidencia con Vigo, en la idea de la objetividad de la moral, pues sí. En todos nuestros países se está produciendo ahora una tendencia a no aceptar nada que afirme también alguien que no esté situado en nuestro mismo bando, que hable desde otro punto de vista ideológico o político. Bueno, yo creo que a veces los otros tienen razón, que en eso tenían razón. Uno de los grandes errores que ha cometido la izquierda, en mi opinión, ha consistido en entregarse a un relativismo moral, yo creo que bastante bobo. La consecuencia es que se tenga la impresión de que los únicos que tienen ideas claras sobre lo que es correcto e incorrecto, sobre lo que está bien y lo que está mal, es la gente de derecha; si se quiere, los iusnaturalistas. Los demás no lo saben (son escépticos en materia moral). Pero a mí me parece que, efectivamente, esa es una auténtica bobada, y uno de los motivos que hacen que una concepción como la de Kelsen simplemente sea inservible para abordar muchas cuestiones jurídicas. Acuérdate. Kelsen es quien crea los tribunales constitucionales europeos, pero claro, ya sabes muy bien lo que decía Kelsen sobre las constituciones: que de ellas habría que suprimir todas las referencias a la libertad, a la igualdad, a la dignidad, porque desde la perspectiva de un emotivista en materia moral no es posible articular un discurso racional sobre esas nociones. Y a esto habría que añadir: ¿cómo es posible ser magistrado constitucional o, en general, magistrado, y al mismo tiempo kelseniano? Bueno, hay una manera de serlo, ¿verdad? Ser incoherente. Es, me parece, la vía que eligen muchos. Un juez

que dijera “Te condeno a veinte años de cárcel, pero no sé si tengo razón”, o “Yo hago esta interpretación de tal norma, es mi interpretación, la hago de buena fe, pero a lo mejor resulta que estoy equivocado”, yo creo que estaría cometiendo una contradicción pragmática. Me parece que, en el fondo, eso es todo lo que quiere decir Dworkin; estoy de acuerdo en que lo hace con un estilo confuso que a mí tampoco me gusta. Pero, bien interpretado, me parece que tiene claramente razón. Su tesis es que casi siempre hay una única respuesta correcta por parte de los jueces que actúan dentro de los ordenamientos jurídicos de tipo constitucional (no se está refiriendo a cualquier sistema jurídico). ¿Por qué? Porque es difícil pensar en un caso de puro empate, esto es, que se produzca una situación en la que se diga: “Pesan exactamente lo mismo los argumentos en favor de la decisión *a* que los que existen en favor de la decisión *no a*”. Pero esto es muy difícil que se dé. Claro, uno podría todavía aducir: “es que se trata de argumentos incomparables, en el sentido de que no hay razones para decir que un argumento *pesa más* que otro: ¿cómo establecer ese orden de preferencias?”. Y mi respuesta sería que el derecho ha ido creando una serie de técnicas para facilitar que pueda existir esa respuesta correcta como, por ejemplo, las presunciones. Pensemos en lo que significa la presunción de inocencia en materia penal: aunque existan dudas sobre si fulano de tal realizó o no determinada acción (incluso, aunque un juez piense con buenas razones que lo más probable es que sí, que la realizó), sin embargo, la respuesta correcta en ese caso sería la no condena (porque no está probado). ¿Por qué eso es así? Porque así se satisfacen los fines y valores del derecho penal de un Estado constitucional, o sea, por exigencias de la práctica jurídica.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Yo diría que debemos pasar al público, porque podemos entrar en bucle nosotros muy fácilmente, sin mala intención. A ver, del asunto de la derrotabilidad en Carlos Alchourrón líbrenme los dioses de decir yo nada en este en este templo, que es su santuario, con toda razón. Y doctores tiene la santa madre iglesia analítica de aquí, y ellos si quieren podrán opinar. Atrevidamente y desde fuera, y desde una ignorancia grande que quizás se manifiesta en lo que voy a decir, a mí me parece que decir que, desde el punto de vista de la lógica, y como lógico que era Carlos Alchourrón, “todos los enunciados condicionales son lógicamente derrotables” no tiene nada que ver con decir que todos los enunciados jurídicos de estructura condicional son jurídicamente derrotables. Me parece que

eso no tiene nada de nada que ver. Por ejemplo, en un esquema de ponderación, una norma jurídico-positiva se puede reconstruir lógicamente como supuesto de derrota de un condicional porque concurrió un supuesto implícito, etcétera; que lógicamente se pueda reconstruir así ni quita ni pone para lo que estamos debatiendo aquí, que es mucho más político que lógico, y mucho más sustancial que formal, creo.

