



Universidad de  
**SanAndrés**

**UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO - ABOGACÍA**

**¿EN QUÉ MEDIDA EL DERECHO ES MATERIA INTERPRETABLE?**

**La distinción entre casos claros y casos difíciles de  
aplicación de la ley**

**Antonella Pernigotti Rebullida**

**Legajo N°: 29.263**

**Mentor de tesis: Andrés Rosler**

29 de julio de 2022, Buenos Aires, Argentina

## Resumen

La indeterminación del lenguaje trae como consecuencia que el alcance de las normas jurídicas sea ambiguo y, consecuentemente, su aplicación se torne confusa. Por ello, cuando el contenido de una disposición legal es claramente identificable, corresponde que los jueces cumplan con su labor de aplicación normativa sin realizar consideraciones extrajurídicas, incluso cuando la solución alcanzada sea, a sus ojos, contraria a ciertos valores morales.

La distinción entre un caso claro y un caso difícil de aplicación de las normas es de vital importancia ya que, para dar solución a los casos del primer grupo, a diferencia de lo que ocurre con los que integran el segundo, no será necesario interpretar a las leyes, sino más bien comprenderlas y aplicarlas. Si reconocemos que el derecho tiene autoridad, no podemos dejar de lado aquella categorización.

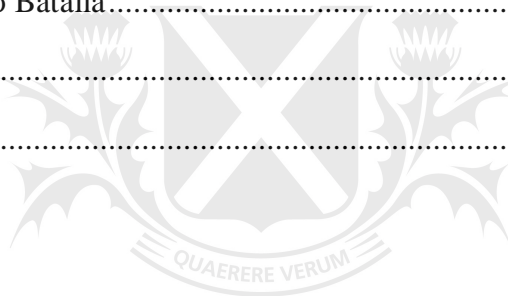
La finalidad de este trabajo es demostrar que las consideraciones morales personales de los jueces no deben ser tenidas en cuenta a la hora de aplicar el derecho, ni al momento de distinguir entre uno y otro grupo de casos.

Palabras clave: positivismo, interpretativismo, interpretación del derecho, casos claros, casos difíciles, aplicación del derecho, indeterminación del derecho.

Universidad de  
San Andrés

## Índice

I. Introducción.....	4
II. Distinción entre casos claros y casos difíciles de aplicación del derecho.....	5
(i) Tesis positivista .....	6
(ii) El gran aliado del “derecho de los jueces”. La teoría interpretativista de Ronald Dworkin .....	9
III. Disputa entre las normas positivas y consideraciones extrajurídicas: el “derecho de los jueces” en Argentina.....	15
(i) La noción de justicia y los juicios por crímenes de lesa humanidad .....	18
(ii) Análisis del fallo Muiña.....	24
(iii) Análisis del fallo Batalla.....	27
IV. Conclusión.....	30
V. Bibliografía.....	33



Universidad de  
**San Andrés**

## I. Introducción

Tal como está concebida, la práctica jurídica exige que los jueces se enfrenten a menudo a situaciones conflictivas y se expresen en algún sentido. Asimismo, y debido a que el derecho utiliza al lenguaje como canal de expresión, la función judicial está necesariamente vinculada a la atribución de significado a los textos legales. Esta consecuencia lógica plantea un problema significativo: la comunicación lingüística puede resultar frustrada. Desde luego, el ejercicio del derecho se ve afectado por la ambigüedad del lenguaje y como resultado, las expresiones jurídicas tienen textura abierta.

Ahora bien, lo anterior no obsta a que existan los llamados “casos claros”, donde la norma es identificable sin mayores problemas y el significado de sus palabras es preciso, de modo que la respuesta jurídica a un planteo es evidente. Por el contrario, por supuesto, existen casos difíciles, donde no es tan sencillo identificar el alcance de una ley. Frente a este segundo grupo de casos, los jueces deberán realizar una interpretación de los enunciados y ofrecer una respuesta. Por interpretación jurídica nos referimos al proceso de la decodificación de textos normativos cuyo significado no es del todo claro, ya sea porque es ambiguo, complejo o vago.<sup>1</sup>

En esta instancia, un problema que se plantea es que la misma distinción entre casos claros y difíciles de aplicación de las normas no responde a un criterio unívoco. Tal discrepancia está intrínsecamente ligada a las ideas de autoridad del derecho y a la concepción que se tenga sobre la moralidad y su vinculación con las prácticas jurídicas.

La intromisión de la moralidad como fuente de derecho en esta problemática posibilita que los jueces tomen en consideración valoraciones no jurídicas para afirmar que el ordenamiento no ofrece una respuesta certera. De esta manera, la distinción entre un caso claro de aplicación y uno difícil se torna confusa, a la vez que confía en los ideales particulares de quien sea llamado a dictar sentencia.

Cuando las convicciones individuales entran en juego, el riesgo de encontrarnos con situaciones no permitidas por la ley es palmario. Es importante dimensionar la magnitud del acto antes descripto: supone el desconocimiento de autoridad del derecho.

---

<sup>1</sup> Véase la distinción que hace Riccardo Guastini (2015) respecto de las distintas técnicas de interpretación de los enunciados normativos, a saber: la literal, la intencional o psicológica, la teleológica, la que responde mejor a las exigencias de la sociedad, la que busca preservar la consistencia lógica del derecho, o la que busca resultados “razonables”.

Así las cosas, un juez podría invocar principios morales al momento de fundar sus decisiones, incluso si dichos principios no pueden ser asociados con normas jurídicas legítimamente enunciadas. Lo problemático de esta situación es que, al no existir una decisión unánime y de carácter legal respecto de cuáles valores merecen ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar el derecho, las creencias de los jueces pueden interferir con el cumplimiento de su labor y, sobre todo, con la seguridad jurídica que tanto aspiramos.

Reconocer el peligro de las consecuencias prácticas que esto podría implicar no equivale a negar que el derecho y la moralidad puedan tener un punto de contacto. Es por ello que, cuando una ley positiva introduce valoraciones morales, el juez podrá recurrir a ellas para fundar sus decisiones. En todo caso, lo incorrecto sería que, por considerar una respuesta jurídica inadecuada, el juez introduzca valoraciones morales para dar con una solución de su agrado. Con todo, propongo una distinción en dos niveles: por un lado, la moralidad y el derecho deben mantenerse separados en tanto una ley positiva no requiera lo contrario; y, por el otro, la distinción entre casos claros y casos no claros de aplicación del derecho debe responder a consideraciones inherentes al aparato jurídico, pero nunca a razones externas.

## II. Distinción entre casos claros y casos difíciles de aplicación del derecho

H.L.A. Hart, reconocido autor positivista, sostuvo que “[t]anto aquellos para quienes la clave de la comprensión del derecho se encuentra en la noción de órdenes respaldadas por amenazas, como aquellos que la ven en su relación con la moral o la justicia, hablan del derecho como algo que contiene reglas, si no está compuesto principalmente por ellas.”<sup>2</sup> Además, ocurre que cuando los legisladores pretenden regular conductas de manera anticipada por medio de pautas generales, que serán luego aplicables a casos concretos, su empeño se enfrenta a dos obstáculos: por un lado, a la relativa ignorancia de los hechos; y, por el otro, a la relativa indeterminación de propósitos.<sup>3</sup>

La teoría hartiana<sup>4</sup> sostiene que el derecho es la unión entre reglas primarias (aquellas que confieren obligaciones de hacer o no hacer determinada cosa) y secundarias (aquellas que confieren potestades). Visto de esta manera, el derecho está marcado por la existencia de situaciones en las que la aplicación de dichas reglas será evidente (casos *claros*) y situaciones en las que será compleja (casos *difíciles*). La primera categoría agrupa a todos

---

<sup>2</sup> H.L.A. Hart. *El concepto de derecho*, traduc. Genaro Carrió (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961), 10.

<sup>3</sup> Hart, *El concepto de derecho*, 160.

<sup>4</sup> Hart. *El concepto de derecho*, 99.

aquellos casos que son fácilmente subsumibles en el ámbito de aplicación de una norma; y, la segunda, aquellos en los que, por algún motivo, el derecho es indeterminado y no hay una única respuesta jurídica, o no hay una solución que claramente provenga de lo que está regulado. El filósofo en cuestión, por ejemplo, atribuye esa indeterminación al hecho de que el derecho está compuesto por normas enunciadas a través del lenguaje, que a su vez puede tener una “textura abierta” y ser impreciso en sus términos.

Asimismo, el grupo de casos *difíciles* incluye a aquellos en los que la norma positiva aplicable a la situación incorpora cláusulas que hacen necesaria la interpretación judicial, por ejemplo, la noción de “bien común” que se debate en el fallo “CHA”<sup>5</sup>. En ocasión de dicho precedente estaba en juego si la interpretación de la Inspección General de Justicia sobre el bien común que debían perseguir las asociaciones civiles para obtener personería jurídica era o no constitucional.<sup>6</sup> No se pierda de vista que, en casos como este, la dificultad del caso es inherente al derecho, toda vez que la norma positiva hace referencia a un concepto indeterminado y, por lo tanto, el significado de esa disposición no puede extraerse de su contenido. Conviene determinar, entonces, qué es aquello que integra al derecho, para así poder establecer cuándo la dificultad de un caso es *interna* y cuando *externa* a él.

(i) *Tesis positivista*

Las teorías positivistas se formulan a partir de tres componentes básicos: (i) la Tesis Social, que afirma que la existencia del derecho es posible gracias a determinados hechos sociales; (ii) la Tesis de la Convencionalidad, cuyo argumento es que los criterios de validez de las normas son de carácter convencional, y (iii) la Tesis de la Separabilidad, que sostiene que no hay criterios morales de validez jurídica<sup>7</sup>; es decir, postula la

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia”, Fallos 314:1531 (1991).

