



FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de Integración Final de ABOGACÍA

Título: Consecuencias disvaliosas como resultado del proceso de interpretación judicial.

Alumno: Marcantoni, Gustavo. LU 1035878

e-mail: marcanplus@gmail.com

Carrera: Abogacía

Tutor: Dr. Luis Fernando Castillo Argañarás

Firma tutor:

Fecha de Presentación: 29 de Agosto de 2016

Seminario de Práctica Corporativa – Turno Noche

Tabla de contenidos

RESUMEN.....	3
1) INTRODUCCIÓN.....	4
a) Planteo del problema.....	4
b) Objetivos.....	5
c) Metodología.....	5
d) Estructura del trabajo.....	6
e) Supuestos referenciales.....	6
f) Hipótesis y fundamentación.....	7
2) EL PROCESO DE INTERPRETACIÓN.....	8
a) Estado actual del tema.....	8
b) La interpretación de normas en el sistema legal argentino.....	9
c) El proceso de interpretación de normas.....	11
3) ELEMENTOS Y MODELOS INTERPRETATIVOS.....	12
a) Los elementos de la interpretación.....	12
b) Estudio de modelos interpretativos.....	13
c) Análisis de otros elementos externos al proceso de interpretación.....	20
4) LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	23
5) ANÁLISIS EMPÍRICO.....	25
a) Consideraciones preliminares.....	25
b) La donación de órganos.....	25
c) Análisis de criterios interpretativos de la CSJN.....	27
6) CONCLUSIONES.....	28
a) Corroboración de la hipótesis y nueva línea de investigación.....	28
b) Comentario final.....	30
7) APÉNDICE I - DATOS EMPÍRICOS – DONACIÓN DE ÓRGANOS.....	32
8) APÉNDICE II - DATOS EMPÍRICOS – FALLOS CSJN.....	33
9) BIBLIOGRAFÍA.....	34

Resumen

El trabajo de investigación parte de la hipótesis que es posible anticipar el surgimiento de potenciales consecuencias jurídicas disvaliosas resultantes del proceso de interpretación de normas jurídicas, en base a detectar la presencia temprana de lagunas del derecho, presunciones rígidas en la ley y nuevos paradigmas sociales.

En línea con esto se trato de comprender (i) en qué medida estos elementos, en interacción con diferentes modelos interpretativos, derivan en potenciales consecuencias jurídicas disvaliosas y (ii) si esta respuesta de los modelos está influenciada o no por el momento evolutivo que transita la norma.

El trabajo se complementó con un análisis empírico, con el fin de intentar comprobar las conclusiones cualitativas que surgieron del trabajo de investigación cualitativo. Para esto se analizaron, en primer lugar, aspectos evolutivos de una norma concreta desde su promulgación hasta nuestros días observando aspectos doctrinarios y jurisprudenciales relacionados con el caso. En segundo término se desarrolló un análisis en base a fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en contraste con la teoría de administración de justicia.

El análisis efectuado muestra que, en primer lugar, es posible anticipar la potencial aparición de consecuencias disvaliosas ante la presencia de elementos específicos intrínsecos a la norma y en base a la presencia de nuevos paradigmas. En segundo término, habría una relación entre la presencia de consecuencias disvaliosas y el nivel de madurez doctrinal y jurisprudencial a lo largo de la vida activa de la norma, con respuestas diferentes en las cercanías de la promulgación de la norma y en caso de surgir nuevos paradigmas.

1) Introducción

a) Planteo del problema

Se observa en instancias judiciales, procesos interpretativos que, avizorando consecuencias disvaliosas en caso de mantener los criterios aplicados originalmente, resultan rectificadas por instancias superiores. Un aspecto interesante que se observó es que, usualmente, las consecuencias disvaliosas son detectadas por algunos actores del proceso y no por otros, o, siendo detectadas, no son estimadas como disvaliosas y se prefiere ir por este camino considerando que es lo adecuado conforme a derecho.

Atendiendo a la multiplicidad de enfoques interpretativos y la imposibilidad de predecir las decisiones judiciales, el presente trabajo pretende explorar si es posible anticipar la presencia de potenciales consecuencias jurídicas disvaliosas, en base a la detección temprana de elementos externos al proceso de interpretación propiamente dicho.

Para ello se analizará, en primer lugar, algunos aspectos característicos del proceso de interpretación de normas y los elementos que lo integran. Seguidamente se contrastarán los elementos de hipótesis contra un universo de modelos interpretativos con el fin de analizar su respuesta en términos de calidad de la decisión que proveen

Adicionalmente interesa comprender, en qué medida, las consecuencias disvaliosas estarían relacionadas o no con diferentes etapas desde la promulgación de la norma. En línea con esto, se analizarán los elementos en cuestión verificando si, por ejemplo, la cercanía del proceso interpretativo respecto del momento de promulgación de la norma implica o no, mayor o menor presencia de potenciales soluciones y consecuencias disvaliosas. Lo mismo se intentará observar durante el transcurso de la vigencia de la norma, valorando si hay elementos que incrementen o reduzcan por algún motivo la aparición de soluciones disvaliosas.

b) Objetivos

En primer término el objetivo será indagar sobre diversos modelos y enfoques interpretativos. Esto incluirá una revisión de los elementos del proceso interpretativo tratando de diferenciar entre elementos internos y externos al proceso propiamente dicho.

Seguidamente trataré de identificar la respuesta de estos modelos a los elementos de hipótesis planteados como fuente de consecuencias disvaliosas. Como objetivo secundario la investigación está abierta a detectar otros elementos externos que introduzcan los modelos y que tengan incidencia sobre la calidad de las decisiones que proporcionen.

Luego se indagará empíricamente con el fin de verificar aspectos relevados cualitativamente, con el fin de reforzar aspectos relacionados con la hipótesis.

Por último, el objetivo es comprobar si es posible inferir tempranamente la potencial presencia de consecuencias disvaliosas en base a elementos externos al proceso interpretativo propiamente dicho.

c) Metodología

La metodología a utilizar será mayoritariamente cualitativa en base al análisis de bibliografía relacionada con el tema. Esto se complementará con la mención de fallos relevantes a los fines de analizar la temática en cuestión.

Metodológicamente entonces: (i) se analizarán diferentes modelos interpretativos para comprender el proceso de elaboración de soluciones que proporcionan, (ii) luego se contrastarán los elementos de hipótesis con los modelos, (iii) se intentará contrastar empíricamente alguna de las hipótesis planteadas y (iv) en la medida que las soluciones que provean los modelos de análisis sean disvaliosas, se inferirá inductivamente que los elementos analizados podrían generarán respuestas disvaliosas en casos concretos.

Respecto a los fallos se intentará explorar algunos elementos cuantitativos, fundamentalmente relacionados con: (i) fallos de la CSJN y (ii) la promulgación de nuevas normas y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial relacionado.

d) Estructura del trabajo

En primer lugar se tomará contacto con los aspectos más relevantes del proceso de interpretación de normas jurídicas en base a determinados modelos interpretativos, indagando respecto a sus aspectos más característicos. A título ilustrativo se analizarán aspectos directrices en materia interpretativa del sistema argentino.

Hecho esto se trabajará contrastando los elementos de la hipótesis con estos modelos interpretativos con el fin de explorar la respuesta que proporciona cada uno en términos de la calidad y amplitud de una eventual decisión interpretativa.

De esta forma se analizará la respuesta de los modelos a la problemática que generan las lagunas del derecho, los cambios sociales relevantes y lo que luego describiré como presunciones rígidas de la ley.

La investigación se complementará con un análisis empírico relativo al proceso evolutivo de una norma específica y con el análisis de criterios interpretativos aplicados por la CSJN.

