

JUAN PABLO ALONSO

**PRINCIPIOS JURÍDICOS  
IMPLÍCITOS**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

## ÍNDICE

	Pág.
<b>EL DERECHO COMO COHERENCIA. A MODO DE PREFACIO .....</b>	15
<b>VIOLACIÓN, ABORTO Y LAS PALABRAS DE LA LEY .....</b>	21
1. INTRODUCCIÓN .....	21
2. TIPOLOGÍAS DE ABORTOS IMPUNES Y AMBIGÜEDAD DE LA REDACCIÓN .....	23
2.1. Tipologías de abortos impunes .....	23
2.2. La ambigüedad .....	24
3. ARGUMENTOS GRAMATICALES Y SISTEMÁTICOS A FAVOR DE UNA U OTRA POSICIÓN .....	26
3.1. A favor de la interpretación estricta.....	27
3.1.1. PECO (1): el argumento de la coma («,») .....	27
3.1.2. PECO (2): el argumento del último párrafo del inciso 2.º del art. 86 .....	27
3.2. A favor de la interpretación amplia .....	28
3.2.1. SOLER: la sistematicidad de las figuras de «violación» y «atentado al pudor» .....	28
3.2.2. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR: un supuesto genérico y dos supuestos específicos .....	30
3.3. Un problema de identificación de los supuestos de abortos impunes que requiere de argumentos más complejos .....	31
4. DE LA INTERPRETACIÓN SUBJETIVA AL COHERENTISMO DE LOS PRINCIPIOS PENALES.....	33

	Pág.
4.1. La intención del legislador de 1921 .....	33
4.2. Sobre la «personalidad» del feto humano: el espectro ideológico-moral.....	35
4.3. ¿Tiene impacto la discusión ideológico-moral en la discusión jurídica sobre los alcances del art. 86 inciso 2.º del Código Penal? .....	37
4.4. La extensión de la causal de impunidad por violación de mujer «demente o idiota» a la violación (de cualquier mujer) en general.....	37
4.5. ¿Puede exigírsele a la mujer violada solidaridad para con el feto fruto de su violación? .....	39
4.5.1. Derecho penal y deber de solidaridad .....	39
4.5.2. Inexigibilidad de solidaridad de la mujer violada para con el feto fruto de su violación .....	40
4. CONCLUSIONES .....	42
5. BIBLIOGRAFÍA.....	43
<b>MODELOS JURÍDICOS DE COHERENCIA .....</b>	<b>45</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	45
2. DOS MODELOS DECISORIOS BÁSICOS .....	47
3. EL MODELO DE LA NO-COHERENCIA .....	50
4. LA COHERENCIA COMO DERROTABILIDAD .....	56
5. LA COHERENCIA COMO MÉTODO PARA COMPLETAR LAGUNAS .....	58
6. LA COHERENCIA COMO INTEGRIDAD .....	64
7. CONCLUSIONES: DOS PROBLEMAS Y TRES MODELOS DE COHERENCIA DEL DERECHO .....	68
8. BIBLIOGRAFÍA.....	70
<b>UN CASO DIFÍCIL EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL .....</b>	<b>73</b>
1. INTRODUCCIÓN: UNA APLICACIÓN DE LAS TEORÍAS DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN Y DE MACCORMICK.....	73
2. IDENTIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN.....	74
2.1. El Universo del Discurso (UD) .....	74
2.2. El ámbito fáctico del problema: el Universo de Casos (UC) .....	75
2.3. El ámbito normativo del sistema: el Universo de Soluciones (US).....	78

	Pág.
2.4. Reconstrucción del sistema normativo.....	79
3. MODIFICACIÓN DEL SISTEMA .....	83
3.1. La coherencia del sistema.....	85
3.1.1. Con relación al tipo de gasto .....	86
3.1.2. Con relación a la buena o mala fe.....	87
3.1.3. Los principios implícitos de S1 y el Diagrama de Cohe- rencia .....	87
3.1.4. La norma N4 coherente mínima («N4 —mín—») .....	89
3.1.5. La N4 coherente máxima («N4 —máx—») .....	91
3.1.6. Los límites de la argumentación en base a la cohe- rencia .....	93
3.2. La consistencia del sistema .....	94
4. ALGUNAS OPINIONES DE LOS JURISTAS .....	94
5. CONCLUSIONES .....	95
6. BIBLIOGRAFÍA.....	97

