

LA AUTORIDAD DEL DERECHO Y LOS “TEMAS DE CARLOS MARÍA FERNÁNDEZ”

THE AUTHORITY OF LAW & “TOPICS OF CARLOS MARÍA FERNÁNDEZ”

HERNÁN D. GRBAVAC

Doctor en Derecho (UNNE). UNNE – Becario Posdoctoral del CONICET – Departamento de Derecho Positivo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas - ciudad de Corrientes.

Correo electrónico: hernangrbavac@hotmail.com

RESUMEN

El presente trabajo reflexionará sobre la autoridad del derecho. En esta tarea, se recordarán, por un lado, las enseñanzas de Carl Schmitt contenidas en *La tiranía de los valores* y *El Leviathan en la teoría del Estado* de Thomas Hobbes y, por otro, el margen de actuación que debería reconocérsele al Congreso al tiempo de interpretar las cláusulas constitucionales, particularmente en el marco de sociedades modernas en las que reina el “hecho del desacuerdo”. La elección de esos temas pretende, además, rendir un homenaje a la memoria del Profesor Carlos María Fernández.

Palabras claves: Razonamiento jurídico – Regla de Legalidad – Estado de derecho.

ABSTRACT

This paper will reflect about the authority of law. In that purpose, it will remember, on the one hand, the teachings of Carl Schmitt contained in *The Tyranny of Values* and *The Leviathan in the Theory of State of Thomas Hobbes* and, on the other hand, the margin of action that ought to be recognized to the Parliament at the time of the interpreting the constitutional clauses, particularly in the context of de modern societies in which reigns the “disagreement fact”. The choice of these topics aims, also, to pay tribute to the memory of Professor Carlos María Fernández.

Keywords Legal Reasoning - Rule of Legality – Rule of Law.

RECEPCIÓN: 26 de abril 2021

ACEPTACIÓN: 6 de agosto 2021

I. INTRODUCCIÓN

No conocí personalmente al Profesor Carlos María Fernández. No tuve esa suerte. Lo que sé acerca de él es gracias a la Profesora Elizabeth Pace Wells –sobre todo- y a los profesores Daniel Domínguez Henain y Nelson Pessoa. Fue Pace Wells quien –durante mi carrera de doctorado- nos recomendó leer su libro *Temas de filosofía del derecho*. Hoy Fernández no está entre nosotros, aunque siguen acompañándonos sus ideas.

A continuación, me referiré a algunos de los temas que forman parte de su libro para recuperar la vigencia de sus postulados. Concretamente demostraré cómo las ideas del Profesor Fernández tienen una actualidad abrumadora para pensar muchos de los problemas actuales del derecho y, especialmente, uno de sus rasgos distintivos: el hecho de que pretende tener autoridad. En esa tarea, sin embargo, no me motiva el panegírico ni la solemnidad, sino la crítica, porque entiendo que de esta manera se honra a la academia y al rol que debe desempeñar la Universidad en la sociedad y, me gustaría creer, también, a la memoria del Profesor Fernández, con quien me hubiera gustado discutir estos temas.

II. LA AUTORIDAD DEL DERECHO Y LOS VALORES

En su último libro, Martín Farrell (2020, cap. X) analiza, lo que denomina, “[el] estancamiento de la teoría general del derecho anglosajón”. Según Farrell, ello se debe, entre otras razones, al carácter endogámico que ha adquirido la teoría anglosajona: sus autores solo se leen entre ellos. Propone, como remedio contra ese estado de letargo, incorporar la teoría de autores ajenos a la tradición anglosajona, entre los que sitúa a la teoría de Carl Schmitt. Así, recuerda las enseñanzas de Schmitt para analizar de un modo crítico las tesis del realismo norteamericano y de los *Critical Legal Studies*, de Jeremy Waldron, Herbert Hart y Ronald Dworkin. Recuperar las tesis de Schmitt para preguntarnos sobre muchos de los problemas que afectan, en nuestra hora, a la teoría del derecho, fue lo que hizo el profesor Fernández (2008, pp. 104-105 y 53-77) al recordar sus consideraciones acerca de la excepción y la polémica entre Kelsen y Schmitt sobre el “defensor de la Constitución”, es decir, si tal función debía recaer en un Tribunal Constitucional o en el Presidente o Jefe de Estado. Fernández reconoce que “las situaciones que exceden los límites normativos del sistema jurídico” (Fernández, 2008, p. 106), esto es, las creaciones normativas que exceden la competencia de los órganos que las dictan (v. gr., el Poder Ejecutivo que dicta un decreto de necesidad y urgencia fuera de los casos autorizados por la Constitución) pero que, sin embargo, existen jurídicamente –porque son convalidadas por los órganos de aplicación- y que, incluso adquieren vigencia y eficacia (Fernández, 2008, caps. 4 y 5), “no son susceptibles de ser ‘justificadas’ intra-sistemáticamente, [sic] y para su ‘explicación’ (no para su ‘justificación’) es menester traspasar los límites del

sistema jurídico¹ y acudir al sistema político, que le sirve de sustento” (2008, p. 106). Ello supone reconocer, recuerda Fernández, que “la Teoría General del Derecho –como parte central de la Filosofía del Derecho– requiere ser complementada con un estudio profundo de la Filosofía Política” (2008, p. 107)². Finalmente, Fernández cierra sus reflexiones sobre la polémica Kelsen – Schmitt formulando trece preguntas que, por su pertinencia, me permito citar a continuación:

