



Sociedad Argentina de Sociología Jurídica



UNIVERSIDAD NACIONAL  
DEL LITORAL  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Sociales

8<sup>vo</sup> Congreso Nacional  
de **Sociología Jurídica**  
"derecho, democracia y sociedad"

---

**Comisión 9: La investigación en las Facultades de Derecho: problemas epistémicos y metodológicos.**

**LA CORTE Y LOS DERECHOS: ¿CAMBIOS MULTIDIMENSIONALES?**

*Por María Isabel Urquiza\**

*Dedico este trabajo a mis maestros: el Prof. Emérito Dr. Fernando Martínez Paz y a la Prof. Dra. María Inés Bergoglio, quienes me enseñaron el valor de las decisiones cotidianas en la construcción de la sociedad y del derecho.*

---

\* María Isabel Urquiza es doctoranda, abogada, docente de Sociología Jurídica y de Introducción al Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Integrante del equipo de investigación en curso sobre jurados populares, dirigido por la Prof. Dra. María Inés Bergoglio, SeCyT.



## 1. Introducción.

La presente ponencia tiene como meta mostrar, a través de estrategias cualitativas de análisis del discurso jurídico, cómo se entretajan diversas concepciones de la moral y del derecho en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, plasmadas en cinco fallos clave correspondiente al último año. Se procurará esbozar asimismo, consecuencias en el mundo jurídico, en particular, en la ampliación, reconfiguración, desdibujamiento del ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos. Para ello, se han seleccionado cuatro sentencias definitivas (Massa, Sánchez, Bussi y Mazzeo) Estos fallos fueron dictados entre diciembre de 2006 y julio de 2007. La metodología cualitativa seleccionada se basa especialmente, en aportes de la lingüística provenientes principalmente de Teun A. Van Dijk y de las reflexiones de Michel Foucault en torno a la relación saber – poder. Cabe señalar que, debido a la extensión de este trabajo, éste se centrará en los aspectos más significativos y relevantes de la problemática epistémica y metodológica interdisciplinar de la propuesta del llamado “neconstitucionalismo”, su operatividad a través del discurso de la Corte en las sentencias seleccionadas y sus implícitos ético – jurídicos en la configuración cambiante de una ciudadanía efectiva.

## 2. El tiempo de los derechos.

La problemática de los derechos ha sido estudiada, entre otros análisis, mediante su manifestación en procesos estructurales y funcionales, especialmente de los que habitualmente son denominados "derechos humanos", es decir: *"propios de las personas y de los grupos en cuanto tales, independientemente de su condición de ciudadanos de un Estado determinado"* (Ferrari, V., 2000: 339). En este sentido, de acuerdo a lo expuesto por Gregorio Peces Barba,<sup>1</sup> aunque hayan habido numerosos enfrentamientos, rechazos y limitaciones, se han ido consolidando tres procesos de la historia de los derechos que no serían fáciles de desandar, a saber: positivización, generalización e internacionalización. Se incorpora posteriormente, a los anteriores, un cuarto proceso: el de especificación.

---

<sup>1</sup> Especialmente en la *Introducción general* a la antología de documentos editados en: PECES BARBA, G. 1987. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Debate, Madrid, p. 13-14.



Respecto del primero, el proceso de "positivización", reflejaría cómo los derechos manifestados en cuanto necesidades en la conciencia de las personas, se convierten luego en objeto de reivindicación política, para pasar en otra instancia a las normas positivas locales, nacionales o internacionales. En conexión con estas ideas, Jürgen Habermas, para caracterizar este proceso, recurre a la imagen de la emigración de la moral al seno del derecho positivo; especialmente, para poner de relieve que el orden jurídico, mediante la racionalización que supone el proceso democrático, es un instrumento al servicio de la legitimidad y, en suma, de la realización de la moral procedimental asentada en la soberanía popular y en el respeto de los derechos (Habermas, J., 1990). Sin embargo, y aunque pudiera parecer algo distinto, esa "racionalidad procedimental de tipo ético" que encarna en el ordenamiento jurídico es sólo un requisito del derecho moderno; ya que, para cumplir su función de integración, y ser comprendido autónomamente de la política, es necesario que incorpore lo que Carlos Santiago Nino denomina "la moral positiva de la sociedad" (Nino, C., 1987 y 2007).