<b>ANTINOMIAS EN EL SISTEMA NORMATIVO DEL DELITO DE LE- SIONES (arts. 89 a 93 del Código Penal argentino).....</b>	<b>99</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	99
2. EL UNIVERSO DEL DISCURSO (UD).....	100
3. EL UNIVERSO DE CASOS (UC) .....	102
3.1. Lesiones leves, graves y gravísimas .....	102
3.2. Lesiones agravadas y atenuadas .....	105
3.3. El Universo de Casos (UC) .....	109
4. EL UNIVERSO DE SOLUCIONES (US) Y LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS.....	110
5. LA MATRIZ DEL SISTEMA NORMATIVO.....	111
6. ANTINOMIAS.....	112
6.1. Un presupuesto .....	113
6.2. Obligatorio implica permitido .....	114
6.3. Contenidos normativos fraccionados (Universo de Acciones)...	115
6.4. La antinomia entre N89 y N93(1) en el caso 2.....	116
6.5. Las antinomias existentes en los casos correlacionados con dos soluciones normativas .....	118
6.5.1. El caso 3 .....	119
6.5.2. El caso 6 .....	119
6.5.3. El caso 7 .....	119
6.5.4. El caso 10 .....	120

	Pág.
6.5.5. El caso 11 .....	120
6.6. Las antinomias existentes en los casos correlacionados con tres soluciones normativas .....	120
6.6.1. El caso 1 .....	121
6.6.2. El caso 5 .....	122
6.6.3. El caso 9 .....	123
6.7. Las antinomias como casos difíciles .....	123
7. NORMAS DERROTABLES.....	125
7.1. La derrotabilidad de normas en los casos con dos soluciones ...	125
7.1.1. El caso 3 .....	126
7.1.2. El caso 6 .....	126
7.1.3. El caso 7 .....	126
7.1.4. El caso 10 .....	127
7.1.5. El caso 11 .....	127
7.2. La derrotabilidad de normas en los casos con tres soluciones ...	127
7.2.1. El caso 5 .....	128
7.2.2. El caso 9 .....	128
7.3. La matriz resultante.....	128
8. LA COHERENCIA DEL SISTEMA NORMATIVO .....	130
8.1. Un principio con relación a los agravantes.....	130
8.2. Un principio con relación a los atenuantes.....	131
8.3. Un principio con relación al tipo de lesión.....	132
8.4. El diagrama de coherencia .....	132
8.5. Los límites de una norma coherente.....	134
8.6. La ampliación de los límites del problema. La coherencia del sistema de lesiones en comparación con la coherencia del sistema del delito de homicidio en el Código Penal argentino.....	136
9. EL FALLO PLENARIO «BRITOS» Y ALGUNAS OPINIONES DE JURISTAS .....	141
9.1. La aplicación de la pena de la figura atenuada.....	141
9.2. La aplicación de la pena de la figura agravada.....	146
9.3. La aplicación de la pena de la figura básica.....	148
9.4. Algunas consideraciones efectuadas por BACQUÉ y NINO respecto del problema .....	151
9.5. Del conflicto de normas al conflicto de criterios. La posibilidad de ponderar los tres criterios en pugna.....	152
10. ALGUNAS CONCLUSIONES.....	156
11. BIBLIOGRAFÍA.....	157