MANUEL ATIENZA —Yo lo único que quiero decir es que eso de la derrotabilidad no es una tesis pospositivista. Además, quien introdujo esa noción en la teoría del derecho fue Hart. Uno de los ejemplos que ponía era el concepto de “contrato válido”; según él, la definición de contrato válido habría que leerla como si contuviera una cláusula de “a menos que” (*unless*): “Si se dan tales y cuales condiciones, entonces el contrato es válido o inválido *a no ser que...*”. Eso es todo lo que quiere decirse, nada más. Que tenga esa estructura (ese concepto, o las normas en general) no quiere decir que entonces tú puedas ir creando excepciones implícitas alegremente. Habrá que justificarlo, de manera que en algunos casos estará justificado establecer una excepción implícita y en otros casos no. A mí me parece que en lo que no tienes razón es en decir: “esa es una tesis característica del pospositivismo, contraria al positivismo jurídico”. No. Es una cuestión, yo diría, más bien de sentido común, de que la razón práctica es así, ni más ni menos. Es abierta. En el fondo, es una idea que viene de Aristóteles: no sabemos, no podemos saber por anticipado, si va a surgir alguna circunstancia que obligue a hacer alguna excepción. Insisto, no quiere decir que siempre esté justificado hacerla. Si lo está o no, es algo que habrá que ver.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Bueno, de acuerdo, las excepciones pueden concurrir en el plano jurídico sustantivo cuando hacer la excepción tiene un buen fundamento, pero yo prometo que me callo o me convierto en nada beligerante dentro de este juego si me explicas qué es lo que hace que estén mejor fundadas tus excepciones o las de Vigo.

MANUEL ATIENZA —Pues, mira, yo creo que la excepción que se hace en el caso “Riggs v. Palmer” está justificada, porque se basa en una teoría adecuada de la interpretación: está justificado que el asesino de su abuelo no reciba la herencia, aunque la norma general en principio aplicable no hubiera previsto ese caso.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Pero ahí Vigo y tú estáis de acuerdo.

MANUEL ATIENZA —A ver, Juan Antonio, yo no tengo ningún inconveniente en coincidir también contigo en que, por ejemplo, hoy es 28 de septiembre...

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —27, hoy es 27.

MANUEL ATIENZA —Bueno, pues 27. Pero no creo que no tenga que coincidir en nada contigo o con Vigo.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —No, no, yo no digo eso. Yo digo cómo se solucionan las discrepancias, donde las hay, sobre la base de acuerdos evidentes, sobre qué hora es o cuántos años tienes.

MANUEL ATIENZA —Por ejemplo, a propósito de la dignidad humana: mi concepción de la dignidad humana es básicamente kantiana, mientras que la de Vigo es más bien una concepción tomista de la dignidad humana. No me cabe ninguna duda, desde luego, de que se trata de un concepto central de nuestros sistemas jurídicos. Y, por cierto, el que haya alguna base común (hay alguna coincidencia entre la concepción kantiana de la dignidad y la tomista) es algo que habría que considerar muy “bienvenido”. Porque el derecho es una práctica colectiva y eso implica que tiene que haber un acuerdo grande, porque en otro caso no podría existir un derecho. El que existan ciertos acuerdos básicos es muy buena noticia.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —De acuerdo, Manuel, pero si estáis en la Corte Suprema Rodolfo y tú, y un número X de discípulos tuyos, vais a tener que decidir votando y entonces se impone la fuerza del número sobre la evidencia de la razón.

MANUEL ATIENZA —Una cosa es que, al final, naturalmente, por ejemplo, en el caso de un conflicto en el interior de un tribunal, eso se resuelve votando. Pero previamente ha habido una discusión y, por ello, la posibilidad de un diálogo racional que permite a gente razonable llegar a acuerdos. Por supuesto, unas veces sí y otras no.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —¿Y si no?