<sup>6</sup> La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la resolución de la Inspección General de Justicia que denegó el pedido de otorgamiento de personería jurídica efectuado por la Comunidad de Homosexuales de Argentina (“CHA”). Dijo, además, que la decisión de la IGJ tuvo sustento en la idea de que la homosexualidad es un trastorno en la conducta sexual y en gran parte de los casos requiere un adecuado tratamiento psiquiátrico. Llegado el caso a la Corte Suprema, -por medio de un recurso extraordinario que, una vez denegado, dio lugar al recurso de queja- el tribunal acogió los argumentos de la parte demandada y sostuvo que los principios de la moral cristiana que rechazan ese tipo de conductas por ser contrarias a los objetivos mismos de la sexualidad poseen un profundo arraigo en nuestra sociedad y se expresan por medio de los artículos 2, 67 inc. 15 y 16 de la Constitución y el artículo 33 del entonces vigente Código Civil. Finalmente, sostuvo que los fines de la asociación no se compadecían con los objetivos del bien común que exige la norma vigente para el otorgamiento de la personería jurídica.

<sup>7</sup> Kenneth E. Himma, “Positivism jurídico incluyente”, traduc. Pedro A. Villarreal Lizárraga (México: Universidad Externado, 2014), 355.

separación del derecho de la moral y entiende que, en razón de tal distancia, el derecho no debe ser leído de acuerdo a lo que *debería ser*. Es por ello que el derecho merece ser aplicado a pesar de sus consecuencias fácticas no se correspondan con la idea de moralidad que sus súbditos puedan tener. De este modo, desde un punto de vista positivista poco importaría si una comunidad considera moral o no al acto de abortar, por ejemplo; en tanto y en cuanto una norma positiva consagre el derecho —o la prohibición— de hacerlo, deberemos respetarla.

Es esta última tesis del positivismo la que resulta de mayor interés a los fines de este trabajo. En su forma más general, la Tesis de la Separabilidad postula que el derecho y la moral son, como ya se dijo, conceptualmente diferentes. A la vez, niega que la validez de una norma dependa necesariamente de su corrección en términos morales. La adhesión a este postulado nos permite eludir el peligro de que la autoridad del derecho se vea quebrantada por las concepciones humanas sobre lo que el derecho es y lo que debería ser.<sup>8</sup>

Por supuesto, se han formulado diversas interpretaciones de esta idea básica, lo que ha dado vida a múltiples debates en torno a su significado. En este sentido, mientras que algunos autores sostienen que cualquier referencia a consideraciones morales al definir las nociones de derecho, validez jurídica y sistema jurídico no es consistente con la Tesis de la Separabilidad<sup>9</sup>, otros afirman que hay sistemas jurídicos conceptualmente posibles en los que los criterios de validez incluyen normas morales sustantivas.

La teoría interpretativista de Dworkin —que, en términos generales, postula que el derecho es esencialmente interpretativo y dicha interpretación requiere emplear la moralidad política— produjo un cisma en las filas del positivismo en lo que hace a la distinción entre derecho y moral<sup>10</sup>. Así se diferencian, por un lado, el llamado positivismo incluyente, que sostiene que la identificación del derecho puede estar, en algunas ocasiones, subordinada a consideraciones morales; y, por otro lado, el positivismo excluyente, basado en la idea de que el razonamiento moral queda completamente excluido al momento de identificar al derecho vigente.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> H.L.A. Hart, "El positivismo y la separación del derecho y la moral" (Harvard Law Review: 1958), citado en *El debate Hart-Fuller*, traduc. Jorge González Jácome (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 29.

<sup>9</sup> Himma, "Positivismo jurídico incluyente", 373.

<sup>10</sup> Andrés Rosler, *La ley es la ley* (Buenos Aires: Katz, 2019), 167.

<sup>11</sup> Rosler, *La ley es la ley*, 167

Los positivistas incluyentes entienden a la Tesis de la Separabilidad a partir de lo que ellos llaman Tesis de la Incorporación, según la cual hay sistemas jurídicos en los que los criterios de validez de las normas incluyen normas morales sustantivas. Desde este punto de vista, la validez de una norma jurídica depende, por lo menos en una parte, de la relación que exista entre su contenido y las normas morales relevantes. Esta relación puede darse de dos maneras: por un lado, porque una condición necesaria para que una norma sea jurídicamente válida es que su contenido sea consistente con ciertos requisitos morales (“componente de la necesidad”); por el otro, porque una condición suficiente para que una norma sea jurídicamente válida es que reproduzca algún principio moral (“componente de la suficiencia”).<sup>12</sup>

El componente de la necesidad fue principalmente desarrollado en un debate entre Hart y Fuller<sup>13</sup>, en el que este último sostuvo que el derecho, para servir como guía de conductas, debe estar conformado por reglas que satisfagan ciertos principios de moralidad interna, a saber, que sean expresadas en términos generales, se promulguen de manera pública, tengan efectos prospectivos, sean comprensibles y consistentes entre sí, que no exijan conductas más allá de los poderes de las partes afectadas, no sufran modificaciones contantes y sean administradas de manera consistente con su redacción. De esta forma, los principios de legalidad operan como limitantes morales a la conducta de los legisladores.<sup>14</sup>

Sin embargo, pareciera que esos criterios que Fuller llama de “moralidad interna”, en realidad, podrían ser incorporados por una norma positiva y dejar de ser (solamente) morales. En efecto, la regla de reconocimiento de Hart –en nuestro caso, la Constitución Nacional– puede incorporar ciertas limitaciones al poder discrecional del legislador y disponer cuáles serán los criterios objetivos para considerar a una norma jurídicamente válida; de hecho, el rol de la regla de reconocimiento es precisamente ese. En verdad, incluso si existieran pautas morales objetivas compartidas por todos los integrantes de una comunidad, ellas no formarían parte del derecho en tanto no hayan sido admitidas por una de sus fuentes de validez.

---

<sup>12</sup> Himma, “Positivism jurídico incluyente”, 375.

<sup>13</sup> H.L.A. Hart, “El positivismo y la separación del derecho y la moral” (Harvard Law Review, 1958) & Lon Fuller, “El positivismo y la lealtad frente al derecho, una respuesta al profesor Hart” (Harvard Law Review, 1958).

<sup>14</sup> Himma, “Positivism jurídico incluyente”, 376.



Por su parte, el componente de la suficiencia se remonta, según Himma, al caso Riggs vs. Palmer, en el que se discutía si un hombre que asesinó a su abuelo podía beneficiarse del testamento de su víctima. Lo cierto es que, en el momento de dictada la sentencia, ninguna norma prohibía expresamente el otorgamiento de dicho beneficio y, sin embargo, la decisión de la Corte fue negarlo, con fundamento en que una solución contraria sería inconsistente con el principio (moral) de que ninguna persona puede beneficiarse de su mal proceder. Luego de analizar ese caso, Dworkin explicaba que el principio aplicado por los jueces tenía un valor jurídico derivado de su contenido: veía en él una exigencia moral de justicia.<sup>15</sup>

Frente a este ataque, el positivismo incluyente postuló que la regla de reconocimiento podría incorporar criterios de validez que consideraran al mérito moral como una condición suficiente para la validez jurídica. Visto de esa forma, los conceptos de moralidad podrían servir para responder no solo a la pregunta sobre aquello que el derecho *debería ser*, sino también sobre aquello que el derecho *es* en realidad.

Sin embargo, se dijo que esta idea es una contradicción en sus términos:

“[L]as convenciones constitutivas (...) no juegan ningún papel en lo que atañe al razonamiento moral o político, o al menos no deberían hacerlo, ya que se supone que nuestras creencias morales o políticas no dependen de las convenciones. Por el contrario, el razonamiento moral y político no solo es diferente del jurídico, sino que a menudo se opone a las convenciones existentes y por eso intenta cambiarlas”.<sup>16</sup>

En cambio, el positivismo excluyente niega –correctamente, a mi entender– que haya un lenguaje moral intrínseco a la regla de reconocimiento que introduzca, sin más, a los requerimientos morales al contenido del derecho. Sin embargo, ello no implica la negación de que los sistemas jurídicos puedan incorporar ciertos principios morales en sus normas positivas. En efecto, en tanto y en cuanto una regla legalmente válida traiga a colación a un concepto moral, aquello que el derecho incorpora pasa a ser, además de moral, un concepto jurídico.

(ii) *El gran aliado del “derecho de los jueces”. La teoría interpretativista de Ronald Dworkin*

La teoría de Dworkin implica una negación a la Tesis de Separabilidad del positivismo, pues sostiene que es imposible separar al razonamiento jurídico del razonamiento moral.

---

<sup>15</sup> Himma, “Positivismo jurídico incluyente”, 378.

<sup>16</sup> Rosler, *La ley es la ley*, 168.

El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios esencialmente morales que los tribunales desarrollan mediante un largo proceso de razonamiento. Así, el derecho será el conjunto de reglas sociales y de principios morales que serán suficientes para dar una respuesta correcta tanto a los casos fáciles como a los difíciles.

Si esto es así, cualquiera que quiera imponer coercitivamente el derecho debe verlo como el producto de una comunidad política, y esto requiere que los jueces lo interpreten siempre de esa manera; caso contrario, no estaría justificada su imposición coercitiva. La interpretación debe ser deferente con los hechos institucionales del pasado que dieron origen a la norma; además, debe ser realizada a la mejor luz moral, es decir, aquella que deriva de los principios de moralidad política que unen a la comunidad. Es por esto que Dworkin traza un paralelismo entre los jueces y los coautores de una novela en cadena, que deben leer e interpretar los capítulos que les anteceden y, luego, escribir -o, en el caso de los jueces, dictar sentencias-, de forma creativa, siendo respetuosos con lo que se dijo antes.