En el proceso de "generalización" o de "universalización", los derechos que en un primer momento eran disfrutados por categorías relativamente restringidas de personas han ido extendiéndose hasta alcanzar a todos los grupos sociales, sin distinción alguna. Luego, han ido internacionalizándose y especificándose; y aun más, extendiéndose a las generaciones futuras. Sin embargo, la mayor conciencia de los derechos ha venido acompañada de marcadas dificultades en su efectivización cotidiana; por lo que, han tenido que reconquistarse una y otra vez en el tiempo y en el espacio.

### **3. Cambios epistemológicos y el neoconstitucionalismo.**

La idea de una ciencia jurídica rígida auxiliada por otras ciencias otorgaba certeza en un mundo jurídico de cambios lentos y parciales. La llamada "dogmática" sólo necesitaba legitimarse epistémicamente y aislarse de la sociedad. Con un lenguaje hermético, decodificado sólo por estudiosos de la lógica y de una primitiva lingüística, ahondó aun más el abismo entre los fenómenos normativos y la realidad de las experiencias jurídicas de los diversos protagonistas del campo socio-jurídico. En el marco del constitucionalismo, la respuesta a la ampliación de derechos estuvo dada por la formulación de raíz evolucionista de "generaciones". Así, se categorizaban los derechos como de primera, segunda, tercera... generación. Pero, la realidad siempre cambiante no



admitía un corsé rígido y anticuado<sup>2</sup>. En este marco de ideas, los viejos paradigmas decimonónicos se reformularon, perfeccionándose; y al mismo tiempo, se erigieron nuevos paradigmas más flexibles y complejos, abiertos al futuro, al contacto, al intercambio y aun a la fusión interdisciplinar.

Entre las nuevas propuestas multidimensionales, se encuentra el movimiento plural del neoconstitucionalismo. Si bien, sus postulados varían en sus formulaciones según los autores y contextos, coinciden en una serie de características, entre las que se encuentran: una ciencia jurídica fluida en la que una constitución abierta tenga un papel activo, destacándose la labor judicial en la operativización permanente de los derechos. En este sentido, no se aceptaría la existencia de lagunas, ni de normas programáticas en lo que hace a los derechos de las personas. Se reencuentran el derecho y la moral; por lo que, los principios cobran mayor importancia, volviéndose de aplicación inmediata. Todo el ordenamiento se lee en clave constitucional y desde la constitución; cualquier juez está llamado a aplicarla directamente, no aceptándose las sentencias "abstemias" de ella. No implica una ruptura con los principios del estado de derecho, sino su perfeccionamiento. Se retoma la antigua "fe en el derecho", a través de la confianza en la judicatura (Sagüés, N., 2000; Zagrebelsky, G., 2002; Carbonell, M., 2003; Bernal Pulido, C., 2006; entre otros autores).

#### **4. La Corte en el último año y el neoconstitucionalismo.**

Actualmente, la Corte Suprema está compuesta por los siguientes ministros: Ricardo Luis Lorenzetti (presidente), Elena I. Highton de Nolasco (vicepresidente), Eugenio Raúl Zaffaroni, Carmen M. Argibay, Carlos Santiago Fayt, Juan Carlos Maqueda y Enrique Santiago Petracchi. Esta Corte se caracteriza por la adopción de una actitud de activo protagonismo en los más variados

---

<sup>2</sup> "El derecho se vivía hasta no hace mucho tiempo como un dispensador de certezas impregnado de certidumbres, y se lo enseñaba como un encadenamiento de certidumbres. Pero hoy el derecho duda de sí mismo y el hombre común duda del derecho, lo mismo que el legislador, los jueces, los abogados, los profesores. También se afirma que las leyes no tienen ya el mismo significado que tuvieron antes y que tampoco se las considera máximas de conducta universal solemnemente proclamadas. Por otra parte, la ley se interpretaba preguntando qué quiso decir el legislador al sancionarla, pero quizás hoy esta pregunta no sería conducente. A lo cual debe agregarse la incertidumbre y la crisis de los principios que informan temas paradigmáticos como la autonomía de la voluntad, los derechos adquiridos, o aquellos vinculados a la responsabilidad personal...." MARTÍNEZ PAZ, F. 2000. *Cuestiones que plantea la enseñanza del derecho, hoy*, en "La educación, política de Estado", Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, y Academia Nacional de Ciencias; Córdoba, p. 57.



temas, y en particular, los de agenda pública. La selección de los fallos obedece a evidenciar en una pequeñísima muestra, esta variedad.