MANUEL ATIENZA —Y si no se llega a un acuerdo, está naturalmente la ley de la mayoría. Mira, hay un ejemplo muy interesante que pone MacCormick en uno de sus escritos. Él dice que en la Cámara de los Lores hubo dos momentos distintos, en los que variaba el lord que regía los debates. No recuerdo los nombres, pero podríamos decir que uno de ellos tenía una concepción como la tuya y la del otro se asemejaría a la que yo estoy defendiendo. Y lo que dice MacCormick es que en la praxis del tribunal de la Cámara de los lores hubo una gran diferencia, porque cuando quien dirigía era, digamos, el lord García Amado, la consigna venía a ser esta: seamos claros en nuestro pronunciamiento, no hace falta que empleemos mucho tiempo discutiendo, porque no vamos a ponernos de acuerdo: votemos y adoptemos una resolución clara. Mientras que cuando quien dirigía el debate tenía una posición más cercana a la de Dworkin (a la mía en esta discusión), entonces se establecía un procedimiento para que hubiese una discusión previa más larga, para tratar de encontrar un acuerdo. Naturalmente, a veces se llega a acuerdos y a veces no. Pero, por cierto, quienes tenéis una concepción antiobjetivista de la moral, creo que exageráis muchísimo el fenómeno de la discrepancia moral, del disenso. Por supuesto que existe el disenso, pero para vosotros es como si sobre todas las cuestiones morales existieran opiniones en conflicto. Y no es así. A mí me gusta mucho traer a colación una anécdota que contaba Toulmin, a propósito de la discusión en una comisión de la que formó parte y que estableció lo que suele llamarse los “principios de la bioética”. Toulmin contaba que cuando los miembros de la comisión se ponían a discutir en términos muy abstractos, no se ponían de acuerdo; unos eran utilitaristas, otros kantianos, unos profesaban creencias religiosas, otros no... Pero que —y esto es lo importante— cuando se discutía sobre casos concretos, y se tenían presentes todas las circunstancias, pues entonces era mucho más fácil llegar a un acuerdo. Esto es algo muy importante y algo que, por ejemplo, Sunstein le critica a Dworkin y con razón: puede ser preferible renunciar a un concepto muy amplio de coherencia y quedarse con uno más restringido; por ahí va lo de los “acuerdos incompletamente teorizados”. En las motivaciones judiciales, hay muy buenas razones para intentar que la discusión no llegue a niveles muy profundos de fundamentación, porque entonces la tendencia a la discrepancia aumenta; muchas veces es mejor

(porque es suficiente) quedarse en un nivel más superficial, porque ello facilita el acuerdo. Pongamos como ejemplo el aborto. Entre un juez católico y uno ateo puede haber discrepancias muy de fondo, muy profundas. Si la discusión fuera en términos de “¿qué significa para ti el aborto, es o no una conducta justificada?”, seguramente sería imposible llegar a un acuerdo. Pero si la discusión se sitúa en un nivel más superficial, por ejemplo: “veamos si estás de acuerdo conmigo en que, con independencia de cómo juzgues el aborto, tales y cuales supuestos de conductas abortivas no deberían estar castigadas penalmente”, entonces me parece que es más fácil lograr un acuerdo. Discutimos solo sobre ese aspecto concreto, y no sobre otras cuestiones que pertenecerían al ámbito propiamente de la moral. Un ejemplo, por cierto, de que para mí una cosa es el derecho y otra la moral. Aunque, como antes decía, eso no quiere decir que no haya conexiones entre el derecho y la moral. La tesis de Nino es que una buena filosofía del derecho debe ser capaz de engarzar estos tres elementos: el derecho, la moral y la política. Pero la argumentación jurídica no es exactamente como la moral, ni tampoco como la política.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Yo diría que ha habido un salto... yo estoy de acuerdo con esto que has dicho, pero hemos dado un salto de lo normativo a lo psicológico, a lo científico-social. Evidentemente que hablando se entiende la gente, pero evidentemente que debatiendo legalmente se atenúa el riesgo de conflictos. Evidentemente que entre los que discrepan cabe encontrar acuerdos intermedios con las adecuadas estrategias de argumentación, etcétera, pero esos son elementos que ya no se refieren a cómo entendemos el derecho y cómo queremos guiar u organizar su práctica y con qué límites, sino a dinámicas, a dinámicas del trato social que tienen mucho de psicología individual y de psicología colectiva. O sea, yo concuerdo en que está muy bien buscar acuerdos, lo que no veo yo claro, si se me permite seguir con la broma, es que si tú a un iusnaturalista o a un colega muy conservador le dices “¿Qué te parece si no discutimos lo del aborto como una cuestión de principios, sino simplemente vemos si merece la pena que esté penalmente castigado o no?”, él te va a decir “Bueno, pero sí de eso iba la discusión... esto no consistía en hacer un tratado sobre las ventajas e inconvenientes morales del aborto voluntario, se trataba de ver cómo lo regulamos y la regulación solo se refiere a si está penalmente permitido o está penalmente castigado”.