- 1°) ¿Cómo funciona y cómo debe funcionar el Derecho positivo en situaciones anormales o de excepción?
- 2°) ¿Quién decide cuándo se configura el estado de excepción?
- 3°) ¿Puede admitirse que, en esos casos, el Estado de Derecho ceda sus garantías fundamentales, aun cuando la excepción se convierta –de hecho– en regla y a la necesidad y a la emergencia se les de una duración ilimitada? [sic]
- 4°) ¿Es admisible que el Jefe de Estado legisle por decretos “necesarios y urgentes” con fuerza de ley sin respetar las garantías constitucionales durante ese prolongado estado de excepción?
- 5°) ¿Es procedente que los Tribunales Supremos sean quienes determinen autoritativamente el llamado “verdadero significado” de los preceptos constitucionales imprecisos; [sic] adoptando una “concepción” específica de los valores expresados en esa clase de normas y que impongan el criterio de sus pocos miembros al respecto, aun en contra de las decisiones de las mayorías parlamentarias?
- 6°) ¿Es conveniente que esos Tribunales tengan el poder de anular leyes sancionadas regularmente conforme el procedimiento legislativo, y de aplicar retroactivamente esa nulidad aun a actos ya cumplidos durante la vigencia de la ley anulada y acerca de los cuales han existido previamente pronunciamientos convalidatorios de los propios órganos judiciales supremos?

1. En un sentido similar, respecto a los supuestos en los que se traspan los límites externos del lenguaje normativo, véase Genaro Carrió (2008 [1973], pp. 19-20 y 28-58).

2. “[E]n situaciones de excepción –se hallen o no se hallen contempladas en las normas constitucionales– ello “se apreci[a] más claramente” ya que, allí, “los [j]ueces de mayor grado adquieren una relevancia decisiva al convalidar las disposiciones o actos emanados de los otros poderes que se apartan de los criterios de validez; o aun en casos de ruptura del orden constitucional. En esos supuestos las anomalías producidas en el sistema no son ya susceptibles de una justificación exclusivamente intrasistemática sino de una explicación extrasistemática, que es de naturaleza política” (Fernández, 2008, pp. 142-143).

- 7°) ¿Es admisible que los Tribunales apliquen principios suprapositivos y los hagan prevalecer sobre disposiciones constitucionales expresas; o que traten a los derechos fundamentales como “principios”, a los que no se aplica la técnica de la subsunción sino la de la “ponderación” o del “balanceo” y, en tal caso, existen con relación a estos últimos métodos racionales de decisión que excedan a las simples preferencias subjetivas? [sic]
- 8°) ¿Es conveniente la coexistencia –en el marco de una Constitución democrática, republicana y representativa- de elementos plebiscitarios de apelación directa a la voluntad popular?
- 9°) ¿Subsisten plenamente los presupuestos del “optimismo antropológico” o en la conformación del Derecho democrático liberal, o bien el “realismo político” (con su base de “pesimismo antropológico”) va incrementando su influencia?
- 10°) ¿Es admisible que, en el ámbito del Estado democrático, la competencia política pluralista resulte desplazada por una confrontación entre “amigos y enemigos” y que, en situaciones críticas, se excluya al presunto “enemigo” (de uno u otro signo ideológico) de las garantías constitucionales básicas?
- 11°) ¿Es evitable que si el “enemigo”(interno o externo) se define por su peligrosidad potencial para afectar el modo de vida de una sociedad; [sic] se lo desplace del “Derecho normal” y de sus principios básicos (entre ellos los de legalidad y de presunción de inocencia) y se lo coloque fuera de ese Derecho; [sic] creándose una nueva modalidad de regulación y represión jurídica basada en la “peligrosidad”?
- 12°) ¿Es posible evitar que la idea de “humanidad” sea monopolizada por los valores de una determinada concepción ideológica en plena expansión de su predominio y que ello autorice a sus partidarios a ejercer el control de contenido de cualquier otro ordenamiento jurídico que ha logrado efectividad; y que de tal control se derive el poder de intervenir en ese Estado para modificar el modo de vida social y cultural y su estructura institucional, aun por medio de la fuerza [sic]?

Finalmente: ¿El panorama jurídico real –y no meramente formal- en el mundo actual se asemeja más al modelo de Hans Kelsen o al modelo de Carl Schmitt? (Fernández, 2008, pp. 75-77).

Todas estas preguntas de Fernández tienen una actualidad abrumadora. Desde marzo de 2020, según entiendo, nuestro país vive en un Estado de excepción dispuesto por

decretos del Presidente de la Nación y de los Gobernadores de Provincia y, por tanto, fuera del marco constitucional vigente. Solo a título de ejemplo, el artículo 23 de la Constitución argentina establece expresamente que, en casos de “conmoción interior [...] se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales [...]”. En tanto, el art. 75 inc. 29 dispone que “[c]orresponde al Congreso [...] [d]eclarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo”. No obstante, y pese a tales cláusulas, derechos fundamentales como, v. gr., los de entrar y salir del país, transitar libremente dentro del territorio, el derecho de enseñar y aprender, la libertad de comerciar y de usar y disponer de la propiedad, se encuentran en mayor o menor medida, suspendidos o, cuanto menos, severamente restringidos desde hace más de un año, sin la correspondiente declaración del estado de sitio. Se han reinstalado, también, fronteras internas entre provincias y municipios, declaradas inexistentes por la Constitución argentina desde 1853.

Quiero retomar las preguntas formuladas por Fernández y, con ello, traer a colación dos libros de Schmitt de una actualidad insoportable. En este acápite, me concentraré en *La tiranía de los valores* (Schmitt, 2009 [1979]) en tanto que *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes* (Schmitt, 2015 [1938]) será objeto de análisis en la sección siguiente.