Por último se verificará en qué medida es posible predecir el potencial surgimiento de consecuencias disvaliosas como resultado del proceso de interpretación de normas jurídicas, mediante la detección temprana de determinados elementos vinculados al proceso de interpretación de normas.

e) Supuestos referenciales

i) Intervención de instancias jurisdiccionales superiores

Un supuesto importante para el trabajo consiste en presuponer que en la medida que una instancia judicial contradice una instancia previa, hubiera tenido lugar una potencial consecuencia disvaliosa vinculada a la decisión jurídica rectificadora. En todos los casos se tomará a las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como referencialmente correctas. De esta manera cualquiera sea las decisiones de las instancias previas, en la medida que la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación contradiga alguna de las instancias anteriores, habría tenido lugar en algún momento del proceso una potencial consecuencia disvaliosa.

ii) Aspectos interpretativos relacionados con el lenguaje

El presente trabajo no incluye en su análisis los problemas interpretativos relacionados con el lenguaje.

iii) Uso de modelos interpretativos

Los modelos interpretativos a utilizar son parte de los trabajos publicados por R. Gargarella¹ y especialmente por Juan P. Alonso². Si bien el trabajo puntual de Gargarella apunta al análisis de normas constitucionales, ambos trabajos describen el proceso interpretativo de normas jurídicas en base a modelos diversos y el enfoque resulta particularmente didáctico a los fines del presente trabajo.

f) Hipótesis y fundamentación

La hipótesis que guiará este trabajo es la siguiente: las lagunas del derecho, las presunciones rígidas de la ley y los nuevos paradigmas sociales son, en gran medida, la causa que genera consecuencias jurídicas disvaliosas en los procesos de interpretación de normas jurídicas.

En primer lugar, las lagunas del derecho, representarían un desafío para el intérprete especialmente en las instancias cercanas al origen de la norma. Dependerá del intérprete y el modelo que adopte la calidad de las interpretaciones que concrete y en segunda instancia, la cercanía al origen de la norma, inclinaría al intérprete a apearse a la literalidad de la ley.

En segundo lugar, las presunciones rígidas de la ley, parecieran ser un elemento presente en la estructura normativa, operando como parámetros preestablecidos siguiendo criterios generales aceptados. La aplicación de estas presunciones a casos puntuales ha dado lugar en numerosos casos a lo que hemos definido como consecuencia disvaliosas. Un ejemplo concreto, entre otros que abordaremos en el trabajo de investigación, es la edad en la cual las personas adquieren la mayoría de edad, cambiando, consecuentemente, su situación respecto a cómo son percibidos y tratados por el derecho.

¹ GARGARELLA, R. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* 1ª ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.2008. p. 124-137

² ALONSO, J. P. *Modelos jurídicos de coherencia*. Sistema Argentino de Información Jurídica. [En línea] Año I No.1, 1ero. de Mayo de 2012. [Citado el: 6 de Agosto de 2016.] www.saij.gov.ar.

En tercer lugar, los nuevos paradigmas sociales, parecieran tener influencia en las consecuencias disvaliosas tal cual han sido planteadas al inicio. Los cambios de paradigma sociales son frecuentemente atendidos por las normas tratando de ordenar cuestiones que surgen como disruptivas en la sociedad.

En la medida que estas manifestaciones tengan lugar estaríamos en presencia de elementos indicativos que anticipen el surgimiento de consecuencias disvaliosas.

2) El proceso de interpretación

a) Estado actual del tema

La interpretación de normas jurídicas es identificada como una tarea de gran valor debido a que es el mecanismo mediante el cual tiene lugar la aplicación del derecho a los casos concretos.

Desde la escuela de la exégesis, pasando por la escuela de la libre interpretación científica y llegando a nuestros días, las teorías y doctrinas que han delineado la manera en que los jueces deben concretar la labor interpretativa no ha cesado.

Rivera define la complejidad y amplitud de posturas diciendo *“El problema de los métodos interpretativos divide de antaño a los autores y las distintas posiciones han pretendido ser clasificadas, buscando puntos de contacto”*.³ Esta tarea resulta sumamente complicada, como explica Rivera, por los *“procedimientos personales con que actúa cada inteligencia en la búsqueda de la verdad jurídica”*⁴

Respecto a la problemática interpretativa Nino comenta: *“....lo que sí registra profundas diferencias es la medida en que los jueces reconocen que deben reelaborar las normas jurídicas dadas, que no son inmunes a la percepción del marco social que envuelve a la sanción de tales normas y al caso planteado y que están provistos, no sólo del deseo de someterse a las leyes, sino también del de obtener soluciones axiológicamente satisfactorias. Y es ahí, en cuanto al reconocimiento de esos factores, donde pueden advertirse enormes variaciones; desde una negativa absoluta hasta una admisión sin ambages.”*⁵

³ RIVERA, Julio C. *Instituciones de derecho civil* 3era.ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.2004. p. 187

⁴ *Ibidem* p. 188

⁵ NINO, Carlos S. *Introducción al análisis del derecho* 2da. Ed. 12da reimp. Buenos Aires. Astrea. 2003. p. 297

Concretamente respecto a las decisiones y consecuencias disvaliosas, no hay, o al menos no he detectado, desarrollos teóricos específicos. El concepto es receptado por trabajos⁶ y fallos, lo cual permite su tratamiento como algo concreto, en oposición a posturas que cuestionan que, lo valioso para unos puede no serlo para otros. La problemática de las soluciones y consecuencias disvaliosas es abordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallo 302:1284) donde estipula que *“no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas”*

El concepto surge, como menciono anteriormente, de la lectura de fallos, al punto que son detectadas por los actores intervinientes y en algún caso, consideradas justificadas⁷.

b) La interpretación de normas en el sistema legal argentino

El anterior Código Civil vigente hasta Agosto de 2015 versaba en su Artículo 15 *“Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”*.

A partir de esto, Nino plantea: *“La pregunta que sugiere la lectura de este artículo es cómo se las arreglan los jueces para dictar sentencias cuando el derecho no tiene una solución para un caso determinado”*⁸. Continúa Nino con la respuesta *“Uno de los recursos más usuales que se utilizan en caso de lagunas, es la interpretación por analogía”*. Esta solución estaba indicada en el Artículo 16 del Código Civil vigente hasta Agosto de 2015 que versaba *“Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a principios de leyes análogas”*.

El nuevo Código Civil y Comercial expresa, respecto a la función judicial en su Artículo 3 que: *“El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*; y respecto a la interpretación concretamente el Artículo 2

⁶ GRISOLIA, J. A. *Los Jueces y la Equidad*. [En línea] [Citado el: 20 de Junio de 2016.] www.adapt.it/boletinespanol/docs/ar_grisolia_jueces_equidad.pdf.

⁷ FERNANDEZ MADRID, H. Universidad de Palermo. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. [En línea] [Citado el: 4 de Julio de 2016.] www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista.../031Juridica13.pdf. P.180

⁸ NINO. *Op.Cit.* P. 285

dice *“La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*.

Respecto a la inclusión de la frase *“principios y los valores jurídicos”*, el enfoque del nuevo Código Civil y Comercial queda reflejado en un comentario de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas⁹ *“la Comisión considera inconveniente una enumeración de principios y de valores por su carácter dinámico”. Este señalamiento guarda coherencia con la función de estos criterios (en especial, en su faceta “productiva”) y con la estructura abierta del Código, orientada hacia el “judicialismo”: no cabe efectuar una enumeración tasada de estándares, ya que éstos van surgiendo en cada caso y se estructuran en el marco de determinadas circunstancias históricas, dando pie a la “ley histórica” descrita por Esser: “en todas las culturas jurídicas se repite ‘un ciclo que consta de descubrimiento de problemas, formación de principios y consolidación de sistema’. Según esto, los auténticos factores que forman el sistema son los principios jurídicos y no los conceptos abstractos” en tanto “aquéllos serán conocidos especialmente en el caso problemático; son soluciones generalizadas de problemas”*.