Yo soy partidario de la ley de plazos, como la que tenemos en España, eso es mi ideología. Lo digo a efectos de marcar las distancias que puedan importar, pero me cuesta mucho creer que un colega y amigo, que con todo derecho sea iusnaturalista argentino diga “no, tal como lo ha reconducido Atienza dentro del tribunal, donde dice que no discutamos sobre el valor de la vida en general, sino sobre si castigamos o no penalmente el aborto, ahí sí vamos a llegar a acuerdo”. Yo creo que no hay acuerdo posible ni ponderación compartida en ese que estamos tomando como ejemplo y en cualquier caso moralmente difícil que, al mismo tiempo, plantee dudas de interpretación de normas; y no digamos si de lo que se trata es de añadir normas a la Constitución o sacarlas de ella.

Por otro lado, yo no tengo una concepción antiobjetivista del derecho. Algunos días me levanto diciendo “soy tan objetivista como Manuel Atienza, porque casi todas mis convicciones morales coinciden con las suyas”. Frente al colega iusnaturalista argentino, yo estaría todo el rato haciéndote barra a ti, pero para mí el enigma teórico es: ¿realmente tú y yo somos fuente del derecho, frente a Vigo, que es mero manantial?

MANUEL ATIENZA —A ver. Si has leído, y sé que lo has hecho, muchas sentencias sobre el aborto, sabes que hay en las fundamentaciones de los jueces muchas referencias que efectivamente se sitúan en un plano, diríamos, muy abstracto. Y por eso tiene sentido lo que estoy diciendo. Y yo creo que, además, es una crítica pertinente a Dworkin porque la idea de lo que él llama “coherencia” o “integridad” tiene pretensiones y diría que excesivas. El punto de vista de Sunstein es más pragmático, más adecuado. Me parece que es una buena idea, una buena sugerencia, en relación con la práctica de los jueces; además, permite ver también las conexiones y las diferencias entre la argumentación jurídica y la argumentación moral, que es de lo que se trata aquí. O sea, yo no estoy diciendo que la argumentación jurídica sea sin más un tipo de argumentación moral; por eso, lo de iusmoralismo me parece que es una expresión absolutamente confusa, porque hace pensar en lo que no es. Y es cierto que Dworkin o Alexy a veces lo han presentado así, como si la argumentación jurídica fuera un tipo de argumentación moral. En mi opinión, eso es un error. No es un tipo de argumentación moral, sino que sencillamente hay conexiones, entre la argumentación jurídica y la moral. Pero la manera adecuada de ver las cosas, las relaciones entre el derecho y la moral no es como los positivistas se empeñan en presentarlo: si

puede haber normas injustas. La respuesta es obvia: sí que las puede haber, naturalmente. Y una norma por mucho que sea totalmente legítima, justa, por ello, no es jurídica; eso es clarísimo. El problema es otro. Los positivistas tendéis aquí a plantear mal las cosas, al igual que ocurre en relación con la interpretación. Si uno no se da cuenta de que el derecho es una práctica, no puede entender lo que es la interpretación. El librito de Fuller que tradujo Carrió, el de los exploradores de cavernas, yo creo que sigue siendo sumamente esclarecedor. Si uno atiende a lo que es la práctica, entonces tiene que interpretarla teniendo en cuenta que el derecho tiene ciertos propósitos racionales. No puede llegar a decisiones interpretativas que vayan contra el sentido común, que hagan que el derecho no tenga sentido, que el derecho penal deje de cumplir los principios que tiene que cumplir: me refiero a la condena a muerte de los exploradores que habían dado muerte a un compañero, pero en estado de necesidad, para salvar sus vidas.