Conforme a esta postura, los principios del derecho existen y forman parte de él aun cuando no ha existido su expresa incorporación al sistema jurídico; son estándares de justicia distintos de las normas en al menos dos sentidos: (i) las reglas se aplican de manera disyuntiva -a todo o nada-, mientras que los principios se aplican de manera convergente -no tienen un antecedente establecido, sus condiciones de aplicación no han sido determinadas-; y (ii) los principios tienen una dimensión de peso que las normas no.<sup>17</sup>

La afirmación central del interpretativismo dworkiniano es que hay ciertos hechos morales que afectan necesariamente a la explicación sobre la autoridad del derecho. Como los principios desempeñan un papel importante en la determinación de obligaciones jurídicas, un buen modelo teórico debe tener en cuenta el rol de estos principios en la evaluación de aquello que es derecho. Hay algunos principios que no encuentran su origen en una decisión particular del órgano legislativo sino en un sentido de conveniencia y oportunidad que se desarrolla con el tiempo. De allí que la teoría dworkiniana plantea la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida. Además, “si un hombre tiene un

---

<sup>17</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1989), 76.

determinado derecho moral en contra del Gobierno, ese derecho sobrevive a las leyes y sentencias contrarias”.<sup>18</sup>

Esta forma de concebir a la práctica jurídica se asemeja mucho a la concepción iusnaturalista que describe Nino, que consiste en sostener conjuntamente dos tesis: (i) una de filosofía ética que indica que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y aquesibles a la razón humana -que, siguiendo la filosofía dworkiniana, en lugar de universalmente válidos deberían ser aceptados de manera general por quienes son miembros de una misma comunidad, pues ve al derecho como el producto de una comunidad política que se extiende en el tiempo unida por principios-; y (ii) una acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo no puede calificar a las normas como jurídicas si son contrarias a los principios morales o de justicia.<sup>19</sup>

En verdad, como indica Rosler, el enemigo del positivismo es el interpretativismo, que se focaliza en la búsqueda de una respuesta jurídica correcta, en lugar de explicar la autoridad del derecho<sup>20</sup>: mientras que para el positivismo los jueces deben aplicar las leyes porque tienen autoridad, para el interpretativismo la autoridad del derecho depende de su corrección moral, ya que solo la interpretación correcta será derecho válido.<sup>21</sup>

Dworkin se pregunta: “¿de qué manera han de tomar sus decisiones los jueces para mejor favorecer los objetivos del proceso jurídico?”.<sup>22</sup> A su entendimiento, las decisiones de los tribunales son jurídicas y, como tales, deben tener en cuenta precedentes y consideraciones institucionales, pero también consideraciones de moralidad; y puesto a que hay problemas controvertidos de derecho y moral, ninguna decisión judicial es necesariamente la correcta.<sup>23</sup>

El autor discute con lo que llama teorías semánticas de derecho, que insisten en que todos los abogados siguen ciertos principios lingüísticos cuando hacen un razonamiento jurídico y han elaborado teorías para identificar esos criterios. El interpretativismo que plantea Dworkin sostiene que toda pretensión de pureza conceptual requiere ser interpretada en todo momento. Distingue, además, tres etapas de la interpretación del

---

<sup>18</sup> Dworkin, *Los derechos en serio*, 292.

<sup>19</sup> Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, (Buenos Aires: Astrea, 1980), 27 y 28.

<sup>20</sup> Rosler, *La ley es la ley*, 120.

<sup>21</sup> Rosler, *La ley es la ley*, 129.

<sup>22</sup> Dworkin, *Los derechos en serio*, 50.

<sup>23</sup> Dworkin, *Los derechos en serio*, 278.

derecho: (i) la preinterpretativa, donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido de la práctica y que requiere algún grado de consenso sobre las reglas sociales enunciadas; (ii) la interpretativa, donde el intérprete establece una justificación para los elementos principales de la práctica que se identificaron en la fase anterior; y, por último (iii) la posinterpretativa, donde se ajusta el sentido sobre qué necesita la práctica para adecuarse mejor a la interpretación que se acepte previamente.<sup>24</sup> Nótese que, incluso en la identificación de las reglas y normas, Dworkin ve una oportunidad para hacer uso de la interpretación.

Enfrentados a una disposición normativa, los jueces deben descubrir lo que esa norma en verdad quiere decir, y para ello necesitan algo así como una teoría de la legislación, que resulta necesaria incluso cuando las palabras son impecables.<sup>25</sup> Así, el derecho es un concepto interpretativo incluso en los casos fáciles de aplicación de las normas. En verdad, bajo la óptica interpretativista, la línea divisoria entre los casos claros y difíciles carece de valor. En efecto, el objetivo de esta distinción es reconocer que cada categoría requiere un trato judicial diferente, a saber, el primer grupo de casos requiere la mera aplicación -y no interpretación- de las normas jurídicas. Toda vez que la teoría dworkiniana exige que el derecho sea interpretado siempre, cualquier categorización pierde importancia.

Con esto en mente, podemos entender por qué en algunos casos, los jueces se enfrentan a resultados normativamente determinados que incomodan a ciertas preferencias morales –sean suyas o “de la comunidad” – y, por ello, utilizan a la interpretación como máscara para desobedecer las reglas. Una primera dificultad que podemos reconocer en este punto es que será difícil distinguir los casos en que el juez actúe conforme a sus preferencias morales y las de la comunidad. Anticipándose a esta crítica, Dworkin plantea la idea de un juez que interpreta moralmente las normas que porque ello le es exigido y en lugar de elegir una interpretación porque ella responde a sus preferencias –como lo haría un juez militante o activista–, lo hace porque entiende que es aquella la correcta, que muestra al derecho en su mejor luz.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia* (Barcelona: Gedisa, 1988), 57-59.

<sup>25</sup> Dworkin, *El imperio de la justicia*, 26.

<sup>26</sup> Lucas Grosman, “Interpretaciones entre la espada y la balanza: Una reflexión sobre la eterna incomodidad del jurista normativo” (Buenos Aires: En disidencia, 2021), Recuperado en: <https://endisidencia.com/2021/11/interpretaciones-entre-la-espada-y-la-balanza-una-reflexion-sobre-la-eterna-incomodidad-del-jurista-normativo/>

Ahora bien, como ya se dijo, hay casos en que las normas jurídicas incorporan conceptos que requieren necesariamente una interpretación en términos morales. Este tipo de enunciados es muy fácil de encontrar en la Constitución Nacional, que consagra derechos y obligaciones en su forma más genérica. De ahí que la función de las leyes regulatorias y de menor jerarquía sea esclarecer el contenido de las cláusulas constitucionales, a la vez que introducir límites a su interpretación. Por este motivo, se hace particularmente preocupante que el método que propone Dworkin sea pasible incluso en los casos en que las cláusulas constitucionales están claramente determinadas y, luego, reguladas por una norma de jerarquía inferior.

Además, como bien indica Ramírez Calvo, Además, “[e]l Poder Judicial no es una convención constituyente en sesión permanente, destinada a adaptar las normas constitucionales para hacerles decir lo que a los intérpretes les gustaría que dijeran, pero que no dicen.”<sup>27</sup>

Por otro lado, para interpretar un concepto debemos explicarlo en términos de otro concepto que sí entendemos; hay un nivel básico de conocimiento que es justamente lo que nos permite comunicarnos y relacionarnos. Si todos los enunciados fueran interpretables, deberíamos polemizar incluso el contenido de esos significados básicos.<sup>28</sup> Como cualquier otra práctica comunicativa que se manifieste a través del lenguaje, el derecho necesita de ese nivel básico de aceptación de ciertos términos.

Si entendemos al interpretativismo como la necesidad de interpretar *siempre* al derecho, incluso en los casos claros de aplicación de las normas, debemos aceptar entonces, por un lado, que no existe tal nivel básico de consenso y, por otro lado, que el poder representativo de los órganos legislativos y la autoridad que ellos pretenden se ve directamente limitada por el razonamiento judicial. De ese modo no solo desobedecemos, –una vez más– los mandatos constitucionales, sino que, en última instancia, aceptamos la práctica antidemocrática que llamamos “derecho de los jueces”.

[q]uizás, la interpretación deba mostrar el objeto en su peor luz, si es eso lo que el objeto merece. En todo caso, la valoración judicial no puede afectar la autoridad del derecho. El juez tiene que aplicar el derecho, no valorarlo.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Ricardo Ramírez Calvo, “El derecho constitucional de voluntad” (Buenos Aires: En disidencia, 2019). Recuperado en <https://endisidencia.com/2019/12/el-derecho-constitucional-de-voluntad/>

<sup>28</sup> Andrés Rosler, “Hermes o la continuación de Antígona por otros medios. Una crítica al interpretativismo” (Buenos Aires: Revista jurídica de la Universidad de San Andrés, 2018), 9.

<sup>29</sup> Rosler, “Hermes o la continuación de Antígona por otros medios”, 13.

En realidad, podríamos decir que, si los legisladores realmente desearan que los jueces operen de esta manera –buscando la interpretación correcta del derecho y suponiendo que siempre existe–, podrían haberlo manifestado a través de una ley.

Rosler destaca dos problemas del postulado interpretativista que obliga interpretar al derecho en su mejor luz. Por un lado, no queda claro que los legisladores deseen que los jueces apliquen el derecho de esta forma; ello, a su vez, equivale a usar las leyes como inspiración y no como una fuente estrictamente. Por el otro, no permite explicar la pretensión de autoridad que tiene el derecho, toda vez que la búsqueda de la mejor luz involucra razonamientos morales; lo que vale son nuestras razones y no la autoridad de la institución. Además, si es posible apelar a principios que son válidos en función de su contenido, un juez dworkiniano podría admitir que algo es derecho incluso cuando no ha sido sancionado por una ley válida e incorporado de manera expresa al sistema normativo.