Es interesante resaltar que Nino ya había anticipado este enfoque para resolver cuestiones relativas a la problemática interpretativa al mencionar: *“Un remedio adecuado para reducir la frustración de los propósitos legislativos a través de la interpretación judicial, puede ser un mayor realismo de los legisladores en el reconocimiento de las imperfecciones de las leyes que sancionan para resolver unívocamente todos los casos futuros; después de lo cual no deberían limitarse a prescribir a los jueces el empleo de meras técnicas formales de interpretación, que, como en el caso de la analogía, por lo común pueden servir para justificar soluciones dispares. En cambio, tal vez los legisladores podrían tener mayor eficacia en la concreción de sus propósitos, si formularan reglas materiales de interpretación que indicaran la preferibilidad de las soluciones que tuvieran determinadas consecuencias sociales o que promovieran ciertos objetivos o valores.”*¹⁰

El nuevo texto del código incorpora elementos de gran amplitud con el fin de pretender dotar al intérprete con elementos que incrementen la calidad de las decisiones que se tomen, y si bien, mucho dependerá del modelo de interpretación que haga a la convicción del intérprete, existen una cantidad de elementos externos como la referencia a valores y principio jurídicos que están fuera del ámbito personalísimo del intérprete y que estimo incidirán sobre las

⁹ AA.VV. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado por Especialistas Argentina. La Ley. 2014.

¹⁰ NINO. *Op.Cit.* P. 303

decisiones que tome. Esto último está en línea con la hipótesis de trabajo y de allí la relevancia de ir sobre los cambios que plantea el nuevo código.

c) El proceso de interpretación de normas

Citando a Rivera¹¹, quien expresa el pensamiento de varios autores, *“interpretar es buscar el sentido y valor de la norma para medir su extensión precisa, y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas, aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia”*

Para Ricoeur¹², por su parte, *“La interpretación es un trabajo del pensamiento que consiste en descifrar el sentido oculto en el sentido aparente, en desplegar los niveles de significación implicados en la significación literal. Hay interpretación allí donde hay sentido múltiple, y es en la interpretación donde la pluralidad de sentidos se pone de manifiesto.”*

Comenzamos notando que la actividad de interpretar es una actividad del pensamiento y consecuentemente, cuenta con una gran componente individual. Como menciona Rivera¹³ *“la interpretación judicial es la verdadera interpretación, en tanto y cuanto es actividad libre destinada a la fijación del verdadero sentido de la ley”*.

Para cubrir el análisis de los aspectos planteados por la hipótesis es importante indagar respecto a los ámbitos de actuación del proceso de interpretación, atendiendo a los elementos que inciden sobre él y su ubicación respecto al proceso principal de interpretación.

Analizar el proceso de interpretación, sus elementos y diferentes modelos tiene por objeto delimitar que elementos están propiamente dentro del proceso interpretativo y que elementos externos pueden actuar sobre él. A continuación iré sobre estos elementos.

¹¹ RIVERA. *Op.Cit.* P. 180

¹² RICOEUR, Paul *El conflicto de las interpretaciones* 2ª. Ed. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.2015. p.17

¹³ RIVERA. *Op.Cit.* P. 182

3) Elementos y modelos interpretativos

a) Los elementos de la interpretación

Tomando como referencia los elementos de la interpretación descritos por Rivera¹⁴, tenemos una etapa inicial en base a la concepción de Savigny marcada por cuatro elementos de la interpretación:

- El elemento gramatical, necesario para concretar la conexión con la obra del legislador.
- El elemento lógico, para estructurar el pensamiento conectando las diversas partes.
- El elemento histórico, enfocado en comprender las circunstancias que rodearon la promulgación de la norma.
- El elemento sistemático, orientado a conectar la norma dentro del sistema jurídico al que pertenece.

En un estadio posterior, se han agregado otros elementos, a saber:

- El elemento teleológico, resaltando la importancia del fin previsto y del resultado interpretativo.
- El elemento sociológico, que toma en consideración la realidad social actual.
- El elemento comparativo, que contempla soluciones dadas por otros países.

Es interesante considerar esta evolución que menciona Rivera especialmente por la presencia de elementos que van más allá, por decirlo de alguna manera, del ámbito personalísimo del intérprete.

En línea con esto último y ya enfocando en el análisis de los elementos externos al proceso de interpretación propiamente dicho, consideraré parte del ámbito externo a los siguientes elementos: la norma, los hechos, el desarrollo doctrinal, el desarrollo jurisprudencial y el surgimiento de nuevos paradigmas.

A continuación estos elementos serán analizados en base a ciertos modelos interpretativos para comprender en qué medida contribuyen al surgimiento de consecuencias disvaliosas.

¹⁴ Ibidem P. 196

b) Estudio de modelos interpretativos

i) Ámbito de estudio

Como adelanté al detallar los supuestos referenciales, tomaré como base para analizar el proceso interpretativo, los modelos descritos por Roberto Gargarella y especialmente, por Juan P. Alonso en sus trabajos relativos a modelos interpretativos.

A los efectos de analizar el proceso de interpretación de normas tomaré las siguientes concepciones interpretativas que detallan los autores:

- Modelo conversacional de Schauer
- Modelo de la rigidez de Schauer
- Modelo jurídico de la coherencia
- Modelo jurídico de la no coherencia
- Modelo jurídico de integración de Dworkin

Los modelos interpretativos serán analizados, inicialmente, con foco en la norma y sus eventuales lagunas, para luego analizar el resto de los elementos de hipótesis. A continuación describiré algunas consideraciones y referencias para abordar el análisis de los modelos, introduciendo los conceptos de lagunas normativas y axiológicas.

Como referencia Nino: *“Hay una laguna (normativa) del derecho cuando el sistema jurídico carece, respecto a cierto caso, de toda solución normativa”*.¹⁵

Respecto a las lagunas axiológicas, Nino presenta el concepto utilizando la caracterización de Alchourrón y Bulygin¹⁶. En este caso las lagunas tienen lugar cuando la norma no ha considerado en la solución prevista una propiedad que, si bien es relevante para el caso concreto en análisis, no fue considerada por el sistema normativo en su concepción.

ii) Modelo conversacional

En este modelo planteado por Schauer e incluido por Alonso en su trabajo, el intérprete trata a la norma como un indicador, pudiendo ser modificada en la medida que se la aporte

¹⁵ NINO. *Op. Cit.* P. 281

¹⁶ *Ibidem* P. 287

resultados o consecuencias no acordes a la justificación subyacente a tal norma. De esta forma el modelo teórico prevé un esquema de doble verificación para detectar soluciones disvaliosas que puedan resultar de la aplicación de la norma.

La respuesta de este modelo a los defectos de las normas en términos de lagunas normativas y axiológicas (infrainclusiones y sobreinclusiones como las define Schauer) sería la siguiente:

<i>Problemática</i>	<i>Modelo conversacional</i>	<i>Consecuencia potencial</i>
<i>Lagunas Normativa (infrainclusiones)</i>	Son cubiertas por la justificación subyacente.	No disvaliosa
<i>Lagunas Axiológicas (sobreinclusiones)</i>	Posibilidad de derrotar la regla en base a la justificación subyacente.	No disvaliosa

Aquí Schauer y los autores que lo explican, en nuestro caso Alonso, describen el ejemplo simple de una “*prohibición de ingreso a un negocio con perros*”, bajo la justificación subyacente respecto a la molestia que causarán a otros clientes. Un eventual ingreso de determinada clase de perros con grados de domesticación elevado (sobreinclusión) o el ingreso de un oso (infrainclusión), permite al intérprete superar la norma en atención al uso del supuesto subyacente.

El método plantea un contraste entre la norma y su justificación subyacente, lo que permite detectar decisiones disvaliosas en la medida que la norma conduzca a consecuencias disvaliosas.

iii) Modelo de la rigidez

En este modelo el intérprete se rige por la regla toda vez que los casos bajo análisis queden incluidos en los supuestos fácticos de la misma, aún en los casos donde la decisión adoptada no sea la adecuada en función de la justificación subyacente a la norma. En este modelo la norma es la razón de la decisión y este elemento la justifica.

Problemática	Modelo de la rigidez	Consecuencia potencial
Lagunas Normativa (infraclusiones)	Apego a la regla sin atención al supuesto subyacente.	Disvaliosa
Lagunas Axiológicas (sobreclusiones)	Aplicación de ppio. de clausura, lo no prohibido está permitido	Disvaliosa

En el ejemplo desarrollado anteriormente, respecto a la prohibición de ingreso a un negocio con perros, la aplicación estricta de la norma impide a un perro altamente domesticado el ingreso por su condición genérica de perro, pero permitiría el ingreso de un oso dada su condición de no perro.