Por eso, yo pongo mucho énfasis, creo que ahí radica el fondo del asunto, en una cuestión de ontología. El derecho no es, simplemente, un objeto que esté ahí fuera, y que se trata sencillamente de describir. Esta es la idea de los positivistas. El derecho en parte es eso, y naturalmente que existen objetos jurídicos. Pero fundamentalmente es una práctica, es una actividad en la que los propios teóricos del derecho también participan. Jori, de nuevo, pone una metáfora que a mí me gusta: el derecho no es como un gran animal, no es un gran rinoceronte, es más bien como la actividad, consiste en cantar en coro. El ejemplo de la novela en cadena que ponía Dworkin también va por ahí. Nino hablaba de la construcción de una catedral. A mí me gusta más la metáfora de la construcción o del desarrollo de una ciudad. Y aquí viene mi conexión con Ihering. Ihering fue un positivista jurídico, pero se dio cuenta de que el derecho era, como él lo expresaba, “una idea de fin”. Hoy lo traduciríamos diciendo que es una actividad práctica. Él se dio cuenta de eso, y por eso me parece que Ihering es el precursor del pospositivismo contemporáneo. En mi opinión, hay una clarísima línea que arranca de Ihering, pasa por Holmes y Fuller y llega hasta Dworkin. La otra línea del positivismo jurídico es la de Kelsen: la concepción del derecho como un conjunto de normas. Esto último me parece equivocado, y por razones de ontología. El derecho no es un objeto que esté ahí fuera y que se trata sencillamente de describir. Es una práctica, es una actividad. Yo diría que de ahí vienen todas nuestras discrepancias, es una discrepancia ontológica, me parece que ese es el punto que nos separa esencialmente.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Que el derecho es una práctica me parece una afirmación ciertamente interesante e importante, y un poquito trivial también. Claro que el derecho es una práctica, como la contabilidad es una práctica. El problema no es si el derecho es una práctica o no lo es. Tiene sentido que sea una práctica. El problema es cómo conciliamos esa afirmación central en tu teoría, que está bien, no hago objeciones de fondo sobre eso, con la convicción o afirmación, que hoy has repetido, de que tendencialmente o potencialmente hay una única respuesta correcta para cada caso o que los empates pueden ser objetivos. No hablo ahora de los empates en las votaciones. La contabilidad es una práctica, pero tiene como referencia la aritmética o la matemática. Es decir, las cuentas se hacen bien o se hacen mal, son correctas o incorrectas; entonces es una práctica vinculada, no sé, a un espectro importante de respuestas correctas, hay un patrón, hay un parámetro objetivo, hizo mal la cuenta, hizo bien la cuenta.

Si el derecho es una práctica en la que influyen enormemente los elementos valorativos y discrecionales y el tipo de jugadas que se haga dentro de un espacio, de un campo, de una cancha marcada por lo que dice toda una serie de normas, habría un acuerdo absoluto entre lo que dices tú y lo que sostiene todo el positivismo del siglo XX. Es una práctica evidentemente valorativa, no automática, no es mera lógica, no es puro cálculo, y no hay una referencia objetiva que dé y quite razones por aplicación de ese método o mediante la realización de esa operación que llamamos sumar, restar o ponderar. Pero, claro, eso no cuadra con decir que el elemento constitutivo es la práctica, pero que la práctica está sometida a un criterio objetivo de corrección que hace que el resultado de la práctica sea objetivamente correcto o no por coincidir con un fondo valorativo, etcétera.

Es decir, o relativizamos los parámetros de control de la práctica, y entonces estamos completamente de acuerdo, o es una práctica guiada por y sometida a parámetros objetivos. Entonces es una práctica absolutamente normada, como la contabilidad. Creo que estamos hablando de eso, pero en un contexto desconcertante, por cuanto lo que yo sostengo es que el objetivista moral no fuerza a ser antipositivista jurídico porque mi lema, que tantas veces me gusta repetir, es que la moral es de cada uno y también de los objetivistas, y el derecho es de todos y el derecho tiene que ser una práctica común y compartida, sin unos criterios de corrección de las respuestas que se correspondan con la moral de estos o con la moral de aquellos. Y ese

elemento normativo común lo tenemos y está en un derecho positivo democráticamente legitimado.

