

## Notas y preguntas sobre los usos del derecho comparado por la Corte IDH

Laura Clérico\*

Recepción: 07/07/14.  
Revisiones: 11/08/2014.  
Aceptación: 29/08/2014

**Resumen:** ¿Por qué utilizar el derecho comparado desde el punto de vista de la argumentación? ¿Cuáles son (o deberían) ser los criterios de selección del derecho objeto de comparación? ¿Es necesario que la Corte IDH se plantee la cuestión metodológica frente al uso del argumento de derecho comparado? Más específicamente, ¿cuál es la actitud que la Corte IDH tiene respecto del argumento de derecho comparado? ¿Silencio? ¿Rechazo? ¿Apertura? No es claramente de rechazo. Es de apertura; sin embargo: ¿es de inspiración?, ¿es de recepción?, ¿es de diálogo explícito para acordar o para disentir? Mi hipótesis sostiene que el uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH no es lineal ni continuo si no que presenta fuertes tensiones.

**Palabras clave:** usos, argumento derecho comparado, corte IDH, discriminación, justificación.

**Abstract:** Why using comparative law in legal argumentation? What are or should be the criteria to select the law under comparison? Is it necessary that the CIDH tackles the methodological question regarding the argument of comparative law? More specific, what is the attitude that the CIDH has towards the argument of comparative law? Silence? Refusal? Openness? Apparently, it is not of refusal. It is of openness, however: Is it one of inspiration, reception or explicit

\* Profesora de Derecho Constitucional (UBA) y profesora visitante-DAAD en la Universidad Erlangen-Nürnberg; investigadora CONICET, Argentina.

dialogue? My hypothesis is that the argument of comparative law used by the CIDH embeds strong tensions.

**Key words:** comparative law, CIDH, discrimination, justification.

## I. ¿No hay nada nuevo bajo el sol?<sup>1</sup>

Las actitudes de los tribunales frente al derecho comparado pueden ser diversas. Algunos niegan expresamente el uso del argumento. Otros guardan silencio. Otros lo utilizan para fundamentar una sentencia en una especie de diálogo<sup>2</sup>. En el intermedio se encuentran aquellos que echan mano del derecho comparado con fines meramente heurísticos, de inspiración, estratégicos.

Si se lo considera parte de la argumentación, el derecho comparado puede ocupar un lugar marginal, como un argumento secundario o con una función decorativa o estratégica. Emerge de forma más interesante cuando es utilizado para dialogar con la cuestión que debe ser resuelta; establecer similitudes y diferencias; y, finalmente, enriquecer la argumentación de la sentencia<sup>3</sup>, ya sea para incluir el

<sup>1</sup> Agradezco a Federico De Fazio, Leticia Vita, Martín Aldao, Paula Gaido y al evaluador/a anónimo/a la lectura, comentarios y preguntas.

<sup>2</sup> Sobre las clasificaciones acerca de la forma en que los tribunales participan de la tendencia (*¿in crescendo?*) del uso del argumento de derecho comparado en sus sentencias: Choudhry, S., “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, 74, 3, 1999; Jackson, V., “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, 119, 2005; Saunders, C., “Judicial Engagement with Comparative Law”, en Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011.

<sup>3</sup> Sobre el uso del derecho comparado y la pretensión de corrección, v. Wendel, M., “Comparative Reasoning and the Making of a Common Constitutional Law: EU-related Decisions of National Constitutional Courts in a Transnational Perspective”, *International Journal of Constitutional Law*, 11, 4, 2013; otra función del uso del argumento de derecho comparado aparece cuando se considera que “optimiza” una sentencia en tanto la inclusión de las prácticas comparadas de la región permiten tomar una decisión con mejor información (pretensión de racionalidad), v. Dzehtsiarou,

argumento como parte de una práctica jurisprudencial que se considera convergente<sup>4</sup> o para explicar las razones de la divergencia. Esta actitud sería una posible expresión del llamado fenómeno del diálogo judicial<sup>5</sup>. Este intercambio argumentativo puede quedar plasmado expresamente o puede estar implícito en la sentencia<sup>6</sup>.

Sin embargo, uno podría preguntarse si hay algo nuevo bajo el sol. El uso del derecho comparado —con diversas finalidades— es un fenómeno antiguo. Incluso el fenómeno del uso por la judicatura para resolución de casos encuentra en América Latina discusiones precursoras sobre la (in)conveniencia del uso de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los EEUU de Norteamérica para interpretar, por ejemplo, la Constitución argentina.<sup>7</sup> Esa disputa tiene nombres y apellidos: los de Domingo Faustino Sarmiento, favorable al uso de la jurisprudencia norteamericana, y Juan Bautista Alberdi, contrario a

K. y Lukashevich, V., “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 30, 3, 2012, pág. 3.

<sup>4</sup> Saunders, C., *op. cit.*: “Thirdly, there is a tendency towards some convergence of the conception of judicial review on grounds of constitutionality, which is contributing to an increase in explicit engagement with comparative law. The precise contribution that comparative law plays depends on the conventions of the local reasoning process”.

<sup>5</sup> V., entre muchos otros, Choudhry, S., *op. cit.*, 2013; Burgourgue-Larsen, L., *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa; s. una revisión sistemática de los trabajos sobre “diálogo” v., Meuwese, A. y Snel, M., “Constitutional Dialogue: An Overview”, *Utrecht Law Review*, 9, 2, 2013: en especial, la distinción en los usos del ‘constitutional dialogue’ como ‘lens’ y como ‘method’ y entre análisis empírico y análisis normativo. S. una perspectiva crítica del diálogo judicial, v. Hirschl, R., *Toward Juristocracy*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 2004.

<sup>6</sup> Según reiterados testimonios de informantes claves, lo que suelen hacer la mayor parte de los tribunales superiores y regionales de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, el TEDH recibe respecto de las cuestiones planteadas en los casos una carpeta con los antecedentes de derecho comparado de los Estados de la región, v. Dzehtsiarou, K. y Lukashevich, V., *op. cit.*

<sup>7</sup> Reconstruye esta discusión Rosenkrantz, C., “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2013, entre otros.

ese uso.<sup>8</sup> Por lo tanto, la discusión sobre la *legitimidad* del argumento de derecho comparado por los tribunales es conocida<sup>9</sup>. La disputa sobre “préstamos”, “transporte”, “trasplantes”, (perdidos en la “traducción”, “anexión” del “otro” derecho aparece<sup>10</sup> a fines de siglo XX con nuevos ropajes —para algunos “prestados”<sup>11</sup>— pero sin diferir mucho en sustancia.

<sup>8</sup> Alberdi realizó un trabajo de derecho comparado en la primera parte de *Bases y Puntos de Partida para la Organización Nacional* cuando hilvanaba el contenido de la constitución que, a su entender, convenía aprobar para Argentina, claro que alguien podría objetar, pero no es lo mismo. El propósito del uso del derecho comparado para bosquejar una constitución difiere de su uso para interpretar una norma objeto de una disputa judicial concreta.

<sup>9</sup> Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2011, págs. 1-15. El fenómeno es bastante antiguo pero reaparece a fines del siglo XX. Además, lo explora en relación con las democracias en transición, Teitel, R., *Transitional Justice*, New York, Oxford UP, 2002.

<sup>10</sup> Saunders, C., *op. cit.*, pág. 586; Rosenkrantz, C., *op. cit.*; Filippini, L., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 2007; Gargarella, R., “Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales en América”, [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella\\_Spanish.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella_Spanish.pdf); Böhmer, M., “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, en Gargarella, R. (ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008; Puga, M. y Lanusse, M., “El regreso del Búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras ‘otras’ preguntas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 1, 2009; entre otros.

<sup>11</sup> Por ejemplo, en EEUU de Norteamérica reaparece en la década de los noventa por la polémica sobre el uso del derecho comparado por los tribunales (Saunders, C., *op. cit.*). Por lo demás, en el derecho continental europeo se acelera su uso por el impacto de la Unión Europea y por la jurisprudencia del TEDH; en América Latina tiene una doble fuente; por un lado, se hace eco de la controversia que emergió en los EEUU en los noventa; por otro lado, por la interamericanización del derecho constitucional por medio de la obligación del control de convencionalidad que deben realizar los Estados en el

Entonces, ¿no hay nada nuevo bajo el sol referido al *boom*<sup>12</sup> del uso del argumento de derecho comparado por la jurisprudencia y, a los fines de este artículo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH)?

Interpreto que sí; o que en todo caso surgen nuevas combinaciones que deberían generar nuevos interrogantes. Por un lado, el derecho comparado es utilizado, en algunos casos, teniendo como mira la construcción de un piso común regional<sup>13</sup>. Esto si bien no es nuevo para el derecho privado, es bastante novedoso para el derecho constitucional o los derechos humanos. Es la manifestación del fenómeno de la internacionalización del derecho público —como me apunta De Fazio por oposición a un modelo de derecho público estatal cerrado—<sup>14</sup>. Por otro lado, el uso del derecho comparado cambió de marco o, en todo caso, se encuentra “des-enmarcado”. Cuando Alberdi y Sarmiento disputaban sobre el uso del argumento de derecho jurisprudencial comparado para interpretar la Constitución argentina descansaban en un supuesto: el marco de esa disputa era el Estado nacional. Esa discusión en el SXX tuvo como marco, hasta la década del setenta, el Estado keynesiano-westfaliano. La discusión que se presenta desde fines del SXX se queda corta si no es consciente del des-enmarque en el que se juegan esas disputas de cara a los procesos de internacionalización del derecho por el impacto de los derechos humanos, por un

orden interno de acuerdo con las interpretaciones ganadas por la Corte IDH de los arts. 1.1 y 2 de la CADH sobre obligaciones estatales.

<sup>12</sup> Saunders, C., *op. cit.*, pág. 574, *cf.*, sin embargo, v., Bobek, M. (2013), *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, Oxford UP.

<sup>13</sup> V. von Bogdandy, A., “Founding Principles”, en von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010; von Bogdandy, A. *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos* U.N.A.M., México, 2014.

<sup>14</sup> V. s. el tema, Morales Antoniazzi, M., “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*, México, U.N.A.M., 2013.

lado, y, por el otro, de la “globalización económica”<sup>15</sup> que incrementa y genera desigualdad en un mundo cada vez más interdependiente.

Finalmente, en el trasfondo de las discusiones sobre el uso del derecho comparado por los tribunales yace la pregunta sobre la legitimidad. El predominio de esta pregunta opacó otras discusiones no menos importantes: por ejemplo, las referidas a las cuestiones de interpretación y metodología del uso del argumento de derecho comparado por los tribunales.

Los interrogantes que formulo al uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH tienen como trasfondo esas nuevas combinaciones y en especial giran en torno a la metodología<sup>16</sup>. Me

<sup>15</sup> Fraser, N., *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008: “La justicia como redistribución, reconocimiento y representación”: se pregunta sobre el “marco para pensar cómo las luchas sobre la justicia están organizadas, pero quizá sea mejor decir, desorganizadas en un período en el que no contamos con una gramática de la justicia que pueda reconocerse como hegemónica o, en otras palabras, estamos en un tipo de situación de discurso anormal. Actualmente, el incremento de la anormalidad en los discursos en torno a la justicia conduce al incremento de la incertidumbre en la política de las luchas sociales por la justicia y contra la injusticia. Quizá podamos vincular esta idea con aquella de la crisis de la formación social del neoliberalismo y este período de transición e incertidumbre. Vivimos un momento en el que el neoliberalismo está perdiendo su hegemonía no únicamente en el sentido del colapso financiero, sino porque afortunadamente es ampliamente criticado desde distintas posiciones sociales. También tenemos la incertidumbre de los marcos: ¿las luchas por la justicia deben organizarse sobre una base nacional?, ¿sobre una base global?, ¿transnacional?, ¿o las tres a la vez? y ¿cómo? Todas estas son formas de incertidumbre y anormalidad en las que la gente no se pone de acuerdo. Pero aun dada esta situación de falta de acuerdo, a pesar de la incertidumbre y la anormalidad, la lucha contra la injusticia continuará y debe continuar, no podemos detenernos y esperar una nueva gramática para resolver estos problemas. Mi idea es que tenemos que ser capaces de hacer las dos cosas a la vez; tendríamos que ser capaces de mantener la lucha contra la injusticia en el sentido concreto en que nos ocupamos de estas nuevas condiciones de incertidumbre”.

<sup>16</sup> Saunders, C., *op. cit.*, pág 587, plantea que los tribunales se enfrentan a los mismos problemas que plantea el derecho comparado en cuenta a la elección del método. La diferencia residiría en que los tribunales que están inmersos en un proceso institucional de adjudicación judicial tienen que

interesan las siguientes preguntas, aunque no las pueda abordar en este trabajo: ¿por qué utilizar el derecho comparado desde el punto de vista de la argumentación? ¿Cuáles son (o deberían) ser los criterios de selección del derecho objeto de comparación? ¿Es necesario que la Corte IDH se plantee la cuestión metodológica frente al uso del argumento de derecho comparado? Pero, ¿cuál método: el universalista, el funcional equivalente, el contextualista, el expresivista<sup>17</sup> o una combinación de algunos de acuerdo con la cuestión que se discute y los fines que persigue la comparación en el marco de un proceso judicial? Más específicamente, ¿cuál es la actitud que la Corte IDH tiene respecto del argumento de derecho comparado? ¿Silencio? ¿Rechazo? ¿Apertura? No es claramente de rechazo. Es de apertura; sin embargo: ¿es de inspiración?, ¿es de recepción? ¿es de diálogo explícito para acordar o para disentir? Mi hipótesis sostiene que el uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH no es lineal ni continuo.

Por un lado, el derecho comparado proveniente de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos (jurisprudencia del TEDH o de los órganos de Derechos Humanos de la ONU) aparece para determinar el contenido de una norma a la luz de la aplicación del método de interpretación evolutiva (uso normativo). Por el otro, —y por ahora, en menor medida—, el derecho comparado proveniente del derecho de los Estados de la región aparece para dar a conocer

resolver problemas en plazos acotados. En ese caso, exigencias excesivas respecto del método que deberían utilizar los tribunales disuadiría, tal vez, a varios operadores jurídicos del uso del argumento de derecho comparado. Esto podría implicar la pérdida de algo valioso en los casos que el argumento de derecho comparado enriquece la argumentación judicial. Así Saunders sostiene que el argumento requiere un uso adecuado de lo metodológico. Sin embargo, advierte que lo adecuado respecto del método depende de la finalidad con la que se utiliza el argumento de derecho comparado, del peso que se le acuerda en el proceso deliberativo y del lugar que ocupa en las conclusiones.

<sup>17</sup> Sobre el método en derecho comparado, v. Tushnet, M., “Why Comparative Constitutional Law?” en Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton UP, 2008, cap. 1.

(para conocer) cuál es la práctica sobre un tema (uso descriptivo), para converger o para disentir por medio del uso de argumentos normativos (uso normativo).

Para dar cuenta de estos dos usos tomaré como objeto de análisis un caso: el caso Atala de la Corte IDH (que explico en cuanto a la cuestión, reglas y argumentos en el apartado II. No es objetivo de este trabajo realizar un análisis pormenorizado del caso, realizado ya por la vasta literatura escrita sobre el tema)<sup>18</sup>. Tomo el caso Atala por dos razones. Primero, porque en él aparecen estos dos *usos diversos* del argumento de derecho comparado. Segundo, porque en Atala se da un diálogo a raíz de un argumento de derecho comparado esgrimido por el Estado de Chile. Ese diálogo demuestra que no siempre el resultado resulta en un acuerdo, que los diálogos pueden implicar disensos justificados —como lo hizo la Corte IDH en el caso Atala para explicar y justificar por qué no acordaba con el uso que el Estado chileno sostenía debía hacerse del argumento de derecho comparado—. Estos dos usos no son continuos ni lineales. Lo que me permite sostener la hipótesis de la actitud de tensión con que la Corte IDH hace uso (y vive el uso y debería vivir el uso) del argumento de derecho comparado. Es una hipótesis, porque lo planteado implica una labor de largo aliento que incluye, a su vez, un trabajo de derecho comparado<sup>19</sup> con

<sup>18</sup> V. von Bogdandy, A. *et al.*, *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012; Ronconi, L. y Aldao, M., "Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 3, 2011; Clérico, L., "Impacto del caso Atala. Posibilidades y perspectivas", en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012a, y en Contextos: [www.biblio.juridicas.unam.mx](http://www.biblio.juridicas.unam.mx); Contesse, J., "¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 2013, [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Sp\\_20130401.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf), entre muchos otros.

<sup>19</sup> Saunders, C., *op. cit.*, pág. 571.



la jurisprudencia de otro tribunal regional de protección de derechos humanos —el TEDH— para ponerla a prueba.

## II. El caso Atala: cuestión, reglas y argumentos

En el año 2012 la Corte IDH<sup>20</sup> dictó sentencia en el caso Atala sobre discriminación por orientación sexual. El caso llegó como denuncia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) fruto de un reclamo presentado el 24 de noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo; y, a la Corte IDH luego de haber pasado sin éxito por una instancia de solución amistosa en el ámbito de la CIDH.

El caso se refiere a los siguientes hechos: la Sra Atala estaba separada desde el 2002 y tenía a su cargo —de común acuerdo con su ex cónyuge— el cuidado y tuición de sus tres hijas. En noviembre de

<sup>20</sup> La Corte IDH pronuncia sentencia en el caso cuando se encontraba (y encuentra) en pleno debate en varios Estados de América Latina y el Caribe la inclusión del matrimonio igualitario o matrimonio entre personas del mismo sexo o similares en la legislación civil a la luz de la irradiación que las normas constitucionales sobre igualdad producen sobre el derecho común, y las leyes sobre identidad de género. Estas discusiones surgieron en varios Estados de la región como estrategias de visibilización de los derechos de las personas del colectivo LGBTTI desde una agenda promovida desde los movimientos de base. Pecheny, M. y de la Dehesa, R., “Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, y Hiller, R., “Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010; von Opiela, C., “Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo”, en Solari, N. y von Opiela, C. (eds.), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26,618*, Buenos Aires, La Ley, 2011; Menajovsky, S., “El Derecho a la Identidad de Género en Argentina: Su contexto, originalidad y necesidad de su difusión global”, 2014, [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), <http://www.law.yale.edu/intellectuallife/18360.html>.

2002, la pareja de la Sra. Atala, la Sra. E. de R., se mudó a la casa de la Sra. Atala donde también vivían las tres niñas. En enero de 2003 el padre de las niñas solicitó ante sede judicial la tuición de las niñas, sin haber tenido éxito en primera y segunda instancia. En marzo de 2004 la Corte Suprema de Chile revocó la sentencia y otorgó la tuición de las niñas al padre. La Sra. Atala denunció al Estado de Chile alegando que esta acción estatal (sentencia de la Corte) implicaba una violación al principio de no-discriminación por orientación sexual, a la vida privada y familiar, entre otros argumentos.

Así, la cuestión del caso gira en torno a determinar si la acción estatal se basaba en otras razones que no se relacionaran de manera alguna con la orientación sexual de la denunciante y que, a su vez, implicaran una justificación suficiente de la concesión de la tuición de las niñas al padre. Respecto de la primera cuestión la Corte IDH sostiene la tesis de que la discriminación basada en la orientación sexual de una persona se encuentra prohibida en forma definitiva por la Convención Americana cuando ese accionar es en perjuicio de una persona LGBTTI. Respecto de la segunda cuestión sostiene que las razones alegadas por el Estado deben someterse a “un test estricto de análisis y sustentación de un daño concreto y específico supuestamente sufrido por las tres niñas”. Este examen debe ser estricto cuando la “decisión judicial se relacione con el derecho a la igualdad de grupos poblacionales tradicionalmente discriminados como es el caso de los homosexuales”<sup>21</sup>.

En suma, la primera pregunta trata sobre un problema de interpretación de la enumeración contenida en el Artículo 1.1 de la Convención Americana. Al respecto se sostiene que las enumeraciones de categorías prohibidas del artículo 1.1. de la CADH son enumerativas y no taxativas, que pueden ser ampliadas, nos encontramos, por lo tanto, frente a una cláusula abierta. Así, la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana bajo el término “otra condición social” establecido en el artículo 1.1

<sup>21</sup> *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Corte IDH, 24/2/2012 (en adelante, caso Atala), párr. 127 y 131.

de la CADH. Por ello, concluye que está “proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”<sup>22</sup>.

La segunda pregunta indaga en el trasfondo de las argumentaciones estatales para desnudar que el móvil de la acción estatal estaba basado en la orientación sexual de la denunciante y por ello era (y es) discriminatorio y violatorio de la obligación estatal de respetar del Artículo 2.1 de la Convención Americana: cuando el uso de un criterio de clasificación está prohibido, entonces el Estado que quiera excluir a alguna persona de lo que le otorga a otra tiene la carga de la argumentación agravada; es decir, debe basar esa diferencia en razones de mucho peso que nada tengan que ver con la orientación sexual de las personas. El estándar del daño concreto, específico y real fue el prisma bajo el cual se evaluaron los argumentos del Estado *en contraposición con el mero daño especulativo*. Dos son los actos estatales evaluados para concluir que resultaron discriminatorios<sup>23</sup>: i) la sentencia que resolvió el recurso de queja, y ii) la decisión de tuición provisional. Para determinar que existió un “vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala” y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile<sup>24</sup>, se tuvo en cuenta: 1) los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, 2) sus conductas, 3) el lenguaje utilizado y 4) el contexto en que se produjeron las decisiones judiciales.

Ahora bien, si tomamos en serio lo sostenido por la Corte IDH en párrafos anteriores, es decir, que un trato diferenciado en desmedro

<sup>22</sup> Caso Atala, párr. 91, *cf.* párr. 86-92.

<sup>23</sup> A su vez establece una pauta interpretativa: no es necesario sostener que la totalidad de la decisión del Estado se basó en la orientación sexual de la persona discriminada. Alcanza con “que de manera explícita o implícita se haya tenido en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”, párr. 94.

<sup>24</sup> Caso Atala, párr. 95.

de los derechos de una persona LGBTI nunca podría ser justificado con motivo de su orientación sexual, esta sería una suerte de razón excluida de la argumentación. El trato diferenciado debería basarse en razones independientes de la orientación sexual de las personas, de lo contrario, se incurre en discriminación arbitraria. Corresponde al Estado “la carga de la prueba para mostrar que la decisión judicial objeto del debate se ha basado en la existencia de un daño concreto, específico y real en el desarrollo de las niñas”<sup>25</sup>. Para aprobar con éxito esta carga es necesario que en las decisiones judiciales sobre temas de tuición se definan de manera específica y concreta los elementos de conexidad y causalidad entre la conducta de la madre o el padre y el supuesto impacto en el desarrollo del niño. Esta relación de conexidad no queda demostrada si el Estado alega: a) la pre-concepción (estereotipo<sup>26</sup>, presunción infundada), no sustentada, de que los niños criados por parejas homosexuales necesariamente tendrían dificultades para definir roles de género o sexuales (la alegada confusión de roles que habrían presentado las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo)<sup>27</sup>; b) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala<sup>28</sup>; c) la supuesta prevalencia que

<sup>25</sup> Caso Atala, párr. 124, *cf.* 131.

<sup>26</sup> Aún se encuentra poco explorada la cuestión sobre cómo evitar la argumentación estereotipada en la jurisprudencia de la Corte IDH. En relación con el sistema europeo de protección de derechos humanos, v., entre otros: Timmer, A., “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 11, 4, 2011; Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting judgments of the ECHR* Cambridge UP, Cambridge, 2013.

<sup>27</sup> Caso Atala: párrs. 123; 131; 127; 130.

<sup>28</sup> El argumento de evitar la discriminación de las niñas en la escuela u otros ámbitos sociales también se suele alegar en el contexto de las discusiones para la inclusión del matrimonio igualitario, adopción, entre otras. Así, la Corte IDH haciéndose eco de las discusiones que se dan en otros contextos (interacción exógena) da vuelta el argumento. No es ingenua, conoce el diagnóstico, sabe que persisten sociedades racistas, machistas, sexistas, etc. Sin embargo, esta no es una razón para el Estado para poner sobre las discriminadas (las niñas y su madre) la carga de la discriminación, en este

la señora Atala le habría dado a su vida personal por el desarrollo de una opción sexual que implicaría privilegiar sus intereses en desmedro de una concepción tradicional y estereotipada de las mujeres como “madre principal responsable de la crianza de hijos e hijas” y por sobre los intereses de sus tres hijas<sup>29</sup>, y d) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre<sup>30</sup> (“el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio”)<sup>31</sup>.