El método deja de lado el contraste entre la norma y su justificación subyacente asociada, lo que permite inferir la aparición de decisiones disvaliosas toda vez que, el apego a la norma, es central en la aplicación del método por parte del intérprete.

iv) Modelo jurídico de la coherencia

En este modelo asimilable al modelo conversacional, la coherencia, entendida como el vínculo entre las normas y principios subyacentes, es considerada fundamental en el proceso de interpretación.

En el caso de lagunas normativas se aprecia el valor aportado toda vez que, ante ausencia de norma, los principios deberían restringir la arbitrariedad del intérprete. Los diferentes enfoques dentro del método van desde posturas de una solución única aportada por el método (Dworkin) hasta la posibilidad de más de una respuesta posible. En este último caso el modelo plantea la relevancia de los precedentes como elementos claves para arribar a soluciones, en línea con el principio que suple la norma inexistente requerida para el caso concreto.

Problemática			
Detalle	Enfoques	Modelo de coherencia	Consecuencia potencial
Lagunas Normativa (infraclusiones)	Dworkin	Una respuesta correcta vía principios	Valiosa
	Alexy, Atienza	Uso de precedentes. Vía argumentación Jurídica.	Valiosas (con precedentes) Disvaliosas (sin precedentes)
Lagunas Axiológicas (sobreclusiones)		La derrotabilidad de la norma debe estar vinculada a un principio.	Valiosa

Alonso detalla claramente en su trabajo que “*el modelo moderado de Alexy, Atienza y Prieto no rechaza la posibilidad de lagunas, sino que sostiene que, cuando estas aparezcan, a través de diversos métodos coherentistas el juez puede extraer del material jurídico preexistente alguna respuesta para solucionar el caso no solucionado*”.¹⁷

Respecto a las lagunas axiológicas, el método plantea la derrotabilidad de la norma en la medida que la solución que provea, no respete el principio subyacente.

El método evidencia el surgimiento de decisiones potencialmente disvaliosas pero vinculado a la escases de precedentes, surgiendo así un elemento ajeno a los que el trabajo propone estudiar, con lo cual tomaremos nota al respecto para sumarlo en lo sucesivo.

v) Modelo jurídico de la no coherencia

En este modelo, la coherencia, entendida como el vínculo entre la regla y principios subyacentes no es considerada. No hay vínculo con principios y si se los reconoce, no aportan mayor valor a las reglas (Alchourrón y Bulygin).

¹⁷ ALONSO. *Op.Cit.* P. 27

En este modelo, el intérprete, se rige por la regla toda vez que los casos bajo análisis queden incluidos en los supuestos fácticos de la misma, aún en presencia de principios vinculados a la norma.

Problemática			
Detalle	Enfoques	Modelo de no coherencia	Consecuencia potencial
Lagunas Normativa (infraclusiones)	Dworkin (respecto al positivismo)	Creación libre (discreción fuerte)	Disvaliosa/Valiosa
	Ross	Creación libre	Disvaliosa/Valiosa
	Alchourrón y Bulygin	Deber genérico juzgar y fundar. Nada aportan los principios	Disvaliosa/Valiosa
Lagunas Axiológicas (sobreclusiones)	Dworkin (respecto al positivismo)	Sujeción a lo establecido en la norma.	Disvaliosa
	Ross		
	Alchourrón y Bulygin		

Alonso remarca que este modelo es comparable, con algunas observaciones, al modelo de rigidez de Schauer.

Respecto a las lagunas normativas (infraclusiones de Schauer), vemos que tiene lugar un proceso de interpretación libre, con lo cual, la aparición de consecuencias valiosas o no dependerá del intérprete. A esto se suma, si es correcto ponerlo en estos términos, que el modelo no acepta a la coherencia entendida como relación reglas-principios, con lo cual, la calidad de la decisión podría verse restringida, dando lugar al surgimiento de consecuencias disvaliosas.

Por su parte, para el caso de las lagunas axiológicas y más allá de las diferentes posturas, desde la no existencia de principios (positivismo descripto por Dworkin), hasta la posición que entiende a los principios como una versión general y sintética de las normas (Alchourrón

y Bulygin); la resolución queda sujeta a la norma tal cual se presenta, con la consecuente potencialidad de generar consecuencias disvaliosas.

En el ejemplo desarrollado anteriormente, respecto a la prohibición de ingreso a un negocio con perros, para el caso de los osos (lagunas normativas) el intérprete podrá decidir, por sí mismo, el ingreso o no. En el caso de lagunas axiológicas (caso de perros altamente domesticados) tendría lugar una aplicación estricta de la norma, resultando en una aparente consecuencia disvaliosa.

vi) Modelo jurídico de la integridad

El modelo jurídico de la integridad es desarrollado progresivamente por Dworkin y es un modelo basado en la coherencia del derecho.

Dworkin explica este modelo en base a los modelos de convencionalismo y pragmatismo como referencia Alonso en su trabajo o modelo originalista y modelo dinámico, como los referencia Gargarella en el suyo.

Fundamentalmente el convencionalismo-originalismo enfoca su esfuerzo en que el intérprete tome las leyes tal como fueron promulgadas, sin sujeción a principios. Por su lado el pragmatismo-modelo dinámico, tiene por objetivo, como menciona Alonso “*crear las mejores normas para el futuro*”, esto en base a interpretaciones considerando el contexto.

El modelo de integridad plantea un modelo con ambos componentes, teniendo en cuenta lo hecho en el pasado y mirando por lo que implica una interpretación actual con vistas al futuro. Como detallan Gargarella y Alonso en sus trabajos, Dworkin explica a la integridad con un ejemplo en el cual varios escritores van creando una historia.

En este ejemplo cada escritor debe decidir como continuar la historia. Primero debe entender que no está solo en el proyecto. En segundo término, el escritor debe comprender como viene siendo desarrollada la obra, que detalles fueron desvirtuados y cuales deben reorientarse. Por último Gargarella menciona “*una vez que reconocemos el sentido de la obra colectiva, no ha terminado nuestra tarea. Existen múltiples continuaciones posibles y no todas estas continuaciones son igualmente valiosas. Preocupados por nuestras decisiones, y por el modo en que ellas van a impactar sobre nuestros contemporáneos y sucesores, debemos esforzarnos por determinar cuál es la mejor continuación posible*” y continua: “*participar de una obra colectiva no quiere decir que estemos sometidos a aceptar*

*con ojos cerrados todo lo dispuesto por los que nos precedieron. Puede ocurrir que de los distintos caminos anteriores se haya tomado el peor de todos ellos.”*¹⁸

La labor descrita en el ejemplo de Dworkin citado en los trabajos de Gargarella y Alonso, es asimilable a la actividad que despliega el intérprete dentro del ámbito jurídico. Como resalta Alonso “*el juez deberá considerar lo que decidieron otros jueces en el pasado*”¹⁹, esto con dos fines que el autor describe, en primer lugar verificar lo actuado individualmente por los intérpretes anteriores y, en segundo lugar, analizar cómo es la construcción conjunta de todos los intérpretes.

Este método evidencia que las posibles continuaciones no son todas igualmente valiosas y como se detecto en el modelo de coherencia hay un vinculado con las actuaciones anteriores de aquellos que interpretaron la norma, con los precedentes. Confirma así este elemento ajeno a los que el trabajo propone estudiar y que intentaremos sumar a lo que resta del proceso de investigación cualitativo y empírico.

vii)Elaboraciones preliminares respecto a los modelos interpretativos

La aparición de consecuencias disvaliosas está vinculada, en el plano de los elementos internos del proceso de interpretación, con en el modelo interpretativo adoptado por el intérprete, asumiendo que la elección del modelo implica que actuará adecuadamente en base a los supuestos que plantea el mismo.

En el plano de los elementos externo del proceso de interpretación, yendo a la hipótesis de trabajo, la problemática se centra en la norma, su contenido y su estructura en términos de sobreinclusiones (lagunas axiológicas) e infrainclusiones (lagunas Normativas).