#### 4.a. "Massa": la pesificación y la seguridad jurídica..

El 27 de diciembre de 2006, la Corte decidió declarar constitucional el "corralito" financiero en "Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional – dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986"<sup>3</sup>. En esta causa, un ahorrista del Bank Boston reclamó la devolución de 184.000 dólares. Los magistrados avalaron la constitucionalidad de la pesificación de la economía y ordenaron devolver tantos pesos como fueren necesarios para adquirir en el mercado libre de cambio, la cantidad de dólares "acorralados", lo cual ya implica una concepción del derecho compartida, así como un tipo de relación con la moral. El voto mayoritario, con 23 considerandos, fue suscripto por Highton de Nolasco, Zaffaroni, Lorenzetti, Fayt y Argibay. No hubo disidencias. Sin embargo, Lorenzetti amplió sus fundamentos con 30 considerandos; y Fayt y Argibay votaron individualmente. El primero, con 23 considerandos y Argibay, con 11.

Como puede apreciarse, se trata de un fallo extenso y con un curioso consenso. Se destacan, en esta decisión votada y firmada conjuntamente, tácticas de legitimación esgrimidas, hasta conformar una estrategia semántica de la verdad, proyectando con terminología alarmista, un hipotético contexto futuro de catástrofe, si no se tomara esa decisión<sup>4</sup>. Asimismo, una reiterada estrategia pragmática de justificación caracteriza la argumentación, al remarcar que este voto está fundado en diversas normas del ordenamiento jurídico, en anteriores decisiones que también se fundaron en diversas normas. Y al hacer esto último resignifican, descontextualizando y eternizando, otras decisiones. Estas estrategias aparecen enlazadas con la sociopolítica, de poder y autoridad, y por ende, de inmunización<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Fallo M. 2771. XLI.

<sup>4</sup> "Una interpretación contraria a esta regla fundamental del funcionamiento económico, efectuada años después de establecida, **traería secuelas institucionales gravísimas...**" Consid. 21, 2º párrafo. (El destacado en negrita me corresponde).

<sup>5</sup> Por ejemplo: "... Siguiendo esta centenaria jurisprudencia, el bloque legislativo de emergencia que fundamenta jurídicamente la regla general de la pesificación es constitucional, coincidiendo en este aspecto, con lo ya resuelto por esta Corte (confr.. causa "Bustos", Fallos: 327:4495), sin perjuicio de lo que se opine sobre su conveniencia." Consid. 21, primer párrafo.

"De acuerdo con esta centenaria jurisprudencia y en las circunstancias actuales resulta evidente que no se ocasiona lesión al derecho de propiedad." Consid. 21, tercer párrafo.



Entre los votos por separado, que en realidad serían disidencias disimuladas sobre todo en el caso de Argibay, que declara inconstitucional el decreto presidencial 214/02, llama la atención, un diálogo velado con el poder político<sup>6</sup>. Si bien las sentencias deben estar sólo dirigidas a las partes, las estrategias lingüísticas muestran que los destinatarios serían también, los otros ministros, los demás actores de reclamos semejantes, los demás jueces que deban resolver casos semejantes y, como expresé anteriormente, el poder político.

Lorenzetti se destaca por la utilización de los polos “nosotros/ellos”, para reforzar y la construcción semántica de la “verdad”, respecto de otros jueces que votaron en el pasado a favor (ellos) y en contra de la emergencia (nosotros); evaluando y corrigiendo, si lo considerara necesario, a sus pares del pasado y eventualmente, del presente. Inclusive para reforzar que el “nosotros” constituye una mayoría, agrega a los constituyentes de 1853. Polariza como si fueran dos bandos en pugna por la superioridad intelectual; y por ello, de poder<sup>7</sup>. Desde esta posición, dirige su mensaje al poder político<sup>8</sup>.

#### 4.b. “Sánchez” y el principio pro homine.

---

(El destacado en negrita, me corresponde).

<sup>6</sup> Para ejemplificar: *“En síntesis, el decreto 214/02 dictado por el Presidente, constituye una disposición legislativa contraria a la prohibición contenida en el artículo 99.3, segundo párrafo de la Constitución Nacional, mediante la cual se ocasionó una manifiesta privación de la propiedad (artículo 17 de la Constitución)...”* Consid. 11 del voto de Argibay.