Incluso si aceptamos la figura del juez dworkiniano que logra identificar la mejor luz bajo la cual debemos interpretar el derecho, un problema de este método consiste en que no existe una pauta única y objetiva de incorporación de ciertos principios a nuestro sistema legal. Desde luego, como ya se dijo, muchas veces esos principios serán recuperados por las normas y, en esos casos, nada obsta a su aplicación cuando sea necesario. La cuestión es que, en otros casos, los jueces podrán echar mano de principios que no fueron incorporados por un acto legítimo,

Ahora bien, ¿qué sucede cuando el derecho está enunciado de manera clara y precisa y su aplicación nos conduce a una solución extremadamente injusta? Nos enfrentaríamos entonces a una segunda pregunta: ¿puede el juez fallar en contra del derecho? Supongamos que resulta aplicable una cierta norma, pero las consecuencias que resultarían de la aplicación de esa norma, por algún motivo, hacen que el juez decida en su contra; es decir, que opte por no aplicar el derecho, ¿podríamos aceptar esta situación? Si es así, ¿en qué circunstancias?

Diría que, en tanto una disposición normativa le conceda al juez la facultad de apartarse del derecho, por ejemplo, cuando lo considere extraordinariamente injusto, sería perfectamente concebible una decisión contraria a las leyes que busque preservar las exigencias de justicia. Por supuesto, una ley que diga “autorícese a los jueces a desobedecer al derecho cuando las consecuencias de su aplicación resulten



extraordinariamente injustas” daría lugar a un sinnúmero de discusiones respecto de lo que es una situación extraordinariamente injusta.

No hay, sin embargo, en nuestro sistema normativo ninguna disposición que ordene lo anterior. Podríamos cuestionarnos, entonces, si existe una obligación moral de los jueces para apartarse de lo que estipula el derecho. En efecto, seguramente un funcionario judicial estará obligado -jurídicamente- a tomar decisiones que no le resulten placenteras a lo largo de su carrera. Ahora, sea que las decisiones se opongan a sus intereses individuales o a sus intereses como miembro de una comunidad política, incluso cuando ellos coincidan con los de la comunidad, podríamos ver allí, al menos, una razón moral para actuar distinto a lo que el derecho requiere. Pues bien, sea que consideremos que existe o no tal obligación, la justificación moral opera en un nivel diferente al jurídico.

En consecuencia, las razones morales que constituyan obligaciones morales no deberían interferir con las obligaciones jurídicas, al menos no en el ejercicio de la función judicial. Desde un punto de vista interno, los jueces pueden considerar que las consecuencias fácticas de algunas de las decisiones que toman en el ejercicio de sus funciones no son moralmente adecuadas. Sin embargo, al menos conforme lo exigen las leyes en Argentina, el deber judicial es aplicar el derecho, que es una cosa distinta a las exigencias de justicia y estándares de moralidad, sobre todo en un sistema democrático.

### III. Disputa entre las normas positivas y consideraciones extrajurídicas: el “derecho de los jueces” en Argentina.

Pareciera ser que la indeterminación jurídica es un problema que preocupa más a quienes adhieren a las teorías positivistas que a las interpretativistas; esto así porque, conforme los ideales del interpretativismo, no es necesario que el derecho sea indeterminado para involucrar a cuestiones de otra índole en la resolución de ciertos casos: el derecho, para ser válido como tal, debe ser el resultado de una práctica respetuosa de ciertos lineamientos morales; si no lo es, es decir, si es moralmente incorrecto, entonces será inválido y su desobediencia estará justificada. Dejaremos de lado por un momento la propuesta interpretativista para concentrarnos en las ideas del positivismo jurídico, que reconoce la validez del derecho con total autonomía de su corrección moral.

Si admitimos que el derecho puede ser válido con independencia de su adecuación a la moralidad, debemos reconocer que las normas jurídicas merecen ser aplicadas –sin más– en los casos claros a los que se hizo mención anteriormente. Viene de suyo que la

dificultad de un caso resida exclusivamente en la indeterminación de las leyes positivas, y, por lo tanto, no corresponde decidir que un caso es difícil en función de consideraciones de otra índole.

Como bien indica Bulygin, una cosa es la identificación del derecho –que consiste en el reconocimiento de las normas que lo integran y de las obligaciones que impone a los sujetos– y otra diferente es la aplicación del derecho, entendida como la subsunción de un caso al ámbito de aplicación de una norma.<sup>30</sup> La aplicación del derecho se refiere a las operaciones que se utilizan para ajustar la realidad social a las normas jurídicas; se trata de verificar si la hipótesis de la ley se comprueba en el supuesto de hecho.

Según Díez Picazo, el proceso de aplicación del derecho consta de cuatro etapas: (i) selección de la norma aplicable, (ii) fijación de los hechos concretos, que deben constatarse, describirse y precisarse de manera clara, (iii) contrastación entre el caso y el supuesto previsto en la norma que se pretende aplicar, y (iv) fijación del sentido y alcance de la consecuencia establecida en la norma para el caso particular.<sup>31</sup> Desde luego, esta secuencia mecánica no podrá cumplirse en todos los casos que exigen una resolución judicial, pero sí en aquellos a los que nos referimos como casos claros, en los que el derecho determina unívocamente lo que debe hacer el juez. En contraposición tenemos a los casos difíciles, que son aquellos en los que el derecho no determina unívocamente lo que el juez debe hacer, y esta situación puede darse porque

“1) el derecho no resuelve el caso genérico porque no hay ninguna norma que se refiera a ese caso (laguna normativa), 2) el derecho resuelve el caso genérico en forma inconsistente, mediante dos o más normas incompatibles (conflicto o contradicción normativa), y 3) aunque el caso genérico esté solucionado, no es posible subsumir el caso individual en ese caso genérico, debido a la vaguedad o textura abierta de los conceptos que caracterizan el caso genérico (laguna de reconocimiento).”<sup>32</sup>

Atienza demuestra un especial interés por el primer grupo de casos y los rotula como *trágicos*, aunque enfatiza en que no se trata de una especie de caso difícil, sino que pertenece a otro género, que a su vez puede subdividirse en dos categorías: a) una situación en que el ordenamiento jurídico provee alguna solución correcta, pero que choca

---

<sup>30</sup> Eugenio Bulygin (2004). “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?” (Buenos Aires: Doxa, 2004), 23.

<sup>31</sup> Ronald Chacín Fuenmayor, “Scriptorium un procedimiento de aplicación operativa del derecho: el proceso de subsunción de derecho de Luis Díez-Picazo”, (*Revista Fronesis*, 20.1, 2013), 14.

<sup>32</sup> Bulygin, “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?”, 24.



con su moral; y b) una situación en el que el ordenamiento jurídico no permite alcanzar ninguna solución correcta.<sup>33</sup>

Es aceptado por las principales teorías del derecho que, en estas situaciones, no podrá realizarse el proceso de aplicación (subsunción) de las normas, sino que deberá recurrirse a otro mecanismo. Mientras algunos autores reconocen que el juez deberá ejercer su discrecionalidad para crear derecho, otros dirían que en realidad deberá identificarlo en su mejor luz. La controversia está dada por el hecho de que algunos sostienen que esta forma de operar debe ser la regla y no la excepción; de este modo, la línea entre un caso claro y un caso difícil de aplicación de las leyes se torna difusa, si no inexistente. Tal como explica Atienza, la teoría interpretativa de Dworkin, por ejemplo, desconoce la distinción de métodos que deberán ser aplicados según si el caso es fácil o difícil (aplicación o interpretación), pues el juez

“[n]o necesita un método para casos difíciles y otro para casos fáciles. Su método funciona también en los casos fáciles, pero como las respuestas a las preguntas que hace son entonces obvias, o al menos parecen serlo, no nos damos cuenta de que está funcionando una teoría. Pensamos que la pregunta sobre si alguien puede conducir más rápido de lo que estipula el límite de velocidad es una pregunta fácil porque suponemos de inmediato que ninguna descripción del registro legal que negara dicho paradigma sería competente. Pero una persona cuyas convicciones sobre justicia y equidad fueran muy diferentes de las nuestras no hallaría tan fácil esa pregunta; aun si terminara aceptando nuestra respuesta, insistiría en que nos equivocamos al estar tan confiados. Esto explica por qué las preguntas consideradas fáciles durante un período se tornan difíciles antes de volver a ser otra vez fáciles, pero con respuestas opuestas”.<sup>34</sup>

Desde luego, la propuesta de Dworkin es contraria a lo que aquí se plantea. Es importante destacar que, si se parte de la idea –que suscribo– de que el derecho es el conjunto de reglas válidas según el criterio establecido por la regla de reconocimiento (la Constitución), y ese criterio es objetivo e independiente de la moralidad, debe reconocérsele a las normas autoridad suficiente como para no ser *interpretadas* en toda ocasión, sino *aplicadas* cuando corresponda.

Con todo, una situación alarmante se configura cuando el derecho ofrece una respuesta unívoca a un determinado supuesto de hecho, pero el juez se niega a aplicar las normas por razones morales. Es decir, sabe qué debe hacer conforme lo regulado, pero, puesto a

---

<sup>33</sup> Manuel Atienza, *Interpretación constitucional* (Bogotá: Universidad Libre, 2016), 141.

<sup>34</sup> Manuel Atienza, *Interpretación constitucional*, 130.

que considera manifiestamente injusta o grave la solución que brinda el ordenamiento, omite su aplicación para resolver el caso. Bulygin llama “laguna axiológica” a esta discrepancia valorativa.

Por contraposición a lo que sucede en los casos fáciles –en los que corresponde aplicar el derecho–, los casos difíciles requieren, en mayor o menor grado, que los jueces determinen el significado de lo que en algún aspecto relevante es indeterminado. Como ya se dijo, el positivismo necesariamente acepta la existencia de esta distinción.

“Se da por sentado que, en mayor o menos medida, los jueces participan, a través de su actividad interpretativa, en el proceso de crear Derecho. Antes, sin embargo, tiene que haber un derecho para interpretar (Marmor 1991, p.124-5).”<sup>35</sup>

Como bien dice Atienza, en los casos difíciles, la justificación de la decisión judicial no puede derivarse de un razonamiento deductivo; será necesario, en todo caso, evaluar la situación de acuerdo con criterios distintos.<sup>36</sup> Sin embargo, no se deben invocar dichos criterios al momento de decidir si un caso es o no difícil: lo que justifica la incorporación de valoraciones morales en la decisión de un caso es precisamente que se trata de un caso difícil.