Respecto al modelo de coherencia, la falta de antecedentes surge como fuente de decisiones disvaliosas, lo cual se refuerza en el modelo de integridad por ser un exponente más completo que se basa en la coherencia entendida como relación reglas-principios. En el modelo de integridad ocupa un papel muy importante lo actuado por otros jueces anteriormente con el fin de elegir la mejor alternativa futura.

En base a estos elementos podemos inferir que a medida que transcurre el desarrollo de la obra literaria, tomando el ejemplo de los autores, la historia se va consolidando con

¹⁸ GARGARELLA. *Op.Cit.* P. 135

¹⁹ ALONSO. *Op.Cit.* P. 30

decisiones cada vez más valiosas, perfeccionando su contenido debido a los siguientes dos elementos (i) que la obra está sometida a más controles sucesivos que velan por el cuidado del destino de la obra y (ii) por una nota del trabajo de Alonso en la cual parafrasea a Dworkin “...*todos los novelistas excepto el primero tienen la responsabilidad de interpretar y crear*”²⁰. Me detengo en este segundo punto. El ejemplo literario descansa en que un autor empieza a crear la obra con algún mandato, o bien, inicia la empresa espontáneamente. En el plano jurídico, lo que tenemos es una norma original, con lo cual el primer interprete tiene la responsabilidad de crear e interpretar igual que los intérpretes sucesivos pero con la desventaja, si es correcto el término y mi enfoque, que habrá una amplia posibilidad de destinos lo cual puede presuponer la presencia de mayor incidencia de decisiones no valiosas. En la medida que el proceso interpretativo es sometido a más intérpretes y evoluciona en el tiempo, podríamos inferir que la calidad del resultado mejora.

Esto último está en línea con el campo de estudio de este trabajo, el cual apunta a tratar de detectar si hay elementos ajenos al proceso de interpretación desarrollado por el intérprete, que puedan predecir la presencia de potenciales consecuencias disvaliosas.

c) Análisis de otros elementos externos al proceso de interpretación

i) Consideraciones preliminares

En el análisis de los modelos interpretativos descritos anteriormente, los elementos externos que utilizan los modelos como base para analizar su respuesta son: las normas y complementariamente, surge la incidencia de las decisiones judiciales previas.

En principio, en la literatura consultada, no surgen como elementos de análisis para confrontar con los modelos lo que citare como **presunciones rígidas de la ley** tomando un fallo de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación²¹; lo que si suele citarse es lo que hemos referenciado como **nuevos paradigmas**.

A los fines de profundizar la verificación de la hipótesis de trabajo, en esta sección voy a contrastar estos elementos contra los modelos interpretativos analizados, con el fin de detectar la respuesta de los modelos.

²⁰ Ibidem P. 29

²¹ Fallo Saguir y Dib, Claudia. CSJN. 6 de Noviembre de 1980. 302:1284. Punto 10

ii) Presunciones rígidas de la ley

Como menciono anteriormente, y a los efectos de dar cierto marco referencial respecto a este concepto, una referencia explícita detectada respecto a este concepto surge del fallo Saguir y Dib de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de fecha 6 de Noviembre de 1980 que en su punto 10 referencia: “...cuadra reconocer, por cierto, que el límite de edad establecido en el art. 13 de la ley 21.541 es una de esas presunciones rígidas de la ley, exigida por la naturaleza del derecho y la técnica jurídica”.

Analizando otros casos similares, si bien no hay referencia al concepto tal cual se menciona anteriormente, es posible plantear cierta similitud en casos como: (i) la determinación judicial respecto a la guarda de hecho y la prohibición del uso de instrumentos privados²² y (ii) el requerimiento relativo al parentesco en la donación de órganos previstos en la ley 24.193.

Contrastando este tipo de elementos con los modelos interpretativos que hemos analizado, los mismos pueden ser planteados perfectamente como casos simples (en oposición a casos complejos) donde la norma transmite, claramente, los lineamientos para el intérprete, siendo innecesario los esfuerzos interpretativos.

Haciendo el ejercicio tal cual se procedió con las lagunas tenemos:

Modelo	Conversacional	Rígido	Coherente	No coherente	Integración
Prescrip. rígidas de la ley	Se respaldaría en el supuesto subyacente para verificar el contenido de la norma.	No atención al supuesto subyacente.	Respaldo en Principios subyacentes.	No hay más que la norma escrita como referencia válida. Sin libertad interpretativa.	Respaldo en principios y labor interpretativa pretérita.
Consec. potencial	No coincide con supuesto subyacente: Resultado Valioso.	Disvalioso	No coincide con principio: Resultado Valioso.	Disvalioso	Valioso

²² Fallo M., M.S. s/guarda. CSJN. 27 de Mayo de 2015. ABELEDO PERROT No. AR/JUR/14754/2015

Claramente este elemento, contrastado contra los diferentes modelos interpretativos analizados, da lugar, en ciertos casos, a la aparición de consecuencias disvaliosas. Dado que no es posible predecir el modelo a emplear por el intérprete, la presencia de consecuencias disvaliosas puede inferirse en la medida que el caso en atención requiera de normas que incluyen presunciones rígidas.

iii) Nuevos paradigmas

El concepto de nuevos paradigmas si encuentra exponentes en la bibliografía consultada. Con el fin de no extenderme en la exposición resumiré algunas ideas del texto de Eduardo Novoa Monreal "Revolución y Derecho". Me pareció oportuno incluir este enfoque por el año de publicación del trabajo (1969), en contraste con la actualidad de algunos contenidos.

El autor plantea como ámbito de análisis la relación derecho-sociedad y concretamente, explora el impacto de la ley sobre la sociedad y el de la sociedad sobre la ley, puntualizando luego sobre el papel de los juristas.

Yendo concretamente al impacto de la sociedad sobre el derecho, Monreal recalca que: *"Los cambios y transformaciones que se producen en la sociedad, bien sea por alteración de sus estructuras, bien sea por nuevas ideas que lleguen a dominar acerca del modelo de vida colectivo o por otras causas, se reflejan fatalmente en las normas jurídicas que miran a los aspectos alterados de la vida social, pero a lo largo de un tiempo más o menos dilatado"*²³

Por otro lado al tratar el tema del papel de los juristas Monreal puntualiza en dos momentos diferentes citando fuentes ajenas: *"durante el primero toca al jurista la denuncia de los vicios de que adolece la organización social y jurídica (existente)....."*, y luego *"su misión específica en este último momento será el acelerar, hasta donde sea posible, la regulación normativa de la nueva sociedad"*.²⁴

Al respecto también Nino dice *"Hoy en día resulta muy difícil negar la influencia recíproca entre el derecho y las circunstancias sociales y económicas. Los cambios producidos en la sociedad se reflejan, más tarde o más temprano, sobre el ordenamiento jurídico y éste, a su vez, suele servir de promotor de nuevas pautas sociales."*²⁵

²³ NOVOA MONREAL, E. Universidad Alberto Hurtado. *Revolución y Derecho*. [En línea] No. 178, 1969. [Citado el: 6 de Agosto de 2016.] www.biblioteca.uahurtado.cl/ujah/msj/docs P. 159

²⁴ *Ibidem*. P. 161

²⁵ NINO. *Op.Cit.* P. 300

Esto último está en línea con el campo de estudio de este trabajo, el cual apunta a tratar de detectar si hay elementos ajenos al proceso de interpretación desarrollado por el intérprete, que puedan predecir la presencia de potenciales consecuencias disvaliosas.

Como en el caso del desarrollo de antecedentes interpretativos, donde su escases podía inferirse que contribuye con la presencia de consecuencias disvaliosas cercanas al origen de la norma; el surgimiento de nuevos paradigmas, plantearía una nueva zona respecto a la presencia de consecuencias disvaliosas. Esto estaría motivado, fundamentalmente, porque los nuevos paradigmas atentan, tal cual menciona Monreal en su trabajo, contra la estabilidad de la norma²⁶ y el intérprete demora en su adaptación con el objeto de conservar el funcionamiento sistémico del ordenamiento jurídico imperante. Este conflicto sería la causa de consecuencias disvaliosas como resultados de los esfuerzos del intérprete de conservar la norma y garantizar el funcionamiento sistémico.