*“No obstante lo expuesto hasta aquí, las razones de gravedad institucional relatadas por la mayoría y que, en líneas generales comparto, tornan prudente, en la medida que ello resulte posible, arribar a una solución que, más allá de las diferencias en los fundamentos, permita arribar a una sentencia que, en tanto unánime en el resultado económico, ponga fin a la gran cantidad de reclamos pendientes de solución.”* Consid. 11, 2º párrafo del voto de Argibay.

(El destacado en negrita me corresponde).

<sup>7</sup> A modo de ejemplo: *“Que resulta necesario establecer criterios de corrección para una interpretación estable, compatible con los valores constitucionales y apta para constituirse en una base sólida para el futuro de la Nación”* Consid. 29, primer párrafo del voto de Lorenzetti. (El destacado en negrita, me pertenece).

<sup>8</sup> Verbigracia: *“Que la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones precipitadas. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento.”* Consid. 30, 4º párrafo del voto de Lorenzetti.



El 22 de mayo de 2007, la Corte dictó sentencia en el caso “Sánchez, Elvira Berta c/ M<sup>o</sup> J. y DDHH – art. 6 ley 24.411 (RESOL. 409/01)”, en la que reconoció el derecho de la Sra. Sánchez a ser indemnizada por el homicidio de su nieto/a, durante la dictadura militar. Ana María del Carmen Pérez, hija de Elvira B. Sánchez, había sido privada de su libertad y asesinada por las fuerzas de seguridad en 1976, cuando estaba embarazada de casi nueve meses. Por unanimidad, en catorce considerandos, los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay, tomaron dicha decisión. Sin embargo, Highton de Nolasco y Zaffaroni, conjuntamente emitieron un voto por separado adhiriendo y por lo tanto, remitiendo al fundamento del Procurador Ricardo O. Bausset. Asimismo, por medio de un comunicado<sup>9</sup>, el alto tribunal difundió que los peritos en antropología forense informaron que, en el cadáver de Pérez, quien muriera por un disparo en la pelvis, fueron hallados los restos óseos de un nonato de 9 a 10 meses de gestación.

Todos aplican el principio llamado “pro homine”, que fuera definido como “*un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos... Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre*”<sup>10</sup>. Si bien todos los jueces arriban a la misma conclusión, el camino no es el mismo. Por lo tanto, esa fundamentación divergente es lo que voy a mostrar muy sucintamente. El voto conjunto, implícitamente, mayoritario se caracteriza por una importante proporción de citas y comentarios en nuestro idioma, y en latín no traducidos, reforzados por el uso de negrita y subrayado. Reproduce artículos de la ley 24.411, de sus fundamentos; de doctrina (Orgaz y Llambías). Ello conforma una estrategia pragmática de justificación, pero también procura mostrar la veracidad sumando argumentos considerados científicos, ya que las referencias de Orgaz sobre la persona son del año 1946, de hace sesenta y un

<sup>9</sup> Publicado en *La Nación*, el 28 de mayo de 2007, bajo el título: “Indemnizarán a una abuela por el asesinato de su nieto por nacer en la dictadura”.

<sup>10</sup> PINTO, M. 1997. “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Bs. As., p. 163; citado por BOULIN VICTORIA, I. “A buen puerto por el rumbo. El fallo de la Corte en el reciente caso ‘Sánchez’”, en *La Ley*, 27 de septiembre de 2007, Bs. As.



años atrás. Se describe la personalidad como “un procedimiento técnico”<sup>11</sup>. Si esto fuera así, podría implicar que, no conformaría un derecho humano pre-estatal, y que dicha personalidad podría ser otorgada a unos sí y quizás a otros no. Pareciera que se confunde el concepto de personalidad con el de capacidad.

El voto de Highton de Nolasco y de Zaffaroni, como adelanté, adhiere a los fundamentos presentados por el Procurador, por lo cual, remite a ellos. Bausset despliega una argumentación con estrategias similares a las del voto mayoritario, aunque en forma más atenuada, y se apoya bastante en decisiones anteriores de la Corte para fundamentar a favor de derechos de la persona anteriores al Estado, distinguiendo para ello, lo establecido por la Constitución y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, respecto de lo prescripto por el resto del ordenamiento jurídico<sup>12</sup>.