	Pág.
<b>NORMAS PENALES Y CONFLICTO DE DEBERES. Sobre la concurrencia del delito de quiebra fraudulenta y el delito de libramiento de cheque sin provisión de fondos.....</b>	161
1. INTRODUCCIÓN .....	161
1.1. Dos nociones de «Deber Jurídico».....	161
1.2. «Norma Primaria» y «Norma Secundaria» en KELSEN .....	163
1.3. El «Sistema Primario» (del juez) y el «Sistema Secundario» (del ciudadano).....	164
2. LAS NORMAS PRIMARIAS (EL SISTEMA DEL JUEZ).....	165
2.1. Art. 176, inciso 3.º del Código Penal argentino .....	165
2.2. Art. 302, inciso 1.º del Código Penal argentino .....	166
2.3. La matriz del sistema primario (del juez).....	167
2.4. Los casos 1 y 2 del sistema primario.....	168
3. LAS NORMAS SECUNDARIAS (EL SISTEMA DEL CIUDADANO) .....	169
3.1. Art. 176, inciso 3.º del Código Penal argentino .....	169
3.2. Art. 302, inciso 1.º del Código Penal argentino .....	170
3.3. La matriz del sistema secundario (del ciudadano) .....	171
3.4. Conclusiones preliminares: un problema normativo.....	172
4. COMPARACIÓN ENTRE EL SISTEMA PRIMARIO Y EL SISTEMA SECUNDARIO.....	174
4.1. Caso 4 del sistema secundario y casos 7 y 8 del sistema primario.....	174
4.2. Caso 3 del sistema secundario y casos 5 y 6 del sistema primario .....	174
4.3. Caso 2 del sistema secundario y casos 3 y 4 del sistema primario.....	175
4.4. Caso 1 del sistema secundario y casos 1 y 2 del sistema primario .....	176
4.5. Análisis de la comparación.....	176
5. ¿CONDENA O ABSOLUCIÓN? .....	177
5.1. La condena bajo cualquier supuesto.....	178
5.2. La condena bajo algún supuesto y la absolución bajo el otro ....	183
5.3. La absolución bajo cualquier supuesto.....	186
6. BIBLIOGRAFÍA .....	189
 <b>PRINCIPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS Y COHERENCIA .....</b>	 191
1. INTRODUCCIÓN .....	191
2. LA FUNCIÓN DESCRIPTIVA DE LA COHERENCIA.....	193

	Pág.
2.1. La reivindicación de inmuebles en el anteproyecto de Freitas. Las normas y la matriz del sistema normativo .....	193
2.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia .....	194
3. LA PRIMERA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA COHERENCIA: RESOLUCIÓN DE LAGUNAS .....	199
3.1. Un sistema imaginario. Las disposiciones, las normas y la matriz.....	199
3.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia .....	200
3.3. La solución para el caso 4 .....	201
3.4. La solución para el caso 2 .....	203
4. LA SEGUNDA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA COHERENCIA: DERROTABILIDAD DE INCOHERENCIAS.....	205
4.1. Otro sistema imaginario. Las disposiciones, las normas y la matriz.....	205
4.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia .....	206
4.3. Las respuestas coherentes posibles para los casos 3 y 4 .....	209
4.3.1. Primera alternativa: corregir el caso 3 .....	210
4.3.2. Segunda alternativa: corregir el caso 4.....	212
4.3.3. Tercera alternativa: corregir los casos 3 y 4 .....	214
4.4. Sobre la competencia del juez para tornar coherente lo incohe- rente .....	215
5. CONSIDERACIONES FINALES .....	217
5.1. Tres funciones de la coherencia normativa .....	217
5.2. Principios implícitos y juspositivismo. La cuestión de la discre- ción judicial «fuerte».....	219
5.3. Cuestiones abiertas .....	221
6. BIBLIOGRAFÍA .....	221
<b>PRINCIPIOS IMPLÍCITOS Y FUENTES SOCIALES DEL DERECHO.</b>	<b>223</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	223
2. LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS EN DWORKIN Y SUS CRÍTICAS AL JUSPOSITIVISMO .....	223
2.1. Algunas críticas de Dworkin a Hart .....	223
2.2. En defensa del juspositivismo. Los escenarios teóricos po- sibles.....	224
3. TRES FORMAS DE JUSTIFICAR LA VALIDEZ DE PRINCIPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS .....	225
4. LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS COMO ESPECIFICACIÓN DE PRINCIPIOS EXPLÍCITOS POSITIVOS MÁS GENERALES.....	227