4) La administración de justicia

Luego de ver algunas respuestas de ciertos modelos interpretativos, resulta importante tener una mirada respecto a lo que se denomina administración de justicia en referencia a la actividad que desarrolla el juez, con el fin de sumar un enfoque cercano a la realidad práctica.

Respecto a la actividad específica de los tribunales, Rivera menciona: *“En realidad los Jueces desconocen toda esta elaboración filosófica sobre los métodos interpretativos o tienen una noticia relativamente vaga de ella. De allí que más que guiarse por reglas de interpretación aplican su propio criterio de justicia, salvo que la norma sea insoslayable”*²⁷

Para ir sobre este tema, tomaremos algunos contenidos relativos a la teoría clásica de la administración de justicia y al enfoque de Ross descripto por Nino al tratar el tema²⁸.

La teoría clásica, bajo análisis de Ross expresado por Nino, consideraba a las decisiones judiciales como resultantes de dos factores: (i) la creencia, como un conocimiento pleno de las leyes existentes por parte del intérprete; y (ii) la actitud, en relación a una conciencia formal basada en el respeto incondicional a ley.

²⁶ NOVOA MONREAL. *Op.Cit.* P. 159

²⁷ RIVERA. *Op.Cit.* P. 195

²⁸ NINO. *Op.Cit.* P. 297

Ross sostiene, tal cual describe Nino continuando en su exposición, que las decisiones judiciales son la resultante de estos dos factores pero con componentes adicionales: (i) la creencia, no solo como un conocimiento pleno de las leyes existentes por parte del intérprete, sino también del contexto social, económico y político que rodeo, tanto la sanción de la norma, como los hechos en análisis por parte del juez; y (ii) la actitud, en relación a una conciencia formal basada en el respeto a ley que compite, permanentemente, con la conciencia jurídica material que vela por soluciones valorativamente aceptables.

Nino aporta que: “...en diferentes ámbitos y tiempos pueden variar el peso relativo de las distintas creencias y actitudes”²⁹, en base a lo cual podemos inferir que resultados disimiles en las decisiones judiciales.

Si analizamos aisladamente estos elementos es posible sacar algunas conclusiones relacionadas con la calidad de las decisiones.

Así, analizando las **creencias**, estaríamos en presencia de los siguientes elementos relacionados:

- Conocimiento de la ley
- Conocimiento de los hechos
- Conocimiento del contexto de la ley al ser sancionada
- Conocimiento del contexto en el que se concretaron los hechos

Si analizáramos en el tiempo dos hechos sucesivos suficientemente alejados y posteriores a la promulgación de la ley, respecto a las creencias, podríamos inferir que:

- Durante el segundo hecho, respecto al primero, hay un mayor conocimiento respecto a la ley en cuestión por mero transcurso del tiempo y aplicación de la misma.
- Respecto al conocimiento de los hechos, se puede inferir que el transcurso del tiempo dota al intérprete de más herramientas de análisis y asistencia, con lo cual, el grado de conocimiento de los hechos podría inferirse que aumenta con el transcurso del tiempo.
- Durante el segundo hecho, respecto al primero, la lejanía respecto al momento de promulgación de la ley incide negativamente en la determinación del contexto que rodeo la promulgación de la norma.

²⁹ Ídem

- Respecto al conocimiento del contexto en el que se concretan ambos hechos podemos inferir que hay pleno conocimiento en ambos casos con lo cual no hay incidencia respecto al elemento creencias.

En base a estas inferencias podríamos pronosticar que las **creencias**, como elemento de las decisiones judiciales, mejoran su condición con el transcurso del tiempo, con lo cual su impacto en el tiempo lejos de aportar soluciones disvaliosas, aportaría mayor calidad en el proceso de interpretación.

Con respecto a las **actitudes**, Nino remarca que: “*pueden advertirse enormes variaciones*”³⁰, lo cual implica que podrá imponerse la conciencia formal a la material, prevaleciendo la aplicación estricta de la ley, o bien, la conciencia material a la formal, prevaleciendo soluciones valorativas aceptables cuando la ley conduzca a soluciones disvaliosas.

Habiendo inferido que por el mero transcurso del tiempo, las **creencias**, no sería un elemento que aporte soluciones disvaliosas, esto implica que las mismas pueden ser directamente vinculadas al papel que representen las **actitudes**.

5) Análisis empírico

a) Consideraciones preliminares

Respecto al análisis empírico, el mismo tendrá dos instancias.

En primer lugar se analizará un caso específico exhibiendo la evolución del desarrollo doctrinario y jurisprudencial relativo al tema donación de órganos. A los fines de desarrollar el análisis en cuestión se utilizan datos estadísticos de Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ).

En segundo término se analizará jurisprudencia relativa a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, contrastando las conclusiones de este tribunal con los contenidos teóricos desarrollados al tratar el tema administración de justicia.

b) La donación de órganos

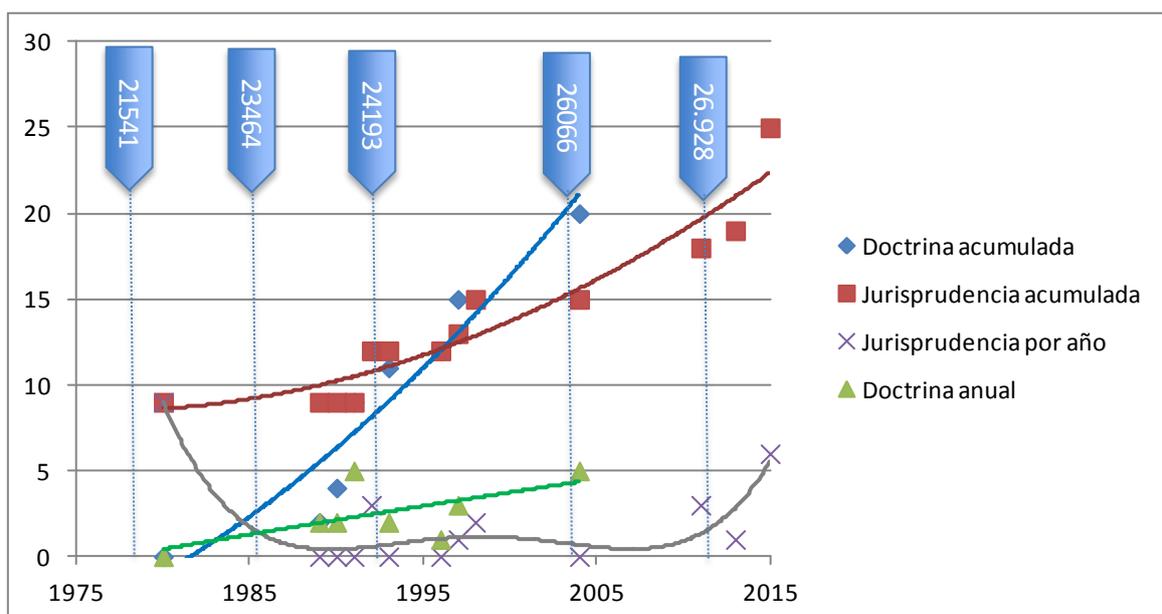
³⁰ Ibídem P.298

Asumiré que el tema en cuestión es conocido desde el punto de vista científico con el fin de simplificar la exposición.

La primera ley de trasplante de órganos en Argentina corresponde a la Ley 21.541 vigente desde 1977. Desde esta fecha la ley ha sufrido modificaciones que no son objeto de análisis en particular respecto a la temática que estamos analizando, aunque resulta útil resumir algunos de los cambios más significativos que sufrió hasta nuestros días, con el fin de detectar paralelismos con los datos que luego serán analizados. A continuación un resumen al respecto:

Ley No.	Vigente desde	Detalle
21.541	1977	Primer normativa que regula la actividad de trasplante. Creación de CUCAI.
23.464	1986	Modifica criterio muerte encefálica
23.885	1990	Transformación a INCUCAI.
24.193	1993	Deroga 21.541
26.066	2005	Donante presunto. Modifica 24.193
26.928	2013	Protección integral al trasplantado.