#### 4. c. “Mazzeo”y “Bussi: el principio de seguridad jurídica.

El 13 de julio de 2007, la Corte Suprema dictó dos fallos de marcada importancia simbólica en la lucha por los derechos: “Mazzeo, julio Lilo y otros s/ rec. de casación e

---

<sup>11</sup> “...**Remarca la distinción entre ‘persona’ e ‘individuo humano’ afirmando que la personalidad es ‘un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas, actuales o solamente o solamente posibles’ (op. cit., pág. 12)**”. Consid. 10, 2º párrafo del voto mayoritario. La obra citada es: ORGAZ, ALFREDO, 1946. *Personas individuales*, Depalma, Bs. As.

(El destacado en negrita, me corresponde).

<sup>12</sup> Por ejemplo: “Sostiene que la sentencia desconoció el principio básico de la jerarquía normativa, desde que –en lugar de privilegiar las normas constitucionales que consagran el derecho a la vida- **aplicó las normas civiles, subordinadas, alejándolas de su auténtico sentido.**” Punto II, apartado 2º del dictamen del Procurador.

“Por otra parte, es del caso recordar lo declarado por V.E. en torno a que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, **preexistente a toda legislación positiva, que resulta garantizado por la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 323: 1339, entre muchos), derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional**”. Punto V, apartado 8º del dictamen del Procurador.

(El destacado en negrita, me pertenece).





inconstitucionalidad”<sup>13</sup> y “Bussi, Antonio Domingo c/ Estado nacional (Congreso de la Nación – Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados”<sup>14</sup>

El primero de ellos, declaró la inconstitucionalidad del decreto del PE 1002/89 que dispuso el indulto al ex comandante de Institutos Militares, Santiago Omar Riveros. La decisión no fue unánime. La mayoría, Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; por medio de 38 considerandos, declaró dicha inconstitucionalidad. La minoría, Fayt y Argibay, votaron por separado. Fayt, lo hizo por medio de 61 considerandos; y Argibay, por 7.

Los argumentos en pugna se basaron, en línea generales en la opción entre dos principios, a saber: el de justicia, en la lucha por esclarecer y contra la impunidad de delitos atroces; y el de seguridad jurídica, respecto de la cosa juzgada y de la prohibición del doble juzgamiento.

La mayoría, en una extensa fundamentación, plagada de referencias de autoridad académica nacional e internacional, de documentos internacionales de todo tipo, y con estrategias similares a las expuestas en fallos anteriores, declara la inconstitucionalidad<sup>15</sup> basada, sobre todo en el principio de justicia a través de la aplicación directa de los derechos humanos.

La minoría, en cambio, se basa fundamentalmente, en una interpretación y aplicación rígida del principio de seguridad jurídica a través de la cosa juzgada y de la prohibición del doble

<sup>13</sup> Fallo M. 2333. XLII.

<sup>14</sup> Fallo B. 903. XL.

ra ejemplificar: (La Corte) “**Señaló la preexistencia –y preeminencia- de los fundamentales derechos del**  
**re sobre la conformación del estado. Concluyó que todos esos derechos son una emanación del concepto de**  
**y resultan por tanto inherentes al ser humano, y que la expectativa de goce y la obligación de los estados de**  
**ntir su plena vigencia nace con la persona misma, y que por ello la introducción expresa de los pactos y**  
**nciones incorporados en el marco del art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, no puede ser considerado como el**  
**cto de un acordar o un otorgar, sino como un reconocimiento de derechos y libertades fundamentales cuyo**  
**n es el del propio ser humano.**

**resó que ese marco jurídico es de aplicación directa al caso de autos, pues nuestro país desde la Constitución**  
**a de 1853 y los códigos penales vigentes siempre incorporó en su legislación los principios fundamentales de**  
**ho internacional y normas penales específicas bajo los cuales se sancionan los delitos de lesa humanidad”.**  
d. 5, párrafos 6 y 7.

**e agregar que la positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus**  
**vizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico del clásico debate entre**  
**vismo y jusnaturalismo (considerando 18 del voto del juez Lorenzetti in re ‘Simón’ –fallos: 328: 2056-).”**  
d. 14, párrafo 2.

(destacado en negrita, me pertenece).



juzgamiento<sup>16</sup>. Es de destacar la marcada extensión de la disidencia de Fayt, plagada de citas y referencias que van desde filósofos y pensadores jurídicos de distintas épocas hasta la “wikipedia”; y para reasegurar la fuerza de su argumentación, valiéndose de modalidades retóricas, descalifica la opción de la mayoría, al mismo tiempo que procura demostrar su propia científicidad y “neutralidad”<sup>17</sup>. Argibay, en cambio, es breve en relación con el anterior. Plantea la disidencia respecto de la cosa juzgada que considera, debe prevalecer, aun cuando ella no esté de acuerdo con las consecuencias de la decisión<sup>18</sup> tomada en 1990 por la Corte, en que convalidaba los indultos<sup>19</sup>.