Pues bien, hasta aquí se ha dicho que (i) existen casos fáciles y casos difíciles de aplicación de las normas; (ii) lo que diferencia a unos de otros es la determinación del contenido de su enunciado; (iii) no corresponde distinguir entre unos y otros en base a criterios extrajurídicos; y (iv) en los casos fáciles, el juez debe aplicar derecho y en los casos difíciles deberá hacer otra cosa. Para ilustrar esta situación, se presentará un caso muy controvertido de la jurisprudencia argentina –que, según la clasificación de Atienza, sería un caso trágico del primer tipo: el ordenamiento provee una solución correcta pero choca con las exigencias de moralidad, según se alega–, no sin antes contextualizar la decisión de la Corte Suprema.

*(i) La noción de justicia y los juicios por crímenes de lesa humanidad*

Luego de las crisis económica y social que atravesó Argentina en la primera mitad de la década de 1970, entre 1976 y 1983 el país atravesó uno de los hitos más importantes de la historia reciente; la asunción al poder de un régimen totalitario militar que perpetuó

---

<sup>35</sup> Citado en Manuel Atienza, *Interpretación constitucional*, 127.

<sup>36</sup> Manuel Atienza, *Interpretación constitucional*, 128.

actos de terror y violencia institucional contra miles de personas.<sup>37</sup> Como demostración de desprecio institucional hacia dichos actos, la reacción del poder judicial puede explicarse haciendo referencia a dos momentos cruciales: (i) la primera ola de juicios a los culpables de semejante atrocidad que ocurrió a mediados de los años 80, y (ii) la segunda ola de juicios, que inició en 2006, años más tarde de que la anterior terminara, y hasta 2018 había logrado un total de 203 sentencias por delitos de lesa humanidad.<sup>38</sup>

Traverso señala que “la amnistía equivale a la negación de la memoria de las víctimas, abandonadas al sentimiento de una injusticia perpetuada y para siempre privadas de un reconocimiento público. Aunque a menudo sean considerados sinónimos, amnistía no es equivalente a perdón. (...) En pocas palabras, si la dialéctica de la amnistía y del olvido se instala antes que la justicia haya actuado, esta memoria resurgirá más tarde, a menudo cargada de resentimiento. Resentimiento que nace de una memoria herida”.<sup>39</sup> En este sentido, el gobierno de Raúl Alfonsín –a quien se suele hacer referencia como “padre de la democracia”– consideró que, incluso cuando las razones para proceder con la investigación y el eventual castigo de los abusos de los derechos humanos no eran lo suficientemente atractivas desde un punto de vista político, aquello constituía un requerimiento ético por el bien de las víctimas, sus familias y la sociedad en general.<sup>40</sup>

Por ello, dirigió una persecución penal contra los nueve líderes de la junta militar y varios otros criminales que participaron de los delitos cometidos durante la dictadura. Sin embargo, justo antes de irse, el gobierno militar otorgó amnistías a estos criminales de alto rango, y esta circunstancia fue un claro obstáculo que el poder político tuvo que sortear para seguir adelante con su cometido anti-punitivo – ya que en el derecho penal argentino un imputado tiene derecho (legalmente consagrado) a que se le aplique la ley más benigna vigente en cualquier momento entre la comisión del delito y el cumplimiento de la condena.

La estrategia legal consistió, por un lado, en la sanción de un decreto por parte del Poder Ejecutivo que pretendía nulificar las leyes de autoamnistía; y, por el otro, en la

---

<sup>37</sup> Alejandro M. Garro, “Nine years of transition to democracy in Argentina: Partial failure or qualified success” (Columbia Journal of Transnational Law 31.1, 1993), 7.

<sup>38</sup> Véase “Procuraduría de Crímenes Contra la Humanidad, informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina” (Buenos Aires: Procuradería de crímenes contra la humanidad, 2018), Recuperado en: [https:// www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/03/LESA-Informe-estadistico.pdf](https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/03/LESA-Informe-estadistico.pdf)

<sup>39</sup> Enzo Traverso. *A sangre y fuego; de la guerra civil europea, 1914-1945* (Buenos Aires: Prometeo, 2009), 153.

<sup>40</sup> Garro, “Nine years of transition to democracy in Argentina”, 9.

declaración de inconstitucionalidad de las leyes de autoamnistía adoptadas por el gobierno militar, fundada dos motivos: (i) ellas excedían la competencia legislativa de un gobierno de facto y (ii) eran además violatorias del artículo 29 de la Constitución Nacional, que establece la nulidad absoluta de los actos administrativos dictados por un gobierno que se arroga facultades extraordinarias y absolutas.<sup>41</sup> La posibilidad que tuvieron los tribunales de hacer dicho análisis tampoco estuvo exenta de complejidades; en efecto, hizo falta un debate parlamentario que reformara el Código de Justicia Militar y habilitara la competencia del fuero federal como instancia de apelación para las actuaciones del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas para que la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital Federal se avocara al famoso “Juicio a las juntas”.<sup>42</sup>

El fallo de la Cámara generó muchas reacciones negativas de quienes se sintieron decepcionados por la cuantía de las penas impuestas y las cuatro absoluciones que resultaron de las sentencias.<sup>43</sup> En representación de las Abuelas de Plaza de Mayo se manifestó que “un proceso que por su trascendencia moral y social fue ejemplificante durante su transcurso culminó, en cambio, con [un] fallo injusto e inaceptable [que] profundiza el quiebre moral del conjunto de la sociedad que ocasionó la dictadura militar genocida”.<sup>44</sup> La situación era muy diferente desde el punto de vista de los agentes cercanos al gobierno nacional, quienes valoraban en términos positivos que el fallo fuera el resultado de un proceso eminentemente penal y respetuoso de los derechos básicos y el principio de división de poderes. De una u otra forma, lo cierto es que el “Juicio a las juntas” se convirtió en un referente para el establecimiento de las limitaciones que operaban sobre aquella realidad.

El impulso inicial de la justicia se enfrentó a una reacción de rebeliones militares que amenazaron con desestabilizar la democracia emergente.<sup>45</sup> Esto produjo que, hacia fines de 1986, el Congreso sancionara la “Ley de Punto Final”, que en su primer artículo establecía: “[s]e extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a

---

<sup>41</sup> Garro, “Nine years of transition to democracy in Argentina”, 13.

<sup>42</sup> Diego Galante, “El Juicio a las juntas en la escena política argentina” en *Lucha Armada en la Argentina*, de Sergio Bufano (Buenos Aires: Universidad Nacional de La Plata, 2019), 3.

<sup>43</sup> Galante, “El juicio a las juntas”, 12.

<sup>44</sup> Diario La Razón, 10/12/85.

<sup>45</sup> Patricio Nazareno, “Impunity Reconsidered International Law, Domestic Politics and the Pursuit of Justice” (*Harv. Human Rights Journal*, 33, 2020), 186.

prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley”.<sup>46</sup> Poco tiempo después se sancionó la “Ley de Obediencia Debida”, que proveía una presunción irrefutable de que, salvo algunas excepciones, los militares que cumplían órdenes las habían ejecutado bajo un estado de coacción sin ninguna posibilidad de inspeccionar, oponerse o resistirse a dichas órdenes; y, como consecuencia, no eran punibles por esos actos.<sup>47</sup> Como si ello no bastara, el gobierno de Carlos Menem que sucedió a Alfonsín otorgó perdones<sup>48</sup> y amnistías que alcanzaron a 39 oficiales militares acusados de la violación de derechos humanos. La impunidad resultante entró en un claro conflicto con la aspiración ciudadana al establecimiento de condenas severas, pero fue la salida por la que optó el poder político ante el surgimiento de aquellas rebeliones militares.

Años después, en 1994, se sancionó una reforma constitucional que buscó incorporar las lecciones que dejaron los regímenes totalitarios y la forma en que fueron enfrentados. Sin embargo, para el descontento de muchos juristas, las modificaciones que se realizaron produjeron un cambio importante que sería tenido en cuenta a futuro, pero no sentaron bases claras para la aplicación de esas normas nuevas a las situaciones pasadas.

Sin embargo, como Nazareno bien expone, durante la segunda ola de juicios, el Poder Judicial logró sortear los obstáculos jurídicos producto de (i) las normas que permitían el otorgamiento de perdones y amnistías y (ii) el derecho de los imputados a beneficiarse de la aplicación de la ley más benigna. Ante la imposibilidad de fundar su razonamiento en la letra del texto constitucional, los jueces debieron echar mano de otro tipo de argumentos para retomar la persecución penal de los culpables de los crímenes de lesa humanidad que tuvieron lugar durante la dictadura. Es así como, durante esta segunda ola de juicios, los jueces trataron de superar los obstáculos que amparaban la impunidad apelando a las normas del derecho internacional.

El argumento se fundaba en la idea de que Argentina estaba constreñida por los mandatos del derecho internacional a perseguir y castigar los crímenes de lesa humanidad. A partir de esa idea, la Corte (i) se pronunció contra la validez de las amnistías e indultos, así como contra la aplicabilidad de prescripción; (ii) revisó casos para revocar decisiones de

---

<sup>46</sup> Ley 23.492.

<sup>47</sup> Ley 23.521.