En la primera de las obras citadas, Schmitt explica los deletéreos efectos que se producen cuando la lógica del valor abandona su lugar económico para incorporarse al contexto del Estado y del derecho:

la lógica del valor se distorsiona tan pronto como se abandona su esfera de pertinencia –la de lo económico y la *justitia commutativa*– y transforma y pone en valor aquellas cosas que no son bienes económicos, intereses, metas o ideales. El valor elevado justifica entonces pretensiones no susceptibles de cálculo y atribuciones de minusvalía. La ejecución inmediata del valor destruye la ejecución jurídicamente significativa, que sólo tiene lugar en órdenes concretos, sobre la base de disposiciones fijas y decisiones claras (Schmitt, 2009 [1979], p. 110).

De otro modo, el Estado, en tanto artefacto convencional creado para imponerse por sobre las diferentes facciones en conflicto y ser el juez entre los distintos valores en disputa, termina secuestrado al servicio de la imposición de uno de esos valores por parte de un determinado sector: “[l]a única manera de evitar que una secta se apodere de la iglesia es que los jueces se atengan estrictamente al razonamiento institucional” (Rosler, 2021, p. 7). Por el contrario,

lo específico del valor radica justamente en que éste, en lugar de tener un ser, sólo tiene validez. La posición de valores es por consiguiente nula si no se impone; la validez tiene que ser continuamente actualizada, esto es, se la tiene que hacer valer para que no se disuelva en una vacía apariencia. Quien dice *valor* quiere hacer valer e imponer. A las virtudes se las practica; a las normas se las aplica; las órdenes se ejecutan; pero los valores se ponen e imponen. Quien afirma su validez tiene que hacerlos valer. Quien dice que valen sin que un hombre los haga valer, quiere engañar (Schmitt, 2009 [1979], pp. 131-132).

No importa el valor que se pretenda defender y que se considere el más elevado. Puede ser la sociedad sin clases, la humanidad, la democracia, los derechos humanos, la igualdad de género, Dios, etc. Todos esos valores solo valen si se los hace valer, si se imponen, y justifican, por sí mismos, la destrucción de aquello que se designa como no-valor y que se define relativamente en función de lo que se considera el valor: “[e]l valor más elevado tiene el derecho y el deber de someter al valor más bajo y el valor como tal aniquila con derecho al no-valor como tal” (Schmitt, 2009 [1979], pp. 139-140).

En el plano del derecho, la lógica del valor destruye lo que justifica y explica el fenómeno jurídico. El derecho es un sistema institucional complejo, creado por una fuente convencional, que pretende tener autoridad y que, por tanto, brinda razones para la acción cuya consideración y observancia no está sujeta a otras razones (Raz, 2013 [2009]; Rosler, 2019). Es decir, el derecho ofrece tanto “razones de primer orden” para la acción (el hecho de que el derecho determine que debe realizarse x es una razón determinante para realizar x) como “razones de segundo orden”, esto es, razones que excluyen que se evalúe considerar otras razones al tiempo de realizar la acción dispuesta por el derecho (Raz, 2013 [2009]).

Sostener que el razonamiento jurídico es autoritativo supone afirmar que el razonamiento jurídico es autónomo del razonamiento moral. Ello no supone aseverar que la transformación de un estándar moral en un estándar jurídico cancela la discusión sobre la conveniencia o deseabilidad de la decisión en cuestión. Solamente ahora existe una regla jurídica que ordena, prohíbe o permite cierta acción y ello supone reconocer tanto que “esas nuevas razones son puestas [...] allí para poner fin a la discusión y a la lucha acerca de qué debe hacerse” como el hecho de que “[l]a discusión y la lucha pueden continuar, y de hecho lo hacen. Pero versan acerca de si se puede, y cómo, cambiar el nuevo derecho, y ya no más acerca de si debe adoptarse” (Raz, 2013 [2009], p. 121). Un rasgo distintivo de las reglas es su “*opacidad*”, es decir, “las *reglas* son razones [,] aunque no muestren el valor de las acciones para las cuales son razones” y “[su] *opacidad* [...] es un resultado de su *independencia de contenido*, y [...] su *independencia de contenido* es un aspecto de *la brecha normativa* que las reglas muestran entre lo normativo y lo evaluativo” (Raz, 2013 [2009], p. 221). Por el contrario, si esas razones se supeditan a consideraciones morales o se sujetan a determinados valores, entonces el derecho ha dejado de tener autoridad y, por tanto, no

tiene mayor sentido (Rosler, 2019). Como expresa Frederick Schauer, “el formalismo es [...] una característica central de lo que hace especial al derecho” (2013 [2009], p. 46).

En consecuencia, “para que el derecho pueda cumplir su función, y por tanto para que sea capaz de gozar de autoridad moral, debe poder ser identificado sin referencia a los asuntos morales que reemplaza” (Raz, 2013 [2009], p. 127). Es decir, “[n]o puede tener éxito como autoridad (o sea, éxito en mejorar nuestra conformidad con la razón) si no reemplaza a las razones de fondo” (Raz, 2013 [2009], p. 152).