	Pág.
4.1. Un análisis de SANCINETTI.....	227
4.2. ¿Qué tipo de derivación es la presentada por SANCINETTI?.....	229
5. LOS PRINCIPIOS IMPLÍCITOS COMO GENERALIZACIÓN A PARTIR DE NORMAS POSITIVAS MÁS ESPECÍFICAS .....	230
5.1. La «inducción completa» de Alchourrón y Bulygin .....	232
5.2. La inducción en general .....	233
5.2.1. El falsacionismo .....	233
5.2.2. La inducción probabilística .....	234
5.2.3. La abducción o inferencia a la mejor explicación (IME).....	235
5.3. La abducción en la ciencia jurídica.....	236
6. JUSTIFICACIONES MÚLTIPLES SOBRE BASES POSITIVAS .....	238
7. INCOHERENCIAS Y AJUSTES POSIBLES .....	238
8. CONSIDERACIONES FINALES. UN JUSPOSITIVISMO COHERENTISTA.....	242
9. BIBLIOGRAFÍA.....	243
<b>LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LOS PRINCIPIOS DE ROBERT ALEXY. UN ANÁLISIS CRÍTICO.....</b>	<b>247</b>
1. INTRODUCCIÓN: LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LOS PRINCIPIOS SEGÚN ROBERT ALEXY .....	247
2. SOBRE LA FUNCIÓN LÓGICA DEL ELEMENTO «OPT».....	249
3. SOBRE LAS REGLAS DE TRANSFORMACIÓN Y DE INFERENCIA DE LA LÓGICA DE PRINCIPIOS PROPUESTA POR ALEXY .....	250
4. SOBRE LA ESTRUCTURA CONDICIONAL DE LOS PRINCIPIOS DE ALEXY .....	252
5. CONCLUSIONES .....	254
6. BIBLIOGRAFÍA.....	255



# EL DERECHO COMO COHERENCIA. A MODO DE PREFACIO

J. J. MORESO\*

*«They seek so many new; they see that this  
Is crumbled out again to his Atomies.  
'Tis all in pieces, all coherence gone;  
All just supply, and all Relation».*

John Donne, *An Anatomie of the World:  
The First Anniversary* (1611-12).

## (I)

Conocí al autor del libro que tienen entre sus manos hacia el año 1990 del siglo pasado como alumno de una asignatura que yo, entonces un joven profesor en la Universidad Autónoma de Barcelona, daba en un máster de Criminología que impulsaban mis amigos Elena LARRAURI y José CID. Yo sabía muy poco de Criminología, y me temo que no habré mejorado mucho al respecto, pero ellos pensaban que algunas nociones de teoría del derecho eran convenientes para los estudiantes. Es decir, Juan Pablo ALONSO llegó a Barcelona interesado por la criminología y por el sistema penal, como tantos otros estudiantes latinoamericanos y atraído también por el prestigio y la calidad

---

\* Catedrático de Filosofía del Derecho. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. e-mail: josejuan.moreso@upf.edu.

académica del catedrático entonces en la UAB, Juan BUSTOS RAMÍREZ, que de regreso a Chile murió en 2008 siendo presidente de la Cámara de Diputados de ese país.