<sup>48</sup> Ver Decreto N° 1002 (1989), Oct. 10, 1989, [26.736] B.O. 4; Decreto N° 1005 (1989), Oct. 10, 1989, [26.736] B.O. 8; Decreto N° 2741 (1990), Ene. 3, 1991, [27.044] B.O. 9; Decreto N° 2745 (1990), Ene. 3, 1991, [27.044] B.O. 10; Decreto N° 2746 (1990), Ene. 3, 1991, [27.044] B.O. 11.

tribunales inferiores que habían absuelto a los autores por meros tecnicismos procesales; (iii) adaptó una doctrina más severa respecto a la prisión preventiva; y (iv) rechazó la aplicación de beneficios a los sospechosos y condenados que, de otro modo, podrían reducir su pena (como el arresto domiciliario y la exención de los brazaletes electrónicos).<sup>49</sup>

La tesis de Nazareno es que la doctrina elaborada por la Corte depende de una interpretación particular de la Constitución que esencialmente modificó el modelo existente de incorporación de la ley internacional que nuestra ley suprema adoptaba por el que la reforma de 1994 optó.<sup>50</sup> Así, para que la Constitución pudiera ser leída como si estipulara cierto contenido –el tipo de contenido que servía al argumento anti-punitivo–, los jueces tuvieron que efectuar ajustes importantes a la estructura constitucional básica en cuanto a la incorporación del derecho internacional.<sup>51</sup>

Por ejemplo, aunque la lectura de la Constitución reformada nos lleve a la conclusión de que los legisladores decidieron permanecer en silencio respecto del funcionamiento de las amnistías en relación con los crímenes de lesa humanidad, la Corte sostuvo la inconstitucionalidad de ese instituto para aquellos casos.<sup>52</sup>

El análisis del contexto político y social que rodeó a la segunda ola de juicios a militares conduce a Nazareno a concluir, en un primer momento, que hay indicadores de que los jueces fueron principalmente guiados por factores extrajurídicos y consideraciones meramente legales para dictar sentencias en aquellos casos.<sup>53</sup> En efecto, frente a la ausencia de una enmienda constitucional que sentara las bases jurídicas para estos procedimientos, el núcleo de la decisión de los jueces de anular la impunidad parece encarnar una versión aguda del dilema "legalidad versus justicia".<sup>54</sup> Esto nos lleva a afirmar que la facilidad de un caso es controvertida por implicancias morales, y también a preguntarnos, ¿qué rol tienen las interpretaciones judiciales frente a aquello que está positivamente regulado?<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> Nazareno, "Impunity Reconsidered", 203.

<sup>50</sup> Nazareno, "Impunity Reconsidered", 197 a 213.

<sup>51</sup> Nazareno, "Impunity Reconsidered", 209.

<sup>52</sup> Nazareno, "Impunity Reconsidered", 211.

<sup>53</sup> Nazareno, "Impunity Reconsidered", 233.

<sup>54</sup> Nazareno, "Impunity Reconsidered", 244.

<sup>55</sup> Véase Nazareno, "Impunity Reconsidered", 268-274.



Para concluir con su trabajo, Nazareno propone que los casos contra la impunidad pueden haberse decidido correctamente no por el atractivo moral del programa de justicia, sino por el hecho de que perseguirlo era políticamente convincente. En circunstancias extraordinarias, dice el autor, los tribunales deben renunciar al análisis jurídico estricto porque la legitimidad se encuentra en las movilizaciones políticas que han impugnado las antiguas interpretaciones legales y los resultados electorales que han validado estas transformaciones. Los resultados de estos acontecimientos políticos cristalizan cambios constitucionales (a menudo no escritos) que los jueces están políticamente obligados a aplicar por encima de las antiguas interpretaciones. Siguiendo con esta idea, sostiene que cuando hablamos del Estado de Derecho, parece que asumimos que el contenido que encarna es producto de la gobernanza democrática. Se puede decir, entonces, que la razón por la que la defensa de la legalidad parece menos convincente en el giro anti-impunidad es que este episodio ha puesto de manifiesto las deficiencias políticas del Estado de Derecho.<sup>56</sup>

Lo cierto es que, si tomamos como punto de partida el esquema democrático plasmado en nuestra Constitución, las deficiencias políticas del Estado de Derecho que se hacen visibles cuando lo normado no coincide con lo “correcto” deben ser corregidas por medio del dictado de normas tendientes a minimizar esas falencias, y no a través de sentencias judiciales. En verdad, la función judicial debe ceñirse a obedecer y hacer respetar la legalidad de las normas, no su legitimidad. Como bien dice Roberto Vernegno<sup>57</sup>, la legalidad aboga por el control formal de la validez de las disposiciones jurídicas, por lo que importa un cierto grado de conformismo frente al derecho objetivo. Si las normas pudieran ser analizadas internamente, se requeriría contar con criterios morales que hacen a la legitimidad del sistema normativo en cuestión. En sintonía con lo anterior, el autor plantea que “[a]sí distinguiríamos la validez formal de un derecho positivo, garantizada por su forma reglada de producción y aplicación -esto es, por su legalidad-, de su validez material o valorativa resultante de un juicio moral sobre los contenidos y funcionamiento de las normas jurídicas.”<sup>58</sup> Ciertamente, el conformismo de los jueces frente a las normas legítimamente sancionadas es un componente esencial en la práctica jurídica. Si no se lo exigiera, el esquema básico de separación de poderes carecería de sentido.

---

<sup>56</sup> Nazareno, p. 268.

<sup>57</sup> Roberto Vernegno, *Legalidad y legitimidad: los fundamentos morales del derecho*, (Revista de estudios políticos 77, 1992) 268.

<sup>58</sup> Vernegno, *Legalidad y legitimidad*, 268.

Pues bien, en el medio de esta tendencia judicial a ir más allá de lo que estaba regulado durante la segunda ola de juicios, la Corte dio tratamiento a dos casos en que debió decidir respecto de la aplicabilidad de una norma penal más benigna a imputados por delitos de lesa humanidad. En 2017, la Corte dictó sentencia en la causa Muiña<sup>59</sup> y causó una reacción ciudadana muy crítica, ya que se interpretó como una regresión a la impunidad. Ello hizo que el Congreso sancionara la ley 27.362, que buscó anular la decisión de la Corte y que los tribunales inferiores no siguieran el precedente,. Finalmente, en la sentencia al caso Batalla, el tribunal supremo tuvo la posibilidad de revertir su postura y sentar un nuevo precedente. Este fue el resultado de que dos magistrados cambiaran su voto en base a la ley 27.362, a pesar de la dudosa constitucionalidad que ello supuso.

Los votos en disidencia del fallo Muiña y el voto mayoritario en Batalla configuran ejemplos de la transformación de un caso fácil a uno difícil a la que se hizo referencia en apartados anteriores, pues se trata de dos situaciones en que el ámbito de aplicación de una norma era claro y determinado, pero los jueces introdujeron consideraciones extrajurídicas para dar una solución que se acercara más a sus ideales de justicia -que, como ya vimos, casualmente coincidían con las presión y exigencias sociales y políticas.

(ii) *Análisis del fallo Muiña*

La controversia de este fallo gira en torno a que, tras haber condenado a Luis Muiña a la pena de trece años de prisión por la comisión de delitos considerados de lesa humanidad, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 (TOF n° 2) dispuso que el cómputo de detención y pena se realizara conforme el art. 7 de la ley 24.390, en consonancia con lo estipulado por el art. 2 del Código Penal.

El artículo 2 del Código Penal de la Nación establece, por un lado, que “[s]i la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.” Además, dispone que “[s]i durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.” Por último, el entonces vigente artículo 7 de la ley 24.390 establecía que “[t]ranscurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.”

---

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario” Fallos 340:549 (2017).



Puesto que el art. 7 de la ley 24.390 estuvo vigente en un tiempo intermedio entre la comisión de los hechos delictivos y el dictado de la sentencia condenatoria, la solución de la controversia debería ser que la ley 24.390 era aplicable al caso y que, por lo tanto, el tiempo de prisión preventiva que le correspondía a Muiña debía ser considerado teniendo en cuenta que, transcurrido el plazo de dos años, se computaría por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

Desatendamos por un momento el hecho de que Corte Suprema de Justicia de la Nación falló de manera coincidente con el modo de aplicación de las normas e interpretación expresado, y que considero correcto. Lo que interesa en este punto es poner atención a los argumentos de los votos en disidencia de los Sres. Lorenzetti y Maqueda. En verdad, llama la atención que para un caso en el que las normas son tan claras como las citadas, se pretenda hacer caso omiso a su aplicación y, en cambio, se construya un argumento basado en consideraciones extrajurídicas.

El juez Lorenzetti sostuvo que

fundada jurídicamente la excepción, su interpretación y aplicación debe ser ponderada conforme con los otros principios del (...) bloque de constitucionalidad. Esta ponderación, en primer lugar, exige una comparación de cada una de las leyes respetando su integridad (...). En segundo lugar, cabe examinar si ese cambio ha implicado una mudanza en la valoración del delito en cuestión, máxime tratándose de delitos de lesa humanidad. (...) la interpretación contextual de la excepción, en los términos con que ha sido redactada la ley 24.390 y su modificatoria 25.430, nos lleva a la conclusión de que no es admisible que pueda ser aplicable en el caso.<sup>60</sup>

No es claro de dónde surge una interpretación de la excepción a la prohibición de aplicar retroactivamente la ley, consagrada por el art. 7 de la ley 24.390, que nos lleve a la conclusión de que la norma no resulta aplicable en este caso. En su voto, el juez agregó que

el derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere la evaluación de si la ley posterior al hecho es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito correspondiente a los hechos de la causa. Solo en ese caso tiene el imputado por la comisión de un delito un derecho federal a la aplicación de la ley posterior más benigna.”<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Fallos 340:549, cons. 11 y 12.

<sup>61</sup> Fallos 340:549, cons. 12.