El auge del neo-constitucionalismo (Gil Domínguez, 2009) y la tesis de la ponderación de Alexy (2010 [1978], pp. 293 y ss.³; 2012 [2010]), como el lugar que han ocupado los tribunales internacionales (CIDH, “Gelman vs Uruguay”) y nacionales (CSJN, *Fallos*: 328:2056) al anular leyes de amnistía, y la convalidación por la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJN, *Fallos*: 341-II:1784) y de Superiores Tribunales de Justicia de provincias (STJ Chaco, “N. M. E., sentencia N° 88/19) de leyes penales retroactivas más gravosas, constituyen algunos ejemplos de la colonización del derecho por la lógica del valor. En igual sentido, repárese, v. gr., en uno de los argumentos del voto del juez Lorenzetti (consid. 12-14) al tiempo de denegar la aplicación de una ley penal más benigna en la causa “Muiña” (CSJN, *Fallos*: 340-I:549) porque no se habría operado un cambio en la valoración social respecto a la gravedad de los hechos motivo del proceso. Es decir, para Lorenzetti, la aplicación del art 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (“[...] Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”) y del art 2 del Código Penal (“Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que existía al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”) es parasitaria de la comprobación de un cambio en la valoración social de tales hechos: solo si se comprueba -no sabe por, otra parte, cómo se realizaría esa comprobación fuera de la existencia de una ley aprobada por los representantes de la ciudadanía- que socialmente tales hechos no se consideran tan graves como antaño, sería aplicable la garantía de la ley penal más benigna. Como dice Schmitt,

En una comunidad cuya Constitución prevé un legislador y leyes es asunto del legislador y de las leyes por él creadas determinar la mediación a través de reglas calculables y ejecutables y evitar el Terror de la ejecución inmediata y automática del valor (Schmitt, 2009 [1979], pp. 146-147).

3. Véase, especialmente, pp. 457-493.

En consecuencia,

Un jurista que se aventura a ejecutar valores de manera inmediata debería saber lo que hace. Debería reflexionar sobre la procedencia y estructura de los valores y no permitirse tomar a la ligera el problema de la tiranía de los valores y de la ejecución no mediada del valor (Schmitt, 2009 [1979], p. 147).

III. LA AUTORIDAD DEL DERECHO Y LA REGLA DE LEGALIDAD EN DERECHO PENAL

Quiero recordar, ahora, otro libro de Schmitt para reflexionar sobre la crisis de legalidad que caracteriza, en nuestros días, a la administración de justicia. *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes* es, posiblemente, una de las mejores defensas del principio de legalidad y, por tanto, del Estado de derecho. Schmitt reconoce a Hobbes como el precursor del Estado de derecho del Siglo XIX: “Hobbes [...] convierte la *summa potestas en summa auctoritatis*. El principio se trueca en expresión simple y objetiva de un pensamiento técnico positivista, neutral frente a los valores y la verdad” (Schmitt, 2015 [1938], pp. 54-55). Con ello, tiene lugar “la transformación de la legitimidad en legalidad, del derecho divino, natural o preestatal en ley positiva y estatal” (Schmitt, 2015 [1938], p. 84). En consecuencia, “[t]odas las demás nociones de verdad y de justicia quedan absorbidas en la decisión del mandato de la ley, y llevarlo al plano de la argumentación jurídica equivaldría a suscitar disputas y nueva inseguridad” (Schmitt, 2015 [1938], p. 55).

Hobbes se convierte, así, en un padre del positivismo jurídico, en un “teórico del ‘Estado de derecho positivo’” (Schmitt, 2015 [1938], p. 91):

Esta formalización y neutralización del concepto “Estado de derecho”, su reducción a un sistema de legalidad estatal funcionando en forma susceptible de cálculo e indiferente a todo objetivo o contenido de verdad y de justicia, se convierte en el siglo XIX en la doctrina jurídica general imperante bajo el nombre de “positivismo legal” (Schmitt, 2015 [1938], pp. 86-87).

Es decir, tal como sostiene Schmitt:

La transformación del concepto de ley está estrechamente unida a la transformación del concepto de constitución del Estado de derecho iniciada por Hobbes. La ley se convierte en decisión y mandato en el sentido de motivación coactiva, psicológicamente calculable. Se convierte –usando el lenguaje de Max Weber– en la “probabilidad de imponer obediencia”. La ley típica dentro de este orden coactivo es la ley penal [...] Pero en la eliminación de todo contenido substancial de verdad o de justicia y en la reducción positivista de la norma a algo puramente externo se dan ya las seguridades específicas que el Estado de

derecho burgués postula. Así [,] por ejemplo, como amenaza coactiva, la ley no puede tener fuerza retroactiva. Efectivamente, Hobbes declara no obligatorias las leyes *post-factum* (“*Leviathan*”, capítulo 27).

Obsérvese entonces cómo a diferencia de lo que se suele decir –y repetir– (v. gr., Bacigalupo, 2012 [1999], pp. 103-104; Jakobs, 1997 [1991], p. 79; González, 2018, p. 28; Mir Puig, 2012 [2011], p. 105), es Hobbes y no Feuerbach quien formula por primera vez la máxima “*nullum crimen nullum poena sine lege*”. En el Capítulo XXVII del *Leviatán* (Hobbes, 2003 [1651] t 1), dos siglos antes que Feuerbach, Hobbes funda la regla de legalidad en materia penal y, como derivación de ello, una concepción de la pena fundada en la coacción psicológica (teoría preventivo-general negativa), que supone el principio de irretroactividad de la ley penal (Schmitt, 2015 [1938], p. 94). Por eso también es un error considerar a Feuerbach como el padre de la teoría de la coacción psicológica o de la pena como prevención general negativa, error en el que incurren, v. gr., Bacigalupo (2012 [1999], p. 33 y 103), González (2018, p. 13), Jakobs (1997 [1991], p. 26), Mir Puig (2012 [2011], pp. 81-82) y Silva Sánchez (2012, p. 342). Como dice Schmitt, “Feuerbach pasa por ser el ‘padre de la moderna ciencia del derecho penal’ pero su concepto de la pena y del delito caen completamente dentro del sistema de conceptos jurídicos creados por Hobbes” (2015 [1938], pp. 94-95). Feuerbach no hizo más que “aplica[r] [...] los conceptos jurídicos creados por Hobbes. De él procede la fórmula [*nullum crimen nullum poena sine lege*] letra por letra” (Schmitt, 2015 [1938], p. 94)⁴.