La Corte IDH utiliza derecho comparado en el desarrollo argumentativo de estas dos cuestiones, entre otras. Veamos.

### III. Los usos del argumento de derecho comparado

Los usos del derecho comparado pueden emerger en diversas etapas del proceso argumentativo. Saunders,<sup>32</sup> entre otras, ha propuesto una enumeración —de interés para el propósito de este trabajo— sobre los momentos argumentativos en los que puede aparecer el derecho comparado: en la interpretación de los hechos relevantes del caso, en la delimitación de la cuestión o problema normativo que requiere resolución; en la identificación, formas de aplicación de métodos

caso, separándolas de su madre. Por el contrario, la discriminación social es un diagnóstico que alerta sobre la urgencia de realizar acciones por parte del Estado para terminar con esas discriminaciones. Por tanto, la Corte concluye que el argumento de la posible discriminación social no era adecuado para cumplir con la finalidad declarada de proteger el interés superior de las niñas M., V. y R. Caso Atala, párr. 119.

<sup>29</sup> Ídem.

<sup>30</sup> Ídem.

<sup>31</sup> La Corte IDH analizó el lenguaje utilizado por la Corte Suprema de Chile relacionado con la supuesta necesidad de las niñas de crecer en una “familia estructurada normalmente y apreciada en su medio social”, y no en una “familia excepcional”. Interpretó entonces que este lenguaje reflejaba una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia que no tiene base en la Convención al no existir un modelo específico de familia.

<sup>32</sup> Saunders, C., *op. cit.*

interpretación y de resolución de conflictos entre derechos; en la construcción de argumentos, en la identificación de posibles soluciones del problema normativo, en la exploración de las consecuencias a las posibles soluciones, en la determinación de la intensidad de control judicial, en la formulación de remedios, en el diseño de instrumentos para monitorear el cumplimiento de la sentencia, entre otros.

La Corte IDH utiliza el derecho comparado para sostener que: el artículo 1.1 contiene una cláusula de apertura cuando se refiere a “cualquier otra condición social”, que la “orientación social” encaja en “otra condición social”. La Corte usa, entonces, el derecho comparado como parte de la interpretación evolutiva con aplicación de la regla de interpretación *pro homine o pro persona* (“debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”)<sup>33</sup>. Concluye así que los Estados tienen prohibido discriminar en virtud de la orientación sexual en desmedro de las personas LGBTTI.

No es nuevo que tanto la Corte IDH como el TEDH se inclinen por una “interpretación evolutiva” (o “dinámica”) de la Convención caracterizándola —en forma metafórica— como un “instrumento vivo”<sup>34</sup>. Así ocurre en el caso Atala: “otra condición social” reconoce nuevos contenidos debido al “cambio de los tiempos”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Caso Atala, párr. 84; *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 52, y *Caso de la Masacre de Mapiripán*, párr. 106.

<sup>34</sup> Caso Atala párr. 83; *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106. Con posterioridad al caso Atala, v. Caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, Corte IDH 28/11/2012, párr. 245 (en adelante, Caso Artavia); en el Tribunal Europeo ver T.E.D.H., Caso *Tyrer v. Reino Unido*, (No. 5856/72), Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

<sup>35</sup> Caso Atala, párrs. 83 y 84.

Ahora bien, como advierte G. Neuman,<sup>36</sup> sostener que son instrumentos vivos, que los sentidos de esos textos evolucionan, no aclara la forma en que esa evolución ocurre. En qué manantiales hurgará la Corte IDH y en cuáles debería hacerlo. Para Neuman, la evolución ocurre como fruto: a) de la propia producción argumentativa de la Corte IDH, b) de la invocación de otros instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos, c) de referencias a las producciones del sistema internacional y europeo de protección de los derechos humanos. En este último supuesto emerge el derecho comparado y con la función de mostrar la evolución en la interpretación de una norma. Todo esto ocurre en el caso Atala en dos momentos. Lo que sigue encaja en el primer momento, caracterizado por la concordia y la convergencia con el derecho comparado proveniente en su mayor parte de la jurisprudencia del TEDH y de las producciones de los órganos de Derechos Humanos de la ONU. En el próximo apartado emerge el segundo momento de la divergencia y la discordia. Veamos.

a) Los Estados no pueden alegar la orientación sexual de una persona para discriminarla en su perjuicio en el ejercicio de sus derechos.

Para ello la Corte IDH interpreta su *práctica* en el contexto de una práctica del SIDH que desde hace unos años viene pronunciándose en contra de la discriminación por orientación sexual. Así, se enmarca en la línea de las cuatro resoluciones de la OEA aprobadas desde 2008 respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios. Hasta aquí no hay presencia del uso del derecho comparado.

La presencia emerge cuando interacciona<sup>37</sup> con la jurisprudencia del TEDH sobre la materia. Se apoya en sentencias del TEDH en donde

<sup>36</sup> Neumann, G., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, 19, 1, 2008, pág. 107.

<sup>37</sup> Sobre interacciones argumentativas en la región, v. Góngora Mera, M., *Inter-American Judicial Constitutionalism*, San José de Costa Rica, IIDH, 2011; Arango, R., “Constitucionalismo Social Latinoamericano”, en von

fue interpretado, como en el caso Atala, que el listado de categorías que se realiza en el art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) es “ilustrativo y no exhaustivo”<sup>38</sup>, que la orientación sexual es una “categoría de discriminación prohibida” y que cae bajo el amparo de la expresión “otra condición” del artículo 14<sup>39</sup> del CEDH —similar al 1.1. de la CADH, que prohíbe tratos discriminatorios—<sup>40</sup>. En esta

Bogdandy, A., Ferrer Mac-Gregor, E. *et al.* (eds.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, U.N.A.M., 2012, tomo II; Burgourgue-Larsen, L., *op. cit.*; Saba, R., “El Principio de Igualdad en el Diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G., Clérico, L. *et al.* (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012, entre otros.

<sup>38</sup> Con referencias a T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, párr. 28 (“the applicant’s sexual orientation [...] [is] a concept which is undoubtedly covered by Article 14 of the Convention. The Court reiterates in that connection that the list set out in that provision is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words [‘]any ground such as[’]”). Ver también T.E.D.H., *Caso Fretté Vs. Francia*, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 2002, párr. 32; T.E.D.H., *Caso Kozak Vs. Polonia*, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, (No. 37060/06), Sentencia de 28 de septiembre de 2010. Final, 28 de diciembre de 2010, párr. 55, y *Caso Alekseyev Vs. Rusia*, (No. 4916/07, 25924/08 y 14599/09), sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108.

<sup>39</sup> Artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

<sup>40</sup> Caso Atala párr. 87 con referencia a T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 28; *Caso L. y V. Vs. Austria* (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 45; *Caso S. L. Vs. Austria*, (No. 45330/99), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 37, y *Caso E.B. Vs. Francia*, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 50. En particular, en el Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal, el Tribunal Europeo concluyó



parte de su argumentación —en contraste con la subsiguiente— la Corte IDH no despliega las razones de estas sentencias del TEDH, con lo que queda la pregunta abierta acerca de si utiliza el precedente comparado por la fuerza de la autoridad del TEDH en materia de derechos humanos o por las razones que emanan de esas sentencias (fuerza argumentativa).

Asimismo, recepta gran cantidad de Declaraciones de la ONU, informes de los relatores especiales de Naciones Unidas, Observaciones y casos relevantes del Sistema de Protección Internacional de Derechos Humanos de la ONU, en especial, la Observación General 20 del Comité de DESC, que determinan que la orientación sexual puede ser enmarcada bajo “otra condición social”. Agrega que el Comité de Derechos Humanos, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones respecto a la inclusión de la orientación sexual como una de las categorías prohibidas de discriminación. Y, en especial, se detiene en que el Comité de Derechos Humanos en reiteradas oportunidades<sup>41</sup> advirtió a los Estados, que a pesar de los avances que se verificaban en el respeto de los derechos de las personas del LGBTTI, aún persistían prácticas de discriminación atentatorias, que implican asimismo violación a la integridad psíquica y física de las personas y, en algunos casos, de la vida. En estos casos, la fuerza del argumento de derecho comparado parece devenir de las razones que se despliegan en estas producciones (fuerza argumentativa).

que la orientación sexual es un concepto que se encuentra amparado por el artículo 14 del CEDH. Además, lo reiteró en el Caso Clift Vs. Reino Unido, T.E.D.H., *Caso Clift Vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57.

<sup>41</sup> Caso *Atala*, párr. 89 con citas del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: *Observaciones finales, Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, 17 abril 2007, párr. 16; *Observaciones finales, Barbados*, CCPR/C/BRB/CO/3, 14 de mayo de 2007, párr. 13; *Observaciones finales, Estados Unidos de América*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, 18 de diciembre de 2006, párr. 25; *Observaciones finales, El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, párr. 16.

Por último, perdido sobre el final de una larga nota al pie de página,<sup>42</sup> se refiere a la prohibición explícita de discriminación por orientación sexual en las Constituciones de algunos Estados (Bolivia, Ecuador, Kosovo, Portugal, Sudáfrica, Suecia y Suiza); o a otras normas que en materia de derecho de familia otorga a las parejas del mismo sexo los mismos derechos que a las heterosexuales. Se refiere al desarrollo legislativo reciente en la materia y en la región: en Argentina, a través de la reforma del Código Civil por Ley 26.618 de 2010 sobre matrimonio igualitario; la ley 18.246 de 2008 de Uruguay que reconoce las uniones civiles (“uniones concubinarias”) de parejas del mismo sexo y la Ley 18.590 de 2009 que autorizó la adopción conjunta por parte de parejas en unión civil.

b) Examen de las razones alegadas por el Estado para determinar si eran independientes de la orientación sexual de Atala y tenían el peso suficiente para justificar en forma acabada la desigualdad de trato.

El argumento de derecho comparado emerge en esta parte de la argumentación en forma expresa para determinar la intensidad del escrutinio a la que se deben someter las razones estatales. No se enuncia solo el resultado que surge del proceso interpretativo reflejado en la sentencia del TEDH sino también la justificación. Esto arroja agua a la tesis que sostiene que en esta parte de la argumentación el precedente comparado se utiliza por la fuerza argumentativa de las razones y no simplemente por la autoridad (moral) del tribunal que lo expide.

A su vez, no es casual que en forma preponderante interaccione con precedentes del TEDH. En este supuesto la Corte IDH se encuentra frente a un caso nuevo. Nunca antes había encarado el caso como un supuesto de discriminación por orientación sexual. El uso de precedentes comparados se debe a esta falta de antecedentes en su propia jurisprudencia, lo que confirma el resultado de estudios<sup>43</sup> que sostienen que cuanto más novedosa la materia, mayores las referencias al derecho comparado y, por el contrario, cuanto mayor caudal

<sup>42</sup> Caso Atala, nota a pie de página n.o 113.

<sup>43</sup> Saunders, C., *op. cit.*

de precedentes jurisprudenciales del propio tribunal sobre la materia, tanto más decrece la referencia a precedentes comparados<sup>44</sup>.

El TEDH cuenta ya con una larga historia jurisprudencial sobre casos referidos a la orientación sexual. Piovesan<sup>45</sup> propone una periodización de esa jurisprudencia: se inicia en los años 80 bajo la consigna de combate a la criminalización de las prácticas homosexuales consentidas entre adultos; sigue en los años 90 como lucha contra la discriminación por la orientación sexual; desde el 2000 la consigna incluye igualdad por reconocimiento, desde el 2002 se inicia la jurisprudencia referida al reconocimiento de los derechos de las personas trans; desde el 2008 el derecho a adoptar de las personas con orientación homosexual; y a partir del 2010 se empieza a tratar la cuestión del matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo.

Esta línea jurisprudencial comparada fue de utilidad para la Corte IDH en *Atala* para hurgar si las razones utilizadas por los tribunales chilenos para la revocación de la tuición en perjuicio de la Sra. *Atala* implicaban un accionar discriminatorio. Sigue la pauta del TEDH que establece que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido

<sup>44</sup> Saunders, C., *op. cit.* Por lo demás, para un análisis empírico sobre por qué los tribunales aplican derecho comparado v. el trabajo empírico de: Law, D., “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”, *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 4, 2015, se refiere a diversos factores que generan un ambiente propicio para el uso del derecho comparado por los tribunales, entre otros: capacidades institucionales (la posibilidad de las instituciones de emplear a asistentes que hayan estudiado en el extranjero o que sean investigadores en la materia; un sistema de formación en derecho que genere entusiasmo y habilidades para el comparativismo; hacerlo parte de la diplomacia judicial (“the concept of judicial diplomacy helps to explain why constitutional courts engage in a number of practices that are only tenuously related to the act of adjudication. Although the U.S. Supreme Court rarely practices constitutional comparativism, it is an active practitioner of judicial diplomacy in other forms”).

<sup>45</sup> Piovesan, F., “Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos europeo e interamericano”, en von Bogdandy, A., Piovesan, F. *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.

utilizada en una decisión particular no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la orientación sexual de la persona. Para ello alcanza “con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión”<sup>46</sup>. Para concluir que la Sra. Atala fue víctima de un trato discriminatorio por los tribunales chilenos aplicó el *Caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, en el que el TEDH interpretó que el tribunal interno, al considerar la convivencia del padre con otro varón como tal, asignó a la orientación sexual del peticionario un factor decisivo para el fallo judicial final. Con base en esta jurisprudencia, la Corte IDH tomó como relevante los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido, para concluir que la diferencia de trato se basó en la orientación sexual<sup>47</sup>.

Asimismo, volvió a recurrir al argumento de derecho comparado para enfatizar que la CADH no privilegia un modelo único de familia (artículo 11.2 de la Convención Americana y artículo 17 de la Convención), por cuanto este puede variar. Luego lo aplicó al caso Atala. La Corte IDH determinó que era visible que se había constituido un “núcleo familiar” que, al serlo, estaba protegido por los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, pues existía una convivencia, un contacto frecuente y una cercanía personal y afectiva entre la señora Atala, su pareja, su hijo mayor y las tres niñas. Por tanto, este Tribunal concluyó también que la separación de la familia constituida por la Sra. Atala, su pareja y las niñas constituyó una interferencia arbitraria en el derecho a la vida privada y familiar.

Por último, pero no menos importante, están las otras relaciones exógenas que responden a un diálogo traccionado desde abajo hacia arriba, se trata de la recepción de razones que se desprenden de la jurisprudencia de tribunales de América Latina, el Caribe y Norteamérica.

<sup>46</sup> Con referencia a T.E.D.H., *Caso E.B.*, párrs. 88 y 89.

<sup>47</sup> Con referencia a T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, párrs. 28 y 31 y *Caso E.B.*, párr. 85.

Al respecto existe una abundante jurisprudencia sobre la prohibición de discriminación por orientación sexual<sup>48</sup>. Sin embargo, las citas de esta jurisprudencia en Atala son escasas<sup>49</sup> y se reducen a la de la Corte Constitucional Colombiana<sup>50</sup> y a México<sup>51</sup>. También se agregan referencias a casos provenientes de Canadá<sup>52</sup> y EE.UU. de Norteamérica<sup>53</sup>. ¿Por qué no incluir jurisprudencia de otros tribunales de América Latina?<sup>54</sup>

<sup>48</sup> V. von Opiela, C., *op. cit.*; Clérico, L., “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

<sup>49</sup> Por el contrario, v. el caso *Gelman vs. Uruguay* Corte IDH, 24/2/2011, en la que la Corte IDH tuvo en cuenta la jurisprudencia de Argentina (párr. 215); Chile (párr. 216/17); Perú (párr. 218); Uruguay (párr. 219); Honduras (párr. 220); El Salvador (párr. 221) y Colombia (párr. 222/23) como antecedentes para resolver el caso.

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-507 de 1999; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373 de 2002; sobre autonomía en general: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-499 de 2003 (autonomía); Corte Constitucional, Sentencia SU-642 de 1998.

<sup>51</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 336 y 338; 263, 264 sobre el derecho de las parejas homosexuales a adoptar niños y niñas.

<sup>52</sup> Corte Suprema de Canadá: Caso *Egan v. Canada*, [1995] 2 SCR, 513, 518 (expediente de fondo, tomo XI, folios 5360) estableció que “[la] orientación sexual es más que simplemente un ‘estatus’ que un individuo posee: es algo que es demostrado por medio de la conducta de un individuo por la elección de una pareja”.

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando la decisión de un tribunal de otorgarle la custodia de un menor de edad al padre por considerar que la nueva relación de la madre con su nueva pareja de otra raza implicaría un sufrimiento para el niño por la estigmatización social de la relación de la madre.

<sup>54</sup> El problema de la selección del objeto de comparación es materia de investigación, en: Wildhaber, L. *et al.*, “No Consensus On Consensus? The Practice Of The European Court Of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 33, 7-12, 2013; Barak, A., “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review*, 116, 2002, pág.

c) Conclusiones intermedias

Es posible plantear aquí cuatro conclusiones intermedias: 1) el uso del argumento de derecho comparado aparece en el proceso de interpretación del alcance de una norma; 2) su uso no es decorativo, ni accesorio, forma parte del proceso de interpretación<sup>55</sup>; 3) respecto de las producciones del TEDH y de la ONU: si bien tanto la Corte IDH como el TEDH como la ONU pertenecen a sistemas de protección de derechos humanos, ellos no están inmersos en un sistema de aplicación obligatoria y cruzada de sus precedentes; por ello, su uso, en principio, no deviene de un uso del precedente comparado por la vinculatoriedad formal sino por la autoridad “moral” del TEDH en materia de derechos humanos o por la fuerza argumentativa de las razones desarrolladas en las sentencias que se toman como objeto de comparación. En el caso de las referencias a la jurisprudencia del TEDH respecto a la interpretación de las categorías de discriminación prohibida, las citas son enunciativas de la misma tesis que la Corte IDH quiere sostener (la cláusula de apertura, la orientación sexual como categoría prohibida), pero falta un mayor trabajo comparado de las razones de esas sentencias, con lo que nos preguntamos si las referencias al TEDH no se basan acaso en la autoridad “moral” de ese tribunal en materia de derechos humanos. Por el contrario, las referencias a las sentencias del TEDH para determinar cómo analizar (y con qué intensidad) las razones del trato que se ataca por discriminatorio (punto b) de este apartado) son sustantivas. Aquí el uso del precedente comparado se basa sobre la fuerza argumentativa de las razones que sostienen esas sentencias. 4) Las referencias al derecho constitucional y común comparado de la región no ocuparon un lugar relevante en la argumentación de la Corte IDH, la actitud del tribunal al respecto parece ser de accesoriedad más que de convergencia (sobre esto volveremos en próximos apartados). Queda la pregunta abierta: ¿por qué la Corte IDH evitó o eludió interactuar fluidamente con la

111; Glensy, R. D., “Which Countries Count?: Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority”, *Virginia Journal of International Law*, 45, 2005, pág. 361, entre otros.

<sup>55</sup> Caso Atala, párr. 91.

jurisprudencia de Tribunales de América Latina<sup>56</sup> sobre la cuestión relevante del caso: la prohibición de discriminación por orientación sexual, más allá de los casos de Colombia y México?<sup>57</sup>

#### IV. ¿Otro uso del argumento de derecho comparado?

En el reciente caso *Artavia Murillo* sobre reproducción asistida<sup>58</sup> la Corte IDH es entusiasta en el uso del derecho comparado. Lo utiliza en mayor medida que en *Atala*. Cuando se refiere nuevamente a la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos, concebidos en forma metafórica como instrumentos vivos<sup>59</sup>, sostiene que la Corte le ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional<sup>60</sup> o jurisprudencia

<sup>56</sup> Por el contrario, la Corte IDH se refiere ampliamente y en general —es decir, no respecto de la discriminación por orientación sexual— a la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y Tribunales Superiores e inferiores de América Latina que aplican el control de convencionalidad e interpretaciones de la CADH provenientes de la jurisprudencia de la Corte IDH: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá para sostener el uso del derecho interamericano de los derechos humanos en el orden interno.

<sup>57</sup> En el derecho constitucional comparado es objeto de discusión la pregunta acerca de cómo y bajo cuáles criterios se seleccionan lo que se quiere comparar. V., por ejemplo, Hirschl sobre aplicación del método de las ciencias sociales de estudio de caso. Saunders, C., *op. cit.*, se pregunta si estas exigencias metodológicas son trasladables al uso del derecho comparado que hacen los operadores judiciales. Más allá de la respuesta, lo importante es que identifica un punto muy poco trabajado y que refiere a la metodología del uso de derecho comparado. V., sobre esta pregunta asimismo, Contesse, J., *op. cit.*

<sup>58</sup> Caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, párr. 245.

<sup>59</sup> Caso *Artavia Murillo*, párr. 245 con referencias a “*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*”. Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 114; Caso *Atala*, párr. 83.

<sup>60</sup> Caso *Artavia Murillo*, párr. 245 con referencia al caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, en el que interpreta que la Corte IDH advirtió “que un número

de tribunales internos<sup>61</sup> a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Hasta aquí reconstruye su propia práctica enfatizando (o ¿sobreactuando?) el uso del derecho comparado proveniente de los Estados de la región interamericana. Sin embargo, lo novedoso y, a su vez, lo que debería marcar una alerta argumentativa, es la lectura que realiza de la práctica de su par el Tribunal Europeo quien “ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir para especificar el contexto de un determinado tratado”<sup>62</sup>.

¿Por qué la alerta argumentativa? Esta alarma debería estar siempre presente. Pero aún más cuando el uso del argumento de derecho comparado es débil porque encubre, según quiero sostener, un salto argumentativo. ¿Cuál debe ser nuestra preocupación, desde el punto de vista de la argumentación? Cuando un tribunal de derechos humanos se ampara bajo una fórmula hueca para evadir la argumentación. Esa fórmula hueca aparece cuando el TEDH apela a la falta de consenso de los Estados sobre una cuestión para reconocerle un margen de maniobra a los Estados, por ejemplo, para deliberar si quieren o no seguir discriminando. Justamente en este salto argumentativo ha caído el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en

considerable de Estados partes de la Convención Americana ha adoptado disposiciones constitucionales reconociendo expresamente el derecho a un medio ambiente sano.”

<sup>61</sup> Caso Artavia Murillo, párr. 245 con referencias a los casos *Heliodoro Portugal vs. Panamá* y *Tiu Tojín vs. Guatemala*, para enfatizar que la Corte “tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el Caso *Anzualdo Castro Vs. Perú*, la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son los casos *Atala Riffó y Niñas vs. Chile* y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.” Sin embargo, las referencias en el caso Atala a la jurisprudencia de los tribunales internos de la región se limitó a los casos de Colombia y México; y más allá de América Latina a los de Canadá y EEUU, como se advirtió en el texto de este trabajo.

<sup>62</sup> Caso Artavia Murillo, párr. 245.



la posición mayoritaria, en el caso *Kopf y Schalk vs. Austria* sobre discriminación por orientación sexual por falta de reconocimiento en ese Estado del matrimonio entre personas del mismo sexo. El voto de la mayoría del TEDH en el caso *Kopf y Schalk vs. Austria* sostiene que no existe aún consenso en el derecho europeo sobre la falta de habilitación para el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Aplica el margen de apreciación de los Estados para dejar de examinar si la no inclusión del matrimonio igualitario en el derecho común austríaco, que aún no habilita el matrimonio entre dos personas del mismo sexo<sup>63</sup>, es discriminatorio<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Caso *Schalk y Kopf vs. Austria*. TEDH, 24/06/2010, El Tribunal en su posición mayoritaria concluye que no hubo violación del derecho al matrimonio por parte del Estado austríaco. En este punto, es más convincente el voto en disidencia de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens, quienes critican a la posición mayoritaria en tanto no analizaron si en el caso el Gobierno austríaco había incurrido en un accionar discriminatorio, evadiendo la cuestión a través del reconocimiento al Estado de un margen de apreciación. Los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens sostienen que en tanto el Estado no dio argumento para sostener el trato desigual, entonces, no sería posible escudarse en el margen de apreciación, “de hecho, sólo en caso de que las autoridades nacionales ofrezcan fundamentos de justificación, la Corte puede interpretar, teniendo en cuenta la presencia o la ausencia de un enfoque común [entre las legislaciones de los estados partes], que están mejor ubicados que ella para tratar eficazmente la cuestión”, párr. 8. *Queda claro que el margen de apreciación de los Estados no es una razón de peso suficiente para justificar una diferencia de trato ni menos aún para ser la primera y única ratio*. v. Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M., “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, *La Ley*, 2010; Hodson, L., “A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria”, *Human Rights Law Review*, 11, 1, 2011; Lau, H., “Rewriting Schalk and Kopf: shifting the locus of deference”, en Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, pág. 251.