Como se dijo, no surge del plexo normativo que el derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiera ningún tipo de evaluación por parte de quien es llamado a dictar sentencia. En todo caso, ello es producto de interpretaciones judiciales o doctrinarias igualmente incorrectas. La ley no habilita ningún tipo de ponderación ni requiere que el juez realice ninguna evaluación sobre la aprobación o desaprobación de la conducta delictiva en cuestión. Lorenzetti dijo, además, que

la adopción de la regla de cómputo del art. 7° de la ley 24.390 no fue el resultado de un cambio en la reprobación de los delitos de lesa humanidad, por los que fue condenado Muiña. Antes bien, fue concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos, para contenerlos dentro de los plazos razonables tal como lo exige el art. 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>62</sup>

Ahora bien, si la regla de cómputo del art. 7 de la ley 24.390 fue concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los plazos razonables y no fue el resultado de un cambio en la reprobación de los delitos de lesa humanidad, pero tampoco fue el resultado de un cambio en la reprobación de algún tipo de delito -o, al menos, eso no surge de la ley-, entonces ese artículo no sería a priori aplicable a ninguna conducta delictiva. Si hacemos uso del criterio planteado por Lorenzetti deberíamos aceptar que los jueces tienen que hacer una evaluación acerca de cuán reprochable es moralmente la conducta delictiva. El problema es, en este punto, que eso implicaría un ejercicio de la discrecionalidad judicial no contemplado por el cuerpo legislativo al momento de dictado de las normas, especialmente en relación con aquellas que regulan materia penal.

El razonamiento de la disidencia partió de la base de que las leyes deben ser interpretadas de acuerdo a su tenor literal y, conforme a una interpretación literal, dicen los magistrados, la ley 24.390 no puede ser calificada como una ley penal más benigna, sino como una norma de naturaleza procesal concebida como un mecanismo dirigido a limitar temporalmente los encierros preventivos de los imputados.

Vimos hasta ahora como el voto minoritario en Muiña echó mano de elementos distintos a las leyes aplicables al caso para dar con una solución que se ajuste mejor al veredicto que los jueces querían alcanzar. A diferencia de ese razonamiento, el voto de la mayoría integrada por Rosatti, Highton de Nolasco y Rosenkratz resolvió la aplicación directa de

---

<sup>62</sup> Fallos 340:549, cons. 13.

la ley. Para así decidir, se dijo que la primera fuente de interpretación de la ley son sus palabras, y que sus términos fueron empleados para comunicar algo preciso. El voto mayoritario, así, hizo propio el razonamiento positivista y dejó ver la distinción entre los casos claros de aplicación de las normas y los complejos. La disconformidad con la solución que ofrece el derecho no es un problema que compete a los jueces, sino a los legisladores, que son los encargados de razonar en términos morales y sancionar las leyes que mejor se ajusten a las exigencias valorativas que comparte la comunidad.

(iii) *Análisis del fallo Batalla*

Como ya se dijo, la sentencia de la Corte en el fallo Batalla fue interpretada como un reposicionamiento del máximo tribunal respecto del abordaje judicial de los casos de terrorismo institucional. La controversia versó sobre la aplicabilidad del artículo 7 de la ley 24.390 en el cómputo de la condena dada a Rufino Batalla por la comisión de múltiples delitos de lesa humanidad. La pretensión del imputado fue rechazada en todas las instancias, y su defensa alegó ante la Corte que ello implicaba una afectación al principio de legalidad constitucionalmente consagrado.

La reacción del poder legislativo a la sentencia de la Corte en el fallo Muiña dio lugar a la sanción de la ley 27.362, que buscó fijar el alcance del llamado “beneficio 2x1”, consagrado por el artículo 7 de la ley 24.390. Aquella norma dispuso que “de conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7° de la ley 24.390 -derogada por ley 25.430- no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”, y que el “cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7° de la ley 24.390 -derogada por ley 25.430- será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley”. Asimismo, dispuso que el contenido por los dos artículos anteriores “es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 -derogada por ley 25.430- y será aplicable aún a las causas en trámite”.

La distribución de los votos entre los magistrados permite diferenciar a tres sectores de la Corte: uno conformado por Lorenzetti y Maqueda, que retomaron los argumentos planteados en la disidencia del caso Muiña, y optaron por la inaplicabilidad de la ley 24.390; otro integrado por Highton de Nolasco y Rosetti, quienes se apartaron de la

decisión tomada en el caso Muiña con fundamento en la ley aclaratoria; y, por último, un tercer sector del que solo forma parte el juez Rosenkrantz, que fue consistente con su voto en el caso Muiña y votó por la inconstitucionalidad de la ley aclaratoria. De esta manera, si bien hubo mayoría de resultados, no hubo una mayoría de fundamentos. En efecto, ocurrió que (i) dos jueces (Rosatti y Highton de Nolasco) se pronunciaron a favor de la constitucionalidad de la ley interpretativa; (ii) dos jueces (Lorenzetti y Maqueda) que no emitieron opinión sobre aplicabilidad de dicha norma, y, en cambio, atendieron a la aplicabilidad de la ley del 2x1 (situación que se discutía en *Muiña*); y (iii) un juez que se pronunció a favor de la inconstitucionalidad de la norma interpretativa.<sup>63</sup>

Así las cosas, uno de los votos que conformaba la mayoría entendió que en el caso debía determinarse si la ley 27.362 resultaba aplicable por ser una norma interpretativa con vigencia sobre las causas en trámite o si, por el contrario, no resultaba aplicable al caso por ser una ley material más gravosa cuya aplicación vulneraría el principio de legalidad, reconocido por la Constitución y las normas internacionales.

Con relación a ese punto, el principal argumento de la defensa fue que la norma que otorgaba el “beneficio 2x1” no era ambigua y, por lo tanto, la ley interpretativa que sancionó el Congreso era simplemente una ley material, posterior y más gravosa, por lo que no podría ser aplicada sin contradecir las garantías constitucionales vigentes. Como respuesta a ello, la Corte sostuvo que el fallo Muiña renovó el debate en torno a la aplicación de dicha norma y que el dictado de la ley interpretativa respondió al rol principal del órgano legislativo como genuino representante del pueblo.

En lo que refiere a la naturaleza jurídica de la norma, el tribunal manifestó que el Congreso Nacional tenía la prerrogativa de dictar leyes aclaratorias o interpretativas de otras anteriores con el objeto de despejar dudas sobre conceptos oscuros, equívocos o dudosos; de ese modo, diría, el Poder Legislativo preserva la genuina voluntad de los representantes. Asimismo, retomó palabras del debate parlamentario que dio lugar a la sanción de la ley 27.362 para referirse a dicha norma como una “interpretación auténtica” de la ley 24.390. De este modo, la Corte admitió que su aplicación corresponda a situaciones anteriores a su dictado, no sin antes dejar en claro que no encubría una alteración bajo el ropaje interpretativo -por medio del “test de consistencia”- y que ofrecía

---

<sup>63</sup> Martín Farrell, “La otra batalla” (Buenos Aires: En disidencia, 2018). Recuperado en <http://endisidencia.com/2018/12/la-otra-batalla/>

una interpretación verosímil en relación a la ley que interpreta -por medio del “test de la razonabilidad”-.

El “test de consistencia” consistiría en constatar si la ley 27.362 aclara sin modificar a la ley que interpreta, en cuyo caso sería “interpretativa” o “aclaratoria” en lugar de “modificatoria”. Si pertenece al primer grupo de normas, ello conduciría a “la consecuente variación de su ámbito temporal de aplicación en relación a la primera ley”.<sup>64</sup>

Podríamos preguntarnos cuál fue la base normativa para la aplicación de este criterio por parte de la Corte, pero no obtendríamos ninguna respuesta satisfactoria. En efecto, la aceptación de la retroactividad de la norma se basó en que, al momento del dictado del beneficio, el legislador no pudo prever su inaplicabilidad para los delitos de lesa humanidad, ya que las entonces vigentes leyes de “obediencia debida” y “punto final” vedaban cualquier tipo de avance procesal para el enjuiciamiento de los condenados. Además, sostuvo que la potestad del Congreso de adoptar este tipo de leyes puede ser válidamente ejercida, toda vez que no existe un argumento jurídico que invalide esta posibilidad.

Por otro lado, el “test de razonabilidad” obliga a analizar si la nueva norma no resulta arbitraria, hostil o persecutoria. El Tribunal reconoció que los delitos de lesa humanidad eran de gran magnitud y expresaban el estadio más degradado en que ha caído la naturaleza humana y luego dijo,

el criterio sostenido por la ley 27.362 no violenta el compromiso moral de juzgar a los intervinientes en esos crímenes bajo las reglas del Estado de Derecho, pues (...) lo que la norma ha aclarado es la manera de computar el tiempo de privación de la libertad bajo la forma de prisión preventiva. (...) [E]s necesario distinguir dos actos jurídicos diferentes: 1) la resolución de un caso penal mediante la “adopción de una sentencia de condena” que impone una pena; 2) la determinación del cómputo del tiempo de privación de la libertad en prisión preventiva. (...) En definitiva, la ley en análisis no afecta los procesos ni las condenas oportunamente impuestas en los juicios por delitos de lesa humanidad, sino que aclara la forma de computar el encierro preventivo.<sup>65</sup>

Sin dudas, llama la atención que la Corte considere al cómputo de la pena como una categoría que puede ser vulnerada sin que ello afecte al debido proceso de enjuiciamiento. No obstante, lo cierto es que nada habría de inconstitucional si la ley no pretendiera ser

---

<sup>64</sup> CSJN, “Batalla, Rufino” (cons. 12).

<sup>65</sup> CSJN, “Batalla, Rufino” (cons. 16).

aplicable a las causas por delitos de lesa humanidad que se encontraban en trámite. Recordemos que el artículo 18 de la Constitución Nacional -que no fue modificado por la reforma de 1994, posterior a la comisión de los crímenes en cuestión- establece que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”.

Sin quitarle importancia a este punto, se reconoció que una vez determinado el carácter interpretativo de una norma –en base a un criterio esbozado judicialmente–, ambas normas, en conjunto, determinan el alcance de aquello que disponen y delimitan su ámbito de aplicación: “[s]e reputa que la norma interpretada ha regido siempre en los términos y con igual significado al establecido en la disposición interpretativa”.<sup>66</sup> Es por ello que la aplicación de esta norma para determinar el alcance del beneficio 2x1 no contradujo, según el tribunal, al principio de irretroactividad de la ley pena ni ultraactividad de la ley más benigna.