En el derecho penal de nuestros días, la regla de legalidad se encuentra amenazada o, incluso, suspendida en los hechos. En lo que sigue, explicaré por qué.

Andrés Rosler se ha referido específicamente a este fenómeno al analizar lo que ha denominado “interpretativismo” (2017; 2018; 2019, cap. 4), esto es, una práctica del derecho que bajo la excusa de la inevitabilidad de la interpretación del derecho termina subvirtiendo el contenido del derecho vigente por las valoraciones morales del intérprete. Recuérdese, sin ir más lejos, el fallo “Batalla” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, *Fallos*: 341-II:1784) que –salvo la disidencia del Juez Rosenkrantz– convalidó la aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa, pese a que el art. 18 de la Constitución argentina reza expresamente que “[n]ingún habitante de la Nación podrá ser penado sin

4. Para Hobbes, “[u]n CRIMEN es un pecado consistente en la comisión (por acto o palabra) de aquello prohibido por la ley, o en la omisión de lo mandado por ella. Con lo cual todo crimen es un pecado, pero no todo pecado un crimen (2003 [1651] t 1, p. 251). En consecuencia, “[n]inguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un crimen [...] una ley positiva no puede ser conocida antes de haberse hecho y, por tanto, no puede ser obligatoria” (Hobbes, 2003 [1651] t 1, p. 254). De igual modo, “cuando un castigo está vinculado al crimen en la propia ley, o ha sido infligido usualmente en casos similares, el delincuente queda exento de un castigo mayor” (Hobbes, 2003 [1651] t 1, p. 254).

juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso” y que el art. 2 del Cód. Penal establece que ante una sucesión de leyes penales en el tiempo “se aplicará siempre la más benigna”. En esa sentencia, incluso, los jueces Highton de Nolasco y Rosatti, al tratar de justificar su cambio de postura respecto a lo sostenido en “Muiña”, se refirieron a los delitos de lesa humanidad como aquellos delitos que poseen una “ilegalidad propia e inherente” (consid. 15 de su voto). Como puede apreciarse, no se entiende muy bien qué es “la ilegalidad propia e inherente”, ya que tal expresión parecería hacer alusión a la existencia de un concepto ontológico o natural de delito, previo al correspondiente acto de sanción por parte de la autoridad, lo que implicaría una regresión hacia una suerte de *iusnaturalismo* penal con los graves peligros que ello trae aparejado: que la ley penal pierda autoridad y que los jueces puedan condenar o aplicar sanciones más allá de las leyes positivas vigentes.

Repárese también en la sentencia 88/19 en la causa “N. M. E.” del Superior Tribunal de Justicia del Chaco por la que se convalidó la aplicación de una ley penal retroactiva más gravosa al rechazarse el planteo de la defensa de que, según el derecho vigente al tiempo de los hechos, el acusado debía ser sobreseído por prescripción. Para resolver de ese modo las Juezas Lucas y Grillo sostuvieron que la ley 27206 –que amplía los plazos de la prescripción de la acción penal en los casos de delitos de abusos sexuales y trata de personas, cuando las víctimas sean menores de edad– podía aplicarse a hechos transcurridos entre 1998 y 2001, porque, en primer lugar,

La mentada modificación legislativa, [sic] establece un régimen de excepción a los principios generales en materia penal en esos casos. Se buscó garantizar de este modo el derecho de los menores de edad que han sido víctimas de delitos sexuales, a la tutela judicial efectiva, contemplada en los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...] De esta manera, se adecúan las aludidas previsiones de la ley penal con el orden [sic] público convencional, orientado a proteger el interés superior del niño.

Luego de expresar dicho argumento que, en todo caso, podría justificar el contenido de la ley hacia el futuro, las Juezas Lucas y Grillo expresaron que:

No corresponde su abordaje [el planteo respecto a la ausencia de ley previa] aisladamente en términos de su aplicación o no retroactiva, sino que la solución emerge al conjugarla con los principios jurídicos fundamentales ínsitos en los Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN), vigentes en nuestro orden interno en épocas de ocurridos los abusos sexuales [...] [lo que permite] cumplir convenientemente con el compromiso internacional [...] sin que ello conduzca a una afectación del principio de legalidad penal (art. 18 de la CN [...])

Es decir, después de reconocer que ha tenido lugar una “modificación legislativa”, el tribunal sostiene que esa ley ya se encontraba vigente al momento de los hechos porque

su contenido *estaba implícito* en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional desde 1994. Ello no solo constituye una contradicción, sino que es un caso paradigmático de la “doctrina Chavela Vargas”. Rosler ha acuñado esta expresión recordando lo que en una ocasión declarara la cantante Chavela Vargas al tiempo de ser interrogada sobre por qué decía ser mexicana cuando, en realidad, había nacido en Costa Rica. Ante ello, Chavela Vargas respondió: “Los mexicanos nacemos donde se nos da la rechingada gana” (Rosler, 2019, p. 127). De un modo similar, el Superior Tribunal de Justicia del Chaco ha hecho lo que se le dio la rechingada gana al prescindir del derecho vigente que reconoce como garantía constitucional el principio de legalidad penal y de irretroactividad de una ley penal más gravosa (art. 18, Constitución argentina), lo que prohíbe no solo penar al acusado por un delito no vigente al tiempo del hecho por el que se lo juzga, sino también, “las leyes de efecto retroactivo, en cuanto se agrave por ellas la pena, ó [sic] se empeoren las condiciones del acusado” (CSJN, *Fallos*: 31:82)⁵. Una ley que niega la posibilidad de que el acusado sea sobreseído y que, por tanto, lo somete a ser enjuiciado y, eventualmente, condenado, es una ley que, lógicamente, empeora su situación personal.