<sup>64</sup> Examina la cuestión del derecho a contraer matrimonio, art. 12 CEDH, Bribosia, E. *et al.*, “Same-Sex Marriage. Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the U.S. Experience”, *Berkeley Journal of International Law*, 32, 1, 2014.

De regreso al caso Atala, encontramos que el Estado chileno argumentó que no existía consenso entre los derechos de los Estados del SIDH sobre la orientación sexual como una categoría de discriminación prohibida. El Estado chileno utiliza aquí la estrategia argumentativa del TEDH: si falta consenso entonces existe un margen de apreciación para los Estados de la región. Adelantamos: esta estructura argumentativa presenta dos problemas. El primero interno a la misma estructura: ¿cómo se calculan los consensos? ¿Cuántas convergencias de prácticas se requiere para hablar de consenso? ¿Es una cuestión aritmética o basta con que se trate de una tendencia? El segundo problema es el más importante y ataca la legitimidad del uso de la estructura argumentativa: no se trata de la mera acumulación de adhesiones (cuestión de hecho) sino de por qué debe aceptarse —o no— esa falta de convergencia de prácticas como algo común y, a su vez, como un argumento de peso para justificar un trato desigualitario, en última instancia esa era la cuestión que se estaba debatiendo.

La Corte IDH debilita con *buenas razones*, en forma concisa y clara, el argumento de la falta de consenso alegado por el Estado chileno. La Corte IDH le marca al Estado un salto argumentativo en su razonamiento: porque aun cuando existan normas y prácticas discriminatorias al interior de los Estados, de ahí no se sigue que estas deban ser. Es decir, la interpretación de la CADH es una cuestión normativa de deber ser en la que hay que argumentar y justificar<sup>65</sup>.

No se trata solo de verificar adhesiones o no a determinadas instituciones o interpretaciones, sino de argumentar. Es decir, de dar razones de por qué o no esas prácticas que se verifican o no en los Estados de la región deben ser consideradas como relevantes en la argumentación para examinar si el Estado cumplió o no con las obligaciones de respetar, garantizar y proteger. Esta última es la posición

<sup>65</sup> V. Letsas, G., “The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and Legitimacy”, en Ulfstein, G., Follesdal, A. *et al.* (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge, Cambridge UP, 2013, sobre la interpretación de una convención de derechos humanos desde la teoría interpretativa del ‘moral reading’ propuesta por Dworkin.

acertada que toma la Corte IDH cuando contesta al Estado de Chile y afirma que esta es una cuestión de obligaciones y, así, se niega a aplicar el llamado margen de apreciación de los Estados:

En lo que respecta al argumento del Estado de que para la fecha de emisión de la sentencia de la Corte Suprema no habría existido un consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación, la Corte resalta que la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido... El hecho de que esta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana<sup>66</sup>.

En suma, no existe margen de apreciación de los Estados para discriminar por orientación sexual. Nuevamente la discriminación por orientación sexual está proscripta como concluye la Corte IDH<sup>67</sup>.

## V. El efecto boomerang en el uso del argumento de derecho comparado

Cuando se abre la puerta del uso de derecho comparado aparece la tentación del efecto “combo”. Si se aplicó cierta jurisprudencia del TEDH, por qué no aplicar otra. O acaso se trata de seleccionar del cajón de las frutas las que más me gustan y dejar las que me disgustan (llamado “*cherry picking*”). De hecho, de la jurisprudencia del TEDH surge la estructura de la combinación argumentativa alegada por el

<sup>66</sup> Caso Atala, párr. 92.

<sup>67</sup> Caso Atala, párr. 91.

Estado chileno. El argumento de derecho comparado<sup>68</sup> con el llamado “margen de apreciación” de los Estados.

Esta relación no se da en forma contundente en la jurisprudencia de la Corte IDH. Este juego argumentativo, frecuente en la jurisprudencia del TEDH, ha ocasionado acaloradas disputas en la academia europea<sup>69</sup>. Como en forma clara y sintética lo ilustra Marisa Iglesias: por un lado, se la ha criticado por su uso estratégico y sin ánimo de construir una teoría coherente que dote de previsibilidad a su aplicación y evite a su vez las incoherencias; por su uso como una carcasa para obturar la argumentación de por qué una acción o una omisión estatal es violatoria o no de un derecho; por otro lado, se la ha defendido porque posibilita la flexibilidad argumentativa del TEDH para la construcción de la aceptabilidad de sus sentencias por los Estados y por permitir mostrar la pluralidad europea<sup>70</sup>.

El peor de los escenarios se podría manifestar si la Corte IDH hiciera uso de una suerte de préstamo descontextualizado. Existe un diálogo jurisprudencial fluido entre ambos tribunales. Esto se vislumbra, por ejemplo, en las recepciones cruzadas que hacen de sus respectivas jurisprudencias en la resolución de los casos; como así también en el intercambio que se produce entre ambos tribunales por

<sup>68</sup> Sobre los (nuevos) usos del argumento de derecho comparado por los tribunales, Wendel, M., *op. cit.*; Bobek, M., *op. cit.*

<sup>69</sup> Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford UP, 2012; Rivers, J., “Proportionality and Discretion in International and European Law”, en Tsagourias, N. (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge UP, 2007, pág. 107; Yutaka, A.-T., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2001; Valiña, L., “El margen de apreciación de los estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Courtis, C. (ed.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, del Puerto, 1997.

<sup>70</sup> V. Iglesias Vila, M., “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, 2013, [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf).

medio de estancias de prácticas profesionales cruzadas que el personal de apoyo de uno de esos tribunales realiza en el otro<sup>71</sup>. Hasta aquí no hay advertencia y esto parece ser parte del fenómeno del llamado “diálogo jurisprudencial” entre diferentes tribunales.

La advertencia surge si se pierden de vista *los contextos de los casos* que resuelve cada tribunal. El TEDH y la Corte IDH son dos tribunales regionales de protección de los derechos humanos, esta es una similitud obvia<sup>72</sup>. Sin embargo, la metodología de aplicación de los derechos no es similar. En el TEDH está estandarizado el uso del examen de proporcionalidad. En la Corte IDH se empieza a aplicar con mayor frecuencia a partir de fines del SXX, pero no es (ni debe ser) el método único de resolución de los conflictos entre derechos<sup>73</sup>. ¿A qué se debe esta diferencia? Esto obedece a los tipos de casos que llegaron a la Corte IDH, los cuales responden a la historia del sistema. Si bien la hipótesis referida a los tipos de casos fue anunciada en otros trabajos<sup>74</sup>, no fue explorada en relación con la conjunción argumentativa conformada por: el examen de proporcionalidad, el margen de apreciación y el argumento de derecho comparado.

El sistema interamericano cobra legitimidad por investigar y condenar a los Estados respecto de violaciones masivas a los derechos humanos<sup>75</sup>

<sup>71</sup> Esto surge de entrevistas informales que mantuve con informantes claves a los efectos de bosquejar el proyecto en el que se enmarca el presente artículo.

<sup>72</sup> Sobre los casos similares en los estudios de derecho comparado, Hirschl, R., “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005.

<sup>73</sup> V. Burgourgue-Larsen, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12, 1, 2014; Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Capaldo, G., Clérico, L. et al. (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012b.

<sup>74</sup> Harris, D. J. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights* Clarendon Press, Oxford, 1998.

<sup>75</sup> Sobre la historia del sistema, v. Burgourgue-Larsen, L. y Ubeda de Torres, A. (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary* Oxford UP, Oxford, 2011; Pasqualucci, J., *The Practice and Procedure of the*

en los que no corresponde otorgar a los Estados perpetradores ningún margen de apreciación. Estos casos responden a un “patrón tradicional” de violación de los derechos<sup>76</sup>. En los “casos tradicionales” el modelo de aplicación dominante fue el de la subsunción. Los hechos de estos casos conforman “un patrón tradicional” de violación de los derechos. Se trata de un accionar estatal, generalmente, por acción comisiva que implica violaciones claras y extremadamente graves a la dignidad y/o el derecho a la vida y/o a la integridad. Se trata en fin de desaparición forzada de personas, de ejecuciones arbitrarias, de detenciones arbitrarias, de violación al debido proceso y derecho de defensa en contextos de dictaduras militares o de gobiernos democráticos que por acción u omisión permiten ese accionar de fuerzas de seguridad estatales o paraestatales. Estos casos pueden ser caracterizados también como casos fáciles (no por ellos menos trágicos). Las violaciones caen sin problemas de interpretación de normas ni de hechos en el antecedente de la norma<sup>77</sup>. En todo caso lo difícil es hallar o preservar parte de la prueba, por ejemplo, la vida de los testigos como ejemplos de supuestos extremos. Estos casos predominantes en la década de los 80 y 90 no han dejado de llegar a la Corte IDH, sino que en todo caso ha cambiado su modalidad.

Sin embargo, con mayor frecuencia llegan a la Corte IDH casos que develan un “patrón nuevo”<sup>78</sup>, son casos que hablan de conflictos entre derechos<sup>79</sup> reconocidos en la misma Convención: ambos aspiran al mayor desarrollo posible y no soportan la realización del otro en el espacio de convergencia en que chocan. Al respecto, el

*Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge UP, 2006; Pinto, M., *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, del Puerto, 2008.

<sup>76</sup> En este sentido el caso paradigmático sigue siendo “Velázquez Rodríguez”, v.: <http://www.corteidh.or.cr/>

<sup>77</sup> Legg, A., *op. cit.*

<sup>78</sup> *Cf.* voto concurrente de García Ramírez, en caso Tibi vs. Ecuador, Corte IDH, 2004, párr.7-9.

<sup>79</sup> Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*

caso paradigmático es “Kimel”<sup>80</sup> como conflicto entre el derecho a la libertad de expresión de un historiador-periodista y el interés de un juez de proteger su derecho a la honra frente a la crítica recibida por su actuación. La Corte resuelve el conflicto “a través de un juicio estricto de proporcionalidad”<sup>81</sup>. Esta es la fórmula de la proporcionalidad desarrollada especialmente por la dogmática alemana y que la Corte IDH adopta como fórmula en su jurisprudencia<sup>82</sup>, por lo menos, en la que va desde “Kimel”<sup>83</sup>. En el conjunto de estos nuevos casos aparecen los relacionados con las nuevas demandas de igualdad: por género, orientación sexual, por situación de discapacidad, de migración, entre otros. Estos casos hablan de desigualdades de trato profundas. La novedad de los casos no está dada porque no existieran como injusticias en la región, sino que recién a partir del 2000 se hacen visibles para la Corte IDH por los casos que le empieza a mandar la Comisión IDH para que resuelva. Merced a estos casos la Corte IDH se encuentra desarrollando el examen de igualdad en la modalidad del principio antidiscriminatorio, de la desigualdad estructural por falta de distribución y reconocimiento; de la desigualdad indirecta.

<sup>80</sup> “Kimel, Eduardo v. República Argentina”, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 02/05/2008.

<sup>81</sup> Para resolver el caso concreto la Corte IDH aplica el examen de proporcionalidad y sus tres subexámenes, el de idoneidad, el de medios alternativos y el de proporcionalidad en sentido estricto. Kimel, *op. cit.*, párr. 58.

<sup>82</sup> Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *op. cit.*; Nogueira Alcalá, H., “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, 9, 1, 2011; Cayuso, S., “Corte Interamericana de Derechos Humanos. El principio de legalidad y el principio de razonabilidad”, *Jurisprudencia Argentina*, III, 2008.

<sup>83</sup> Antes usaba el examen en la versión del examen de razonabilidad, por ejemplo, v. Corte IDH, Opinión Consultiva sobre colegiación de periodistas: esta fórmula de razonabilidad se parece más al *test* del escrutinio estricto que al examen de proporcionalidad en sentido amplio. Aunque ver retroceso en *Mémoli vs. Argentina*, Corte IDH (2013).

En esta nueva línea jurisprudencial de casos, cada vez más frecuente, se aplica el examen de proporcionalidad o el examen de igualdad. Por ahora no ha sido frecuente su combinación con el llamado margen de apreciación estatal<sup>84</sup>; no ha sido frecuente que la Corte IDH se plantee como problema qué tan deferente o no debe ser al desarrollo normativo e interpretativo sobre los derechos que se están dando en cada uno de los Estados de la región en los casos concretos. Reiteramos: esto se debió al tipo de violaciones de derechos humanos que resolvió, y esta inercia perdura aún hoy en la forma en que se encara el tratamiento de los casos nuevos<sup>85</sup>.

Sin embargo, de cara a los procesos (en diferentes grados) de consolidación de la democracia en la región<sup>86</sup>, algunos Estados alegan que se les reconozca un margen de apreciación para el desarrollo interpretativo de los derechos. Este argumento es recurrente en la jurisprudencia del TEDH y su aplicación en relación con el examen de proporcionalidad e igualdad es variada y confusa<sup>87</sup>. Asimismo, en algunos contextos de casos emerge en relación con el argumento de derecho comparado. El TEDH se pregunta cuál es el desarrollo normativo que ha tenido un derecho en cada uno de los Estados de la región, si encuentra una suerte de mínimo común denominador; resulta, ni más ni menos, el llamado “derecho común europeo”. Entonces, basándose en una suerte de “consenso normativo” se siente más legitimado, por ejemplo, para reducir (según el caso) el margen de apreciación del Estado demandado y aplicar un examen de proporcionalidad intensivo. Si no fuera el caso, entonces es probable que le reconozca un mayor margen de apreciación al Estado

<sup>84</sup> Legg, A., *op. cit.*

<sup>85</sup> V., sin embargo, *Mémoli vs. Argentina*, Corte IDH (2013).

<sup>86</sup> Gargarella, R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, 2013, [www.law.yale.edu](http://www.law.yale.edu), [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf); Spano, R., “Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Journal*, 14, 3, 2014.

<sup>87</sup> V. Legg, A., *op. cit.*; García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra, Civitas-Thomson Reuter, 2010; Iglesias Vila, M., *op. cit.*



demandado y no desarrolle el examen de proporcionalidad e igualdad en su plenitud argumentativa. Este juego de relaciones no siempre es claro, en algunos casos parece usarlo de forma estratégica ocultando los criterios de aplicación. Razón por la que ha sido objeto de análisis y crítica de la academia.

Aquí aflora la advertencia y el último paso argumentativo de este trabajo. Dado el fenómeno de diálogo entre ambos tribunales, puede ser probable que la Corte IDH en algunos casos se sienta tentada de copiar esta relación argumentativa entre examen de proporcionalidad/igualdad, margen de apreciación y argumento de derecho comparado como se desarrolla en la jurisprudencia del TEDH (que reiteramos en algunos casos es utilizada por razones estratégicas para no proseguir con el desarrollo argumentativo que amerita la cuestión del caso, lo que implica un claro déficit de argumentación). Por ello, se justifica explorar la relación entre la aplicación del examen de proporcionalidad y de igualdad, el margen de apreciación estatal y el argumento de derecho comparado en la jurisprudencia del TEDH<sup>88</sup> y en la jurisprudencia de la Corte IDH para establecer similitudes y diferencias. Todo ello para justificar por qué la Corte IDH tiene que sostener una actitud de alerta argumentativa para no perecer frente a la tentación de la copia irreflexiva de una estrategia de evasión argumentativa. La Corte IDH dio pruebas de no haber sucumbido frente a la primera tentación presentada por el Estado chileno en el caso Atala. Respondió con muy buenas armas argumentativas a este embate, con el estándar que Parra Vera y Huber logran sintetizar bajo la exigencia

<sup>88</sup> En el ámbito del sistema europeo de derechos humanos estudian esta relación, entre otros: Helfer, L.R., "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", *Cornell International Law Journal*, 23, 1, 199; Benvenisti, E., "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", *Journal of International Law and Politics*, 31, 4, 1999; Murray, J. L., "Consensus: Concordance, or Hegemony of Majority", *Dialogue between judges*, Strasbourg, European Court of Human Rights and Council of Europe, 2008; Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford UP, 2009; Dzehtsiarou, K., "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights", *German Law Journal*, 12, 10, 2011.

de “una argumentación lo más rigurosa y exhaustiva posible”<sup>89</sup>. La Corte IDH no evade justificar<sup>90</sup> por qué no debe reconocer al Estado

<sup>89</sup> Parra Vera, O. y Huber, F., “Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso Atala Riffo y Niña”, en von Bogdandy, A., Piovesan, F. et al. (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.

<sup>90</sup> El/la evaluador/a anónimo me propone un tema que debería abordarse en el artículo y que resume en las siguientes preguntas: “¿cuál debe ser el rol de un tribunal regional de derechos humanos? ¿Debe funcionar como una especie de tribunal constitucional regional? ¿Debe tener un rol más subsidiario?” Interpreta que la conveniencia o inconveniencia de algunos de los usos del derecho comparado que identifiqué en el trabajo exige previamente responder la pregunta sobre el papel del tribunal en la región. “La crítica al argumento de la deferencia basada en la falta de consenso presupone una cierta concepción de un tribunal de derechos humanos regional.” El tema es interesante; sin embargo, disintimos en cuanto al enfoque. Mi acercamiento a los usos del derecho comparado es en relación con el problema que encierra el caso. Es un acercamiento desde el problema. En este caso la cuestión de discriminación. Desde allí identifiqué las funciones con las que el tribunal utiliza el argumento de derecho comparado. Mi objetivo en este trabajo no es desarrollar en profundidad el papel que debe jugar el tribunal en el uso de derecho comparado en general y abstracto. Mi enfoque sostiene la perspectiva del problema. El/la evaluadora parece presuponer en su pregunta otro enfoque, uno más top-down (por llamarlo de algún modo), es decir, pretende que primero se desarrolle una teoría del papel del tribunal en la región y que desde ahí se juzgue la conveniencia o inconveniencia del uso del argumento de derecho comparado. Insisto este no es el enfoque escogido. A pesar de ello, no evado trabajar en relación con el problema el papel del tribunal en la región. Existen diversas propuestas sobre el papel de la Corte IDH en la región, sobre cómo pensar las relaciones entre el sistema constitucional de los Estados y la Corte IDH. Así, se habla de un papel “subsidiario” de la Corte IDH, o uno “complementario” o uno interactivo (retroalimentación) [Nash Rojas, C., “Relación entre el sistema constitucional y el sistema internacional en materia de derechos humanos”, en Capaldo, G., Clérico, L. et al. (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012]. Sostengo en el trabajo que la Corte IDH debe considerar los desarrollos legislativos y jurisprudenciales de la región; sin embargo, la mayor o menor convergencia de esos desarrollos no es por sí sola un argumento para justificar que el tribunal

chileno un margen de apreciación y por qué la falta de consenso sobre la materia no puede alegarse con éxito para evadir el cumplimiento de la obligación de no-discriminación en perjuicio del colectivo LGBTTI. Veamos. No hay margen de apreciación de los Estados en el caso (aunque no haya consenso en las prácticas de los Estados) porque: a) la orientación sexual de las personas es una cuestión central de la construcción de la identidad<sup>91</sup>; b) por el ejercicio del derecho a la construcción de la identidad desde orientaciones sexuales que no encajan con la dominante, las personas del colectivo LGBTTI han sido discriminadas histórica y estructuralmente<sup>92</sup> y las consecuencias de esas prácticas persisten en la actualidad<sup>93</sup> incluso bajo el uso de estereotipos<sup>94</sup>; c) el colectivo LGBTTI no se encuentra en igualdad de condiciones para desterrar las prácticas discriminatorias en el ámbito legislativo, judicial, laboral, entre otros.

En suma, aquí la Corte IDH empieza a andar los pasos de la construcción de una teoría integrada de la tensión que implica el uso del argumento de derecho comparado combinado con la pretensión estatal de que se le reconozca un margen de apreciación para interpretar la CADH y las consecuentes obligaciones que surgen de ellas. Las primeras puntadas de esta teoría en construcción contienen tres elementos y en clave de abstracción dice: la doctrina del margen

evada tratar las sinrazones del supuesto de discriminación. Supongo en este trabajo un rol dialógico (de interacción) de la Corte IDH en la región que bajo ningún supuesto puede implicar evadir la argumentación.

<sup>91</sup> Caso Atala párr. 57 con cita de *Clift vs. Reino Unido* y del caso *Salgueiro da Silva Mouta*.

<sup>92</sup> Caso Atala, párr. 267.

<sup>93</sup> El ejercicio de su identidad sexual les cuesta la vida, la integridad física o psíquica, la reducción de las posibilidades de trabajo o la pérdida del trabajo, para un mayor detalle v. las citas al pie de página en el párr. 92 del Caso Atala con referencia a informes de la ONU. Además, prueba de las consecuencias que la discriminación alcanza en el caso de la Sra. Atala es que le quitan la tenencia de sus hijas porque empezó a convivir con una mujer (no hubiese ocurrido lo mismo si su pareja hubiese sido un varón); en fin, Atala es “sancionada” porque su orientación sexual no responde a la dominante.

<sup>94</sup> Caso Atala, párr. 92.

de apreciación combinada con la falta de consenso de las prácticas comparadas del estado de la región no es aplicable en los casos en que se trata: a) de una restricción intensiva a los derechos por referirse a una cuestión central del plan de vida de una personas, de su orientación sexual o identidad y b) por el ejercicio de ese derecho las personas son discriminadas en forma histórica y estructural y c) esto repercute en desmedro de las posibilidades reales de participación para desterrar esa discriminación contra el colectivo. Estos tres elementos hablan de una combinación potente para derrotar el uso estratégico del margen de apreciación: derechos, más igualdad, más democracia<sup>95</sup>. Por supuesto, desarrollar esta teoría integrada no es una tarea sencilla. Incluso requiere un desarrollo pormenorizado en relación con el derecho y/o faz de la igualdad que se encuentre restringido. Sin embargo, consideramos que están dadas las primeras puntadas.

## VI. Conclusiones

En general, la Corte IDH en el caso Atala realiza un examen de igualdad desde la concepción del principio antidiscriminatorio, en dos pasos. El uso de la orientación sexual para discriminar en desmedro de las personas del LGBTTI está prohibido en forma definitiva por la Convención. Respecto de lo que resta de la argumentación desplegada por el Estado, estas deben ser sometidas a un escrutinio bien estricto. Esto es un avance porque despeja las dudas sobre a qué tipo de examen deben ser sometidas las normas e interpretaciones de

<sup>95</sup> El/la evaluador/a anónimo/a apunta que no queda claro si critico el argumento de la “falta de consenso” en general o solamente aplicado a casos de discriminación. Continúa sosteniendo que: “[si la crítica está limitada a los supuestos de discriminación, le parece que] está muy bien fundamentada. Pero si la crítica pretende ser más amplia me genera algunas dudas. La idea de que debe haber menos deferencia cuando existe un cierto consenso general respecto de la interpretación de los alcances de un derecho me parece una idea acertada si uno parte de la premisa de que el rol de un tribunal de derechos humanos es subsidiario.” En este trabajo me limito a los supuestos de discriminación. Poner a prueba mi hipótesis en relación con otros supuestos forma parte de un proyecto de largo aliento y de futuros trabajos.

normas que discriminan por la orientación sexual en desmedro de las personas LGBTTI. En el desarrollo de este doble estándar la Corte IDH utiliza el argumento de derecho comparado con dos sentidos que puede presentar tensiones. La Corte IDH enfrenta en el caso la tensión respondiendo con razones, aplicando —insistimos— lo que Parra Vera y Huber proponen llamar “una argumentación lo más rigurosa y exhaustiva posible”<sup>96</sup>.