Aunque Juan Pablo había cursado los estudios de derecho y se había recibido como *abogado* en la Universidad de Buenos Aires, casi nada sabía entonces de la teoría de las normas de Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN. Mis clases le interesaron y me pidió asistir a mis lecciones en la licenciatura de teoría del derecho. Y se convirtió en un seguidor apasionado de este modo de cultivar el análisis jurídico y el análisis filosófico. Conmigo que solo ejercía de mensajero de esta concepción y que, de hecho, había pasado los meses del invierno austral de 1990 en Buenos Aires para aprender con todos los maestros argentinos. Comenzó a dar clases en la Universidad Autónoma de Barcelona y cursó los estudios de doctorado en un curso memorable organizado por la Universidad Menéndez Pelayo con la colaboración de otras universidades (si no recuerdo mal la Universidad de Alicante, la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad de Castilla-La Mancha, la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, la Universidad de Sevilla y la Universidad de Valencia)<sup>1</sup>. Se convirtió en mi colaborador más estrecho durante esos años, participó en un seminario, el curso 1993-1994, sobre el libro de G. H. VON WRIGHT, *Norm and Action*,<sup>2</sup> al que también asistían otros doctorandos míos, como Maribel NARVÁEZ y David MARTÍNEZ. Durante esos años escribió el artículo, su primer trabajo —publicado en *Doxa*— que en el libro está incluido como cap. 4, y lo presentó en el seminario suscitando el debate y la curiosidad de los otros profesores de filosofía del derecho de la Autónoma: Francesca PUIGPELAT, Pilar GIMÉNEZ y Pompeu CASANOVAS. Por razones personales, con la tesis inacabada, decidió regresar a la Argentina a mitad de los años noventa, y las dificultades de acceder al mercado profesional argentino, en el cual ahora es un prestigioso penalista, retrasó la elaboración de su tesis de doctorado. Pero siguió trabajando y mantuvimos el contacto, y se incorporó al seminario de BULYGIN convirtiéndose en uno de los más relevantes *Bulygin-boys*. Estando yo, ya como catedrático, en la Universidad Pompeu Fabra, defendió brillantemente su trabajo de tesis el año 2004, que versaba sobre la coherencia en el derecho.

Este libro recoge ocho de sus trabajos más relevantes en esta línea, ahora que es ya el presidente de la Asociación argentina de Filosofía del Derecho.

---

<sup>1</sup> En el prólogo de Alfonso GARCÍA FIGUEROA (coord.), *Racionalidad y Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006), hallarán una explicación de este programa de doctorado que invitó a algunos de los profesores más relevantes en el mundo en filosofía del derecho para que impartieran las lecciones a una docena de jóvenes doctorandos españoles (recuerdo ahora a Robert ALEXEY, Eugenio BULYGIN, Riccardo GUASTINI, Neil MACCORMICK o Joseph RAZ). De ese curso salieron algunos de los mejores iusfilósofos españoles de su generación, sin duda alguna. Lamentablemente contó solo con una edición.

<sup>2</sup> Georg Henrik VON WRIGHT, *Norm and Action. A Logical Enquiry* (London: Routledge & Kegan Paul, 1963). Un libro sin el que no puede comprenderse la contribución posterior de ALCHOURRÓN y BULYGIN.

Trabajos que reúnen tres virtudes fundamentales: un conocimiento muy profundo de la filosofía analítica del derecho, una concepción propia y el desarrollo de una tesis, la tesis de la coherencia en el derecho, articulada de un modo original y con gran conocimiento y aplicación a los razonamientos realmente presentes en la práctica jurídica, con una muy relevante consciencia y manejo de la práctica jurídica. A glosar estas tres virtudes van dedicadas estas palabras introductorias.

## (II)

El libro que en el mundo hispano, aunque no solo en el mundo hispano, significó un hito en la filosofía analítica del derecho fue, sin ninguna duda, *Normative Systems* de Carlos E. ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN<sup>3</sup>. Pues bien, Juan Pablo ALONSO parte de este libro, pero no se queda en él. A partir de muchas ideas contenidas en el libro desarrolla con originalidad y perspicacia cuestiones referidas a la sistematización y presentación de los universos de casos, a las lagunas normativas y a las lagunas axiológicas, a las antinomias normativas, a la distinción entre el sistema jurídico del juez y el sistema jurídico del ciudadano. En todos estos trabajos, se hallarán desarrollos originales a partir de las fecundas intuiciones de los autores del libro. Se descubrirá también el manejo de las técnicas analíticas de la lógica y el análisis formal, con gran maestría. Inevitablemente, me ha llevado a recordar las conversaciones en la Barcelona de comienzos de los noventa, cuando se celebraron los Juegos Olímpicos, la curiosidad infinita de Juan Pablo, en los pasillos y campus de la universidad, en los bares y restaurantes. Juan Pablo es un conversador formidable y su curiosidad era inacabable.