MANUEL ATIENZA —Creo que te equivocas cuando dices que el derecho es de todos y la moral es de cada uno. No. Aquí es pertinente traer la famosa distinción entre la moral positiva y la moral crítica. La moral positiva naturalmente que no es de cada uno. La moral positiva, digamos, es una práctica y existe; si no fuera así, no podríamos entender lo que es nuestra vida en común. La conexión con la contabilidad, yo creo que es desafortunada porque sí puedes decir que es una práctica, pero verdaderamente está muy lejos del derecho, no tiene que ver con lo que es el derecho. Pongo un ejemplo que quizás pueda ayudar a entender lo que quiero decir con lo de que el derecho es una práctica. En el derecho penal, hay un famoso artículo de Roxin, del año setenta o por ahí. Roxin, por cierto, sin darse cuenta de ello, lo que hace es descubrir a Ihering; lo que este había dicho un siglo antes. Bueno, frente a la concepción dominante de los penalistas (al menos, de entonces) que partían de una concepción normativista del derecho, Roxin viene a decir: “Yo creo que hay que cambiar las cosas (la manera de hacer dogmática penal) y que hay que empezar planteándose el problema de cuál es la finalidad, la función, que juegan en el derecho penal cada uno de los elementos del concepto de delito”. Y efectivamente tenía razón. Muchos penalistas consideran ese artículo como una especie de parteaguas y, a partir de entonces, empezaron a entender la teoría estructural del delito en términos funcionales. Eso quería decir que lo primero era preguntarse cuáles eran los fines, las funciones, que están detrás del elemento de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Eso es lo que yo quería decir: que ver el derecho como una práctica (como una idea de fin) cambia mucho las cosas.

En relación con la teoría de la interpretación, ocurre lo mismo. Naturalmente, están los métodos interpretativos y todo lo demás. Pero para entender bien la interpretación, a eso es a lo que apunta precisamente la teoría de Dworkin, hay que partir de que la interpretación es una práctica, una actividad con la que se trata de lograr ciertos fines. De ahí la idea de ver de la mejor manera posible un determinado caso o una determinada norma. Hay mucha diferencia, según que se vea el derecho como una práctica o meramente como un conjunto de normas. Por eso digo que es una cuestión ontológica. Que marca una diferencia entre el derecho y la ciencia, lo que normalmente entendemos por ciencia, con las ciencias empíricas. La

naturaleza no es una práctica y la célula tampoco: entonces lo que el biólogo tendrá que hacer será describir y explicar el funcionamiento de la célula, de una parte de ella, etcétera. Pero el derecho va de otra cosa. Y eso es de lo que hay que darse cuenta: para construir la teoría del derecho no se puede proceder de la misma manera que lo hacen las ciencias empíricas o las ciencias formales. Es otra cosa.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Manuel, creo que tu ejemplo del derecho penal es desafortunado. Estoy ciento por ciento de acuerdo con esa lectura que tomas de Roxin, pero nos hemos ubicado en la rama del derecho donde juega un papel más absolutamente determinante e incuestionado el principio de legalidad.

MANUEL ATIENZA —Lo que uno tiene que preguntarse es por qué, por qué es así. Y la respuesta está en los fines característicos del derecho penal, que no son los mismos que los del derecho administrativo o los del derecho civil. Eso es lo que te da la clave para comprender.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Pero el derecho es una práctica sometida a unos límites taxativos y bastante claros, que vienen del principio de tipicidad, precisamente, y es que todo lo que el juez practique y todo lo que valore y pondere tiene que ser dentro de la compatibilidad con el principio de legalidad. Yo entiendo perfectamente el derecho como práctica en ese sentido. En lo que discrepamos es en la extensión del campo y en algunas de las reglas del juego, del modo en que los árbitros del partido aplican el reglamento. El ejemplo del derecho penal es maravilloso para dar la razón a lo que yo planteo, solamente que tú podrías replicar “bueno, pero en otros ámbitos no existen ese tipo de limitaciones tan férreas”. Pues bien, por razones políticas los positivistas consideramos que hay que entender la Constitución también con gran respeto a lo que la Constitución dice y la práctica constitucional es una práctica sometida a unos límites que no pueden quedar a la libérrima voluntad del intérprete, igual que ocurre en el derecho penal.

MANUEL ATIENZA —Juan Antonio, ¿crees que al decir esto estás oponiéndote a algo de lo que yo haya dicho? Si lo he dicho pocas veces, insisto una vez más: el derecho es una práctica autoritativa y la moral no lo es. Hay algunas de nuestras prácticas que son autoritativas. ¿Por qué lo es el

derecho? Porque tiene que serlo, porque, si no lo fuera, el derecho no podría satisfacer los fines característicos suyos.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Si estamos de acuerdo en ese elemental planteamiento iuspositivista, el derecho es una práctica fuertemente sometida a límites normativos y autoritativos, yo diría que tenemos un problema tú y yo en este debate, tenemos que disimular tu venida a un positivismo atenuado y seguir fingiendo que nos separa mucho más de lo que en realidad nos separa, porque si no es la última vez que nos invitan a un debate como este.

JUAN PABLO ALONSO —Bueno, tenemos que ir cerrando. Todos los que quieren preguntar acérquense, por favor.