Sin embargo, siguen aun siendo muy poco explorados los usos del argumento de derecho comparado por la Corte IDH. ¿Se interpreta la Corte IDH como parte de una comunidad ampliada que comparte la importancia del respeto por los derechos humanos y el principio anti-discriminatorio?, ¿esa comunidad estaría conformada, entre otros, por los órganos regionales e internacionales de protección de los derechos humanos? ¿Puede ser caracterizada como una comunidad de habla? ¿La pertenencia a esa comunidad implica dialogar con los argumentos que circulan en esos espacios? ¿Cuál es la relevancia que adquiere en esta circulación el precedente que produce el sistema europeo, el sistema de protección universal, los tribunales de los Estados del Sistema Interamericano, entre otros? ¿Cuáles son los criterios desarrollados por la Corte IDH para seleccionar, procesar, interpretar, aplicar el precedente del TEDH y a la inversa? ¿Qué lugar ocupa o debería ocupar la historia del SIDH en esa comunidad de habla? ¿Es esa especificidad del SIDH relevante para desalentar la recepción como una suerte de combo de la relación argumentativa del margen de apreciación más el derecho común europeo por la Corte IDH en tanto ha sido utilizada para evadir la justificación de una sentencia? ¿Necesitamos una teoría integrada del uso del argumento de derecho comparado por la Corte IDH que sea consciente de las tensiones que plantean sus usos diversos?

<sup>96</sup> Parra Vera, O. y Huber, F., *op. cit.*

## Bibliografía

- Arango, R., “Constitucionalismo Social Latinoamericano”, en von Bogdandy, A., *et al.* (eds.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México U.N.A.M, 2012.
- Barak, A., “A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy”, *Harvard Law Review*, 116, 2002.
- Benvenisti, E., “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards”, *Journal of International Law and Politics*, 31, 4, 1999, págs. 843-854.
- Bobek, M., *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, Oxford UP, 2013.
- Böhmer, M., “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”, en Gargarella, R. (ed.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires Abeledo-Perrot, 2008.
- Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting judgments of the ECHR*; Cambridge, Cambridge UP, 2013.
- Bribosia, E., *et al.*, “Same-Sex Marriage - Building an Argument before the European Court of Human Rights in Light of the U.S. Experience”, *Berkeley Journal of International Law*, 32, 1, págs. 1-43, 2014.
- Burgourgue-Larsen, L., *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Porrúa, 2013.
- Burgourgue-Larsen, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, 12, 1, págs. 105-161, 2014.
- Burgourgue-Larsen, L. y Ubeda de Torres, A. (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights. Case-Law and Commentary*, Oxford, Oxford UP, 2011.
- Cayuso, S., “Corte Interamericana de Derechos Humanos. El principio de legalidad y el principio de razonabilidad”, *Jurisprudencia Argentina*, III, pág. 264, 2008.

- Choudhry, S., “Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, 74, 3, 1999, págs. 819-892.
- Clérico, L., “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Clérico, L., “Impacto del caso Atala. Posibilidades y perspectivas”, en von Bogdandy, A., et al. (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012a.
- Clérico, L., “Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Capaldo, G., et al. (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012b.
- Contesse, J., “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, <http://www.law.yale.edu>, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Sp\\_20130401.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf).
- Dzehtsiarou, K., “European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal*, 12, 10, 2011, págs. 1730-1745.
- Dzehtsiarou, K. y Lukashevich, V., “Informed Decision-Making: The Comparative Endeavours of the Strasbourg Court”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 30, 3, 2012, págs. 272-298.
- Filippini, L., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1, 2007, págs. 191-202.
- Fraser, N., *Escalas de justicia*, Barcelona, Herder, 2008.
- García Roca, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Navarra, Civitas-Thomson Reuter, 2010.

- Gargarella, R., “Injertos y Rechazos: Radicalismo Político y Transplantes Constitucionales en América”, <http://www.law.yale.edu>, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella\\_Spanish\\_.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/RobertoGargarella_Spanish_.pdf).
- Gargarella, R., “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, 2013, <http://www.law.yale.edu>, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Gargarella\\_CV\\_Sp\\_20120924.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Gargarella_CV_Sp_20120924.pdf).
- Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2011.
- Glensy, R. D., “Which Countries Count?: Lawrence v. Texas and the Selection of Foreign Persuasive Authority”, *Virginia Journal of International Law*, 45, 2005, págs. 357-449.
- Góngora Mera, M., *Inter-American Judicial Constitutionalism*, San José de Costa Rica, IIDH, 2011.
- Harris, D. J. y Livingstone, S. (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*; Oxford, Clarendon Press, 1998.
- Helfer, L. R., “Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights”, *Cornell International Law Journal*, 23, 1, 1993, págs. 133-166.
- Hiller, R., “Matrimonio igualitario y espacio público en Argentina”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Hirschl, R., *Toward Juristocracy*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 2004.
- Hirschl, R., “The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law”, *American Journal of Comparative Law*, 53, 2005.
- Hodson, L., “A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria”, *Human Rights Law Review*, 11, 1, 2011, págs. 170-179.
- Iglesias Vila, M., “Una doctrina del margen de apreciación estatal para el CEDH: En busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional”, 2013, [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf).



- Jackson, V., “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”, *Harvard Law Review*, 119, 2005, págs. 109-128.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Herrera, M., “El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal”, *La Ley*, 2010, págs. 3-17.
- Lau, H., “Rewriting Schalk and Kopf: shifting the locus of deference”, en Brems, E. (ed.), *Diversity and European Human Rights*, Cambridge Cambridge UP, 2013, págs. 243-264.
- Law, D., “Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy”, *University of Pennsylvania Law Review*, 163, 4, 2015, págs. 927-1036.
- Legg, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford UP, 2012.
- Letsas, G., *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford UP, 2009.
- Letsas, G., “The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and Legitimacy”, en Ulfstein, G., et al. (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge Cambridge UP, 2013, págs. 106-141.
- Menajovsky, S., “El Derecho a la Identidad de Género en Argentina: Su contexto, originalidad y necesidad de su difusión global”, 2014, <http://www.law.yale.edu>, <http://www.law.yale.edu/intellectuallife/18360.html>.
- Meuwese, A. y Snel, M., “Constitutional Dialogue: An Overview”, *Utrecht Law Review*, 9, 2, 2013, págs. 123-140.
- Morales Antoniazzi, M., “La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas”, en von Bogdandy, A., et al. (eds.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo direito público*, México U.N.A.M., 2013.
- Murray, J. L., “Consensus: Concordance, or Hegemony of Majority”, *Dialogue between judges*, Strasbourg European Court of Human Rights and Council of Europe, 2008.

- Nash Rojas, C., “Relación entre el sistema constitucional y el sistema internacional en materia de derechos humanos”, en Capaldo, G., *et al.* (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- Neumann, G., “Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights”, *European Journal of International Law*, 19, 1, 2008, págs. 101-123.
- Nogueira Alcalá, H., “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, 9, 1, 2011, págs. 119-156.
- Parra Vera, O. y Huber, F., “Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso Atala Riffo y Niña”, en von Bogdandy, A., *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, págs. 167-208, 2012.
- Pasqualucci, J., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge UP, 2006.
- Pecheny, M. y de la Dehesa, R., “Sexualidades y políticas en América Latina: el matrimonio igualitario en contexto”, en Clérico, L. y Aldao, M. (eds.), *Matrimonio Igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.
- Pinto, M., *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, del Puerto, 2008.
- Piovesan, F., “Prohibición de la discriminación por orientación sexual en los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos europeo e interamericano”, en von Bogdandy, A., *et al.* (eds.), *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012, págs. 1-26.
- Puga, M. y Lanusse, M., “El regreso del Búmeran. Los préstamos del derecho extranjero; ese debate que invitó, cual morada hospitalaria, a nuestras ‘otras’ preguntas”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 10, 1, 2009, págs. 171-209.

- Rivers, J., “Proportionality and Discretion in International and European Law”, en Tsagourias, N. (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge UP, 2007.
- Ronconi, L. y Aldao, M., “Una oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Karen Atala e hijas contra el Estado de Chile”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 3, 2011, págs. 262-276.
- Rosenkrantz, C., “Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2003, págs. 269-295.
- Saba, R., “El Principio de Igualdad en el Diálogo entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G., et al. (eds.), *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- Saunders, C., “Judicial Engagement with Comparative Law”, en Ginsburg, T. y Dixon, R. (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham/Northampton Edward Elgar Publishing, 2011, págs. 571-598.
- Spano, R., “Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Journal*, 14, 3, 2014.
- Teitel, R., *Transitional Justice*, New York, Oxford UP, 2002.
- Timmer, A., “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 11, 4, 2011, págs. 707-738.
- Tushnet, M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton UP, 2008.
- Valiña, L., “El margen de apreciación de los estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Courtis, C. (ed.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, del Puerto, 1997, págs. 173-198.

- von Bogdandy, A., “Founding Principles”, en von Bogdandy, A. y Bast, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, págs. 11-54.
- von Bogdandy, A., *et al.*, *Igualdad y orientación sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*, México, Porrúa, 2012.
- von Bogdandy, A., *et al.* (eds.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos*, México, U.N.A.M., 2014.
- von Opiela, C., “Los mismos derechos con los mismos nombres. Una mirada sobre el matrimonio igualitario en Argentina y en el mundo”, en Solari, N. y von Opiela, C. (eds.), *Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ley 26618*, Buenos Aires La Ley, 2011, págs. 133-160.
- Wendel, M., “Comparative Reasoning and the Making of a Common Constitutional Law: EU-related Decisions of National Constitutional Courts in a Transnational Perspective”, *International Journal of Constitutional Law*, 11, 4, 2013, págs. 981-1002.
- Wildhaber, L., *et al.*, “No Consensus On Consensus? The Practice Of The European Court Of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 33, 7-12, 2013, págs. 248-263.
- Yutaka, A.-T., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford, Intersentia, 2011.

*Sección III*  
Discusiones:  
Libros



## Tragedia y Carácter Moral

Comentarios a *El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles* de Rocío Orsi

Guillermo Lariguet\*

Recibido: 14/7/14  
Revisiones: 06/10/14  
Aceptado: 20/10/14

**Resumen:** Tomando como hilo de Ariadna el libro de Rocío Orsi, *El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles*, en este trabajo me propongo una reflexión filosófica sobre cómo el carácter moral de un agente es afectado por una lectura trágica del mundo. Una tesis central del libro de Orsi afirma el valor conceptual que los textos trágicos de Sófocles tienen para los filósofos no solo del pasado sino del presente. Por este motivo, reconstruyo algunos de los rasgos conceptuales de las tragedias y conflictos trágicos. Discuto algunas formas que Orsi pone en marcha para encarar el análisis de las tragedias. A continuación, muestro qué solución intenta darle una ética aristotélica de la prudencia. Expongo algunos problemas teóricos que esta propuesta filosófica puede tener. En contra de Steiner y Hertmans, y a favor de la profundidad del

\* Investigador de Conicet, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Con mínima posterioridad a la aceptación de este trabajo para su publicación, la filósofa Rocío Orsi, de cuyo texto me ocupo en el presente trabajo, falleció en Madrid a los 38 años de edad. Rocío era una filósofa profunda y seria y de gran sensibilidad moral. Una preocupación central de su vida como tal estaba dada por la “fragilidad del bien”. Muy tempranamente corroboró con su dolorosa muerte esta inevitable fragilidad. Rocío: ahora estás en el aire, en el cielo, en el agua y en la tierra. Lamentablemente, te honro tardíamente con este artículo, pero espero continuar con tus preocupaciones filosóficas y ser, en lo posible, una persona buena y sensible como vos.

libro de Orsi, niego que el género literario de lo trágico esté muerto. También cuestiono que el análisis filosófico de la categoría conceptual “conflicto trágico” carezca de valor en el presente.

**Palabras clave:** tragedia, intransigencia, flexibilidad, conflictos de valores, prudencia.

**Abstract:** On the thread of Ariadne driver Rocío Orsi’s book, *The Knowledge of error. Philosophy and Tragedy in Sophocles*, in this paper I propose a philosophical reflection about the moral character of an agent when is affected by a tragic reading of the world. A central thesis of the book written by Orsi says that the tragic texts of Sophocles have a conceptual value to philosophers not only of the past but of the present. Therefore, I intend to rebuild some of the conceptual features of the tragedies and tragic conflicts. I discuss some ways in which the work of Orsi starts to address the analysis of the tragedies. Then, I try to show what solution tries to give an Aristotelian ethics of prudence. I discuss some theoretical problems that this proposal may have in philosophical domain. Contrary to Steiner and Hertmans, and in favor of the depth of the book written by Orsi, I deny that the literary genre of tragedy is dead. I also question the philosophical idea according to which conceptual category “tragic conflict” has no value in the present.

**Key words:** tragedy, intransigence, flexibility, value conflict, prudence.



## I. Introducción<sup>1</sup>

Permítaseme comentar cómo se gestó la redacción del presente trabajo. Aunque hace años estoy trabajando sobre el género de la tragedia y su vinculación con temáticas centrales de la filosofía moral, política y jurídica<sup>2</sup>, me encontré de pronto con el libro de la filósofa española Rocío Orsi, *El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles*<sup>3</sup> y mi interés por las tragedias encontró nuevas fuerzas tras su atenta y entusiasmada lectura. La verdad en “primera persona” es que encuentro en la tragedia una fuente de inspiración para la reflexión filosófica, la verdad “en tercera persona” es que la tragedia *realmente* proporciona fuentes inagotables para esa reflexión.

Se podría señalar que la tragedia no es solo reductible a un género literario que pertenece al pasado de la Grecia antigua y que con mayor o menor éxito trató de ser reinterpretado durante la modernidad<sup>4</sup> e

<sup>1</sup> Agradezco, en primer término, a Luciana Samamé por su sagaz intervención para mejorar este trabajo. En segundo lugar, a Adriana Musitano por su atenta lectura a un manuscrito anterior a esta versión. Este trabajo era más extenso pero, por razones metodológicas plausibles que me hizo ver René González de la Vega, fue dividido en dos trabajos relativamente independientes: el otro se titula “Tragedia y Política. Desde la Antígona de Sófocles a la Antígona Furiosa de Gambaro”. Asimismo, debo dejar constancia de que he sido muy beneficiado por las objeciones profundamente inteligentes de Juan Cruz Parceró, Gustavo Ortiz Millán y otras muy sustantivas —y no solo metodológicas— de René González de la Vega en el Seminario “Argumentación Jurídica y Ética” del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Los comentarios críticos del árbitro anónimo de *Discusiones* han sido también de innegable utilidad. Finalmente, mi agradecimiento al Dr. Bouvier que me permitió una nota muy personal sobre Rocío Orsi antes del desarrollo de mi artículo.

<sup>2</sup> Véanse, por ejemplo, mis libros *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2008 y *Encrucijadas morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, Madrid-México, Plaza y Valdés, 2011.

<sup>3</sup> Orsi, R., *El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles* Madrid-México, Plaza y Valdés, 2008.

<sup>4</sup> Véase Williams, R., *Modern Tragedy*, Broadview Press, 2006. Un rasgo de las tragedias clásicas (v. g. Grecia Antigua) es que están centradas en hombres

incluso en la contemporaneidad, sino que también es punto de arranque de la tematización filosófica. Más aún: no solo punto de arranque sino que engloba dentro de los textos literarios, propios de la tradición trágica, problemas filosóficos importantes. Es por este motivo que una tesis importante del libro de Rocío Orsi, tesis que comparto, es que las tragedias de Sófocles, objeto de su elucidación teórica, deberían ser incorporadas en forma “consciente” al *canon filosófico* y no quedar confinadas solo al literario.

Para la tematización propiamente filosófica que me propongo, me valdré principalmente de la obra citada de Rocío Orsi para exponer algunas cuestiones que demandan una claridad en el orden de ciertos conceptos que atraviesan el campo de la ética. Antes de explicitar cuáles son estos conceptos voy a afinar el objeto de mi tematización y reflexiones. En la obra citada, Rocío Orsi parece poner de manifiesto que en las tragedias los héroes o las heroínas tienen un rasgo de carácter preponderante, a saber, su “intransigencia”. Los personajes trágicos llevan sus conductas hasta las últimas consecuencias; consecuencias que conllevan destrucción, muerte, sacrificio inmensurable, aniquilación. En la lectura de Orsi, esta intransigencia explicaría, en cierta medida, la mala estrella y el *unhappy ending* de las tragedias. A esta imagen de hombres intransigentes se le podría contraponer otra forma de concebir el carácter moral, una forma que intentaría si no eliminar, al menos, aminorar o frenar a veces el carácter fulmíneo y deletéreo de lo trágico. Esta forma de concebir el carácter moral apunta, según Aristóteles, a la idea de que un rasgo de virtud moral es la prudencia o *phrónesis*, la cual, como la plomada de Lesbos, explica que el carácter del agente moral sea flexible, se ajuste o adapte a circunstancias imprevistas y difíciles<sup>5</sup>. Deponemos, pues, lo que

nobles y héroes, mientras que en las modernas los protagonistas son hombres, en principio, ordinarios.

<sup>5</sup> Desde un punto de vista diferente a la idea aristotélica de prudencia como remedio que permita escapar de la “inevitabilidad trágica”, se podría recordar la tesis canónica *sartreana* de que, incluso en situaciones extraordinarias como las tragedias, el hombre seguiría siendo “libre”, en tanto *ente* que se hace cargo de las decisiones que toma, decisiones adoptadas en forma cons-

metafóricamente podríamos denominar la intransigencia de la roca y nos dejamos acariciar por la flexibilidad del bambú.

La caracterización a la que acabo de referir incumbe a una forma de reconstruir el carácter moral del agente (enfaticando en su intransigencia o en su flexibilidad). La obra de Rocío Orsi también se plantea el rol de las tragedias como vehículo de presentación de formas complejas de *disenso político*; tema que por razones metodológicas de delimitación conceptual trataré en otro texto independiente.

El organigrama de este trabajo será el siguiente. En primer lugar, en la sección 2, delinearé algunos de los rasgos sobresalientes de cómo el plano moral es perfilado por los relatos trágicos. Primordialmente, en este trabajo pondré ejemplos tomados de tragedias clásicas (Esquilo, Sófocles, Eurípides), tragedias que curiosamente coinciden en parte con el auge de la edad de oro democrática de Pericles. A continuación, en la sección 3, manifiesto el tipo de problemas centrales que levanta la tragedia para la moralidad. Es menester aclarar, sin embargo, dos cuestiones metodológicas. La primera es que mis referencias asignarán privilegio epistémico<sup>6</sup> a las tragedias clásicas. La segunda cuestión es del siguiente talante: aunque la distinción entre moralidad y política es un fenómeno moderno, lo cual parece suponer una disociación analítica nítida entre el ámbito privado propio de la conducta moral y el ámbito público propio de las conductas políticas, en el mundo griego antiguo tal disociación tajante no existe. El *zoon humano* expone una vida privada cincelada a la luz de su participación en las cosas públicas; individuo y comunidad no son mónadas que se pretenden separar con firmeza.

Ahora bien, se podría decir, con George Steiner, que la tragedia *ha muerto*<sup>7</sup>. En vena semejante, pero con la *metáfora del silencio*, Stefan

ciente y responsable. No voy a discutir en este trabajo, empero, las complejas aristas de la evolución del concepto de libertad en Sartre, evolución que explicaría la tesis fuerte de que las tragedias no nos encaminan a resultados irresistibles e inevitables.

<sup>6</sup> Tal privilegio se fundamenta en que las mismas son elaboraciones complejas bien apoyadas en la tradición de reflexión estética y filosófica occidentales que han sobrevivido a los avatares del tiempo.

<sup>7</sup> Steiner, G., *La muerte de la tragedia*, México, FCE, 2012.

Hertmans<sup>8</sup> ha sostenido que la tragedia ha sido desplazada por un gesto *irónico* que desplegamos frente a lo terrible, descarnado, destructivo o altamente sacrificial de lo trágico. Frente a estas anotaciones fieles a las ideas de Steiner y Hertmans, en la sección 4 voy a plantear que sus tesis son doblemente controversiales. En primer lugar, porque aunque el “género literario” de las tragedias no tiene la fuerza intensa de la Grecia antigua o de la modernidad, siguen produciéndose obras trágicas en la contemporaneidad. Segundo, porque, con independencia del género literario, los conflictos trágicos todavía son una categoría de análisis conceptual potencial o concretamente aplicable a nuestro presente inmediato. En otras palabras, las afirmaciones de Steiner y Hertmanns no eliminan *in toto* la posibilidad conceptual o lógica de que nuestras democracias, sean parlamentarias o populistas, puedan experimentar lo que en este trabajo denominaré “conflictos trágicos”, conflictos en que dos pretensiones igualmente válidas pero inconciliables reclaman cumplimiento.

## II. Algunos rasgos sobresalientes de lo trágico

El género trágico, *qua* expresión literaria, es un fenómeno puramente *occidental*. Y en tanto que tal ha pasado por el envase de diversas teorías estético-morales (por ejemplo, en las reflexiones críticas de Platón en su *República* o en las más caritativas de Aristóteles en la *Poética*), y de teoría política (por ejemplo, a través del movimiento dialéctico en Hegel y su *Fenomenología del Espíritu* o en Maquiavelo y su preocupación por la fortuna y cómo esta podía conducir al *Príncipe* a priorizar unos valores por sobre otros), etc.

Hasta donde sé, ni el hinduismo, ni el budismo, ni el taoísmo tienen una mirada trágica sobre el mundo. Por ejemplo, para muestras sobra un botón. Cuando Arjuna tiene que enfrentarse a su familia y se siente internamente tensionado por dos cursos de acción incompatibles, la palabra de Krishna es decisiva y firme: “¡cumple con tu obligación!”, lo cual suponía despejar las incógnitas morales y enfrentarse a la

<sup>8</sup> Hertmans, S., *El silencio de la tragedia*, Madrid, Editorial Pre-Textos, 2009.

propia familia<sup>9</sup>. Uno podría pensar, así, que las tradiciones sufies o las hindúes como en el caso ejemplificado, o las budistas o zen con sus paradójicos *koans* no consideran que la acción esté condenada a ser trágica, no por lo menos en los términos angustiantes en que nos fueron legados por los griegos, para pasar luego a través de autores como Shakespeare, Hölderlin o Ibsen.

Aquí no será necesario repasar de manera pormenorizada todos los rasgos estéticos, psicoanalíticos y filosóficos que suscitan las tragedias. La literatura relevante es vasta a este respecto y suficientemente bien conocida por la *intelligentsia*.

Como indica el título de mi trabajo, y como puntalicé en la introducción, los personajes trágicos manifiestan una persistente intransigencia, una dureza que podemos predicar de las rocas. Es en esta misma constitución de carácter que se cuecen, en parte, los resultados funestos que acarrearán las tragedias.

Lo paradójico o inquietante para la teoría moral sería lo siguiente: son las propias virtudes morales del agente las que lo llevan al desastre. Dado que en la sección siguiente veremos algunos ejemplos clásicos de

<sup>9</sup> En el Bhagavad Gita (“El Canto del Señor”), pieza que forma parte del *Mahabharatha*, se plantean serios dilemas a Arjuna que son respondidos por Krishna. Por ejemplo, Arjuna dice. “¡Oh, Gran Señor, Krishna! ¿Por qué debo dar yo muerte a mis propios y más queridos amigos, maestros y familiares, por qué razón debo asesinarlos en el combate inminente?”; Krishna le responde: “Deja de lado, entonces, oh Arjuna, tu amargo pesar; concéntrate en cuál es tu único deber y abandona toda duda. Para un guerrero como tú, no existe un honor más grande que ser parte de un combate cuyo objetivo sea el restablecimiento de lo virtuoso”. En el *Bhagavad Gita*, Introducción y notas de Luis Benítez, Buenos Aires, Ediciones Lea, 2013; págs. 14 y 25. Por supuesto, la sentencia conminatoria “¡cumple con tu obligación!” no dice todavía si hay criterios independientes de lo que somos para determinar “cuál” es la obligación a seguir. Pero la respuesta de Krishna es que tal criterio sí existe y un hombre iluminado puede identificarlo. Esto le da sentido al aprendizaje espiritual que emprenderá Arjuna. Para un análisis diverso sobre el diálogo Arjuna-Krishna, y destacando la flexibilidad y sabiduría del razonamiento del héroe, véase Nussbaum, M., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*. The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, London, England, 2013.

esta zozobra moral a la que conducen las propias cataduras virtuosas de un agente moral, aquí voy a contentarme con trazar algunos de los rasgos con que se presenta lo trágico a nivel moral de la decisión de un agente. Los ejemplos que aparezcan en esta sección y en la siguiente servirán para iluminar mejor este desarrollo conceptual, a la vez, que permitirán completarlo.