## (III)

Pero Juan Pablo nunca se conformó con las *technicalities*, quería alcanzar a disponer de una concepción propia en la filosofía del derecho. Una concepción iuspositivista, puesto que está convencido de que el derecho es un instrumento añadido al mundo por los humanos para guiar nuestro comportamiento, propiciando la cooperación y gestionando los conflictos. Pero se trata de un positivismo sensible al hecho de que las reglas creadas por los humanos no están siempre en condiciones de resolver adecuadamente los conflictos y, por dicha razón, es necesario acudir a los principios (explícitos o implícitos) que

---

<sup>3</sup> Carlos E. ALCHOURRÓN, Eugenio BULYGIN, *Normative Systems* (Wien-New York: Springer, 1971), traducido al español como (aunque recientemente en 2012 ha sido reeditado restableciendo su nombre original, *Sistemas normativos*), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires: Astrea, 1975).

subyacen a dichas reglas. No se trata de los principios del derecho natural, se trata de principios que pueden ser *inducidos* o, tal vez, *abducidos* a partir de las reglas positivas y que ofrecen su mejor explicación. Creo que, aunque Juan Pablo no lo dice, se trata de un modo de vindicar el denominado iuspositivismo *incluyente*<sup>4</sup>.

#### (IV)

Juan Pablo defiende una tesis de la coherencia que puede remitirse a MACCORMICK<sup>5</sup>, un autor al que tuvo siempre en gran aprecio y que fue su profesor en el doctorado en el que me referiría, en la ciudad de Valencia. Es una tesis que desarrolla con gran originalidad y perspicuidad. Pero ahora deseo insistir en que el desarrollo *alonsiano* de la tesis tiene presente en todo momento la práctica jurídica y lo aplica a cuestiones controvertidas en la dogmática y la jurisprudencia de los tribunales españoles y argentinos: desde la situación jurídica del aborto en casos de violación a la colisión de deberes entre la regulación del concurso de acreedores y el cheque en descubierto en la Argentina, de la reparación debida al poseedor de una cosa vencido en la posesión, en el derecho civil español a las antinomias en el derecho de lesiones en el derecho penal argentino. En todos estos casos, Juan Pablo muestra un dominio maestro del razonamiento jurídico, una capacidad envidiable de detectar el problema genuino tras la formulación de las reglas, una implacable tarea de desmenuzar y criticar los razonamientos de los jueces.

#### (V)

Deseo acabar con una conjetura, que no sé cuánto complacerá a Juan Pablo. En la teoría del derecho contemporánea, al menos a partir de la crítica dworkiniana a la teoría hartiana de las reglas<sup>6</sup> se acostumbra a presentar una imagen del derecho con arreglo a la cual el derecho está integrado por dos niveles: el nivel de las reglas, que operan en el razonamiento práctico como razones *protegidas*, como razones de primer orden para realizar aquello que las normas prescriben y razones de segundo orden para no obrar de acuerdo con las razones de primer orden contrarias a las reglas jurídicas<sup>7</sup>; y el nivel de

---

<sup>4</sup> Que yo mismo definiendo, J. J. MORESO, «En defensa del positivismo jurídico incluyente», en J. J. MORESO, *La Constitución: modelo para armar* (Madrid: Marcial Pons, 2009), cap. 10. Véase W. J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1994) y Jules L. COLEMAN, *The Practice of Principle* (Oxford: Oxford University Press, 2001).

<sup>5</sup> A partir sobre todo de Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1978).

<sup>6</sup> Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), caps. 2 y 3.