Con respecto a los datos estadísticos obtenidos (ver Anexo I), el desarrollo doctrinario y jurisprudencial relativo a este tema ha evolucionado, anual y acumulativamente, como se detalla a continuación:



Datos: SAIJ. Sistema Argentino de Información Jurídica

A los fines explicativos el gráfico incluye las modificaciones normativas que fueron surgiendo desde la emisión de la primera ley.

Como primera observación se puede apreciar como luego de la entrada en vigencia de la ley 21.541 comienza un desarrollo jurisprudencial importante, seguido por desarrollo doctrinario con una pendiente de crecimiento mayor.

Analizando anualmente el desarrollo jurisprudencial, lo que se observa son tres zonas claramente delimitadas; la primera cercana a la entrada en vigencia de la primer ley con mayor nivel de jurisprudencia, respecto de una segunda zona de estabilidad normativa, siempre en términos de jurisprudencia. Luego se observa una tercer zona con una nueva tendencia de crecimiento respecto a los casos de jurisprudencia.

Asimilando los niveles de jurisprudencia a la necesidad de profundizar sobre cuestiones interpretativas, estos resultados serían concordantes con alguna de las conclusiones preliminares del análisis cualitativo, fundamentalmente en lo relativo a: (i) la problemática interpretativa en el origen de la norma, (ii) al impacto de los antecedentes en el proceso de estabilización de la norma y (iii) el incremento de actividad jurisprudencial intempestivo ante temas novedosas (nuevos paradigmas).

c) Análisis de criterios interpretativos de la CSJN

Con el fin de contribuir con el análisis cualitativo, resulta interesante sumar el análisis realizado por el jurista Néstor Sagués respecto a los criterios interpretativos impulsados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, comentado por Roberto Gargarella en uno de sus trabajos respecto a la interpretación constitucional³¹.

Los casos relevados, si bien no son una muestra completa del trabajo de Sagués, son representativos de la variación del criterio empleado por la Corte en materia interpretativa (**ver Anexo II**).

El aporte de este análisis consistió en indagar respecto a las rectificaciones introducidas por la Corte con sus fallos y contrastarlas con el análisis efectuado al momento de desarrollar los aspectos teóricos del proceso de administración de justicia.

³¹ GARARELLA, R. *Un papel renovador para la Corte Suprema*. [En línea] [Citado el: 20 de Mayo de 2016.] www.cels.org.ar

De esta forma, detectada la corrección que marco la Corte, se procedió a identificar en cada caso, si el origen de la causa disvaliosas objeto de corrección encontraba su origen en una predominancia de la conciencia formal o de la conciencia material del elementos **actitudes**.

El resultado mayoritario de los casos rectificadas arroja que las consecuencias disvaliosas tuvieron su origen en la predominancia de la conciencia formal sobre la material.

6) Conclusiones

a) Corroboración de la hipótesis y nueva línea de investigación

i) Respecto a las lagunas del derecho

Al contrastarse la problemática de las lagunas de la ley contra los modelos que hemos analizado hemos podido comprobar que es previsible el surgimiento de decisiones disvaliosas en la medida que elementos de este tipo estén contenidos en la norma aplicable al caso concreto. Nuevamente, no es posible predecir el resultado interpretativo, pero sí que su presencia puede dar lugar a consecuencias disvaliosas.

La problemática de estos casos se acentúa, como los mismos modelos lo postulan y que, en alguna medida, hemos podido verificar en base al modesto análisis empírico presentado, especialmente en las cercanías temporales de la promulgación de las normas.

ii) Respecto a las presunciones rígidas de la ley

Al contrastarse la problemática de las presunciones rígidas de la ley contra los modelos que hemos analizado hemos podido comprobar que es previsible el surgimiento de decisiones disvaliosas en la medida que, elementos de este tipo, estén contenidos en la norma aplicable al caso concreto.

Esto también quedo exhibido en los casos referenciados, especialmente en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Saguir y Dib y en el caso citado relacionado con la prohibición de llevar adelante la guarda de hecho vía determinados instrumentos específicos.

Nuevamente, no es posible predecir el resultado interpretativo pero, la presencia de este elemento puede asociarse a la posterior aparición de consecuencias disvaliosas.

iii) Respecto a la disrupción de nuevos paradigmas sociales

En el análisis cualitativo se pudieron detectar elementos que sustentan lo previsto en la hipótesis. El surgimiento de nuevos paradigmas, plantea una nueva zona de evolución de la norma respecto a la presencia de consecuencias disvaliosas.

Se trata de eventos que atentan contra la **estabilidad de la norma**³², como ya se mencionó, y que el intérprete demoraría en su adaptación con el objeto de conservar el funcionamiento sistémico del ordenamiento jurídico imperante. Estos cambios de paradigma pueden ser sociales, tecnológicos y en base al estudio cuantitativo que exhibe este trabajo respecto a la donación de órganos, también puede ser jurídico. En el análisis en cuestión surge, luego de un periodo de estabilidad jurisprudencial, un incremento de casos, todos ellos vinculados a los mismos temas, (i) el trasplante de órganos entre personas no relacionadas y (ii) el cuidado y derechos del paciente trasplantado. Estos nuevos temas plantearon la necesidad de reformulaciones interpretativas como resultado de interpretaciones judiciales controvertidas.

iv) Respecto al nivel de desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Nueva línea de investigación.

Al trabajar con los modelos interpretativos para evaluar los elementos de la hipótesis, surgieron elementos adicionales no previstos en la hipótesis con una aparente conexión con consecuencias disvaliosas.

Se detecto que (i) es previsible el surgimiento de decisiones disvaliosas en la medida que el desarrollo doctrinario es escaso y (ii) el desarrollo jurisprudencial podría ser indicativo de la presencia de soluciones disvaliosas. Se pudo detectar, por ejemplo, que el modelo de integridad utiliza lo actuado por los jueces anteriores con el fin de elegir la mejor alternativa futura, lo cual plantea zonas diferentes respecto a la presencia de consecuencias disvaliosas. Encontraríamos así una zona cercana a la génesis de la norma con mayor probabilidad de decisiones disvaliosas y a medida que van interviniendo otros intérpretes y

³² NOVOA MONREAL. *Op.Cit.* P. 159

evoluciona la calidad interpretativa, es de esperar que disminuya la presencia de decisiones y consecuencias disvaliosas.

Nino va sobre este tema al analizar comparativamente elementos del common law y del sistema continental europeo: *“Cada nueva ocasión que se presenta para aplicar la regla da lugar a un enriquecimiento de ella mediante nuevas precisiones, condiciones y excepciones a fin de hacer compatible la norma con la solución que se adopte para el caso planteado.”*³³

En el estudio cuantitativo respecto a la donación de órganos, luego de la promulgación de la ley 21.541 en 1977, se observó un período de incremento de actividad jurisprudencial y doctrinaria, que luego pasó a un período de estabilidad jurisprudencial. Si observamos las pendientes de la actividad jurisprudencial y doctrinaria podemos concluir que, la actividad jurisprudencial empieza antes que la doctrinaria resolviendo problemática que plantea la ley, pero la doctrina continua este efecto creciendo con una actividad de mayor pendiente (mayor contribución doctrinal a lo largo del tiempo).

Como menciona Nino *“mientras una sentencia judicial no puede explayarse en especulaciones filosóficas acerca de las posibles justificaciones de los principios morales y políticos que determinan la decisión de un caso, los juristas académicos no están urgidos por la necesidad de resolver el caso presente y pueden detenerse a analizar diferentes justificaciones de los principios relevantes, explorando sus consecuencias en distintas situaciones reales o hipotéticas”*³⁴

En base a lo expuesto, a pesar de no ser un elemento considerado inicialmente en la hipótesis, se analizó su impacto y consecuentemente se pudo verificar, preliminarmente, su efecto respecto a la calidad de las decisiones de los intérpretes.

b) Comentario final

Me interesaba entender cómo es posible que, con una misma norma aplicada a un mismo caso, dos intérpretes tuvieran niveles de interpretación tan disimiles. Muchos artículos técnicos plantean la utopía respecto a poder predecir sentencias, inclusive en la investigación me he encontrado con modelos matemáticos de aproximación al tema.