Un primer aspecto que salta a la vista en las tragedias se vincula con la noción de conflicto de valores. En las tragedias aparecen por lo general dos grupos de valores que, al entrecruzarse, generan lo que los lógicos de normas suelen denominar —de manera algo incauta *a veces*— una contradicción deóntica<sup>10</sup>: no es posible hacer A y B, dado que ambas opciones son mutuamente excluyentes e incompatibles<sup>11</sup>. El problema es que ambas opciones tienen idénticas fuentes de validez, aunque dichas fuentes sean diferentes o, en el peor de los casos, mutuamente incomparables.

Desde Anaximandro y su prefiguración borrosa de conflictos cósmicos, pasando por Sófocles, a quien Rocío Orsi dedica un estupendo libro, hasta otros trágicos descollantes como Esquilo y Eurípides, en las tragedias se pone de manifiesto el solapamiento conflictivo de dos tipos de valores incompatibles. Por lo general, cada tipo de valor tiene tras de sí un rasgo *epocal* que termina en “clash” con los valores que empiezan a surgir en una nueva época. Si, por caso, la etapa épica homérica postula unos valores que entrarán en conflicto con los valores de la democracia periclea, entonces podemos estar ante las puertas de un conflicto trágico como el que comentaré más abajo con la historia de Áyax, de Sófocles.

<sup>10</sup> Digo de manera “algo incauta” porque una discusión filosófica previa es si conflictos internos en un agente moral se pueden reconstruir en forma inteligible simplemente como “contradicciones deónticas”. Un tratamiento de tales conflictos en términos de “deseos en pugna” exige una mirada conceptualmente más compleja que debe incluir una respuesta al escepticismo de que los deseos se traten en términos de contradicciones de tipo lógico.

<sup>11</sup> Véase Holbo, J., “Moral Dilemmas and the Logic of Obligation”, *American Philosophical Quarterly*, 2002; o también McConnell, T., “Moral Dilemmas”, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, <http://plato.stanford.edu/entries/moral-dilemmas/>.

Valores abstractos, como los que acabo de mencionar en el párrafo antecedente, tienen una incidencia en instancias prácticas diferentes; por ello, los valores homéricos subyacentes a un esquema bélico individualista y competitivo se opondrán frontalmente al tipo de valores subyacentes a los esquemas guerreros de los hoplitas, enfoque que presupone un talante democrático-igualitario y cooperativo entre los guerreros. De modo que no será sorprendente que valores arcaicos como la asimetría, el individualismo y heroísmo homéricos subyacentes a la tragedia de Áyax choquen descomunadamente con los valores igualitarios de la democracia que se vislumbran detrás de la premiación a Odiseo, donde lo que importa no es la fuerza de Áyax, sino la astucia de Odiseo (ya no vilipendiada como “debilidad” de una masculinidad en retirada) entendida como prudencia o phrónesis útil para conducir no solo la vida personal o privada sino también los destinos políticos de la polis en tiempos de paz o de guerra con los persas. Esta superposición de distintos tipos de valores puede dar como resultado otro rasgo comúnmente identificable en las tragedias: la ambigüedad moral que sobre todo experimentan los espectadores de las tragedias<sup>12</sup>. La ambigüedad se patentiza en el lenguaje de personajes que ponen como guías para su explicación y justificación de cómo actúan o deben actuar, y de sus percepciones y deliberaciones, valores contrastantes cuya conjunción lleva a una especie de encerrona. Estos cursos no se muestran unificados, sino fragmentados, fragmentación que se agrava si nos atenemos a la idea weberiana de una *guerra de dioses*<sup>13</sup>. Mientras que Apolo puede insuflar coraje a Orestes para que vengue en la persona de su madre Clitemnestra el crimen perpetrado por esta contra Agamenón, Atenea puede buscar la forma de no dejar pasar este matricidio y de instaurar formas benévolas (las Euménides) y no cruentas (las Erinias) de hacer justicia.

Dejando a un lado el pasado griego, situémonos ahora en una *mirada contemporánea* de los conflictos trágicos que puede experimentar

<sup>12</sup> Véase Williams, B., *Shame and Necessity*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1993, donde aparece tratado este aspecto.

<sup>13</sup> Puede verse Barberis, M., *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre pluralismo ético*, México, Fontamara, 2007.

un agente moral. Por ejemplo, pensemos en la *Decisión de Sofía* de Styron<sup>14</sup>. En este último caso, en la respuesta que finalmente el agente moral da a un conflicto trágico se puede hacer patente una psicología de la angustia por lo que no hubo más remedio que hacer o lo que no se pudo evitar o aquello para lo que ya es demasiado tarde para poder ser remediado. Esta psicología de la angustia se manifiesta en los sentimientos de pérdida, culpa, tristeza, remordimiento o vergüenza que puede experimentar el sujeto por la entidad de los males que tuvo que enfrentar<sup>15</sup>. En la antesala de estos sentimientos *ex post factum* que acabo de mencionar, los sentimientos (o pasiones si preferimos un término más spinozista) que pueden fungir de antesala de una tortuosa decisión, pueden ser —o son— los de ansiedad, fijación mental torturante, iracundia, melancolía, etc. A esta pintura emocional, se suma un rasgo de tipo epistémico: los trágicos, desde la antigüedad hasta el presente, parecen transmitir el patetismo de un pesimismo sobre la hechura del mundo. Según este pesimismo, el mundo es una masa de hechos que no se nos aparecen siempre en forma apta para la digestión racional. Más aún: el mundo es una argamasa confusa de precariedad, inestabilidad e imprevisión de lo que puede pasarnos. La (mala) fortuna puede torcer el rumbo que pensábamos podíamos imprimir a nuestras vidas, de un modo semejante a como trazamos una línea recta sobre el papel: la línea que va recta, puede bifurcarse, torcerse o terminar en una paralela cualquiera<sup>16</sup>. De modo que si el

<sup>14</sup> Que alude a la madre judía que conminada por un nazi debe decidir cuál de sus dos hijos, si el niño o la niña, se salvan de ir a la cámara de gas.

<sup>15</sup> Sobre esto hay una amplia literatura; para la filosofía moral es un clásico el tratamiento de Williams, B., “Conflicto de valores”, en *La fortuna moral*, México, UNAM, 1993; también Greenspan, P., *Practical guilt: moral dilemmas, emotions, and social norms*, Oxford, Oxford University Press, 1995; Nussbaum, M., *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*, Madrid, Antonio Machado libros, 2006; Alford, F., *The Psychoanalytic Theory of Greek Tragedy*, Yale, Yale University Press, 1992.

<sup>16</sup> Véase, por caso, Nussbaum, M., *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Chicago, Chicago University Press, 2001.



sujeto antiguo se cree pleno para florecer<sup>17</sup>, ese rumbo, y esa noción problemática que a falta de mejor nombre llamamos “identidad” moral, puede ser trastocada o sacudida de manera imprevista o brusca y con posibles repercusiones radicales. Edipo, rey brillante, buen gobernante de Tebas, que salvó la ciudad de una catástrofe, ahora es él mismo quien la lleva a la peste, a la contaminación, a su ruina. Una “purificación” requerirá que Edipo y su familia en pleno sean castigados. Y, para colmo de males, el conocimiento, la sabiduría, o más modestamente la comprensión, llega “tarde”, demasiado tarde.

Lo dicho anteriormente no es más que otra forma de rodear un viejo conflicto que obsedía a los intelectuales griegos antiguos: la oposición entre *physis* y *nomos*. El *nomos* se puede identificar en distintos niveles. Por ejemplo, en el nivel de un plan de vida que busca en forma más o menos consciente la plenitud moral y política. También al nivel de las normas previstas por el ordenamiento jurídico de la polis tendiente a ofrecer condiciones de vida aceptables. Ambos niveles pueden ser desafiados, cuando no superados olímpicamente, por la *physis*, esa fuerza bruta de los acontecimientos del mundo que caen fuera de nuestra posibilidad de control y de previsión.

Si a este boceto que estoy dibujando le añadimos el dato de un carácter moral intransigente, el resultado de la tragedia no puede ser otro que un ominoso hecho de dolor, sacrificio inmensurable, muerte y pesar para los que quedan. Esta es una de las tesis fuertes del libro de Rocío Orsi. Su tesis entraña un riesgo. El mismo se vincula con la reconstrucción filosófica que ella propicia. Desde un punto de vista meta-filosófico me atrevería a decir que su lectura de las tragedias en términos de un carácter intransigente de los personajes parece pecar de *anacronismo*. Este es un rasgo presente en muchos trabajos de análisis conceptual que cuidan con escrúpulo la presentación de

<sup>17</sup> La palabra moderna deja de ser “pleno” para pasar a ser “autónomo”. Este pasaje de “pleno” a “autónomo” no nos ahorra una discusión filosófica profunda sobre concepciones de una vida buena. La tendencia a concentrar el análisis conceptual en la idea de autonomía de planes de vida no elimina una discusión sobre si hay unos fines mejores que otros, más razonables que otros y formas perversas de vivir que deberían ser desalentadas.

conceptos precisos. Empero, descuidan el rasgo histórico desde el cual analizamos conceptos. La noción de “intransigencia” es una especie de lectura *contemporánea* de una cosmovisión antigua: en este caso la griega. Ser intransigentes en el mundo griego no podría interpretarse *per se*, como un vicio moral que cause desgracias. Una versión sensible hacia los griegos antiguos podría percibir un rasgo de nobleza en los personajes trágicos; rasgo que es sobrepasado por acontecimientos externos que el agente no pudo controlar o conocer adecuadamente. En todo caso, la intransigencia no es un “vicio”, todo lo contrario, es una virtud si mediante este rasgo global de carácter se vislumbra una convicción firme que un agente moral debe instanciar *a como dé lugar*. Esta última afirmación no quitaría verdad a la intuición de que hay aspectos virtuosos o nobles de un agente que pueden, en conjunción con aspectos del mundo que le son independientes, llevar al desastre. Pero si así, parece que somos cautivos de una contradicción lógica: la virtud puede tanto conducir como no conducir al desastre. La impresión de contradicción es falsa. Luego deberemos ocuparnos de la expresión “a como dé lugar” para ver si ella sustenta una concepción estricta de lo que cuenta como “virtud” *todas las cosas consideradas*.

### **III. Moralidad y carácter: un problema que la tragedia genera en la filosofía moral**

Para tener una visión más precisa del espíritu del libro de Rocío Orsi, veamos de manera apretada algunos ejemplos que nos permitan tener un cuadro más aproximado de lo que he intentado transmitir con mi sinopsis conceptual sobre los rasgos sobresalientes de las tragedias. Como se verá enseguida, los dos primeros ejemplos pertenecen a Sófocles, objeto de la pesquisa de Rocío Orsi, el tercero a Esquilo y el cuarto a Eurípides. Los dos primeros son, como acabo de señalar, ejemplos del libro de Orsi, los otros dos los agrego yo para tener un cuadro más rico sobre las tragedias.

### III.1. Áyax y un estricto código de honor

Áyax es un guerrero valiente, intrépido, incluso feroz que se encuentra expectante de recibir el honor de ser considerado el mejor, algo propio de los códigos agonísticos de la épica homérica. Sin embargo, los griegos deciden premiar al astuto Odiseo. Ante esta decisión pública, Áyax se enfurece y decide matar a los hombres de su tropa. A tiempo, la diosa Atenea, no en vano la diosa de la sabiduría y protectora de Odiseo, lo confunde y Áyax, para su vergüenza irreprimible, mata a un rebaño de ovejas. Al tomar consciencia de lo que ha hecho, decide suicidarse, a pesar de la estrategia discursiva a la que su mujer Tecmesa recurre para intentar disuadirlo. Tecmesa emplea lo que se podría llamar una “retórica de la apropiación”, conforme la cual se apropia de los términos de valor caros a Áyax, por ejemplo el honor, y los redefine de manera conveniente para evitar un resultado trágico. No obstante esto, Áyax se mantiene impermeable a los encantos argumentales de su mujer. Él emplea una técnica de “simulación” donde aparenta que ha logrado convencerse del discurso de Tecmesa, pero donde su propósito intransigente es suicidarse antes de quedar deshonrado. Su código rígido de valores, su forma estricta e intransigente de definir el honor, su sensibilidad desmesurada por la mirada del otro lo conducen a este fatal resultado.

### III.2. Antígona y el valor estricto de honrar los familiares muertos

Antígona es hija de una familia desdichada. Desde el parricidio e incesto de su padre Edipo, los labdácidas no son una familia bien mirada por los dioses. En esta historia de muerte, sangre y dolor, los hermanos varones se enfrentarán en una batalla. Eteocles, de un lado, defenderá la ciudad de Tebas, del otro, Polinices la atacará fervientemente. Este muere y ante el grave hecho de que quede insepulto, Antígona decide enterrarlo. Sin embargo, su tío Creonte, sucesor al trono de Tebas, argumenta que las leyes del estado de Tebas prohíben dar sepultura a un traidor. Hay que dejar de lado la *philia* y atenerse

estrictamente a los códigos jurídicos del estado<sup>18</sup>. En contra de las sugerencias de su mujer Eurídice, de su sabio sirviente Tiresias y de su hijo Hemón, enamorado de Antígona, Creonte decide que se le aplique la pena capital. Todo terminará mal para este rey. Antígona decide morir y Hemón y su madre se suicidan. Creonte se manifestó todo el tiempo infaliblemente impermeable a toda sugerencia; su intransigencia, en este caso política, hizo que perdiera lo que más quería: su familia. Solo le quedará una cruel soledad, la peor soledad de los poderosos.

### III.3. Agamenón y los deberes del militar

Agamenón debe comandar la invasión a Troya. Sin embargo, un castigo implacable de Artemisa incide en la falta de viento para que parta la flota naval que está bajo su comando. Los arúspices han anunciado que solo un sacrificio personal del rey-comandante aplacará la ira de la diosa y le permitirá cumplir con su deber militar. Debe matar a una de sus hijas, Ifigenia, y así lo hará. Ninguna sugerencia de sus familiares, en particular de su iracunda esposa Clitemnestra, lo disuadirá. El deber militar es impiadoso y nada puede cruzarse en su camino, ni siquiera una hija. Otra vez tenemos un caso de intransigencia que, en buena dosis, explicará tragedias subsecuentes en la historia aciaga de esta familia.

### III.4. Medea y el valor estricto del matrimonio monogámico

La atractiva hechicera Medea, una extranjera frente a los griegos, ayudará a su futuro marido Jasón a hacerse con el vellocino de oro. Medea no trepidará en ayudarlo, incluso si esto supone traicionar su propia familia en Cólquida, hoy norte de Irán. Cuando Jasón vuelve con su hermosa Medea y con el botín del vellocino a Corinto caerá en la cuenta de que no son pocos los sacrificios personales que demanda

<sup>18</sup> Aunque esto entra en contradicción argumentativa con el hecho de que Creonte ofrece como razón de su legitimidad política la herencia de sangre, o sea de philía, para la ostentación y ejercicio de su poder actual.

la obtención del poder. Si quiere ser rey debe unirse a Glauca. Esta unión presupondrá que Medea sea desplazada. Frente a esto, la furia asesina se apodera de ella. No hay nada en su sangre turbulenta que pueda evitar matar a Jasón y a sus hijos. O el matrimonio o nada. El conflicto (inter) cultural entre una relajación muy griega del valor de la fidelidad y la monogamia estricta de la extranjera iraní será resuelto por Medea con sangre y dolor.

En los cuatro ejemplos que acabo de reseñar se hace patente parte del corazón del problema sobre el que quiere llamarnos la atención el libro de Orsi. Según la filósofa española, aquí se hacen manifiestas unas convicciones intransigentes sobre unos principios; principios cuya consecución puede llevar al desastre de una vida o eclosionar a nivel social con consecuencias graves para valores como la estabilidad, la paz o la previsión. El carácter trágico, así, parece asociarse a algo impensado: una firmeza en el carácter, una ética de convicciones, como diríamos *en la contemporaneidad* a partir de Weber, y a una falta de *delicada* atención por las consecuencias de las alternativas que se juegan a nivel personal o a nivel político. Sin embargo, esta primera mirada puede adolecer de superficialidad intelectual. No se trata de demeritar la ética de las convicciones o de los principios y de acentuar, por contrapartida, una ética de las consecuencias. Esta *mirada moderna o contemporánea* sería una forma de *anacronismo* (o retroproyección) que pareciera perder de vista todo el problema. Seguir las propias convicciones, en la Grecia antigua, y en nuestro presente moral, no necesariamente es síntoma de obcecación o de un carácter necio.

Desde el punto de vista de las personas involucradas, y no de un observador moderno o contemporáneo, las conductas del mundo trágico griego antiguo podrían mostrar un respeto coherente a principios o valores reputados de gran nobleza moral, política o religiosa. Pero tampoco, por oposición a lo que llamé metafóricamente en algún pasaje de este texto la “intransigencia de la roca”, la “flexibilidad del bambú” tiene que presuponer una *manera sinuosa* de plantear la claudicación en principios “nobles” o la “debilidad moral” o falta de firmeza o de nobleza. Las cosas son más complejas, porque defender una visión moral que destaque lo flexible frente a lo rígido no requiere

salirse del marco temporal griego para abrazar formas *proto-modernas* o *proto-contemporáneas* de plantear problemas morales.

Si uno pone a *dialogar* la tragedia griega con Aristóteles no está forzado siquiera a dar un salto temporal desde el pasado a nuestro presente, intentando, como propondría Gadamer, “fundir horizontes” que permitan dialogar a hombres situados en horizontes de comprensión histórica diferentes. El planteo de Aristóteles no está completamente divorciado de ciertas ideas platónicas. Platón sostendría que preservar un adecuado equilibrio entre virtudes a nivel de un agente individual redundaría en un orden social que podría poner lejos de sí los efectos destructivos de las tragedias pensadas por los poetas. Pero esto que tiene en mente Platón no es un regalo que nos viene necesariamente dado. Hay que buscarlo afanosamente y la propuesta de Aristóteles pone a los agentes morales en una senda más dinámica y consciente de apoyo en la prudencia. En efecto, en el análisis de los *topoi* morales subyacentes a las tragedias, Aristóteles<sup>19</sup> hacía hincapié en la *hamartía* y la *hybris* como dos deformaciones, una más de tipo intelectual, la otra más de tipo emocional, que conducían, casi con seguridad, a un resultado trágico. En Edipo, por ejemplo, es la *hamartía* (el error trágico) sobre la premisa menor: por ejemplo que Layo es su padre y Yocasta su madre, lo que lo lleva por el desesperado derrotero que terminará con su ceguera auto-impuesta y con su “triste y solitario final” en *Colono*. Es la misma *hamartía* que perseguirá a Deyanira cuando unte el peplo de Heracles con el ungüento que le dejó el centauro Neso, previsto mucho antes por este ser mítico para vengarse de él. En ambos casos, el conocimiento se vuelve algo paradójico. Por una parte, tal conocimiento es algo frágil y parece montarse en algunas parcelas de “auto engaño”. Pero además este mismo afán por conocer causará en ambos personajes su propia auto-destrucción.

En el caso de la *hybris*, es la desmesura o el abuso de nuestras capacidades para exprimir el jugo del mundo lo que nos puede llevar a la ruina. En el caso de Antígona, por ejemplo, echar una fina capa

<sup>19</sup> Véase Trueba Atienza, C., *Ética y Tragedia en Aristóteles*, México, Anthropos, 2004.

de polvo sobre el cuerpo yacente de Polinices ya podría suponer una forma de *hybris*, *hybris* que Ismene intenta refrenar sin éxito. Pero luego, cuando la propia Antígona lo confiesa abierta y elocuentemente ante su tío Creonte, este la acusa de una segunda forma de *hybris*, en este caso, que una mujer se atreva a hablar, y a hablar así, cuando el mejor adorno para la mujer griega, según el androcentrismo de la época, sería el silencio.

Pienso que una lección parcial de lo que expongo podría ser la siguiente: una forma de amenguar diablos epistémicos que induzcan errores trágicos o desmesuras debería fundarse en la posibilidad de la flexibilidad del bambú. Pero cuidado: esta flexibilidad no es igual a claudicación moral. Aristóteles pensaba que un carácter genuinamente virtuoso era aquel que se concretaba en un hombre prudente o *phrónimos*. El hombre prudente tiene un precioso equilibrio emocional y racional que lo pone en la aptitud cognitiva y emocional adecuada para saber cómo salir con éxito o cómo escapar de los rituales escabrosos impuestos por episodios trágicos. Un *phrónimos* sabe ponderar adecuadamente las alternativas a fin de encontrar una respuesta sabia a un problema moral o político, evitando caer en *hamartía* o en *hybris*. Será un hombre no intransigente sino flexible, con la habilidad de reacomodar sus valores a complejas situaciones, en parte inéditas, en parte imprevisibles, en las que le tocará actuar. Esto puede conducirlo a un comportamiento que a veces le sirva para no caer en “predicamentos” que lo lleven a encerronas, como el caso de *Jepthá* cuando prometió a Jehová sacrificar al primer ser vivo que viera si llegaba a tierra sano y salvo y terminó encontrándose con su hijo. También le permitirá, si el mundo lo pone en una encrucijada, establecer objetivamente qué obligación genuina o auténtica debe ser honrada, no importando las consecuencias y, entonces, le dirá al tirano que lo amenaza con matar a su familia si no hace algo vergonzoso: “sigue adelante pero no lo haré”. Puede también llevarlo a conservar, en lo posible, la dignidad moral —y no envilecerse como Hécuba al ver al fantasma de su hijo Polidoro—<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Estoy ahora hablando de Príamo que, pese a perder sus hijos y a Troya, mantiene una nobleza de carácter “contra viento y marea”.

Según lo que acabo de plantear, en la misma ética antigua hay una oferta de *farmacopea filosófica* para lidiar con los desafíos de las tragedias. La intuición subyacente a la farmacopea es que el ético no puede retirar su ayuda cuando más se lo necesita. Se requiere *su guía acerca de cómo actuar e incluso de cómo sentir*. Y esto aplica especialmente en el momento en que alguien se enfrenta a casos trágicos. También se esperan sus sugerencias de cómo obrar para evitar caerse o causarse encerronas futuras que pongan a los sujetos en aprietos trágicos. La ética, desde este punto de vista, no es solo satisfactoria por dar buenas explicaciones filosóficas de los rasgos conceptuales que hacen a un caso o conflicto trágico ser lo que es. También, parece, deseamos que el ético nos ayude a resolver problemas sustantivos. Desde esta última perspectiva, cobra sentido la ética de los prudentes de Aristóteles. Sin embargo, a pie juntillas, es preciso señalar algunos problemas teóricos que son dejados a un lado en el tratamiento suministrado por el libro de Orsi. El problema fundamental se conecta con un escepticismo básico: ¿qué nos hace pensar que un carácter fronético está en condiciones de evitar conflictos trágicos? Y si no puede evitarlos, ¿qué garantía tenemos de que, acaecido el episodio trágico, el agente fronético sabrá qué hacer de manera correcta o tendrá los sentimientos —normativamente— adecuados<sup>21</sup>? Las preguntas no sugieren un escepticismo mal formulado. De hecho, en la caracterización usual de “phrónimos” u “hombre prudente” se aloja un problema de circularidad definicional. El prudente, por definición, hace lo correcto. Pero esto suena a lo que los ingleses llaman “truísmo” o a lo que los lógicos denominan la “petición de principio”. La circularidad parece ineludible. Pregunta: ¿quién es prudente? Respuesta: el que obra en forma prudente. Pregunta: ¿quién obra en forma prudente? Respuesta: el que es prudente. Quizás esta circularidad a veces sea ineludible, pero la cuestión es si la misma encarna un circuito virtuoso o uno vicioso. Si esta definición de prudente es la “garantía epistémica” de que el prudente no se auto-generará conflictos trágicos o que, si el mundo se

<sup>21</sup> Véase Greenspan, P., *Practical Guilt. Moral Dilemmas, Emotions and Social Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1995, págs. 11-18, 188-210.



los ofrece, él saldrá bien librado, entonces estamos ante una afirmación muy débil. Nos faltan ahora argumentos filosóficos más convincentes. Supongamos que el aristotélico, meditando ante estas preguntas, expande su definición y nos dice que alguien es prudente si:

- i) no se genera a sí mismo conflictos trágicos; o bien que
- ii) si el mundo le ofrece conflictos trágicos puede: a) escapar entre los cuernos; b) o bien, decantarse por el mal menor; c) o bien, sentir pesar por no tener más remedio que salir de la situación trágica con las manos sucias.

