



**“MUY POLITIZADO”.**  
**ACERCA DE LOS RIESGOS DE MORALIZAR EN EXCESO EL DEBATE**  
**CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>**

*Por Jonás Elfman (\*).*

A lo largo de los años, los almuerzos de la Sra. Mirtha Legrand protagonizaron grandes momentos televisivos, algunos de los cuales han perdurado o pasado a formar parte de nuestra cultura popular. Uno de los más recordados tuvo lugar cuando, la Sra. Legrand, apesilló en vivo a una de sus invitadas (la actriz Cecilia Rosetto) cuestionando la naturaleza de sus comentarios a los cuales atribuía el mote de ser “muy politizados” (en referencia a ideas asociadas con el socialismo o “la izquierda”). Curiosamente, la invitada no estaba ensayando una defensa de las ideas que la Sra. Legrand buscaba censurar. Estaba denunciando situaciones de trato discriminatorio que había padecido en el medio, como consecuencia de ellas. La frase de la Sra. Legrand, reprochable desde todo punto de vista, quizás pueda servirnos de guía o disparador de esta presentación<sup>2</sup>.

A menudo, transformamos discusiones constitucionales sobre el alcance de las normas, en discusiones acerca del rol del juez o, incluso, en discusiones acerca de la naturaleza del derecho. Aun cuando resulta factible aceptar que dichas problemáticas se encuentran estrechamente vinculadas, preguntarnos qué es el derecho o cuáles son las propiedades que lo definen, es distinto de preguntarnos cómo interpretar el derecho que; a su vez, se distingue de preguntarnos cuál debería el rol del juez frente al problema X o cuál su función dentro de un sistema democrático.

---

<sup>1</sup> Recibido: 17/12/2021. Ponencia presentada en el XII Encuentro de Jóvenes Docentes de Derecho Constitucional, AADC, Mendoza, 18/11/2021.

(\*) Pertenencia institucional: Universidad de Buenos Aires. Datos de contacto: [jonaselfman@gmail.com](mailto:jonaselfman@gmail.com)

<sup>2</sup> Es usual que, cuando alguien quiere mofarse de quienes se muestran intolerantes frente a debates o posiciones políticas, invoquen la célebre frase de la Sra. Legrand (“muy politizado”).



Alguien podría perfectamente adscribir a cierta teoría iusfilosófica sobre la naturaleza del derecho (Ej. sostener que el derecho se define exclusivamente sobre la base de fuentes empíricas o hechos sociales) y defender la teoría adjudicativa X (Ej. frente a un problema interpretativo, plantear que la mejor estrategia transitaría por reconstruir el principio inherente a la norma interpretada “en su mejor luz”). Por fuera de este debate, podría también postularse un rol pasivo o activo del juez, en función de cierta teoría moral o política, sin necesariamente comprometerse con la postura exigida respecto a alguno de los otros dos interrogantes.

La tendencia a superponer los órdenes del debate o tratarlos como problemas análogos, pareciera conducirnos a incurrir en equívocos a la hora de evaluar las decisiones judiciales. Es cada vez más frecuente encontrar autores que juzgan la corrección o incorrección de las decisiones judiciales; o las interpretaciones que ellas proyectan, sobre la base de sus resultados. Por ejemplo, juzgamos que el voto del juez X basado en la teoría Y, es correcta si sólo si coincidimos con su desenlace o con el rol que el juez despliega. Sin embargo, rápidamente somos propensos a cuestionarlo si, ese resultado, se nos muestra esquivo, no coincide con nuestros valores o no alcanza a satisfacer nuestras expectativas. Esta postura doctrinaria, insostenible a la luz de las más elementales reglas de consistencia, adquiere cada día mayor popularidad. En algún artículo la denominé “grouchismo institucional” -en homenaje a Marx... Groucho claro- (“estos son mis principios, si no les gustan, tengo otros”)<sup>3</sup>.