Finalmente, las Juezas Lucas y Grillo, al convalidar la condena dispuesta, dejaron sentado que:

admitida pacíficamente la especial característica traumática de los abusos sexuales infantiles, sus tiempos, con todas las consecuencias destructivas para la estructura de la personalidad, los términos de la prescripción no pueden ser los generales previstos por el código de fondo [...] [siendo] aplicable al *sub examine*, la suspensión de la prescripción prevista en la Ley 27.206.

Este último argumento, además de contradecir a las dos razones previamente expresadas, supone -al referirse al carácter particularmente odioso de los abusos sexuales contra menores- una burda manifestación de un republicanismo penal clásico *aggiornado* a los nuevos tiempos, que reconoce o niega la existencia de garantías en función de la moralidad de los acusados y de lo que éstos *se merecen*⁶.

5. La Constitución Nacional (art. 18) es más garantista, en este punto, que tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, como la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22). Este tratado dispone en su art. 9: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable [...]”. Obsérvese que el texto habla de “acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas”, lo que no impediría, necesariamente, aplicar retroactivamente leyes que amplían los plazos de prescripción de la acción penal, ya que las cláusulas sobre la prescripción no suponen considerar como delictivo un hecho que antes no lo era sino solo regular el plazo dentro del cual tales hechos pueden ser investigados penalmente.

6. Sobre el particular, véase, v. gr., Rosler (2017; 2018).

Como dice Schmitt,

Naturalmente, todo el mundo afirma que tiene de su parte el derecho y la verdad. Pero la paz no se alcanza con afirmar que el derecho está de nuestra parte, sino mediante la decisión incontrastable de un sistema coactivo legal que funciona con seguridad y pone fin a la contienda (Schmitt, 2015 [1938], p. 56).

El asalto a la regla de legalidad por parte de los jueces ha puesto en jaque a ese “sistema coactivo legal” y, con ello, al gobierno del derecho. La ley deja paso, así, al arbitrio judicial. Los estragos de ese asalto se evidencian, particularmente, dramáticamente, en el ámbito del derecho penal.

IV. LA AUTORIDAD DEL DERECHO Y LA DEFERENCIA AL LEGISLADOR

Finalmente quiero tratar aquí otro de los temas contenidos en el libro de Fernández. Se trata del debate sobre la constitucionalidad (o no) de la legalización del aborto en nuestro país. Como es de público conocimiento, a principios de este año, se publicó en el Boletín Oficial la ley 27610 que legaliza, en Argentina, el aborto, con consentimiento de la mujer, dentro de las primeras catorce semanas de gestación (art. 86, Cód. Penal).

Sin embargo, un argumento que se ha invocado para sostener la inconstitucionalidad de esa legalización apela al texto del art. 4. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción [...]”), con jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75 inc. 22). Éste ha sido el camino seguido, v. gr., por Nelson Pessoa para sostener que la legalización o despenalización del aborto es inconstitucional y que, en virtud de la Convención Americana de Derechos Humanos, solo sería posible un régimen de “regla-excepción”, es decir, un régimen que prohibiera, en general, el aborto y permitiera, solo en una serie de excepciones, la realización de esa práctica (Pessoa, 2020). Creo que Pessoa está equivocado, pero antes de explicar mis razones, quiero recordar el argumento central que brinda Fernández para llegar a una conclusión similar: la inconstitucionalidad de toda disposición que autorizara, en general, la práctica del aborto. Fernández también apela al art. 4. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos –interpretando este texto de igual modo que Pessoa–, pero, según entiendo, su argumentación se centra en la cláusula del art. 75 inc. 23 segundo párrafo de la Constitución argentina: “Corresponde al Congreso: [...] Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”. Fernández sostiene que pese a las “dificultades de interpretación”

que puede ofrecer el “nuevo texto constitucional”, la referencia a la “protección del niño en situación de desamparo desde el embarazo” supone reconocer que para la Constitución argentina “la nota [de niño] se tiene durante el embarazo de la madre” (Fernández, 2008, p. 26). *Ergo*, “el niño tiene constitucionalmente garantizado desde su concepción el derecho a la vida” (Fernández, 2008, p. 27). Creo que también Fernández está equivocado. En primer lugar, expondré las razones por las que, considero, el texto del art. 4. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos no es concluyente, a diferencia de lo que entienden Pessoa y Fernández. En segundo término, me detendré en el nudo del argumento de Fernández y concluiré que, pese a que el art. 75 inc. 23 segundo párrafo parecería ser un argumento más robusto *vis a vis* con el del art. 4. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tampoco es determinante para sostener la inconstitucionalidad de la legalización del aborto en Argentina.

El art. 4. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa que los Estados Partes se comprometen a proteger la vida, “en general”, desde la concepción. La expresión “en general” puede admitir dos lecturas. Una de esas interpretaciones es la sostenida, v. gr., por Pessoa y Fernández. Es decir, considerar que “en general” es equivalente a “salvo excepciones”. Este modo de entender la expresión sería compatible, así, con una regla legal que establece que la vida se protege desde la concepción –con el sentido que a este último término le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, “Artavia Murillo y otros [‘Fecundación *in vitro*’] vs. Costa Rica”)– salvo los casos, vale decir, las excepciones de no punibilidad que pueden preverse en la legislación. En consecuencia, sostiene este argumento, el aborto debe ser un delito salvo ciertas excepciones contempladas expresamente, tal como sucedía con el régimen previsto en el Código Penal argentino hasta la ley 27610.