La hipótesis i) no es incontestable. Gustavo Ortiz Millán me ha argumentado en una discusión que mantuvimos a este respecto lo siguiente: “prudente” es casi todo el mundo cuando adopta decisiones cuidadosas a diario. Este comentario de Gustavo, empero, me parece que corre el riesgo de trivializar el concepto filosófico de “prudencia” o “prudente”. Aristóteles ponía una vara muy alta de evaluación del carácter moral; la prudencia no es un rasgo necesariamente común; es un aspecto del carácter que se consigue con un hábito y un entrenamiento emocional consciente, reflexivo y exigente. La vulgarización de la prudencia a la que conduce la afirmación de Gustavo está a una cierta distancia del concepto filosófico. Además, si de psicología “folk” se trata, diría que la aseveración de Gustavo no es tan cierta. En general, muchas veces no nos comportamos de manera prudente. Por ejemplo, es muy frecuente ver que los académicos sigan vidas esquizofrénicas: sus vidas personales son pobres, inestables emocionalmente, a la par que sus trabajos intelectuales parecen descollantes. Aristóteles no diría que aquí hay prudencia: su hipótesis normativa es fuerte en el sentido de que el prudente revela una unidad de carácter, una integración armónica de todos los aspectos valiosos de la vida (el académico es solo uno de estos aspectos<sup>22</sup>). Otro escepticismo con i)

<sup>22</sup> Por supuesto que una discusión contemporánea es si la prudencia se alinea con nuestra psicología ordinaria. Ciertos experimentos podrían mostrar que la unidad de carácter, o la unidad de las virtudes, no se cumple necesariamente. Un virtuoso en matemática, por ejemplo, podría robar de los supermercados mercadería en forma frecuente. A este argumento se lo conoce como la falta de estabilidad “inter-situacional” de las virtudes. Aunque el

surge de un argumento adicional de Gustavo: ser prudente no elimina que el propio agente no pueda desplegar un curso causal que al final del recorrido le presente un dilema. Por ejemplo, Guillermo —un *presunto* ejemplo de *phrónesis*— le promete a dos muy buenos amigos, Esteban y Hugo, que los va ayudar cuando ellos estén en una necesidad apremiante. Supongamos que en cierto estado del mundo, Esteban y Hugo están igualmente necesitados en el sentido de un grave apremio, por ejemplo, económico. ¿Cómo haría Guillermo para ayudarlos? El caso podría volverse crecientemente más fino. Por ejemplo, Guillermo podría tener muchísimo dinero, con lo cual su promesa no estaría en riesgo. O, por caso, Esteban y Hugo no tienen el mismo tipo de necesidad apremiante y Guillermo podría ordenar su promesa en una secuencia temporal que le permitiera ayudar a ambos, sin que ninguno de los amigos sufriera menoscabo alguno. Sin embargo, esta fineza del caso nos pone lejos de la intuición de Gustavo, por eso voy a dejarla a un lado. Lo que Gustavo desea es que le concedamos el beneficio de una duda genuina: ser prudente no garantiza, como se dice en i) que este carácter nos vaya a evitar conflictos trágicos o dilemas. Si la intuición de Gustavo es provechosa, entonces este dato nos indica que el mundo puede a veces ponernos en aprietos trágicos no importa cuánta prudencia instanciemos. Con todo, no estoy del todo seguro de la “necesidad analítica” de este argumento. Es posible que, pese a la maniobra definitoria-circular de prudente, sea cierto lo que señala Gustavo. Sin embargo, también podría ser cierto que su ejemplo no termine en un dilema trágico. Guillermo podría desplegar una investigación racional (diría Dewey), un proceso heurístico en el que pudiera jerarquizar las necesidades de sus amigos, o buscar apoyo complementario en otros amigos, o tratar de cumplir con ambos amigos en una secuencia temporal determinada, etc. En

argumento suele empezar con evidencias empíricas obtenidas de experimentos psicológicos, su incidencia es conceptual: nos apura a desechar el concepto fuerte de virtud, entendido como unidad estable (a lo largo de diversas situaciones) de las virtudes, por un concepto más débil —próximo a nuestras evidencias psicológicas— donde un agente tiene un *parcelamiento* de su vida virtuosa, como ocurre con mi ejemplo de (algunos) académicos.

cualquier caso, esta posibilidad que planteo, no quita verdad a los desafíos escépticos que podemos plantear a ii) en sus tres variantes. Comencemos por la tesis más fuerte que es la a): escapar entre los cuernos. Supongamos, como Peter Geach nos pide, el caso en que San Atanasio es perseguido por unos esbirros que buscan matarlo. En su fuga por un río, el santo (un equivalente al prudente) es interceptado por sus perseguidores. Desde su bote estos preguntan al santo: “¿no habéis visto al santo que buscamos?” Respuesta de Atanasio: “el santo que buscáis no anda muy lejos”.

Geach diría que Atanasio escapó entre los cuernos de (no mentir y salvar la propia vida). Una mente poco dócil, empero, podría quedarse inquieta pensando, por ejemplo, que aunque Atanasio no mintió dijo una “verdad engañosa”, con lo cual, más que escapar entre los cuernos, su decisión se podría reconstruir bajo los términos de b): decantarse por el mal menor. Para salvar su vida no mintió, no lesionó de manera obvia un deber moral de decir siempre la verdad, pero tampoco dijo una verdad pura: más bien, enunció una verdad engañosa. Esta derivación de a) a b) nos conduce al tema del mal menor al que me voy a referir con cierta dependencia todavía de a): o sea, escape entre los cuernos. Volvamos pues al caso de Antígona. ¿En qué variante del mundo podría —y por tanto debería— Antígona ubicarse para evitar la tragedia? Si no entierra a Polinices viola sus deberes religioso-morales. Si lo entierra viola sus deberes jurídicos o algo por el estilo. No parece haber escape entre los cuernos. Formular tal posibilidad podría equivaler a tomar en broma lo trágico y, por definición, lo trágico no es lo cómico y hacer una distorsión de lo trágico planteando un escape entre los cuernos, ¿no convertiría a la tragedia en “farsa”?

Pero si no hay escape, ¿hay posibilidades de que Antígona articule el “mal menor” formulado en b)? Hablar de mal “menor” supone la posibilidad de comparar y graduar un elenco de males. Antes que nada, repárese en que aun si fuera factible hablar con sentido de mal menor, al menos en esta clase de casos, estaríamos hablando de mal al fin. Y esto todavía no nos saca de la tragedia, solo la aminora. Pero el punto ahora es si en casos como este se pueden comparar los males. La

respuesta no es obvia ni concluyente. Desde Carnéades en adelante, pasando por la tabla de la Medusa retratada por Gericault, hasta el caso de Fuller de los exploradores de caverna, los éticos no mantienen acuerdo. La posibilidad de decir que un mal menor presupone una suerte de “trade off” entre alternativas conflictivas choca con convicciones *deontologistas* del valor moral. Con arreglo a las mismas la vida de unos no es intercambiable con la de otros, con lo cual, la paleta que permite graduar males es una distorsión de verdades conceptuales sobre la naturaleza de los valores morales<sup>23</sup>. Si todo esto es cierto, entonces las dudas de Gustavo cobran más relieve y la apuesta a la *phrónesis* no es la panacea. No estoy negando, empero, que la *phrónesis* no pudiera ser una forma *fiabilista* susceptible de *articulación racional* que nos determine, a modo de *know-how*, cuándo en un caso estamos ante un mal menor. Solo digo que las dudas de Gustavo merecen nuestro crédito y, entonces, debemos seguir indagando racionalmente en el grado de alcance de la *phrónesis* como tal.

Nos queda, finalmente, c). Volvamos a Antígona: ¿qué implicaría para ella la prudencia en términos de “deberes de sentir”? Una respuesta podría ser: Antígona debe sentir “pesar”. De este modo, aunque Antígona privilegie por convicción (intransigencia no parece un buen término aquí) el entierro de Polinices, ¿demandaríamos encima que sienta pesar por no tener más remedio que violar o sacrificar deberes jurídicos<sup>24</sup>? Como el árbitro de este papel señala correctamente, ¿por

<sup>23</sup> Todo esto funciona, *ceteris paribus*, bajo la presuposición conceptual de que las vidas son bienes que portan un valor sagrado. Esto implica que una vida *no es commensurable* con otra. Desde luego, este argumento se complica considerablemente si adoptamos alguna variante *utilitarista* que asigne magnitudes que permitan conmensurar o “to trade off”, “intercambiar”, magnitudes de valor en función de que uno de los valores maximice un valor más general.

<sup>24</sup> Con independencia de Antígona, la estrategia que espera que un agente sienta pesar forma parte de una consideración de psicología normativa conforme la cual tal sentimiento de pesar o angustia revela un núcleo intacto de virtud moral en el agente. La angustia no solo se predicaría como parte de un tortuoso proceso decisorio. Sentir angustia *después* de la decisión podría sugerir, a veces, que el agente muestra una *lealtad indirecta* por la alternati-

qué no pensar que la prudencia no está solo pensada para ayudarnos a escapar —con éxito— de los dilemas trágicos sino también a llevar con entereza —y sin remordimientos— las decisiones dolorosas que tomamos en el marco de tales conflictos?

Una pregunta diferente de la anterior sería la siguiente: ¿Diríamos que Antígona es imprudente por enterrar a Polinices? ¿Hasta qué punto su prudencia no podría ser más que un aspecto del propio dilema? Por ejemplo, Juan Antonio Cruz Parceró me ha preguntado si el prudente o los valores del prudente no podrían ser parte del problema en el sentido específico de ser uno de los cuernos del dilema. Tengamos en cuenta, para entender a Parceró, que la prudencia es una suerte de meta-virtud que ejemplifica la suma unitaria y armónica de todas las virtudes. Desde este punto de vista, “ser prudente” es sinónimo de ser “virtuoso”. Puestas así las cosas, si, por ejemplo, la convicción de Antígona se vincula con una virtud sensible al valor moral que tiene cumplir el rito funerario de Polinices, entonces, esta virtud, no aporta una solución al conflicto trágico *todas las cosas consideradas*. Considerar todas las cosas implica la demanda filosófica de contemplar *los dos lados* del conflicto: no solo el de Antígona sino también el lado que simboliza Creonte. Vale la inversa. Si prudencia y carácter virtuoso son sinónimos, ¿cómo examinar este caso? ¿Deberíamos por ejemplo descartar rasgos de virtud en Antígona? Si la respuesta a esta pregunta fuera afirmativa, entonces Antígona no contaría como prudente. Hay algo de problemático en este modo de abordar las cosas. La prudencia no es cobardía: es convicción llevada adelante y esto es así con Antígona. Pero también es flexibilidad como lo indica la metáfora de

va que *tuvo* que dejar a un lado. La idea intuitiva general es que la virtud permite mantener, *a la vez*, dos intuiciones poderosas: por una parte que el fenómeno de los dilemas no es un capricho ininteligible de ciertos filósofos o poetas trágicos, sino que tal fenómeno es parte de nuestro mundo; segundo que, pese a ello, la moralidad escindida en alternativas incompatibles en un caso, sigue siendo algo así como una *guía*. La alternativa sacrificada, si tenía valor moral, es preservada dentro del envase de lo que el agente *siente* por haber tenido que dejarla a un lado. Dicho de otra manera comprimida: es como si el agente, al sentir angustia, mostrara una deferencia por el valor moral de la alternativa que sacrificó.

la plomada de Lesbos, algo que ella no parece expresar. Creonte, por su lado, porta también convicciones morales sensibles a la firmeza en el manejo de las cosas del Estado de Derecho. Este manejo indica una prohibición de enterrar a un traidor (Polinices) por razones profundas que hacen a la soberanía constitutiva de una polis. Si esto es igual a virtud, entonces hay un conflicto entre dos maneras de asumir la virtud: Antígona y Creonte. Todo el meollo se puede disolver, sin embargo, declarando que ninguno de ambos satisface aquellas pautas que cuentan como *tokens* de virtud. Hay firmes convicciones pero ellas no están en equilibrio reflexivo con la idea de flexibilidad de la plomada; flexibilidad que no es sinónimo de “claudicación”. La flexibilidad supone la habilidad práctica de acomodar valores en conflicto; pero “acomodar” no es igual a ser “acomodaticio”. Si la conclusión entonces es que ni Antígona ni Creonte son virtuosos, entonces hay una respuesta para la pregunta de Parceró: ser virtuoso no es parte de un cuerno del dilema necesariamente porque aun si hay destellos de virtud<sup>25</sup> en tanto que convicción firme, no hay muestras de flexibilidad, rasgo que forma otro componente necesario de lo que significa ser portador de un carácter virtuoso. Pero, si esta fuera la maniobra filosófica, todavía estamos en ascuas sobre la cuestión de si ser genuinamente virtuoso (en tanto que combinación exquisita de

<sup>25</sup> Suponiendo que haya tal destello, una pregunta sería si el mismo calificaría como una *versión debilitada de virtud*, esto es, una versión que no implica unidad armónica entre todos los rasgos de tipo apetitivo, cognitivo y emotivo de los que haría gala un virtuoso en sentido estricto. Una versión de este tipo sostendría que nuestra psicología folk se adecua a este tipo de versión, la cual puede ser de índole parcial e inter-situacional. Es decir, uno puede tener “ciertas virtudes” y “no otras”. Esto explica lo que se denomina “inter-situacionalidad”. La ética de la virtud estricta conecta con la estabilidad fuerte del carácter. Esto presupone que la virtud de la honestidad, por ejemplo, consiste en que un agente S dice la verdad cada vez que es demandado: su respuesta no es inter-situacional. Pero la versión débil diría que, por el contrario, uno podría decir la verdad siempre en un ámbito profesional y mentir en otros ámbitos, por ejemplo en el familiar o viceversa. La versión débil no tiene el tipo de normatividad alta que tiene la versión estricta (o estándar): intenta tener mayor sensibilidad empírico-contextual y cuajar con nuestra psicología folk (o normal).

firmeza y flexibilidad) asegura una salida exitosa del mundo trágico. Esta clase de mundo siembra un profundo escepticismo, entonces, sobre la aplicación de la virtud a un mundo torcido como el trágico.

A la luz del tipo de cuestiones que acabo de formular, la pregunta de Parceró es excelente y nos pone, nuevamente, en un escepticismo sobre las promesas de solución de la prudencia. Si la prudencia, como indiqué páginas atrás, se puede ligar a una cierta flexibilidad como la de la plomada de Lesbos, en contraposición a un rasgo intransigente, la misma no parece ser garantía *toto genere* de salir bien parados en el enfrentamiento de conflictos trágicos. Hago mías todas estas dudas y las re-oriento hacia el libro que estoy comentando en la impresión de que el mismo pareciera soslayarlas. Son dudas, no argumentos en contra del valor de la prudencia para enfrentar con éxito *todos* o algunos casos trágicos. Pero al igual que con los comentarios de Ortiz Millán, parece haber algo intuitivo que las dudas de Parceró trasuntan. Este rasgo intuitivo nos sugiere que la investigación racional sobre el grado de éxito de la ética aristotélica de la virtud debe continuarse por vías adicionales, independientes, por cierto, de las vías que puedo plantear en este escrito.

#### IV. ¿La muerte de lo trágico?

Como sostuve al comienzo de mis comentarios, una tesis valiosa del libro que comento de Rocío Orsi es que las tragedias, en su caso específico las de Sófocles, deben inventariarse como formando parte no solo de un canon *literario* sino también y de manera fundamental de uno *filosófico*. Cuando ella dice “filosófico” no parece decirlo exactamente en los términos de una especie de “secuencia lineal simple de ideas” sino en términos del valor de las tragedias para el análisis de problemas conceptuales perennes. Esta presión por el valor de la tragedia para el análisis filosófico, sin embargo, no nos ahorra problemas meta-filosóficos, es decir, reflexiones sobre qué tipo de filosofía o análisis estamos haciendo. Un riesgo del análisis es su tendencia al anacronismo. Por ejemplo, la idea de intransigencia como causa parcial pero importante de las tragedias podría ser un buen ejemplo

de este problema. La intransigencia que para “nosotros” puede ser la “obcecación de Áyax” o la “obstinación necia de Agamenón”, para los griegos podía ser lo que ahora llamaríamos “firmeza en las convicciones”, que es otro significado diferente para el adjetivo “intransigente”.

Hemos visto que las soluciones que vienen de la mano de la flexibilidad del prudente no equivalen a la claudicación en convicciones nobles pero sí a la capacidad de enfrentar situaciones trágicas. Enfrentamiento que suele poner en aprietos duros a las capacidades cognitivas y emocionales de previsión y control de la acción por parte de un cierto agente. Sin embargo, también se ha mostrado que la prudencia no adolece de problemas teóricos serios sobre los que los filósofos debemos seguir reflexionando.

Ahora bien, ¿cómo se contraponen la tesis de Rocío con las conocidas afirmaciones de Steiner de que la “tragedia ha muerto” o con la actitud ironista de Hertmans? Como prometí al inicio del trabajo, debo decir algo sobre esto.

Parece que las cavilaciones de Steiner y Hertmans son ciertas para lo trágico en tanto que *género literario* pero no para lo trágico como *posibilidad conceptual* a la que nos podemos enfrentar directamente o por medio de la reflexión filosófica. Demos por buena la segunda parte de mi afirmación. Todavía podemos enfrentar conflictos trágicos y es necesario seguir reflexionando filosóficamente sobre ellos. Esto da sentido a la idea de que lo trágico no es una pieza museística. De hecho, en su *Justice for Hedgehogs*, Ronald Dworkin construye una laboriosa arquitectura para intentar disolver la posibilidad conceptual de los conflictos trágicos. Su tesis más fuerte es que si somos *erizos* que creemos en la “unidad de los valores”, entonces, no estaremos ante genuinos conflictos trágicos. Después de todo, diría Dworkin, hay que distinguir “incerteza” de una solución del hecho de que nuestros conjuntos de respuestas estén realmente “indeterminados”. Sea cual fuere la plausibilidad parcial o completa de la tesis del erizo de Dworkin y de su distinción, es un hecho que tiene sentido seguir reflexionando sobre los conflictos trágicos. No por un argumento de autoridad de Ronald Dworkin en este caso, sino porque una sensibilidad por



el mundo y los problemas filosóficos nos empuja en la dirección de afirmar o negar la posibilidad conceptual de los conflictos trágicos. Aquí reside el inmenso valor del libro de Rocío Orsi. La primera parte de mi afirmación seguía de cerca las apodícticas reflexiones de Hertmans y Steiner. Pero mostraré ahora porqué me aparto de ellas.

Hertmans defiende la muerte de la tragedia por el avance de una actitud *ironista* que me recuerda mucho al talante de Rorty<sup>26</sup>. Esta ironía podría equivaler al acto de “desdramatizar” lo trágico. Sin embargo, si uno mira con cuidado casos trágicos de nuestras historias personales o políticas, no siempre la ironía es un vehículo normativamente adecuado para dejar a un lado los resultados trágicos. Las tragedias dejan enseñanzas morales, acaso para evitarlas en el futuro si ello fuera posible. Pero la ironía podría experimentar ciertos límites de tipo normativo dados por teorías éticas que nos dijeran qué sentimientos debemos tener frente a conflictos trágicos. Tales teorías podrían demandarnos sentimientos de pesar o dolor por haber estado envueltos de algún modo en una tragedia y no sentimientos irónicos.

Veamos brevemente ahora a Steiner. Es cierto que el género trágico ha experimentado transformaciones estilísticas, escénicas, etc. Pero aun así, seguimos viendo la composición de textos trágicos que, por lo general, son reinterpretaciones de textos clásicos o modernos. Por ejemplo, en Argentina, en la época de los indultos del (ex) presidente Carlos Menem, Griselda Gambaro escribió una *Antígona furiosa*. Se trata de una obra desafiante para un gobierno que dejaba sin efecto el castigo a los que habían desarrollado lo que Adriana Musitano llama la “muerte extendida”<sup>27</sup>, la muerte no terminada de los “desaparecidos”, en esta perversa frase de pésima metafísica de Rafael Videla.

<sup>26</sup> En esta vena, se podría sugerir que una Antígona contemporánea, o mejor dicho “extemporánea”, podría acercarse a su cueva a morir, rajándose un pedo y no lloriqueando, como ha comentado Hertmans al analizar, en el último capítulo de su obra *El silencio de la tragedia*, y que justamente cierra con ese mismo título de la obra, el libro de Simon Crichtley. Véase también Rorty, R., *Contingencia, Ironía y Solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1996.

<sup>27</sup> En *Poéticas de lo Cadavérico. Teatro, plástica y videoarte de fines del siglo XX*, Córdoba, Comunicarte, 2011.

Si no hay castigo, la muerte no termina, “se sigue extendiendo”, diría Musitano; el fantasma es fantasma porque no tiene paz, estando los victimarios fuera del castigo. Pues bien, en su obra trágica, Gambaro utiliza recursos indudables para el género trágico para denunciar la inmoralidad de un sistema político y de una clase social (la típica “derecha argentina”) que quería el olvido como condición inaceptable de la paz. La obra de Gambaro se situó en un lugar que la ley había dejado de ocupar; se introdujo en el espacio en que se retiraba el Estado de Derecho. Su obra marcó un buen punto de “disenso político” con las medidas menemistas y también con las leyes de “obediencia debida” y “punto final” de Alfonsín.

Curiosamente, Gambaro escribió una tragedia para ponerle fin a la trágica historia argentina, alentando el castigo jurídico y moral de los represores militares de la dictadura argentina de los 70. Lo trágico no ha muerto como dice Steiner. No ha muerto, porque la posibilidad conceptual de que el mundo los produzca tampoco ha concluido. En esta intuición se sostiene, también, el valor filosófico del libro que he comentado.

## Bibliografía

- Alford, F., *The Psychoanalytic Theory of Greek Tragedy*, Yale, Yale University Press, 1992.
- Barberis, M., *La heterogeneidad del bien. Tres ensayos sobre pluralismo ético*, México, Fontamara, 2007.
- Bhagavad Gita*, “El canto del señor”, traducción y notas de Luis Benítez, Buenos Aires, Ediciones Lea, 2013.
- Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, Harvard, Harvard University Press, 2011.
- Greenspan, P., *Practical guilt: moral dilemmas, emotions, and social norms*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Hampshire, S., *Justice is Conflict*, Princeton, Princeton University Press, 2001.
- Hertmans, S., *El silencio de la tragedia*, Madrid, Editorial Pre-Textos, 2009.

- Holbo, J., “Moral Dilemmas and the Logic of Obligation”, *American Philosophical Quarterly*, 39, 3, 2002, págs. 259-274.
- Lariguet, G., *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2008.
- Lariguet, G., *Encrucijadas morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, Madrid-México, Plaza y Valdés, 2011.
- McConnell, T., “Moral Dilemmas”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, <http://plato.stanford.edu/entries/moral-dilemmas/>
- Musitano, A., *Poéticas de lo Cadavérico. Teatro, plástica y videoarte de fines del siglo XX*, Córdoba, Comunicarte, 2011.
- Nino, C., *Juicio al mal absoluto*, Barcelona, Ariel, 2006.
- Nussbaum, M., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2013.
- Nussbaum, M., *El conocimiento del amor. Ensayos sobre filosofía y literatura*, Madrid, Antonio Machado libros, 2006.
- Nussbaum, M., *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Chicago, Chicago University Press, 2001.
- Orsi, R., *El saber del error. Filosofía y Tragedia en Sófocles*, Madrid-México, Plaza y Valdés, 2008.
- Rorty, R., *Contingencia, Ironía y Solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1996.
- Steiner, G., *La muerte de la tragedia*, México, FCE, 2012.
- Trueba Atienza, C., *Ética y Tragedia en Aristóteles*, México, Anthropos, 2004.
- Williams, B., “Conflicto de valores”, en *La fortuna moral*, México, UNAM, 1993.
- Williams, B., *Shame and Necessity*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1993.
- Williams, R., *Modern Tragedy*, Broadview Press, 2006.