HUGO RICARDO ZULETA —Gracias, fue una discusión excelente, sumamente interesante. Solamente quería hacer una aclaración conceptual con respecto a la supuesta derrotabilidad de los condicionantes. Si todos los condicionantes fueran derrotables, la deducción sería imposible, porque para poder deducir hace falta aplicar el *modus ponens*. Y para aplicar el *modus ponens* es necesario que la afirmación del antecedente sea condición suficiente para la afirmación del consecuente. Alchourrón en los últimos años de su vida se dedicó especialmente al tema de la derrotabilidad de los condicionales jurídicos porque precisamente esto era lo que le preocupaba, porque él tenía una concepción deductivista de las sentencias judiciales. Es decir que la sentencia se funda por *modus ponens*. Entonces, lo que trató de hacer, precisamente, es reducir el condicional derrotable a condicional clásico, a través de lo que él llamó una “función de revisión”. Como señala Jorge Rodríguez, una función de revisión puede tener en cuenta elementos que están contenidos en otras partes del mismo sistema jurídico o puede tener en cuenta otros elementos.

Por ejemplo, en una norma dice “Se debe castigar con veinte años de prisión a los que matan a otros” y otras normas dicen que “No se debe castigar a los menores de edad”. Bueno, la función de revisión integraría en el antecedente esta excepción y diría “si alguien mata y no es menor de edad, se lo debe castigar con veinte años de prisión”. Si solo tienen en cuenta elementos que están contenidos expresa o implícitamente en el sistema jurídico, la derrotabilidad de los condicionales es compatible con el positivismo jurídico. Eso es todo, muchas gracias.

RICARDO GUIBOURG —Interesantísimo el debate. Por cierto, yo estoy completamente de acuerdo con García Amado, no cabe ninguna duda. Pero tengo una observación adicional. Me parece que hemos estado debatiendo, ante todo, acerca de la estructura del derecho; no solo eso, cuál sería la mejor estructura del derecho. Y aquí, claro, para hablar mal y pronto, hay dos maneras de hacer el derecho: una mediante obligaciones y prohibiciones, y otra mediante derechos. Y desde que los pospositivistas se adueñaron del poder constituyente, ahora todos los derechos y ya no hay casi obligaciones ni revisión, lo que a mí me parece técnicamente inconveniente, pero no es este el punto que quiero señalar, sino que siempre pensé que el positivismo, el iusnaturalismo, o el pospositivismo, antiguo positivismo, etcétera, son maneras de plantear una teoría del derecho. Y una teoría del derecho tiene que hacer básicamente dos cosas; primero, ofrecer una definición del concepto de derecho que más o menos pueda controlar y, luego, de acuerdo con esa definición, establecer de qué modo puede uno adquirir conocimiento del derecho. Y aquí me parece que está el *quid* de la cuestión: ¿cómo se adquiere el conocimiento de cualquier cosa? Mediante un método. Yo conozco dos métodos que dan resultados: la observación y el cálculo. Aplicados al derecho, la observación nos permite leer los códigos, conocer la jurisprudencia y no mucho más. El cálculo, a la manera de Alchourrón y Bulygin, nos permite deducir unas normas de otras, pero ninguno de estos dos métodos nos permite establecer cuáles son los principios, qué principios son mejores que otros, qué principios deben ser preferidos en una ponderación sobre el otro. Y si no hay método, me parece que no hay conocimiento. Y si no hay conocimiento, no puede haber una teoría que descansa en estos métodos.

MANUEL ATIENZA —Yo creo que sí, que es compatible con el positivismo jurídico, precisamente mi tesis es que lo de la derrotabilidad no es algo que caracterice al pospositivismo. Seguramente un positivista también puede hablar de derrotabilidad. Yo no estoy de acuerdo con alguna cosa en relación a cómo la entendió Alchourrón: a su planteamiento en relación a cuándo estaría justificada. Ahí él introduce una cierta concepción de la interpretación. Lo que viene a decir es que está justificada la excepción si uno —el intérprete— puede decir que, si el legislador hubiese conocido las circunstancias nuevas, entonces hubiese introducido esa excepción. Es una concepción de la interpretación que, en mi opinión, no es la mejor, pero ese es otro tema.