³³ NINO. *Op.Cit* P. 295

³⁴ *Ibidem* P. 341

Es imposible predecir el método que utilizará el intérprete, salvo que el mismo intérprete, sea objeto de estudio en base a sus antecedentes. Debido a esto enfoque mi análisis en explorar si es posible, ante la presencia de ciertos elementos externos al proceso de interpretación, visualizar anticipadamente la potencial aparición de consecuencias disvaliosas.

Del trabajo surge como, en la medida que uno u otro modelo son aplicados, existe la posibilidad que surjan o no consecuencias disvaliosas.

Mi interés en entender las diferencias interpretativas tiene detrás la mirada respecto al tiempo que el proceso insume. Mientras estas instancias se suceden en la búsqueda de lo valioso para quien reclama derecho, transcurre el tiempo.

En el caso Saguir y Dib, no fui capaz de encontrar elementos relativos al tiempo transcurrido hasta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cierto es que el trasplante no se realizó porque Juan Isaac Saguir y Dib falleció hasta donde logre consultar.

En el caso de la niña M.S.M., la menor fue secuestrada durante la noche cumpliendo órdenes judiciales, del domicilio de la persona que ejercía la guarda de hecho instrumentada por instrumento privado. Un año después y luego de haber pasado por tres instancias judiciales, llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde es ordenada su restitución a la persona que ejercía originalmente la guarda de hecho, atendiendo al mismo interés superior del niño que pretendía defender el Ministerio Pupilar, el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la defensoría Zonal de la Comuna 2 impulsando remedios extraordinarios.

Como línea de trabajo futura me plantearía la posibilidad de actuación directa de la Corte Suprema de Justicia cuando el bien jurídico tutelado en disputa sea la vida.

Creo que la ley no puede ser más importante que los bienes jurídicos que protege.

7) Apéndice I - Datos Empíricos – Donación de Órganos

Doctrina

Año	Doctrina acumulada	Dadores de órganos	Ablación de órganos	Donación de órganos	Implantes de órganos	Receptores de órganos	Trasplante de órganos	Doctrina anual
1980	0							
1989	2			1			1	2
1990	4		1				1	2
1991	9	1	1	1		1	1	5
1993	11		1				1	2
1996	12						1	1
1997	15	1		1			1	3
2004	20	1	1	1		1	1	5

Jurisprudencia

Año	Jurisprudencia acumulada	Dadores de órganos	Ablación de órganos	Donación de órganos	Implantes de órganos	Receptores de órganos	Trasplante de órganos	Jurisprudencia anual
1980	9		1	1			7	9
1989	9							0
1990	9							0
1991	9							0
1992	12	1		1			1	3
1993	12							0
1996	12							0
1997	13						1	1
1998	15						2	2
2004	15							0
2011	18						3	3
2013	19						1	1
2015	25			3			3	6

8) Apéndice II - Datos Empíricos – Fallos CSJN

Tipo de Interpretación adecuada	Detalle	Fallo	Consecuencia disvaliosa detectada por la CSJN	Elemento predominante	
				Conciencia Formal	Conciencia Material
Literal	Orientada a asegurar, en la medida de lo posible, "la letra de la ley"	CSJN, Fallos 324: 1740, 3143, 3345	Apartamiento arbitrario de lo previsto en la ley		X
Popular	Orientada a leer las distintas cláusulas y los distintos términos que aparecen en la Constitución en sintonía con el significado que la ciudadanía le asigna a los mismos	CSJN, "Atip c. Povolo," Fallos 324:3345	Subvaloración del contexto	X	
Especializada	Piensa en el sentido "técnico," antes que "popular," de los términos	CSJN Fallos 320:2319	Sobrevaloración del contexto		X
Intencional	Procura desentrañar la intención presente en los legisladores constituyentes	CSJN Fallos 323: 3139)	Desatención a supuestos subyacentes	X	
Voluntarista	Busca respetar la "voluntad" del legislador prestando atención especialmente a la voluntad expuesta por el mismo durante los debates constituyentes del caso	CSJN Fallos 324: 1481	Desatención a supuestos subyacentes	X	
Justa	Pretende guiarse ante todo por fundamentales principios de justicia	CSJN Fallos 322: 1699	Desatención a supuestos subyacentes	X	
Organico Sistémica	Sugiere que en ocasiones es necesario apartarse del sentido pleno u orgánico de la Constitución para hacer prevalecer el sentido que se infiere del juego armónico de los distintos artículos que componen la Constitución	CSJN "Chadid" Fallos 291: 181	Aplicación aislada de normas	X	
Realista	Entre la denominación dada a algo por el autor de la norma, y la realidad, deberá prevalecer esta última	CSJN Fallos 318:676	Subvaloración del contexto	X	
Legislador Perfecto	Implica presumir que el derecho es claro, preciso, coherente, sin lagunas	CSJN Fallos 324: 2153	Apartamiento arbitrario de lo previsto en la ley		X
Dinamica	Orientada a actualizar o "mantener vivo" el texto de la Constitución, adecuándola a "la realidad viviente" de la época	CSJN "Chocobar," Fallos 310: 3267	Subvaloración del contexto	X	
Teleológica	Procura guiarse por los "fines últimos" enunciados por la propia Constitución	CSJN Fallos 311: 2751	Desatención a supuestos subyacentes	X	
Externa	Se apoya en las opiniones de la doctrina o, fundamentalmente, la jurisprudencia extranjeras	CSJN Fallos "Lino de la Torre" 19: 236	Aplicación aislada de normas	X	
Continuista	Privilegia la posibilidad de que la decisión del caso sea compatible con el respeto de los precedentes judiciales	CSJN "González c. Ansés" Fallos 323: 555	Desatención de antecedentes	X	
Objetiva	Tiene en cuenta el sentido "objetivo" de la ley, debe rechazarse toda posibilidad de interpretar a la misma conforme a criterios "subjetivos"	CSJN "Volpe" Fallos 316: 352	Apartamiento arbitrario de lo previsto en la ley		X

9) Bibliografía

1. **Gargarella, Roberto.** *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. 1a ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 2008. pág. 552. ISBN 978-950-20-1839-3.
2. **Nino, Carlos Santiago.** *Introducción al análisis del derecho*. 2a ed. Buenos Aires : Astrea, 2003. pág. 494. ISBN 950-508-098-0.
3. **Ricoeur, Paul.** *El Conflicto de las Interpretaciones*. [trad.] Alejandrina Falcon. 2a. ed. Buenos Aires : Fondo de Cultura Económica, 2015. pág. 462. ISBN 978-987-719-079-3.
4. **AA.VV.** *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado por Especialistas*. s.l. : La Ley, 2014. Vol. Vol. 1. ISBN 00000. Código: 41715654.
5. **Rivera, Julio Cesar.** *Instituciones del derecho civil:parte general Tomo I*. 3ra ed. Buenos Aires : Abeledo.Perrot, 2004. ISBN 950-20-1588-6.
6. **Alonso, Juan Pablo.** Modelos jurídicos de coherencia. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. [En línea] Año I No.1, 1ero. de Mayo de 2012. [Citado el: 6 de Agosto de 2016.] www.saij.gov.ar. ISSN 2250-7574.
7. **Mera Salguero, Laura.** Diario Judicial. [En línea] 23 de Mayo de 2016. [Citado el: 23 de Julio de 2016.] www.diariojudicial.com/nota/64042. ISSN 1667-8487.
8. **Fernández Madrid, Horacio.** Universidad de Palermo. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. [En línea] [Citado el: 4 de Julio de 2016.] www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista.../031Juridica13.pdf.
9. **Grisolia, Julio A.** Los Jueces y la Equidad. [En línea] [Citado el: 20 de Junio de 2016.] www.adapt.it/boletinespanol/docs/ar_grisolia_jueces_equidad.pdf.
10. **Novoa Monreal, Eduardo.** Universidad Alberto Hurtado. *Revolución y Derecho*. [En línea] No. 178, 1969. [Citado el: 6 de Agosto de 2016.] www.biblioteca.uahurtado.cl/ujah/msj/docs.
11. **Gargarella, Roberto.** Un papel renovador para la Corte Suprema. [En línea] [Citado el: 20 de Mayo de 2016.] www.cels.org.ar.