Respecto de “Bussi”, la Corte Suprema dispuso que la Cámara de Diputados carece de facultades para rechazar el diploma de un legislador electo. La mayoría estuvo compuesta por Lorenzetti, Fayt, Argibay y Zaffaroni (según su voto). Highton de Nolasco y Petracchi adhirieron y remitieron a las conclusiones arribadas por el Procurador Righi. Maqueda, por medio de 46 considerandos, presentó su disidencia.

---

modo de ejemplo: “Al preguntarse el titular del Ministerio Público por qué debe volver a discutirse la constitucionalidad del indulto cuando, en el marco del **mismo proceso**, esta Corte dejó firme la cuestión al rechazar el curso extraordinario, responde que se trata de un caso especialísimo en el que existe un deber de revisar la cosa juzgada. Para fundar dicho aserto, establece como punto de partida que el único valor que se reconoce en este caso es el de ‘la seguridad jurídica de no reiterar discusiones sobre una cuestión ya decidida’, subestimando así su importancia como garantía individual, condición que luego le permitirá fácilmente soslayarla.” Consid. 38, 2º párrafo del voto disidente de Fayt. (El destacado en negrita aparece en el texto original. El subrayado, me pertenece).

Arbigracia: “Empero, si pretende asegurarse que, precisamente, la Constitución Nacional siga siendo el fundamento de la ordenación política y moral de la Nación (Fallos: 178: 9), **la solución del caso debe atenderse de las identidades de los involucrados y no depender ‘de la opinión o de la conciencia social, de la inmediatez, sobre todo cuando se trata de juzgar actos relacionados con la vida política’** (Rodolfo Moreno, *loc. cit.*). Un enfoque axiológico **basado en el puro solipsismo no es la mejor puerta de entrada a la realidad que contempla la Constitución Nacional. Por el contrario, un examen neutral es la vía científica que conduce en forma directa a su conocimiento. De otro modo, los principios garantistas se verían conculcados ‘con el pretexto de defender paradójicamente el estado de Derecho’** (Muñoz Conde, *op. cit.*, pág. 664)”. Consid. 61, 6º párrafo. (El destacado en negrita me pertenece).

Así pues, **por mucho que personalmente me disgusten las consecuencias de aquella decisión judicial, en cuanto a la tutela de Riveros de la causa aun cuando continúe la investigación, el principio de cosa juzgada debe prevalecer sobre el principio de salvaguarda del estado de Derecho basado en nuestra Constitución Nacional. De esta manera se reafirman las bases de la vida democrática y republicana, que la distinguen neta y definitivamente de quienes la conculcaron, y es la manera de defender las instituciones contra las incursiones violentas como las que padecemos.**” Consid. 7, 1º párrafo del voto de disidencia parcial de Argibay. (El destacado en negrita me pertenece).  
“Veros”, publicado en Fallos: 313. 1392.



La mayoría, con 11 considerandos, al argumentar, se basa en los principios de soberanía popular y en el de cosa juzgada, ya que el Alto Tribunal había dictado dos sentencias: el 11 de octubre de 2001<sup>20</sup> y el 4 de noviembre de 2003<sup>21</sup>. Utiliza modalidades retóricas y admonitorias para expresar, implícitamente, una actitud paternalista<sup>22</sup>. Zaffaroni amplía el voto por medio de 3 considerandos contados a partir de los mayoritarios, corrigiendo a los jueces disidentes, reconceptualiza la expresión "inhabilidad moral", en la que centra su argumentación<sup>23</sup>. Se reposiciona como sujeto de saber, excluye la significación atribuida por "los otros" a dicha expresión, por considerarla vetusta, "precientífica". Despliega una estrategia semántica de la verdad.