Nadie puede desconocer la dificultad que comprende la interpretación constitucional. En especial, a la luz de la amplitud y al carácter controversial que exhiben gran parte de los términos empleados por el texto constitucional para definir principios y valores sustanciales de nuestra organización social. Hace tiempo Gallie se tomó el trabajo de demostrar cómo, términos tales como “democracia”, “igualdad” o “libertad” (entre otros), son sumamente complejos de abordar al resultar indeterminados en su misma definición (no ya en sus márgenes o en su periferia)<sup>4</sup>. El posicionamiento

---

<sup>3</sup> Elfman, Jonas, “Ni interpretativismo ni formalismo: cómo construir una práctica ajena a los extremos”, *Lecciones y Ensayos*, Nro. 102, 2019, pp. 27-70, p. 31.

<sup>4</sup> Véase Gallie, Walter B., “Essentially contested concepts”, en *Proceedings of the Aristotelian society*, Aristotelian Society, 1955, Vol. 56, pp. 167-198. De todas formas, existen límites. Alguien que pretendiera utilizar el término “democracia” sin aceptar la regla de mayoría como criterio de decisión colectiva, estaría empleando mal el concepto a pesar de referirse a él.



ideológico o político del intérprete en estos casos, entonces, tiene capacidad de determinar el contenido de normas constitucionales que los incorporan<sup>5</sup>.

Sin dejar de tener presente esta dificultad, la tendencia por creer que todo debate constitucional conlleva, siempre, un problema interpretativo (al menos, uno complejo), subestimar las formas y procedimientos que habilitan al juez a pronunciarse, o debilitar los marcos hermenéuticos construidos para disminuir márgenes de discrecionalidad y dotar la práctica interpretativa de mayor estabilidad; desnaturaliza el debate. Transforma argumentos jurídicos, con contornos políticos o morales, en argumentos estrictamente morales o políticos (o jurídicos solo de forma).

La tendencia se agudiza a tal punto que, por momentos, no pareciera ser la falta de claridad, confusión o ambigüedad de las normas constitucionales, el motivo que nos impulsa a “interpretarlas”.<sup>6</sup> Menos aún, juzgar la corrección de las decisiones judiciales. La verdadera finalidad transitaría por redefinir su contenido. Independientemente de su mandato, el objetivo sería dar con la solución más justa, razonable o equitativa imaginable. Es como si, en vez de preguntarnos qué dice la norma constitucional X frente al problema Y, nos preguntáramos que debería decir la norma X frente al problema Y para ser justa, razonable o equitativa.

En un debate jurídico, el resultado no es nuestra única meta. Fundamentalmente, estamos interesados en verificar el razonamiento que lo origina o permite avalarlo. Al reglamentar formas y procedimientos bajo los cuales las decisiones colectivas adquieren legitimidad, así como derechos, que protegen a los individuos frente a esas decisiones; la argumentación y las razones se convierten en un objetivo central de toda evaluación. Por lo tanto, la tendencia descrita guarda escasa relación con el desarrollo de una tarea hermenéutica, sea ella utilizada para interpretar reglas constitucionales o infraconstitucionales. Se vincula más con una valiosa discusión política, moral o, si se prefiere,

---

<sup>5</sup> Por ejemplo, las diferentes interpretaciones asignadas por la CSJN a través del tiempo al alcance del derecho de autonomía varían en función de la concepción moral de sus intérpretes. Véase la interpretación restrictiva del art. 19 CN que exhiben los casos “Comunidad Homosexual Argentina” (CSJN, 22/11/1991, Fallos: 314:1531), “Colavini”, (CSJN, 28/03/1978, Fallos: 300:254) y “Montalvo” (CSJN, 11/12/1990, Fallos: 313:1333) frente a la interpretación amplia de los casos “Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual” (CSJN, 21/11/2006, Fallos: 329:5266), “Arriola” (CSJN, 25/08/2009, Fallos: 332:1963) y “Albarracin Nieves” (CSN, 01/06/2012, Fallos: 335:799).

<sup>6</sup> Véase Genaro Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Abeledo-Perrot, 5ta. Edición, Buenos Aires, 2006.



filosófica, acerca del orden adecuado o justo de nuestros derechos o instituciones que con desentrañar el contenido de una norma.