Sin embargo, la expresión “en general” admite una segunda lectura. Según esta interpretación “en general” puede ser entendido como sinónimo de “usualmente”, “comúnmente”, como cuando se afirma “en general x se hace así”. Este último significado no obstaculiza que, si se considera lo contrario, x pueda ser realizado de otra forma. Es decir, “en general” tiene el sentido de “salvo mejor criterio” o “salvo otra decisión”. Esta interpretación no sería incompatible con la siguiente traducción del art. 4. 1: “la vida se protege desde la concepción salvo que los Estados partes consideren lo contrario” o “la vida se protege desde la concepción salvo mejor criterio de los Estados partes”.

En definitiva, el texto del art. 4. 1 ofrece dos interpretaciones razonables desde un punto de vista lingüístico y, por ello, entiendo, el Congreso cuenta con un margen de discrecionalidad para decidir el régimen legal que debe recibir el aborto, esto es, decidir o bien su penalización o bien su legalización. Como dice Jeremy Waldron (2005

[1999]), las sociedades modernas, plurales y heterogéneas, se caracterizan por el “hecho del desacuerdo”. Estamos moralmente en desacuerdo sobre casi todo: sobre el aborto, la eutanasia, la prostitución voluntaria de mayores de edad, la experimentación con células madres, la legalización de las drogas, el matrimonio entre personas del mismo sexo, etc. Ante ello, acudimos al derecho para lidiar con tales desacuerdos. Nos sometemos a un procedimiento formal que nos permita obtener una decisión que legitime la imposición del punto de vista moral que ha obtenido reconocimiento legal hasta que el hecho vuelva (o no) a ser discutido. Es decir, “si queremos lograr la acción colectiva, no hay más que aceptar la palabra de una institución como si fuera la verdad” (Rosler, 2021, p. 7).

El derecho no reemplaza a los desacuerdos morales, pero permite legitimar la imposición de la decisión que hace posible convivir con el desacuerdo. Cuando el texto legal (en nuestro caso, el texto del art. 4. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos) admite más de una interpretación, lo que es una consecuencia de las notas de ambigüedad o vaguedad del lenguaje, ser respetuosos ante “el hecho del desacuerdo” exige reconocer un amplio margen de actuación al Congreso, dado que es el órgano especialmente establecido en una democracia para representar a los diferentes sectores y a los distintos puntos de vista existentes en una sociedad.

Tal como lo entiendo, sucede lo mismo con el texto del art. 75 inc. 23 segundo párrafo. Pese a lo que sostiene Fernández, la referencia a la protección del niño desde el embarazo de la madre no implica, necesariamente, considerar que, según la Constitución argentina, se reconoce la calidad de niño desde antes del nacimiento, esto es, desde que tiene lugar el embarazo de la madre. Es cierto que ése es un significado posible, pero también ello puede ser compatible con una lectura que sostenga que se es niño desde el nacimiento sin que ello suponga desconocer que la integridad y la salud de aquél –todavía un no-niño– se determina, en buena medida, por el modo de alimentación y cuidado que ha recibido durante el proceso de gestación. Así, v. gr., Derek Parfit (2004 [1984]) ha sostenido que la identidad es gradual, es decir, que no se trata de una cuestión de todo-o-nada sino de una sucesión de yoes en el tiempo. Parfit defiende una concepción reduccionista de la identidad que le permite afirmar –para el caso que nos ocupa– que “no creemos que en todo momento exista o no exista” (2004 [1984], p. 561) y, por lo tanto,

podemos negar que un óvulo fertilizado sea una persona o un ser humano. Esto es como negar que una bellota sea una encina. Dadas las condiciones adecuadas, una bellota se convierte lentamente en una encina. Esta transición lleva tiempo y es una cuestión de grado. No hay línea divisoria nítida. Deberíamos afirmar lo mismo de las personas y los seres humanos. Entonces podremos plausiblemente adoptar una perspectiva diferente respecto a la moralidad del aborto. Podremos pensar que no hay nada incorrecto en un aborto temprano, pero que sería gravemente incorrecto hacer abortar a un niño próximo al término

del embarazo [...] Los casos que se sitúan en el medio los podemos tratar como cuestiones de grado (Parfit, 2004 [1984], p. 561).

Es decir, si la identidad personal es una noción gradual que se conforma y varía con el tiempo, es posible reconocer una modificación gradual entre el momento en que se reconoce la calidad de persona –a quien aún no ha nacido– y el momento del nacimiento de esa persona. Más aún, es posible recién reconocer la identidad no desde el inicio del embarazo del mismo modo que es posible reconocer un cambio de identidad durante el transcurso de lo que, ordinariamente, se suele llamar la vida de una persona ya nacida.

Sin embargo, alguien podría decir que la referencia al embarazo en el texto del art. 75 inc. 23 de la Constitución argentina corresponde a una noción de todo-o-nada. Es decir, podría afirmarse que una mujer está (o no está) embarazada y que, por ello, la Constitución Nacional protege jurídicamente al feto desde el inicio del embarazo. No obstante, el reconocimiento jurídico del feto es parasitario del concepto de persona, esto es, del reconocimiento por parte del derecho a un ente como titular de derechos y obligaciones y esto último es compatible tanto con la interpretación de Fernández como con la interpretación que sostengo en este trabajo (con la tesis de que durante el embarazo el legislador puede establecer el momento a partir del cual el feto recibe el *status* de persona por nacer y, por tanto, de sujeto de derechos). En ese marco, bien puede considerarse que “el régimen de seguridad social e integral” que debe promover el Congreso abarca desde el momento del embarazo en que el feto es susceptible de experimentar placer y dolor, vale decir, las primeras manifestaciones de una autonomía en ciernes que es lo que, v. gr., un Estado liberal está interesado en proteger.