En verdad, es plausible argumentar que la evidente voluntad de la comunidad rechazaba el otorgamiento del beneficio 2x1 a los condenados por delitos de lesa humanidad. De ahí que el Congreso buscara reproducir esa voluntad en una ley, pues es a través de las normas positivas que se materializan las pretensiones legislativas. Lo incorrecto es, sin embargo, que el ordenamiento jurídico determina cuáles procesos son válidos para dictar las normas y el modo en que debe decidirse sobre su constitucionalidad. La aspiración del Congreso a zanjar la discusión por aplicación de una norma interpretativa demuestra el desconocimiento e inobservancia de la estructura básica de la democracia. La aplicación del esquema jurídico -válido en términos de legalidad- vigente al momento del fallo Batalla no arroja como resultado la constitucionalidad de la ley 27.362 y la consecuente violación a las garantías constitucionales del imputado.

#### IV. Conclusión

Entre otras cosas, el derecho busca reproducir ciertas exigencias morales a través de sus normas; es por ello que resulta esperable una coincidencia entre lo que está regulado y lo que en general se considera correcto en términos de moralidad. El derecho penal, por ejemplo, contiene una enorme cantidad de reglas ilustrativas de esta idea. De esta manera, en cierto modo podemos hablar de una conexión entre el derecho y la moral.

---

<sup>66</sup> CSJN, “Batalla, Rufino” (cons. 18).



Lo que no debe perderse de vista es que el derecho se materializa a través de normas dictadas por un órgano con capacidad de representar la voluntad compartida por una mayoría de ciudadanos. En consecuencia, mientras la función legislativa consiste en crear el derecho, la función judicial se limita a aplicarlo en situaciones conflictivas.

Como se dijo repetidas veces, existen casos claros de aplicación de las normas y casos difíciles, donde el alcance del texto legal será confuso. Como dijo Hart, "[u]n hombre con un cráneo reluciente es claramente calvo; otro que tiene una hirsuta melena, claramente no lo es; pero la cuestión de su es calvo un tercer hombre que tiene una mata de cabellos aquí y otra allá podría ser discutida interminablemente, si se la considerara importante, o si dependiera de ella alguna decisión práctica."<sup>67</sup> Mientras que en los casos claros, la aplicación del derecho no presentará dificultad, en el segundo grupo de casos será necesario recurrir a diferentes elementos del sistema jurídico para dar con una respuesta acorde. Ahora bien, la distinción entre un caso claro y uno difícil debe responder a una situación de indeterminación del derecho, basada fundamentalmente en la ambigüedad o vaguedad de sus términos. De otra manera, lo conflictivo sucede cuando los jueces identifican y comprenden el contenido de las normas aplicables a un caso, pero, por no coincidir ese resultado con la moralidad que invocan, optan por no aplicar lo que las leyes exigen.

Por un lado, ello presupone el peligro de que las decisiones judiciales estén basadas en convicciones personales de quienes son llamados a dictar sentencia. A pesar de que esto sucede, suele darse de una manera flagrante y la arbitrariedad no es bienvenida por ninguna corriente filosófica-jurídica. Las opiniones de los jueces, por más verdaderas o correctas que sean, no son derecho; ya decía Hobbes: "*Authoritas non veritas facit legem* [La autoridad, no la verdad, hace la ley]".<sup>68</sup> En realidad, ante la inexistencia de pautas objetivas que permitan identificar con certeza los criterios morales compartidos por la comunidad, lo adecuado es ceñirse a lo que está regulado e interpretar el derecho a la luz de principios jurídicos solo en los casos *difíciles*.

Si reconocemos la prelación jerárquica autoritativa de las leyes por sobre las decisiones judiciales, no puede dejar de preocuparnos qué es lo que hacen los jueces cuando deben aplicar el derecho. La seguridad jurídica se ve afectada si, en lugar de resolver los casos

---

<sup>67</sup> Hart el concepto de derecho p. 5 del libro

<sup>68</sup> Citado en Rosler, *La ley es la ley*, 16.

fáciles como tales, independientemente de la corrección moral de sus resultados, convertimos a la letra de la ley en un material flexible y modificable según el criterio judicial. Quizás a algunos les resulte agradable esta idea porque les simpatizan los principios que suele invocar una determinada composición de la Corte. En verdad, la función judicial se debe al sistema democrático y a la separación de poderes en los órganos gubernamentales; no se trata de una mera cuestión filosófica, sino que el respeto por el derecho vigente es una exigencia política. Llamar interpretación a la desobediencia del derecho trae como consecuencia, por un lado, la confusión en términos conceptuales y, por el otro, confusiones políticas que pueden ser muy peligrosas.<sup>69</sup>

La elección de los casos Muiña y Batalla para analizar responde a que visibilizan esta situación. Las disímiles sentencias que fueron dictadas para uno y otro caso permiten ver con claridad el problema que trae aparejado el interpretativismo. En primera instancia, a través de Muiña podemos concluir que hay casos en que la letra de la ley brinda respuestas determinadas que, en mayor o menor medida, podrían ser moralmente repudiables. Mientras que estas respuestas son correctas para un positivista -al menos desde el punto de vista jurídico, que es el único que debería interesarles a los jueces a la hora de aplicar el derecho-, el interpretativismo permitiría alegar que la solución dada no se condice con la interpretación que muestra al derecho en su mejor luz y, por lo tanto, es incorrecta.

En una segunda instancia, con la sentencia del fallo Batalla vemos que esas normas claramente identificables y aplicables a un caso pueden ser dejadas de lado a través de la interpretación en términos extrajurídicos.

En efecto, la mayoría en Muiña consideró aplicable una ley que de algún modo beneficiaba a quienes habían perpetuado los crímenes más atroces durante la dictadura militar en Argentina. Nadie diría que esos criminales no son merecedores de castigo, pero las normas vigentes al momento de juzgarlos establecían un modo de cómputo de sus penas que debía ser respetado. Si había un interés -político, jurídico o social- en que la situación sea diferente, el camino para lograrlo no era una sentencia judicial. Los jueces deben aplicar el derecho, no modificarlo para que se ajuste a exigencias no jurídicas.

---

<sup>69</sup> Rosler, *La ley es la ley*, 185.



## V. Bibliografía

- ATIENZA, Manuel (2016). *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre.
- BULYGIN, Eugenio (2004). “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?” Buenos Aires: Doxa.
- CHACÍN FUENMAYOR, Ronald (2013). “Scriptorium un procedimiento de aplicación operativa del derecho: el proceso de subsunción de derecho de Luis Diez-Picazo”. En *Revista Fronesis*, 20.1.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación “Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario” Fallos 340:549 (2017).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación “Recurso de hecho deducido por Batalla, Rufino en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor y otros s/ texto original del C.P. ley 11.179 y supresión del est. civ. de un menor” (2018).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia”, Fallos 314:1531 (1991).
- DWORKIN, Ronald (1988). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- DWORKIN, Ronald (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- FARRELL, Martín (2018). “La otra batalla” Buenos Aires: En disidencia. Recuperado en <http://endisidencia.com/2018/12/la-otra-batalla/>
- GALANTE, Diego. (2019). “El Juicio a las juntas en la escena política argentina” en *Lucha Armada en la Argentina*, de Sergio Bufano. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Plata.
- GARRO, Alejandro M. (1993). “Nine years of transition to democracy in Argentina: Partial failure or qualified success”. En *Columbia Journal of Transnational Law*, 31.1.
- GROSMAN, Lucas (2021). “Interpretaciones entre la espada y la balanza: Una reflexión sobre la eterna incomodidad del jurista normativo” Buenos Aires: En disidencia. Recuperado en: <https://endisidencia.com/2021/11/interpretaciones-entre-la-espada-y-la-balanza-una-reflexion-sobre-la-eterna-incomodidad-del-jurista-normativo/>
- GUASTINI, Riccardo (2015). “Interpretación y construcción jurídica”. En *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía de Derecho*, 43.
- HART, H.L.A. & FULLER, Lon (2016). *El debate Hart-Fuller*, traduc. Jorge González Jácome. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HART, H.L.A. (1961). *El concepto de derecho*, traduc. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HIMMA, Kenneth E. (2014). “Positivismo jurídico incluyente”, traduc. Pedro A. Villarreal Lizárraga México: Universidad Externado.

NAZARENO, Patricio (2020). "Impunity Reconsidered International Law, Domestic Politics and the Pursuit of Justice". En *Harvard Human Rights Journal*, 33.

NINO, Carlos S. (1980). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.

"Procuraduría de Crímenes Contra la Humanidad, informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina" (2018). Buenos Aires: Procuradería de crímenes contra la humanidad. Recuperado en: [https:// www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/03/LESA-Informe-estadistico.pdf](https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/03/LESA-Informe-estadistico.pdf)

RAMÍREZ CALVO, Ricardo (2019). "El derecho constitucional de voluntad". Buenos Aires: En disidencia. Recuperado en <https://endisidencia.com/2019/12/el-derecho-constitucional-de-voluntad/>

ROSLER, Andrés (2018). "Hermes o la continuación de Antígona por otros medios. Una crítica al interpretativismo". Buenos Aires: *Revista jurídica de la Universidad de San Andrés*.

ROSLER, Andres (2019) El interpretativismo y la Retroactividad de la Ley Penal: Un análisis del fallo "Batalla"; Universidad del Salvador: Facultad de Ciencias Jurídicas. En *Revista de derecho constitucional*, 13.

ROSLER, Andrés (2019). *La ley es la ley*. Buenos Aires: Katz.

TRAVERSO, Enzo (2009). *A sangre y fuego; de la guerra civil europea, 1914-1945*. Buenos Aires: Prometeo.

VERNEGNO, Roberto (1992). Legalidad y legitimidad: los fundamentos morales del derecho. En *Revista de estudios políticos*, 77.

San Andrés