La disidencia conjunta de Highton de Nolasco y Petracchi remite a la argumentación del Procurador Righi, quien a través de 15 puntos minuciosos, se centra en la "idoneidad requerida constitucionalmente para ejercer un cargo público", la cual, comprende la "idoneidad moral o ética" aun en la hipótesis en que su legitimación provenga del voto<sup>24</sup>.

los: 324: 3358.

los: 326: 4468.

haber: ***"Que no aplicar estas garantías y sostener que existe un poder para rechazar el título de toda persona viola la ética republicana' puede tener consecuencias gravísimas para el mismo sistema que se dice proteger. Que hoy se consideran satisfechos porque comparten el criterio de la mayoría, pueden ser afectados por esas acciones cuando cambien las proporciones. La historia enseña que las mayorías pueden tener momentos en que parten del buen juicio y del equilibrio, y en tales casos una persona puede ser excluida porque su comportamiento es contrario a la ética republicana.***

***idea confusa en manos de una mayoría podría dar lugar a que una persona sea rechazada porque es socialista, otra porque es socialista, otra porque se opone a un gobierno dictatorial, otra por motivos religiosos o negro.***

***riesgos futuros son demasiados y la sabiduría aconseja la abstención."*** Consid. 10 del voto mayoritario. (El destacado en negrita me pertenece).

***la' inhabilidad moral' que menciona este artículo (66, Const. Nac.) es alternativa a 'inhabilidad física' y, por conforme a la terminología de la época, está referida a lo que hoy se denomina 'inhabilidad mental o física'. Se trata de las viejas 'facultades del alma' o 'del espíritu', es decir, 'facultades morales' con las que la psiquiatría precientífica hacía referencia al correcto ejercicio del juicio crítico como síntesis adecuada de la conciencia.*** Consid. 12, 4º párrafo del voto de Zaffaroni. (El destacado en negrita me corresponde).

***en conclusión, de todo lo expuesto se desprende que los valores republicanos y democráticos se encuentran íntegramente incorporados al ordenamiento jurídico a nivel constitucional (arts. 29 y 36) y que esos principios rigen todo el sistema jurídico. De allí se deriva que es una pauta ética valiosa y necesaria que los funcionarios públicos posean dichos valores democráticos y republicanos y que no hayan participado en hechos que impliquen un uso indebido de los poderes constitucionalmente constituidos y ejercer la suma del poder público. Por ello, quien participa en esa situación objetiva no posee los requisitos éticos que integran el concepto de idoneidad***



La disidencia de Maqueda, por medio de 46 considerandos, considera, a cada Cámara del Congreso, juez exclusivo de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez. Respecto del concepto de "idoneidad", sostiene que bajo "los nuevos paradigmas constitucionales", recae en la interpretación de cada Cámara (Consid. 37).<sup>25</sup>

## 5. Algunas conclusiones.

Por distintas razones, los fallos presentados tienen importancia simbólica y proyectan sus efectos diacrónica y sincrónicamente. Ninguna de las decisiones se construyó pacíficamente; y aun en el caso de "Sánchez", tampoco se presentó sin ausencia de pugnas. Se destaca en la construcción del discurso de la Corte, la ponderación al aplicar la Constitución, ya que implicaría un tipo de argumentación mediante la cual se procuraría construir una jerarquía móvil entre los principios en colisión. Y al ser la Constitución entendida como abierta, ésta aparentemente hablaría con muchas voces en una pluralidad de escenarios posibles del mundo jurídico. Se advierte asimismo, como fue expresado en los votos de los diversos jueces, que desde 1994, ya no resulta posible estructurar un modelo geográfico de relaciones entre la Constitución y la legislación, ni siquiera aparece claro un horizonte que permita delimitar el espacio de los derechos fundamentales y de las normas positivas.

Si bien, este movimiento plural del neoconstitucionalismo aparece con fronteras difusas, un nuevo paradigma comienza a erigirse, al tratar cuestiones fundamentales en el discurso de la Corte Suprema. Es cierto que en el caso "Mazza", la postura aun es conservadora, tanto respecto del derecho como de la moral; en "Sánchez", en medio de estrategias variadas, la Corte toda se decidió por el principio "pro homine". En "Mazzeo", la mayoría recordó que desde la positivización de los

---

*Art. 16 de la Constitución Nacional, como recaudo excluyente para el acceso a la función pública.*" Punto XII, Párrafo 29 del Dictamen del Procurador Righi. (El destacado en negrita me pertenece).