*Sección IV*  
Balance de una  
discusión



## Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación

Giovanni Battista Ratti\*

Recepción: 01/07/14  
Aceptación: 10/10/14

**Resumen:** El trabajo reconsidera algunos aspectos teóricos del debate sobre inconstitucionalidad y derogación que fue publicado en el segundo número de esta revista. En particular, intenta defender, desde una perspectiva iusrealista, (1) la viabilidad de la tesis kelseniana de la cláusula alternativa tácita, (2) la plausibilidad de la idea de que las declaraciones de inconstitucionalidad son constitutivas de la invalidez constitucional de una norma legislativa, (3) la tesis según la cual la dicotomía entre orden jurídico depurado y orden jurídico no depurado tiene algunos problemas conceptuales y es de dudosa aplicación a los ordenamientos jurídicos vigentes, (4) la sustancial corrección de las tesis guastinianas sobre las relaciones entre validez formal y validez material, (5) la viabilidad de la tesis, propugnada por diversos autores realistas, de que el derecho controla la admisibilidad de las consecuencias lógicas de las normas promulgadas, así como (6) la necesidad de introducir, en el ámbito del análisis de las relaciones conceptuales entre derogación e inconstitucionalidad, el examen de cómo se maneja, en la práctica jurídica, la situación en la que el criterio cronológico y el criterio jerárquico convergen para dar prevalencia a una norma sobre otra.

**Palabras clave:** inconstitucionalidad, derogación, validez.

**Abstract:** This article reconsiders some theoretical issues involved in the debate about unconstitutionality and derogation that has been published in volume number two of *Discusiones*. In particular,

\* Profesor de Filosofía del Derecho, Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho, Departamento de Derecho, Universidad de Génova, gbratti@unige.it

this work purports to defend, from a legal realist perspective, (1) the viability of the kelsenian tacit alternative clause, (2) the soundness of the idea that declarations of unconstitutionality are constitutive of the constitutional invalidity of a legislative norm, (3) the thesis according to which the dichotomy between refined and unrefined legal system has some conceptual pitfalls and its application to actual legal systems is dubious, (4) the substantial correctness of the guastinian thesis about the relationship between formal and material validity, (5) the viability of the thesis, advanced by several realist authors, according to which the law controls the admissibility of enact norms' logical consequences, and (6) the urge to introduce, within the analysis of the relationships between derogation and unconstitutionality, an exploration of how, within legal practice, people handle cases in which the chronological criteria and the hierarchical criteria converge in order to give prevalence to one norm over the other.

**Key words:** unconstitutionality, derogation, validity.

## I. Introducción<sup>1</sup>

El segundo número de esta revista (publicado en 2001) contiene un interesante debate sobre inconstitucionalidad y derogación, originado por un excelente artículo de Claudina Orunesu, Jorge Rodríguez y Germán Sucar (en adelante, ORS)<sup>2</sup>. En el presente “follow-up” no haré una reconstrucción completa de todas las tesis sostenidas en el debate (lo que conllevaría elaborar una entera monografía), sino que tengo la (mucho más modesta) pretensión de retomar y analizar de manera sucinta algunos de los temas propuestos por ORS, aquellos

<sup>1</sup> Agradezco a Riccardo Guastini sus útiles observaciones a una versión previa del presente texto.

<sup>2</sup> Orunesu, C., Rodríguez, J. L., Sucar, G., “Inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, 2, 2001, (citado en lo que sigue como ORS1). En el mismo número de la revista, se encuentra otra contribución de los autores, la cual contiene las réplicas a los críticos, cuyo título es “Reflexiones ulteriores sobre inconstitucionalidad y derogación” (citado en lo que sigue como ORS2).



que a mí me parecen los más importantes y los más discutibles desde un punto de vista filosófico.

## II. La naturaleza conceptual de la cláusula alternativa tácita

El punto de partida del análisis de ORS es la crítica de la controvertida tesis de la “cláusula alternativa tácita”, que Kelsen habría introducido para explicar la posibilidad de que normas jurídicas inválidas pudieran tener efectos jurídicos, a pesar del hecho de que, de acuerdo con Kelsen, validez, existencia y fuerza obligatoria son conceptos equivalentes o, al menos, que denotan conjuntos de normas coextensionales. En la reconstrucción de ORS, según dicha tesis, “toda norma de competencia que atribuye potestad a una autoridad para promulgar nuevas normas con ciertos contenidos incluye una cláusula alternativa tácita que autoriza al órgano en cuestión a promulgar normas con cualquier contenido” (ORS1, 14). Con arreglo a esta reconstrucción, en consecuencia, la tesis de la cláusula alternativa tácita tendría consecuencias desastrosas:

el legislador estaría autorizado a promulgar normas que respeten las restricciones impuestas por la constitución o normas con cualquier contenido, y el juez estaría autorizado a dictar sentencias ajustándose a lo prescrito por las normas generales del sistema o sentencias con cualquier contenido (*ibid.*).

Haciéndose eco de una conocida literatura<sup>3</sup>, ORS terminan su análisis sosteniendo que aceptar dicha tesis conllevaría el completo derrumbe de la teoría kelseniana, en particular con referencia a la noción de superioridad jerárquica y con la idea de que los jueces no gocen de una discrecionalidad sin límites.

<sup>3</sup> El *locus classicus* es Bulygin, E., “Cognition and Interpretation of Law”, en Gianformaggio, L. y Paulson, S. (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995, págs. 16-24. En la literatura más reciente, puede verse Tur, R., “The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?”, en Duarte D’Almeida, L., Gardner, J. y Green, L. (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart, 2013.

Esta consecuencia es, en mi opinión, demasiado drástica y merece ser rechazada o, más cautelosamente, debilitada.

En relación con la crítica que consiste en sostener que la tesis de la cláusula alternativa tácita cancela la propia idea de la estructura jerárquica del orden jurídico, cabe observar que esto es incorrecto en la medida en que existen otras interpretaciones más caritativas de dicha tesis que consienten salvar la doctrina kelseniana sin renunciar a la tesis bajo cuestión, la cual —es preciso subrayarlo— aparece a lo largo de todo del periodo “clásico” de la obra kelseniana<sup>4</sup>. En particular, lo que Kelsen parece defender es una tesis sustancialmente realista<sup>5</sup>: una norma es válida ya sea (1) porque ha sido producida de manera regular, o (2) porque no ha sido declarada inválida, a pesar de no haber sido producida regularmente, por una decisión judicial que tiene autoridad de cosa juzgada, o (3) porque ha sido declarada válida, a pesar de no haber sido producida de manera regular, por alguna decisión judicial que tiene autoridad de cosa juzgada<sup>6</sup>.

Leída de esta manera, la cláusula alternativa tácita no es un instrumento para explicar la dinámica jurídica en abstracto, sino para explicar cómo *realmente* funcionan los sistemas jurídicos en relación con la atribución de validez a las normas. Más allá de esto, la teoría de la cláusula alternativa tácita incluye también una tesis sobre el diseño institucional: si se crea una autoridad que tiene la última palabra sobre las cuestiones relativas a la validez de las normas, entonces debe aceptarse la posibilidad de que dicha autoridad declare válidas normas que no han sido producido regularmente o que colisionan con normas de rango superior<sup>7</sup>. En este sentido, es perfectamente razonable sostener

<sup>4</sup> Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, New Brunswick (NJ), Transaction, [1945] 2006, pág. 153 ss.; *idem*, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967, pág. 267 ss.

<sup>5</sup> Una lectura similar se encuentra en Schmill, U., “Observaciones a *Inconstitucionalidad y derogación*”, *Discusiones*, 2, 2001, pág. 83.

<sup>6</sup> Véase, en la literatura más reciente, Troper, M., “Une théorie réaliste de la validité”, *Analisi e diritto*, 2014.

<sup>7</sup> Como es sabido, la (otra) idea central defendida por Kelsen a este respecto es que resulta inútil dictar prohibiciones al legislador sin instituir un tribunal

—como lo hace la tesis kelseniana— que una norma es válida si es declarada tal por un órgano que tiene la competencia para hacerlo.

El argumento brindado en contra de esta última tesis por ORS es una referencia a la famosa distinción de Hart entre carácter definitivo y corrección de una sentencia<sup>8</sup>. Así lo formulan los autores marplatenses (ORS1, 19-20):

Una decisión puede ser definitiva, en el sentido que no puede ser cuestionada ante ningún otro órgano y, no obstante, ser equivocada. Los órganos de mayor jerarquía dentro del poder judicial, al resolver las disputas en torno a la inconstitucionalidad de las leyes o la ilegalidad de las sentencias dictadas por otros jueces, pueden tomar decisiones a cuyo respecto no quepa recurso alguno. Pero el carácter definitivo de tales decisiones no les acuerda corrección. Si una norma ha sido dictada en violación de la constitución, eso no cambia por el hecho de que la Corte Suprema rechace un pedido de declaración de inconstitucionalidad. Las pautas de corrección de una decisión judicial son independientes del carácter final o definitivo que pueda tener esa decisión.

Este argumento de origen hartiano no puede ser esgrimido en contra de Kelsen, ni de ningún otro autor, por cuatro razones principales: (1) resulta afectado por una petición de principio, en la medida en que asume que hay respuestas correctas, mientras que debería demostrarlo; (2) la circunstancia de que, de hecho, los jueces de última instancia son libres de (o, mejor, competentes para) declarar válidas o inválidas las normas que consideren no se ve de ninguna manera afectada por la posible “incorrección” de su decisión; (3) más exactamente, la propia idea de que las decisiones jurisdiccionales puedan ser “correctas”, en un sentido más ambicioso que el sentido básico de encontrarse en el marco de las decisiones jurídicamente admisibles, no es en absoluto pacífica, ya que presupone asunciones metainterpretativas

constitucional.

<sup>8</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, II ed., 1994, pág. 141 ss.

y metasisematorias muy controvertidas; (4) el término “correcto” y sus derivados son términos valorativos y, en cuanto tales, no deberían aparecer en una teoría genuinamente descriptiva del derecho: la tesis kelseniana del marco de los significados jurídicamente admisibles es una pieza de dicha teoría, mientras que la tesis hartiana de la corrección de las sentencias es una pieza de una doctrina fundamentalmente prescriptiva de la decisión judicial. En este contexto, la tesis de la cláusula alternativa tácita no solo es teóricamente admisible, sino incluso necesaria: en efecto, no se ve cómo se podría explicar de otra manera, desde el punto de vista de la validez jurídica, el hecho común de que los tribunales de última instancia se aparten de los significados admisibles para elegir un nuevo significado, que antes de esa decisión se encontraba fuera del marco de los significados reseñados.

### **III. Sobre el carácter constitutivo de la declaración de inconstitucionalidad**

Según ORS, una consecuencia sumamente indeseable de la tesis —sostenida por Kelsen y también por Schmill en el debate aquí comentado— según la cual la declaración de inconstitucionalidad tiene carácter constitutivo sería la de desdibujar por completo la formulación efectiva de las normas. Observan al respecto ORS:

La norma constitucional no dice, por ejemplo, que si el legislador dicta una ley que lesiona el derecho a la información debe decretarse su inconstitucionalidad, sino que reza: “cuando el tribunal competente mediante el procedimiento determinado por el orden jurídico, ha establecido con fuerza de cosa juzgada que determinada ley lesiona el derecho a la información, el tribunal debe decretar su inconstitucionalidad”. En otras palabras, la constitución no dice más que lo que los jueces dicen que dice. Esta posición solo es defendible sobre la base de una visión radicalmente indeterminista respecto de la interpretación de las normas constitucionales, y lleva a que el control de constitucionalidad no sea más que una suerte de poder de veto de los jueces sobre las normas que dicte

el legislador. Si se rechaza esta postura extrema respecto de la interpretación de las normas constitucionales, si se admite que puede haber casos claros de inconstitucionalidad, la conclusión es inadmisibles (ORS 2, 142-143).

A mí me parece que aquí los autores están confundiendo dos cuestiones manifiestamente distintas: el carácter definitivo de algunas sentencias (que es un problema relativo a la estructura de los órdenes jurídicos) con las diversas concepciones de la interpretación (que es un problema genuinamente meta-interpretativo).

Antes que nada, encontramos la tesis de que la declaración de inconstitucionalidad es competencia de algunos órganos judiciales determinados. Evidentemente, esta no es una tesis meta-interpretativa en sentido estricto, i.e. no presupone una particular teoría de la interpretación. Se podría abstractamente concebir un caso claro de conflicto entre una cierta lectura de las disposiciones de ley y una cierta lectura de las disposiciones constitucionales, y admitir que otras interpretaciones de las disposiciones involucradas en el proceso argumentativo puedan difícilmente ser propuestas, pero esto no afectaría el hecho de que el órgano judicial de última instancia pueda rechazar que exista dicho conflicto y entonces rehúse identificar un caso de inconstitucionalidad. Asimismo, se puede identificar un conflicto allí donde, a una lectura *prima facie* de los textos, no parecería haberlo. Mas en general, aunque en el supuesto totalmente académico de que todos los casos fueran interpretativamente claros, el poder otorgado a un órgano judicial de última instancia de decidir sobre la constitucionalidad de las normas legisladas le permite juzgar prescindiendo de la respuesta supuestamente clara.

En efecto, ORS, para poder sostener su división entre inconstitucionalidad y declaración de inconstitucionalidad, presuponen dos tesis harto complicadas para defender: (a) la presencia, en la mayoría de las cuestiones interpretativas, de respuestas correctas, (b) el deber por parte de los jueces de última instancia de ceñirse al significado “correcto” de las disposiciones.

Por lo que puedo ver, la tesis (a) es sustentada recurriendo al argumento falaz según el cual, si así no fuera, el derecho no tendría sentido

como conjunto de pautas que “pretenden” guiar la conducta humana. La tesis (b) presenta valores de verdad contingentes (que dependen de cuál sea la disciplina legal de la interpretación o de la práctica interpretativa de los juristas)<sup>9</sup>. Como es sabido, la disciplina legal de la interpretación en nuestros ordenamientos jurídicos admite —normalmente— muchos cánones interpretativos, de forma que resulta complicado sostener que existe una única interpretación correcta. Esta circunstancia es agravada por el hecho de que la práctica interpretativa —y creativa, sobre todo— de los juristas parece ir mucho más allá de las técnicas explícitamente permitidas por las normas que versan sobre la interpretación de las disposiciones jurídicas.

Más allá de esto, las cortes constitucionales son perfectamente conscientes del poder que les otorgan los documentos constitucionales en tema de interpretación y aplicación del derecho y, en consecuencia, de declaración de inconstitucionalidad de la ley. En particular, como de ellos depende la última palabra sobre la interpretación de la constitución y sobre la interpretación conforme de la ley, parece haber pocas dudas acerca de que es inconstitucional lo que los jueces constitucionales califican de esta manera. Considérese, entre muchos, el ejemplo paradigmático de lo que dispone al respecto la sentencia C-539/11 del Tribunal Constitucional de Colombia:

La jurisprudencia constitucional ha precisado que, dado que todas las autoridades se encuentran sometidas al “imperio de la ley” lo cual significa por sobre todo al imperio de la Constitución, de conformidad con los artículos 2 y 4 Superiores, (i) la tarea de interpretación constitucional no es tarea reservada a las autoridades judiciales, y (ii) que dicha interpretación y aplicación de la ley y de la Constitución debe realizarse conforme a los criterios determinados por el máximo tribunal competente para interpretar y fijar el contenido y alcance de los preceptos de la Constitución. Esta obligación, por parte de las autoridades administrativas de interpretar y

<sup>9</sup> La lectura propuesta en el texto es una interpretación caritativa: probablemente, la tesis en cuestión es decididamente prescriptiva y por ende carece de valores de verdad.

aplicar las normas a los casos en concreto de conformidad con la Constitución y con el precedente judicial constitucional fijado por esta Corporación, ha sido reiterada en múltiples oportunidades por esta Sala, poniendo de relieve el deber de las autoridades administrativas de ir más allá de las normas de inferior jerarquía para aplicar principios, valores y derechos constitucionales, y de aplicarlos en aras de protegerlos y garantizarlos. En relación con los parámetros de interpretación constitucional para la administración, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que (i) la Constitución es la norma de normas, (ii) su interpretación definitiva corresponde a la Corte Constitucional, de conformidad con el art. 241 Superior, (iii) que por tanto al ser la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, la interpretación que haga de ella es vinculante para todos los operadores jurídicos, administrativos o judiciales; y (iv) que el nivel de vinculatoriedad del precedente judicial es absoluto en el caso de las autoridades administrativas, quienes no gozan de la autonomía que le corresponde a los jueces.

A este respecto ha dicho la Corte:

La Constitución Política es una norma. Por lo mismo, su aplicación y respeto obliga a un constante ejercicio hermenéutico para establecer su sentido normativo. La función definitiva en esta materia corresponde a la Corte Constitucional, conforme se desprende del artículo 241 de la Constitución. Así, al ser guardiana de la supremacía e integridad de la Carta, la interpretación que la Corte haga del texto constitucional es vinculante para todos los operadores jurídicos, sea la administración o los jueces.

En suma, en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no solo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta,

por eso, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho.

#### IV. Dos modelos de orden jurídico

Otro punto muy relevante en el planteamiento de ORS es la distinción entre dos modelos de orden jurídico que llaman, respectivamente, del orden jurídico depurado y del orden jurídico no depurado.}

Según el primer modelo,

una de las condiciones de legalidad que debe satisfacer un acto de promulgación para permitir asociar un nuevo sistema al orden jurídico es que la norma o conjunto de normas promulgadas no resulten incompatibles con normas emanadas de un órgano jerárquicamente superior (ORS1, 37).

En dicho modelo, por consiguiente, en ninguno de los sistemas que conforman el orden jurídico existen inconsistencias entre normas dictadas por órganos de diferente jerarquía. El criterio de la *lex superior* actuaría *ex ante*, como un criterio que permite bloquear de antemano la entrada al sistema de aquellas normas en conflicto con normas superiores.

En cambio, de acuerdo con el segundo modelo, del orden no depurado, “todo acto de promulgación de una norma produce el ingreso de un nuevo sistema en la secuencia siempre que se satisfagan las condiciones formales relativas al órgano competente y al procedimiento debido” (ORS1, 37). El criterio de la *lex superior* actuaría *ex post*, como instrumento para restablecer la consistencia del sistema.

Esta división puede ser criticada al menos por tres razones<sup>10</sup>.

(1) En primer lugar, la propia denominación de los dos modelos propuesta por ORS parece desafortunada. Si un cierto ordenamiento jurídico es libre de inconsistencias por definición, porque en su ámbito

<sup>10</sup> Otras reflexiones críticas se encuentran en Ratti, G. B., “Tres disyuntivas teóricas en la reconstrucción de los órdenes jurídicos”, *Analisi e diritto*, 2013, págs. 61-63.



el criterio jerárquico funciona como instrumento para establecer la introducción de nuevas normas, parecería más razonable llamarlo “orden puro”, ya que nace sin inconsistencias, y no es depurado por algún operador después de que haya sido creado. Es más, es el segundo modelo el que debería recibir el rótulo de “depurado”, justamente porque el criterio jerárquico funciona como un instrumento para restablecer la consistencia, i.e. para depurar el sistema de estas imperfecciones sistemáticas. Evidentemente, este es un punto menor, de mero tenor terminológico, pero quizá esconda alguna confusión sobre el carácter meta-doctrinal, en lugar de simplemente estructural, que convendría asignarle a la dicotomía.

(2) Una segunda crítica a la disyuntiva en cuestión —expresamente formulada por Guastini en el debate bajo examen<sup>11</sup>— es la siguiente: dicha distinción parece ser más una herramienta para reconstruir los sistemas de control judicial sobre las normas inconstitucionales que un instrumento para explicar cómo funciona la validez jurídica de las normas en relación con diversas lecturas del criterio de la *lex superior*. Su éxito, en consecuencia, depende no tanto de las repercusiones teóricas que tengan ambos modelos, sino de la fidelidad con la cual ellos reconstruyen lo que ocurre en los distintos órdenes jurídicos, según el diseño institucional que les subyace.

<sup>11</sup> Guastini, R., “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, *Discusiones*, 2, 2001, pág. 61, escribe: “a mí me parece que los dos modelos dependen [...] de dos diversos modos de organizar el control jurisdiccional de constitucionalidad y de legalidad de las normas. En casi todos los ordenamientos contemporáneos el control de constitucionalidad de las leyes y el control de legalidad de los reglamentos [...] se cumplen *a posteriori*. Y esto quiere decir, justamente, que las normas (y decisiones individuales) inválidas pueden ingresar en el orden y están destinadas a permanecer en él en tanto no sean anuladas. La mayor parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos se corresponde en consecuencia con el modelo del orden no depurado. Y quien prefiriese describirlos a la luz del modelo del orden jurídico depurado ofrecería una representación engañosa. El modelo del orden depurado solo podría ser útil para describir ordenamientos en los cuales todos los controles de constitucionalidad y legalidad se ejercitasen *a priori* (y, en verdad, sobre todas las normas)”.

(3) Una tercera perplejidad concierne a las relaciones entre competencia normativa y ambos modelos de órdenes. Los autores marplatenses (ORS1, 37) defienden la tesis según la cual el modelo del orden depurado incorporaría el respeto del principio *lex superior* en el mismo concepto de competencia, “de forma que no podamos decir que [una cierta autoridad normativa] ha actuado como un órgano competente cuando la norma dictada es incompatible con normas superiores”<sup>12</sup>. Ahora esto muestra la naturaleza engañosa de dicho modelo, ya que ningún jurista consideraría que un legislador es incompetente, *sic et simpliciter*, para dictar normas contrarias a la constitución, justamente porque el juicio de inconstitucionalidad es un juicio interpretativo y la inconstitucionalidad es una variable de la interpretación, de forma que deberíamos decir que el legislador es competente para dictar disposiciones normativas, y solo cuando una disposición normativa es considerada incapaz de expresar al menos una norma compatible con las normas constitucionales, entonces se la elimina del orden jurídico.

Que dicha tesis no sea persuasiva lo muestra también el hecho de que el propio Rodríguez haya modificado su postura al respecto en un reciente libro escrito con Jordi Ferrer<sup>13</sup>. Junto con Ferrer, Rodríguez mantiene que la competencia es una propiedad disposicional institucional consistente en la capacidad de producir actos jurídicos válidos<sup>14</sup>. Esta tesis haría posible sostener que un órgano tiene competencia para dictar normas válidas, y que, no obstante, la actualización de dicha competencia depende del cumplimiento de algunas condiciones adicionales, entre las que puede encontrarse la conformidad con el principio *lex superior*. Esto tendría la consecuencia

<sup>12</sup> Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L. (2011), *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, pág. 175.

<sup>13</sup> Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L., *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, cit. Este volumen ha sido debatido en la primera parte del número de 2013 de la revista *Analisi e diritto*, con contribuciones de Chiassoni, Canale, Moreso, Ratti, Tuzet y Zorzetto. Ferrer y Rodríguez han replicado con el trabajo “Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas respuestas a los críticos”, *Analisi e diritto*, 2013, págs. 95-131.

<sup>14</sup> Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L., *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, cit., pág. 175

muy relevante de permitir distinguir entre una norma dictada por un órgano competente que haya actuado en una situación en la que no se han dado todas las condiciones para la actualización de dicha competencia, y la norma dictada por un conjunto de sujetos carentes de cualquier competencia. Sin embargo, la noción de competencia como propiedad disposicional, al resolver el problema teórico mencionado, parece crear otro más relevante: en ambos modelos de orden (depurado y no) el órgano competente tiene el poder de dictar prescripciones que entran a integrar un cierto sistema, a pesar de ser inválidas, ya que es posible “distinguir la competencia del órgano de las condiciones de validez de las normas por él creadas”<sup>15</sup> (ibíd.). Y esto convierte la distinción entre ambos modelos en una muy dudosa en el plano conceptual, aunque pueda tener alguna relevancia —como se dijo— respecto de la descripción de lo que ocurre con los sistemas de control de constitucionalidad que *de hecho* se dan.

Sin embargo, ORS se oponen a esta última lectura<sup>16</sup> afirmando que

no es esa la distinción [entre modelos *vigentes* de control de constitucionalidad] que propusimos. Como se ha expresado, intentamos diferenciar claramente entre la inconstitucionalidad de una norma y la declaración de su inconstitucionalidad. Un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una norma solo contingentemente tiene incidencia sobre la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Por consiguiente, ambas cuestiones no deberían ser confundidas. En otras palabras, ambos modelos de reconstrucción de los ordenamientos jurídicos resultan independientes de los mecanismos de control instrumentados. La utilidad de nuestra distinción puede considerarse un punto pendiente de demostración, pero su finalidad es distinta de la lectura que ofrece Guastini (ORS2, 148).

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Esta oposición ha sido reiterada recientemente en Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L., “Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas respuestas a los críticos”, *op. cit.*, pág. 117, donde se afirma: “la distinción teórica es enteramente independiente de las concretas configuraciones de los sistemas jurídicos”.