En consecuencia, ante dos interpretaciones razonables desde el punto de vista lingüístico debe reconocerse un margen de discrecionalidad al Congreso, en tanto órgano democrático por excelencia, para zanjar la discusión jurídica sobre el tema. En una democracia, los desacuerdos morales deben ser resueltos por el Parlamento.

V. CONCLUSIONES

Con este trabajo he reflexionado sobre una de las características constitutivas del derecho: el ser un discurso institucional que pretende tener autoridad. Para ello, he recordado algunos de los temas que ocuparon la atención y el estudio del Profesor Carlos María Fernández y los he examinado a partir de las enseñanzas de dos de las obras de Carl Schmitt. Me he detenido, también, en la importancia del derecho ante los desacuerdos morales vigentes en nuestras sociedades y en la necesidad de que ante la existencia de más

de una interpretación razonable sobre el contenido del texto constitucional o de los tratados con igual jerarquía se le reconozca al Congreso un amplio margen de discrecionalidad para elegir el modo de regular jurídicamente el tema en disputa. Con ello, espero haber contribuido al debate y dejar sentado mi reconocimiento a la memoria de Carlos María Fernández.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, r. (2010 [1978]). *Teoría de la argumentación jurídica*. M. Atienza e i. Espejo (trads.) Lima: palestra ediciones.
- Alexy, r. (2012 [2010]). *La construcción de los derechos fundamentales*. L. Clérico, j. Sieckman y a. D. Oliver-lana (trads.) Buenos aires: ad - hoc.
- Bacigalupo, e. (2012 [1999]). *Derecho penal parte general*. 2ª ed. 3ª reimp. Buenos aires: hammurabi.
- Carrió, g. R. (2008 [1973]). *Sobre los límites del lenguaje normativo*. 2ª reimp. Buenos aires: astrea.
- Cidh, “artavia murillo y otros (‘fecundación *in vitro*’) v. Costa rica». Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondos, reparaciones y costas)”
- Cidh, “caso gelman vs. Uruguay”. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones).
- Csjn, “el gremio de abastecedores de la ciudad de tucumán, contra la municipalidad de la misma, por devolución de impuesto de consumo; recurso de hecho contra la sentencia del tribunal superior de tucumán”, del 29/1/1887 (*fallos*: 31:82).
- Csjn, “simón, julio héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. -causa n° 17.768-”, del 14/6/2005 (*fallos*: 328:2056).
- Csjn, “recurso de hecho deducido por la defensa de luis muiña en la causa bignone, reynaldo benito antonio y otro s/ recurso extraordinario”, del 3/5/2017 (*fallos*: 340-i:549).
- Csjn, “recurso de hecho deducido por batalla rufino en la causa hidalgo garzón, carlos del señor y otros”, del 4/12/2018 (*fallos*: 341-ii:1784).
- Farrell, m. D. (2020). *Filosofía moral, política y del derecho*. Buenos aires: la ley - universidad de palermo.
- Fernández, c. M. (2008). *Temas de filosofía del derecho*. Corrientes: moglia ediciones.
- Gil domínguez, a. (2009). *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Bs. As: ediar.

- González, r. L. (2018). *Derecho penal parte general*. Buenos aires: astrea.
- Hobbes, t. (2003 [1651]). *Leviatán*. A. Escotado (trad.). Buenos aires: página/12 - losada.
- Jakobs, g. (1997a [1991]). *Derecho penal parte general. Fundamento y teoría de la imputación*. 2ª ed.. J. Cuello contreras y j. L. González de murillo (trads.). Madrid: marcial pons.
- Mir puig, s. (2012 [2011]). *Derecho penal parte general*. 9ª ed. Montevideo - buenos aires: b de f.
- Parfit, d. (2004 [1984]). *Razones y personas*. M. Rodríguez gonzález (trad.) Madrid: a. Machado libros.
- Pessoa, n. R. (27 de diciembre de 2020). Algunas ideas en torno a la inconstitucionalidad de la ley. *Diario el litoral*. [recuperado el 19 de abril de 2021, de <https://www.ellitoral.com.ar/corrientes/2020-12-27-1-0-0-algunas-ideas-en-torno-a-la-inconstitucionalidad-de-la-ley>]
- Raz, j. (2013 [2009]). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. H. Bouvier, p. Navarro y r. Sánchez brígido (trads. *Et al*) madrid: marcial pons.
- Rosler, a. (2017). “si ud. Quiere una garantía, compre una tostadora. Acerca del punitivismo de lesa humanidad” *en letra: derecho penal* (5), pp. 62-102.
- Rosler, a. (2018). “el estado de derecho caído en batalla”. *En letra: derecho penal* (7), pp. 20-34.
- Rosler, a. (2019). *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*. Buenos aires - madrid: katz editores.
- Rosler, a. (2021). “catolicismo romano y forma jurídica”. *La ley - universidad del salvador facultad de ciencias jurídicas* año xxi (1), pp. 7-9.
- Schauer, f. (2013 [2009]). *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. T.J. Schleider (trad.). Madrid: marcial pons.
- Schmitt, c. (2009 [1979]). *La tiranía de los valores*. S. Abad (trad.) Buenos aires: hydra.
- Schmitt, c. (2015 [1938]). *El leviathan en la teoría del estado de thomas hobbes*. J. Conde (trad.) Buenos aires: ediciones sieghels.
- Silva sánchez, j. M. (2012). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2ª ed. Montevideo - buenos aires: b de f.
- Stj chaco, “n. M. E.”, sentencia n° 88/19.
- Waldron, j. (2005 [1999]). *Derecho y desacuerdos*. J. L. Martí y á. Quiroga (trads.) Madrid: marcial pons.