(Informe de la Comisión de Peticiones, Poderes y reglamento de la Cámara de Diputados) "Sostuvo que *esta* *implicó la toma de una decisión política constitucional que quiebra el eje ideológico del pensamiento tradicional argentino (...)* de allí entonces que la interpretación que se debe hacer del alcance del artículo 16 de la Constitución Nacional con posterioridad a 1994, inevitablemente será diferente de aquella interpretación que se hizo hasta 1994, *de acuerdo con las antiguas líneas interpretativas del derecho argentino formadas en la doctrina de la Corte Suprema y la continuidad del Estado (...)* *Después de 1994 la Constitución Nacional de los argentinos sólo reconoce la legitimidad, la que emerge de la legalidad constitucional ...*" Consid. 36, 5º párrafo del voto disidente de Maqueda. (El destacado en negrita, me corresponde).



derechos humanos dejó agotada la dialéctica jusnaturalismo – positivismo. Los principios, por su plasticidad, comienzan a operativizarse más activamente.

Sin embargo, tanto en “Mazzeo” como en “Bussi”, se destaca en la discusión la presencia fuerte del principio de seguridad jurídica, característico del Estado liberal de derecho, decimonónico, legislativo. Y al invocar los derechos implícitos se piensa en la prohibición de doble juzgamiento, en la cosa juzgada, pero, particularmente en “Bussi”, no se piensa en los derechos implícitos de acceso a la justicia para las víctimas de crímenes de la dictadura. No aparece claro, en estos dos casos, un concepto de legitimación ético – jurídica compartido por todos los integrantes del Alto Tribunal, ya que las diversas estrategias lingüísticas esgrimidas contribuyen a oscurecer un diálogo auténtico ente los diversos jueces.

El neconstitucionalismo es la expresión de un nuevo modelo de Estado, el constitucional y democrático. Recién empieza a construirse en las decisiones de protagonistas clave del campo socio – jurídico.

### **Bibliografía.**

BERNAL PULIDO, C. 2006. *El neoconstitucionalismo a debate*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

BOULIN VICTORIA, I. 2007. “A buen puerto por mal rumbo. El fallo de la Corte en el reciente caso ‘Sánchez’”, en *La Ley*, 27 de septiembre de 2007, Bs. As.

CARBONELL, M. (ed.), 2003. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta, Madrid.

CELS / CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES. 2007. *Derechos humanos en Argentina, informe 2007*. Siglo XXI, Bs. As.

FERRARI, V. 2000. *Acción jurídica y sistema normativo, introducción a la Sociología del Derecho*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé De Las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid.

FOUCAULT, M. 1996. *El orden del discurso*. Las ediciones de La Piqueta, Madrid.

HABERMAS, J. 1990. *Teoría de la acción comunicativa II, crítica de la razón funcionalista*. Taurus, Bs. As.

MARTÍNEZ PAZ, F. 2000. “Cuestiones que plantea la enseñanza del derecho, hoy”, en *La educación, política de Estado*, Academia Nacional de Educación, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Academia Nacional de Ciencias, Córdoba.



- MATTAROLLO, R. 2007. "Dos fallos contradictorios de la Corte Suprema. Lucha contra la impunidad", en *Le Monde Diplomatique*, año IX, número 98, agosto, Bs. As.
- NINO, C. 1987. *Introducción al análisis del derecho*. Astrea, Bs. As.
- NINO, C. 2007. *Derecho, Moral y Política I*. Gedisa, bs. As.
- PECES BARBA, G. 1987. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Debate, Madrid.
- SAGÜÉS, N. 2000. "Del juez legal al juez constitucional", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- VAN DIJK, T. 1995. "Discours semantic and ideology", en *Discourse & Society*, vol. 6 (2): 243-289, SAGE, London.
- VAN DIJK, T. 2003.a. *Dominación étnica y racismo discursivo en España y América Latina*. Gedisa, Barcelona.
- VAN DIJK, T. 2003, b. *Racismo y discurso de las élites*. Gedisa, Barcelona.
- ZAGREBELSKY, G. 2002. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid.



Sociedad Argentina de Sociología Jurídica



UNIVERSIDAD NACIONAL  
DEL LITORAL  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Sociales

8<sup>vo</sup> Congreso Nacional  
de **Sociología Jurídica**  
*"derecho, democracia y sociedad"*

---



Sociedad Argentina de Sociología Jurídica



UNIVERSIDAD NACIONAL  
DEL LITORAL  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
y Sociales

8<sup>vo</sup> Congreso Nacional  
de **Sociología Jurídica**  
*"derecho, democracia y sociedad"*

---