No obstante, planteada así la cuestión parece claro que el modelo del orden jurídico depurado no es vigente virtualmente en ningún sistema jurídico, mientras que la gran mayoría de los ordenamientos asume alguna variante del modelo del orden no depurado. La utilidad de la dicotomía, pues bien, no queda solo pendiente de ser demostrada, sino que, desde esta perspectiva, queda totalmente en entredicho<sup>17</sup>.

## V. Validez formal y validez material

Uno de los puntos más interesantes de la contribución de ORS se encuentra en el intento de los autores de usar instrumentos guastinianos para sostener que Guastini se equivoca respecto a las relaciones entre validez e invalidez formal y material.

ORS parten de la conocida tesis según la cual un sistema jurídico estaría compuesto por un conjunto de normas expresamente promulgadas y por un conjunto de normas que, si bien no han sido expresamente promulgadas, son admitidas en el sistema jurídico por derivarse lógicamente de las primeras. Las condiciones de pertenencia al sistema de estos dos conjuntos de normas —observan los autores marplatenses (ORS1, 26-27)— son diferentes:

las normas promulgadas se consideran parte de él si el acto de su promulgación se encuentra autorizado por normas del sistema (criterio de legalidad); las normas no promulgadas pertenecen al sistema si son consecuencias lógicas de las normas que integran el sistema (criterio de deducibilidad).

De esto, a su vez, se deriva que

<sup>17</sup> Esta cuestión reaparece también en la discusión que ORS tienen con Pablo Perot, al responder a las observaciones críticas vertidas por Perot en el artículo “Inconstitucionalidad, legalidad y orden jurídico”, en el mismo número de la revista. Véase la respuesta de los autores en ORS 2, págs. 146-147. Véase también, en la literatura más reciente, Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L., “Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas respuestas a los críticos”, *op. cit.*, págs. 116-117.

aún cuando en algún sentido al menos derivado pudiera predicarse “validez formal” de las normas expresamente promulgadas, parece claro que esa calificación no puede aplicarse a las normas no promulgadas, ya que con la expresión “validez formal” se hace referencia a la regularidad del acto de promulgación, la cual obviamente no puede tener incidencia alguna respecto de la pertenencia al sistema de una norma que no ha sido promulgada. En consecuencia, las normas no promulgadas no son ni válidas ni inválidas desde el punto de vista formal.

Según ORS, Guastini se opondría a estas tesis sosteniendo que en caso de conflicto entre ambos, el criterio material prevalece sobre el formal: por así decirlo, la validez material es “más fuerte” que la validez formal. En consecuencia, si una norma es válida tanto en sentido formal como en sentido material, no hay problemas. Sin embargo, (a) una norma formulada, aunque sea formalmente válida, es no obstante considerada inválida si resulta inconsistente con normas de jerarquía superior; (b) una norma no formulada, aunque sea formalmente inválida, es no obstante considerada válida siempre que pueda ser convincentemente derivada a partir de alguna norma formulada (formalmente válida).

Pues bien, las críticas a esta tesis de Guastini propuestas por los autores marplatenses son esencialmente dos (ORS1, 26 ss.).

(1) Validez formal y validez material son predicados de entidades diferentes (la primera es un predicado de disposiciones normativas; la segunda de normas), entonces no tiene sentido —como parece hacerlo Guastini— decir que una de ellas prevalece sobre la otra.

(2) Las condiciones de validez de normas promulgadas y de normas no promulgadas son diferentes, de forma que no puede calificarse como inválida a una norma no promulgada porque no satisface una condición de validez (como es, *verbigracia*, la regularidad formal) que es propia de las normas promulgadas (que no son otra cosa que significados de disposiciones normativas).

De ahí que, para ORS, no tenga sentido sostener que la validez material sea más fuerte que la validez formal.

Las críticas de ORS no me persuaden totalmente, por dos razones principales. Primero, cabe observar que las normas derivadas, en cuanto parasitarias respecto de las normas promulgadas, dependen, aunque indirectamente, de la validez de aquellas, de forma que si una cierta disposición D es formalmente inválida, esto hace inválidas también las normas que se desprenden de ella por interpretación y, con mayor razón, las que derivan lógicamente de ellas (asumiendo, obviamente, que no puedan ser derivadas lógicamente de otras normas formalmente válidas).

Segundo, si se analizan las normas derivadas en aislamiento, cabe observar que ellas no forman parte de las normas formalmente válidas (es decir, son formalmente no-válidas), pero forman parte del conjunto de las normas *materialmente válidas*. Este último conjunto es formado también por las normas materialmente válidas que, además, son también formalmente válidas (por proceder de actos normativos regulares). Si esto —como creo— es correcto, hay una justificación para lo que sostiene Guastini: el conjunto de las normas materialmente válidas es más amplio que el de las normas formalmente válidas. Puede que Guastini no haya distinguido, en esta ocasión, entre normas formalmente inválidas (es decir, normas que no reúnen las condiciones para ser consideradas formalmente válidas, a pesar de que “deberían” hacerlo) y normas formalmente no-válidas (es decir, normas de las que no se requiere, de por sí, producción regular), pero esto no autoriza —entiendo— a descalificar su tesis como carente de fundamentación.

## VI. La derogación de normas implícitas

Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, ORS sostiene que, cuando una norma derivada es derogada (mediante una regla tácitamente derogatoria, como por ejemplo “Todas las normas que entren en conflicto con esta ley serán derogadas”, o simplemente aplicando el criterio *lex posterior*), no es siempre cierto que el resultado de tal acto derogatorio sea un sistema bien formado. No solo es necesario, de hecho, derogar la norma derivada, sino también aquellas normas que implican tal

norma derivada (al igual que aquellas normas que son consecuencia lógica de la norma derivada). En otras palabras, la derogación tiene un efecto “de arriba hacia abajo” sobre las reglas implicadas, y un efecto “de abajo hacia arriba” sobre las reglas “implicantes”.

En este marco, puede ocurrir que, de cara a derogar una cierta norma derivada, dos normas expresas puedan ser alternativamente derogadas (siendo innecesario derogar ambas). En tal circunstancia, el resultado de la derogación no es un sistema normativo determinado, sino al menos dos sistemas normativos alternativos.

La demostración formal reza como sigue<sup>18</sup>. Supongamos que tenemos un sistema formado por las siguientes normas:

- N1:  $(\sim O\sim p \ \& \ \sim O\sim q) \supset \sim O\sim r$
- N2:  $O p$
- N3:  $O q$

Tal y como resulta sencillo ver, las normas N2 y N3 implican la norma N4 “ $\sim O\sim p \ \& \ \sim O\sim q$ ”<sup>19</sup>. La norma N4, a su vez, implica, junto con N1, la norma N5: “ $\sim O\sim r$ ”. Si uno quiere derogar la norma derivada N5 (algo que sólo puede ser hecho tácitamente a través de una regla derogatoria general), tal agente puede cancelar la norma N2 o la norma N3 (o ambas, aunque esto parece innecesario), pero no hay razón *lógica* para preferir la derogación de alguna de tales normas. Esta circunstancia afecta a la unidad de un sistema normativo, ya que lo descompone en sistemas normativos alternativos. El efecto de la derogación (tácita) de la norma derivada N5 no es, en este caso, un sistema bien formado, sino más bien el de varios conjuntos de normas.

<sup>18</sup> Aquí me apoyo, en particular, en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., “Sobre el concepto de orden jurídico” (1976), en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991, págs. 401-404.

<sup>19</sup> Recuérdese que, para la lógica deóntica de Alchourrón y Bulygin (y virtualmente para todos los sistemas de lógica deóntica), de hecho,  $O p$  implica  $\sim O\sim p$  (esto es, obligatorio implica permitido).

Esta tesis ha sido impugnada por Guastini en el debate que estamos analizando.

La idea de Guastini es que la demostración es errónea, ya que no da cuenta de un elemento distintivo de la lógica *jurídica*: “el razonamiento jurídico está gobernado no solo por la lógica, sino por el propio derecho. En el sentido de que es posible que el derecho excluya la admisibilidad de algunas inferencias que son lógicamente válidas” y el derecho admite algunas inferencias que son lógicamente inválidas<sup>20</sup>. Guastini también afirma que, si uno puede derivar lógicamente una cierta norma (c) a partir de las normas expresas (a) y (b), pero la norma (c) entra en conflicto con la norma expresa (d), promulgada después de (a) y (b), entonces (c) no es la conclusión de una inferencia jurídicamente admisible (pese a que es aceptable desde un punto de vista deductivo)<sup>21</sup>. Hasta la promulgación de (d), el sistema jurídico incluía las normas (a), (b) y (c). A partir de la promulgación de (d) y en adelante, el sistema incluirá las normas (a), (b) y (d).

A esta tesis, ORS replican sosteniendo que la tesis de Guastini es sustancialmente correcta, pero que es preciso enfatizar las diversas consecuencias que se siguen de cada una de estas dos reconstrucciones. De acuerdo con la de ORS, “es menester aceptar que la promulgación de una norma puede provocar la derogación de otra que no es directamente incompatible con la nueva norma promulgada”. En cambio, si se acepta la postura de Guastini, “ello no ocurre, pero es necesario admitir que la promulgación de una norma pueda tener repercusión sobre las reglas de inferencia admisibles en el sistema considerado” (ORS2, 149). Además de esto, la tesis sostenida por Guastini conlleva que si formas de razonamiento lógicamente inválidas (como, por ejemplo, la analogía) son admitidas en ciertos sistemas jurídicos como forma de inferencia (jurídicamente) válida, entonces es necesario “aceptar que en tales sistemas jurídicos podrían

<sup>20</sup> Guastini, R., “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, *op. cit.*, págs. 62-63.

<sup>21</sup> Guastini, R., “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, *op. cit.*, pág. 63.



derivarse consecuencias contradictorias incluso para los casos consistentemente normados” (ORS2, 148).

ORS sostienen que el hecho de que las autoridades normativas admitan formas inválidas de razonamiento en algunos casos (por ejemplo, la analogía en el caso de lagunas normativas), esto no quiere decir que admitan inferencias inválidas como medio para derivar las consecuencias lógicas de las normas. Dicho de otro modo, “puede admitirse la analogía en el derecho sin aceptar que ella constituya una forma de inferencia que permita derivar consecuencias a partir de las normas promulgadas” (ORS 2, 148).

Pese a que esto a ORS les parezca lógicamente descabellado, hay varios sistemas jurídicos donde la analogía es utilizada, de hecho, como un instrumento para derivar (al menos algunas de las) consecuencias lógicas de las normas. Es verdad que muchos de los sistemas jurídicos prevén que la analogía y otros razonamientos “productores” de normas funcionan primariamente como instrumentos para llenar lagunas. Sin embargo, es interesante observar que dichos razonamientos son a menudo usados por los juristas fuera del ámbito previsto por las normas de derecho positivo (i.e. integración de lagunas normativas), originando así inconsistencias<sup>22</sup>. Efectivamente, si se aplica la analogía a un caso regulado por una solución jurídica, lo que se crea es o bien una redundancia (si se usa una determinada *ratio* para iterar la solución que ya existe) o bien una antinomia (si se usa la *ratio* para derivar una norma que contradice la que ya existe).

Afirma, por ejemplo, un insigne jurista italiano que

una interpretación constitucionalmente orientada de la materia de la propiedad debe, antes de nada, permitir una aplicación analógica de aquellas normas, las cuales, aunque contradigan el libre desarrollo de las facultades del propietario, constituyen un elemento estructural relativo a la forma de ser de ese tipo de propiedad privada<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Véase Ross, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958, pág. 150.

<sup>23</sup> Gambaro, A., *Il diritto di proprietà*, Milano, Giuffrè, 1995, pág. 47.

Lo que equivale a decir que la aplicación analógica de algunas normas que limitan los derechos de propiedad debe ser realizada a la luz del dictado constitucional, aunque esto produzca contradicciones en el seno del sistema de la propiedad, ya que dichas situaciones de conflicto pueden ser solucionadas otorgándole primacía a la “función social” de la institución propietaria<sup>24</sup>.

En resumidas cuentas, ORS parecen pasar por alto que según los criterios de identificación usados normalmente por los juristas no siempre las normas derivadas se limitan a aquellas que se desprenden de la aplicación de los criterios de la lógica deductiva. Al contrario, es una cuestión dogmática —que cambia en los diversos órdenes jurídicos— establecer cuáles son los criterios para determinar la pertenencia (y/o la aplicabilidad) de las normas derivadas a (en) un cierto sistema de normas<sup>25</sup>. La confusión entre lo que debería pasar en un sistema normativo ideal con lo que ocurre en los sistemas jurídicos reales es algo frecuente en la literatura positivista de índole no realista, pero es sorprendente que en esta confusión incurran pensadores tan agudos como ORS. En particular, el argumento según el cual si un cierto sistema jurídico admite como jurídicamente válidas formas de razonamiento lógicamente inválidas, entonces se sigue que en tales sistemas jurídicos podrían derivarse consecuencias contradictorias, y por esto no se puede afirmar razonablemente que tales razonamientos “ampliativos” sean instrumentos para derivar las consecuencias lógicas de las normas, constituye una clara petición de principio, en la medida en que sostiene que algo no puede ocurrir bajo la asunción de que un sistema normativo tiene que tener la propiedad de ser racional (en la medida en que admitir razonamientos ampliativos entre las

<sup>24</sup> Al respecto, Rescigno, P., “La proprietà (dir. priv.)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, pág. 275, habla de «estensibilità analogica delle norme di carattere eccezionale destinate a realizzare la funzione sociale».

<sup>25</sup> Esta pluralidad de modelos es reflejada por las diferentes reconstrucciones teóricas correspondientes. Véase Ferrer Beltrán, J. y Ratti, G. B., “Validity and Defeasibility in the Legal Domain”, *Law and Philosophy*, 29, 2010, págs. 610-614.

reglas de inferencias podría conllevar consecuencias lógicamente insatisfactorias). Claramente, esta es una postura anti-realista en el ámbito de la teoría del derecho, ya que rehúsa describir lo que de hecho ocurre en los sistemas jurídicos, sobre la base reconstrucciones conceptuales construidas artificialmente<sup>26</sup>.

## VII. Derogación e invalidez constitucional

En la parte final de su artículo, ORS proponen un profundizado y sugerente análisis de las posibles relaciones entre derogación y declaración de inconstitucionalidad. Comparto, en buena medida, sus resultados, de forma que no los discutiré aquí.

Sin embargo, me parece que ORS omiten subrayar un punto importante relativo a dichas relaciones<sup>27</sup>. En los sistemas jurídicos con control de constitucionalidad centralizado y con efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias, la derogación implícita por aplicación del principio *lex posterior* y la declaración de inconstitucionalidad por aplicación del principio *lex superior* pueden converger en el caso en que una norma sea, a la vez, superior y posterior respecto de otra norma. Es este un caso donde la dicotomía entre orden depurado y orden no depurado parece encontrar algún problema, ya que la norma que es criterio de “pureza” entra a formar parte de la secuencia de sistemas en un momento sucesivo a la norma cuya consistencia con ella debería establecerse. Lo que es importante subrayar aquí, no obstante, es que el modelo del orden depurado parece decantarse por la aplicación del criterio *lex posterior* —con expulsión inmediata de la norma más antigua y consecuente inexistencia *ab origine* de cualquier conflicto

<sup>26</sup> Sin embargo, distinguen cuidadosamente entre cuestiones, por así decirlo, de “sociología del razonamiento jurídico” y cuestiones lógicas Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J. L., “Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas respuestas a los críticos”, *cit.*, págs. 118-119, aunque no extraigan de ello todas las repercusiones conceptuales que, en mi opinión, cabe derivar.

<sup>27</sup> Véanse, no obstante, las agudas reflexiones que, respecto de este punto, se encuentran, más recientemente, en Orunesu, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 135 ss.

normativo— mientras que el modelo del orden no depurado parecería sugerir la aplicación del criterio jerárquico, con eventual expulsión de la norma inferior sobre la base de una sentencia del órgano del control de constitucionalidad. En términos de reconstrucción de lo que normalmente pasa en los sistemas de control centralizado, no cabe duda de que el segundo modelo parece ser más adecuado que el primero. Efectivamente, como afirma correctamente Guastini,

cuando está en discusión una antinomia entre constitución y ley anterior a la constitución, doctrina y jurisprudencia parecen preferir decididamente [la aplicación del criterio jerárquico], de manera que una norma legislativa en conflicto con la constitución, pero anterior a esta, debe considerarse no simplemente derogada, sino inválida, por inconstitucionalidad sobreviniente. Con la relevante consecuencia que la antinomia entre constitución y ley anterior no la pueden resolver los jueces comunes (por otra parte con efectos circunscritos al caso en cuestión), sino solo el Tribunal Constitucional (cuyas sentencias estimatorias tienen efectos *erga omnes*)<sup>28</sup>.

### VIII. Conclusiones

En las páginas precedentes, he criticado algunas de las tesis propuestas por ORS hace algunos años en unas importantes contribuciones publicadas en esta revista. Es de sobra decir que dichas contribuciones contienen muchas tesis que merecen ser compartidas, pero sobre ellas nada he dicho, ni diré, en esta sede.

Quiero concluir diciendo que allí donde nuestras ideas divergen, me parece que lo hacen porque mis amigos ORS no mantienen una sana actitud realista acerca de lo que ocurre en el mundo jurídico, sino que hacen prevalecer sus estipulaciones conceptuales (y sus preferencias ideológicas) sobre los hechos empíricos, de forma que sus propuestas sobre estos puntos, implícitamente, se tornan dogmáticas,

<sup>28</sup> Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014, pág. 129.

más que teórico-generales. Es decir, versan sobre cómo debe ser el derecho y no sobre cómo es.

### **Bibliografía**

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. “Sobre el concepto de orden jurídico” (1976), en Alchourrón C. E. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1991.
- Bulygin, E., “Cognition and Interpretation of Law”, en L. Gianformaggio y S. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995.
- Ferrer Beltrán, J. Ratti, G. B., “Validity and Defeasibility in the Legal Domain”, *Law and Philosophy*, 29, 2010.
- Ferrer Beltrán, J., Rodríguez, J. L., *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Ferrer Beltrán, J., Rodríguez, J. L., “Sobre dinámica jurídica y jerarquías normativas: Algunas réplicas a los críticos”, *Analisi e diritto*, 2013.
- Gambaro, A., *Il diritto di proprietà*, Milano, Giuffrè, 1995.
- Guastini, R., “Cinco observaciones sobre validez y derogación”, *Discusiones*, 2, 2001.
- Guastini, R., *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, II ed., 1994.
- Kelsen, H., *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, New Brunswick (NJ), Transaction, [1945] 2006.
- Orunesu, C., *Positivism jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Orunesu, C., Rodríguez, J. L. y Sucar, G., “Inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, 2, 2001.
- Orunesu, C., Rodríguez, J. L. y Sucar, G., “Reflexiones ulteriores sobre inconstitucionalidad y derogación”, *Discusiones*, 2, 2001.
- Perot, P., “Inconstitucionalidad, legalidad y orden jurídico”, *Discusiones*, 2, 2001.

- Ratti, G. B., “Tres disyuntivas teóricas en la reconstrucción de los órdenes jurídicos”, *Analisi e diritto*, 2013.
- Rescigno, P., “La proprietà (dir. priv.)”, en *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1998.
- Ross, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons, 1958.
- Schmill, U., “Observaciones a *Inconstitucionalidad y derogación*”, *Discusiones*, 2, 2001.
- Troper, M., “Une théorie réaliste de la validité”, *Analisi e diritto*, 2014.
- Tur, R., “The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?”, en L. Duarte D’Almeida, J. Gardner, L. Green (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart, 2013.

# Instrucciones para los autores





*Discusiones* publica debates en torno a un texto principal, además de diferentes secciones con textos críticos. El ámbito temático de la revista incluye la filosofía del derecho, la filosofía moral y política, así como la teoría del derecho penal, privado y constitucional. Los textos deben reflejar conocimiento original e inédito. La revista consta de dos números al año publicados en junio y diciembre de cada año.

Cada número de la revista constará de cuatro secciones: la sección principal será dedicada a la discusión de un trabajo central, seguido por una serie de estudios críticos y una réplica por parte del autor del trabajo principal. La sección *Discusiones: Cortes* estará destinada a discutir críticamente un fallo o línea jurisprudencial de alguna Corte o Tribunal de relevancia. La sección *Discusiones: Libros* estará reservada a discutir una idea central presente en un texto considerado clásico o de reciente aparición. Por último, la sección *Discusiones: Balance* consistirá en un apartado dedicado a retomar discusiones anteriores que han tenido lugar en esta revista intentando proyectarlas hacia el futuro.

## **Envío y evaluación**

Todo artículo o propuesta de discusión debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción (hernanbouvier@gmail.com, samantaborz@gmail.com, danidomeniconi@gmail.com).

*Discusiones: sección principal.* Las propuestas de discusión de esta sección deben enviarse con el texto principal que se propone como eje de discusión y los nombres y vinculación institucional del editor y los discutidores. El texto principal de la discusión no deberá exceder las 10.000 palabras y deberá contar con un resumen de 150 palabras. La propuesta será evaluada por el Consejo Asesor mediante un dictamen fundado. En caso de ser aceptada, corresponderá al editor propuesto la coordinación de la discusión, recopilando los textos críticos de los intervinientes indicados y la réplica o respuesta final a las críticas por parte del autor principal.

#### Discusiones XIV

*Discusiones: Cortes.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras y debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por los encargados de sección (Sebastián Elías, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido) para su referato ciego por pares externos.

*Discusiones: Libros.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso sobre el libro en cuestión. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido por el encargado de sección (Pau Luque) para su referato ciego por pares externos.

*Discusiones: Balance.* El texto propuesto para la sección debe ser enviado al Director y/o la Secretaria de Redacción. El texto no deberá exceder las 10.000 palabras, debe ser acompañado de un resumen de 150 palabras y debe contener un abordaje crítico y extenso de alguna de las discusiones que han sido objeto de números anteriores. El artículo deberá, además, incluir nuevas proyecciones y actualizaciones del debate analizado. Debe indicarse en el asunto y cuerpo del mensaje que se envía para la sección en cuestión y adjuntar dos documentos: uno con los datos del autor y otro sin datos ni referencias que permitan identificar su autoría. El texto sin datos será remitido para su referato ciego por pares externos.

## Instrucciones generales de escritura y citado

- Todos los trabajos estarán redactados con interlineado a espacio y medio y letra fuente *Times New Roman 12*, en páginas tamaño carta.
- Inmediatamente bajo el título o subtítulo de cada trabajo, los autores pondrán su nombre con una llamada a pie de página, en asterisco, en la cual harán mención de su grado académico, la institución a la que pertenecen y la dirección de contacto (ciudad, país y e-mail).
- Las notas al pie deben ser enumeradas consecutivamente y debe redactarse con fuente *Times New Roman 10*, interlineado sencillo.
- En las notas se indicará la fuente de la siguiente manera:
- Si se trata de un libro: Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D.F., Porrúa, 1979
- Si se trata de capítulo en obra colectiva: Celano, B., “What can Plans do for Legal Theory?”, en Canale, D. y Tuzet, G. (eds.), *The Planning Theory of Law*, London, Springer, 2013, pág. 129-152.
- Si se trata de un artículo en revista: Garzón Valdés, E. “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa*, 3, 1986, pág. 17-33.
- Tratándose de referencias a obras ya citadas, si la referencia es exactamente la misma contenida en una nota anterior, debe utilizarse la expresión “Ídem”. Si es el del mismo autor y obra, pero se cita una parte diversa, deberá usarse la expresión “Ibíd” o “Ibídem” seguida de la página distinta que se está refiriendo. En el caso de referencias no contiguas, en que se cita al mismo autor, se indicará solo el apellido y nombre del autor seguido de la expresión “op. cit.”. Y cuando se han citado dos o más trabajos de un mismo autor, se agregará, luego del apellido y nombre, el título de la obra o parte de él para poder identificar el trabajo que se ha citado, seguido de la expresión “op. cit.”.

#### Discusiones XIV

- Al final del trabajo se agregará una lista con la bibliografía citada, ordenada alfabéticamente según el apellido del autor y elaborada siguiendo las normas indicadas para las notas.
- Todo trabajo debe ser precedido de un resumen, en castellano e inglés, de 150 palabras y la indicación, en la lengua correspondiente, de al menos tres palabras clave.

Se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2015  
en B4 Gráfica, Bahía Blanca, Argentina.  
Se imprimieron 100 ejemplares