Aun así, autores referenciados con posturas institucionales deliberativistas (basada en el diálogo institucional como forma de garantizar intervención de potenciales afectados por la decisión en juego) se muestran fascinados con la consulta respondida por la CSJN en el fallo “Fernández de Kirchner”<sup>7</sup>, sobre la procedencia de las sesiones virtuales en el Senado de la Nación; reproduciendo la competencia consultiva de la Corte IDH (art. 64 CADH) o de los sistemas con controles constitucionales concentrados. No se tuvo presente que ni nuestras normas ni nuestra práctica habilitan al Poder Judicial a pronunciarse en forma preventiva o abstracta<sup>8</sup>.

Los “internacionalistas” celebran “Carranza Latrubesse”<sup>9</sup> que asigna valor vinculante a las “recomendaciones” de la CIDH (arts. 50 y 50.1 CADH) y se indignan frente al caso “Fontevicchia y D’Amico”<sup>10</sup> que fija límites a la competencia contenciosa de la Corte IDH (art. 63.1 CADH). En ambos casos, los autores prescinden de evaluar con detenimiento las competencias y funciones asignadas por la Convención Americana de Derechos Humanos a los organismos internacionales (CIDH o Corte IDH) o los límites que impone nuestra propia Constitución frente al derecho internacional (arts. 27 y 75 inc. 22 CN)<sup>11</sup>.

Aquellos que abogan por impulsar un sistema constitucional de carácter más federal, hacen lo propio con el fallo “Entre Ríos”<sup>12</sup>. Festejan la decisión de nulificar una rebaja impositiva, dispuesta

<sup>7</sup> CSJN, 24/04/2020, Fallos: 343:195.

<sup>8</sup> Ver art. 2 ley 27 (el Poder Judicial Federal “nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”). Véase también autos “Villanueva c. Municipalidad de la Capital”, 04/07/1882, Fallos: 24:248; “Ferrocarril Gran Oeste Argentino c. Pcia. De Mendoza” 02/09/1907, 107:179; “Mario Bravo”, 28/12/1911, Fallos: 115:163, entre otros. Tampoco los deliberativistas se detuvieron en evaluar que, en el caso, no se cumplía ninguno de los presupuestos que habilitan a la CSJN a intervenir por vía originaria (art. 117 CN). En este sentido, véase la disidencia del Dr. Carlos Rosenkrantz en los autos “Fernández de Kirchner”.

<sup>9</sup> CSJN, 06/08/2013, Fallos: 336:1024.

<sup>10</sup> CSJN, 14/02/2017, Fallos: 340:47.

<sup>11</sup> Véase disidencia de la Dra. Carmen Argibay en “Carranza Latrubesse” y el voto mayoritario en “Fontevicchia y D’Amico”. Resulta dable destacar que, en “Fontevicchia”, también resulta sumamente discutible la intervención directa de la CSJN para responder la solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, que pretendía ejecutar la sentencia de la Corte IDH ante el máximo tribunal (conf. art 117 CN). Tampoco el fallo se hace cargo de explicar con claridad su decisión de abandonar la doctrina vigente en la materia (Conf. autos “Espósito”, CSJN, 23/12/2004, Fallos: 327:5668 y “Derecho”, 29/11/2011, Fallos: 224:1504).

<sup>12</sup> CSJN, 01/10/2019, Fallos: 342:1591.



por decreto a solicitud de una Provincia afectada, sin detenerse en considerar las atribuciones conferidas por nuestro sistema constitucional a las provincias en materia impositiva. En particular, si disponen de facultades para fijar tributos federales y, por lo tanto, legitimidad para ser titulares de la acción de inconstitucionalidad promovida<sup>13</sup>.

Aquellos comprometidos con la defensa de los Derechos Humanos, reivindican la corrección del caso “Batalla”<sup>14</sup> que avaló la aplicación retroactiva de una ley penal “interpretativa”, diseñada para corregir el yerro del caso “Muiña”<sup>15</sup> que había ratificado la aplicación de ley “2x1” (ley 24.390) a condenados por crímenes de lesa humanidad, en virtud del principio de ley penal más benigna (arts. 2 y 3 Cod. Penal). El análisis de los fallos no suele incluir una evaluación sobre el precio de sortear la aplicación de garantías penales constitucionales (art. 18 CN, arts. 8 y 9 CADH). El listado podría continuar.