Con Pachi estoy de acuerdo en todo en lo que estamos en desacuerdo. Tú dices: “Hay dos cosas (dos métodos): la observación y el cálculo”, pero, claro, esas son precisamente las dos cosas que no nos sirven para el derecho. Si uno fuese biólogo, físico o matemático... pero el derecho es un asunto distinto. Por ello, yo decía que mi discrepancia es una discrepancia ontológica. El derecho es lo que es, y entonces resulta que necesitamos el derecho porque con él conseguimos satisfacer algunas finalidades que son muy importantes. ¿Se trata entonces de conocer? Yo diría fundamentalmente que no. El conocimiento, por así decirlo, es la base; recuerdo lo que decía Mario Bunge para diferenciar la ciencia y la técnica: el fin de la ciencia es conocer por conocer, el de la técnica, no. Por eso, cuando hablamos normalmente de lo que se entiende por ciencia del derecho, la dogmática jurídica, yo creo que no es una ciencia. Porque su propósito no es conocer, sino resolver cuestiones prácticas utilizando en la medida de lo posible conocimiento formal, como el de la lógica (o la ponderación), datos de la experiencia, sociología. Pero lo fundamental del derecho es dar soluciones a problemas prácticos: a cierto tipo de problemas y de una cierta manera. Yo creo haber sido el primer español (o uno de los primeros) en leer el libro de Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*. Fue sin duda un enorme avance, pero el libro resulta manifiestamente insuficiente. Te permite entender algo del derecho, pero yo diría que muy poco. ¿Por qué? Entre otras cosas, porque parten de un único tipo de norma. Las normas constitutivas no aparecen; tampoco aparecen los principios. Y entonces no vamos a tener una teoría satisfactoria del ordenamiento jurídico; para dar cuenta de las contradicciones, por ejemplo, tendríamos que incorporar una complejidad que no está en ese libro. ¿Hay un espacio para el cálculo lógico en el derecho? Yo diría que sí, pero muy pequeño. Mi idea es que el derecho es, en el mundo social, semejante a lo que supone la medicina en el mundo natural. La medicina ha podido aprovechar los enormes avances de los últimos tiempos en las ciencias de la naturaleza: química, biología, etc., pero eso no ha existido en relación con el derecho, con la dogmática jurídica. En todo caso, el objetivo de la dogmática es esencialmente práctico. Creo que esa es una gran discrepancia que tengo con los positivistas. Pero les aprecio mucho y he aprendido mucho de ellos. Lo que pasa es que yo creo que se trata de un paradigma que desde hace algunas décadas ha dejado de ser fértil. Por eso a veces yo digo provocativamente que el positivismo jurídico está muerto. Y el problema es que no va a ser fácil enterrarlo.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Querido Manolo, los muertos que vos matáis están bien vivos. Por aquí un positivista me susurraba: “No estaba muerto, estaba de parranda”.

MANUEL ATIENZA —Son espectros positivistas.

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO —Quería hacer una observación tangencial, pero quizás no irrelevante. Hemos descartado de plano el contenido observacional en el conocimiento del derecho. Cuando yo leo en el artículo 15 de la Constitución española “queda abolida la pena de muerte”, yo adquiero un conocimiento sobre el contenido de una norma que también conozco que es jerárquicamente superior y sé que queda abolida la pena de muerte y lo sé porque utilicé mi sentido de la vista para leer. Igual que si mi pareja me dice “tráeme una botella de buen malbec de Argentina”, mi contenido observacional es que si le llevo un agua tónica no cumplo con eso, claro.

Lo que aquí hemos estado debatiendo es lo siguiente: el derecho es una práctica para la resolución de problemas sobre la base de asumir el valor de ciertos conocimientos que se adquieren por vía observacional, que es como al leer el Código Penal entendemos lo que sea claro y sabiendo cuáles son los límites de lo que resulte oscuro... Si nos olvidamos de esas observaciones, entonces llegamos al sueño de iusmoralistas mucho más extremos que Manuel, que es la justicia del caso concreto como única pauta de decisión en el derecho. Y un juez que no aplica constituciones ni códigos ni nada por el estilo, sino que usa el método de sastre, que es flexible, o aquella famosa regla aristotélica de la equidad... Aristóteles, en nuestro medio, es un autor radicalmente disolvente del sentido del Estado de derecho, lo cual no quita ningún valor al filósofo Aristóteles, pero hace cuestionables ciertas optimizaciones de Aristóteles como guía de la decisión judicial. Cuando una Constitución dice “no se aplicará retroactivamente la norma penal desfavorable”, no hay ninguna equidad que ponderar ni margen ninguno para juzgar merecimientos, simplemente se aplica la norma.