La tendencia a moralizar o politizar toda discusión constitucional, entonces, altera el orden de los factores o, para expresarlo más claro, pone “el carro por delante del caballo”. Nos señala, primero, cuál es la solución adecuada y, sólo después, ensaya un esfuerzo –en muchos casos mínimo– por justificarlo. La argumentación jurídica pierde peso o adquiere rasgos propios de una simulación, donde las razones (aspecto central de evaluación), se convierten en actores de reparto de objetivos políticos o morales de primer orden. Si bien en muchos casos no podemos abstraernos del impacto moral o político de las decisiones constitucionales (o como expusimos, nuestros valores, en muchos casos, tiene entidad para definir su alcance), prescindir de límites normativos o hermenéuticos, conlleva un altísimo riesgo institucional. Especialmente, para el propio Poder Judicial.

En contextos de desacuerdos razonables, propios de sociedades pluralistas como la nuestra, las normas funcionan como puentes para sortear nuestras diferencias políticas, acercar posiciones y generar una comunidad de reglas. Apelar a la interpretación, como excusa o simulación, nos retrotrae a una etapa primigenia. Debilita la autoridad del derecho y, con ello, la legitimidad o la palabra de los jueces. Reposiciona nuestras divergencias políticas o morales en el centro del debate, en detrimento de las normas diseñadas para contenerlas.

<sup>13</sup> Véase disidencia del Dr. Carlos Rosenkrantz en el caso “Entre Ríos”.

<sup>14</sup> Causa “Hidalgo Garzón”, CSJN, 04/12/2018, Fallos: 341:1768.

<sup>15</sup> Causa “Bignone”, CSJN, 03/05/2017, Fallos 340:549.



Debemos hacer un esfuerzo por plantear el problema interpretativo en su justa medida. De encararlo con la mayor objetividad. De obviar las simpatías con los resultados para juzgar la corrección de la práctica o, parafraseando al profesor Ronald Dworkin, debemos hacer un verdadero esfuerzo por “tomarnos al derecho en serio”<sup>16</sup>.

Se podría objetar que el planteo es circular o incurre en una falacia de petición de principio. Después de todo, definir qué significa “tomarnos al derecho en serio” depende de la teoría política o moral que empleemos para determinarlo<sup>17</sup>. La objeción sería adecuada para abordar problemas interpretativos de cierta complejidad (ej. discutir el alcance del concepto de autonomía como condición para definir el alcance del art. 19 CN). Sin embargo, pierde efectividad frente a planteos menos pretensivos. No necesitamos una teoría política o moral demasiado robusta para poder explicar el respeto por las reglas, prácticas y principios desarrollados en el tiempo; o para justificar la obligación de exponer con precisión las razones que sustentan nuestras decisiones. Estamos en condiciones de afirmar que, esas teorías, subyacen a todo modelo constitucional democrático o a la idea de un “Estado de Derecho”<sup>18</sup>.

Tampoco esta posición nos compromete con enfoques minimalistas acerca del rol del juez; textualistas u originalistas, respecto de la forma de abordar la interpretación constitucional. Simplemente, busca destacar la importancia de tomarse con seriedad el debate constitucional y reservar, para los ámbitos propicios, las discusiones políticas o morales. En especial, aquellas dirigidas a impulsar cambios institucionales.

---

<sup>16</sup> Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978.

<sup>17</sup> Entiendo que, sobre esta idea, insiste el profesor Dworkin cuando refiere a la práctica jurídica como una práctica esencialmente “interpretativa”, una constante a lo largo de toda su obra. Véase *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986 y *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011.

<sup>18</sup> Acerca del sistema constitucional como precondition de la democracia véase Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. Elster y R. Slagstad, *Constitucionalismo y Democracia*, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262. Acerca del *Rule of Law* (Estado de Derecho) como precondition de la libertad individual véase Raz, Joseph, “Rule of Law and its virtue”, *The Authority of the Law*, Oxford University Press, 1979, p. 208-227.