<sup>7</sup> Como es sabido, la idea y también la terminología es la de Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms* (London: Hutchinson, 1975).

los principios, integrado por pautas que no son perentorias ni opacas a la razón que las justifica y que requieren el juicio para ser aplicados<sup>8</sup>. Me temo, por otra parte, que esta es también la imagen que subyace al libro de Juan Pablo.

Pues bien, la conjetura es la siguiente: esta imagen de dos niveles debe ser sustituida por una imagen con un solo nivel en el que habitan las reglas, pero en este nivel hay también *defeaters*, que funcionan como conductos, como *gárgolas* si se quiere, por el que el razonamiento de aplicación del derecho, principalmente el razonamiento judicial, puede acudir al razonamiento moral. Este es el modo en el cual el derecho trata de preservar el ideal del imperio de la ley, articulando la precisión, con la justicia formal y la equidad. Y este es el papel que representan los principios, capaces de activar el razonamiento moral en algunos casos y mediante algunos procedimientos. Tal vez esto no complazca a Juan Pablo, porque para que esta imagen sea consistente y fructífera es preciso vindicar algún tipo de *objetividad* ética sobre la cual él, creo, alberga todavía muchas dudas. Pero eso debemos dejarlo para otra ocasión en la cual volvamos a charlar, ya como viejos amigos, después de cenar tranquilamente en algún restaurante de San Telmo o en alguno de la Barceloneta, recordando los viejos y felices tiempos en los que se alumbró nuestra amistad.

Barcelona, marzo de 2018

---

<sup>8</sup> La idea en, por ejemplo, Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt A. M.: Surkhamp, 1986), cap. III y Manuel ATIENZA, Juan RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho* (Barcelona: Ariel, 1996), cap. I.

# VIOLACIÓN, ABORTO Y LAS PALABRAS DE LA LEY\*

*Las leyes solo pueden hacerse con palabras. La vida, la libertad, la propiedad, el honor, todo lo que nos es preciado depende de nuestra elección de las palabras.*

Jeremy BENTHAM

*A General View of a Complete Code of Laws*

## 1. INTRODUCCIÓN

El reciente fallo «*F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*» de la CSJN<sup>1</sup> generó numerosas controversias en la comunidad jurídica y política argentina. Se trató un pedido de autorización judicial de aborto por violación de una menor, pedido sustanciado en la Provincia del Chubut bajo el formato procesal de «medida autosatisfactiva». El Juzgado de Primera Instancia denegó la solicitud, decisión que fue confirmada por la cámara del fuero. El 8 de marzo de 2010, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut revocó las decisiones de los tribunales inferiores y admitió la solicitud sobre la base de tres fundamentos: *a)* que el caso individual se subsumía en el primer supuesto del inciso 2.º del art. 86 del Código Penal; *b)* que no existían objeciones constitucionales ni convencionales para hacer lugar al pedido de aborto, y *c)* que, más allá de la innecesariedad de la autorización judicial, la misma era otorgada con el propósito de concluir la controversia.

---

\* Publicado originalmente en *Pensar en Derecho N.º 0*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Eudeba. Buenos Aires, 2012.

<sup>1</sup> CSJN, 13 de marzo de 2012.

La decisión del tribunal superior provincial fue recurrida por la vía extraordinaria por el Asesor General Subrogante Provincial en representación del *nasciturus*, recurso que fue concedido por la gravedad institucional del caso, no obstante haberse llevado a cabo el aborto.

El 13 de marzo de 2012, la CSJN se expidió sobre el fondo de la cuestión, con el voto mayoritario de cinco de sus miembros<sup>2</sup>; el fallo no solo confirmó la decisión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut sino que, además, especificó un protocolo de atención médica en los hospitales públicos según el cual no se requiere autorización judicial para el aborto cuando mediare declaración jurada de la víctima sobre el ilícito que padeció (la violación), protocolo que debe dejar a salvo la objeción de conciencia de los profesionales de la salud que así lo expresen al ingresar como personal del establecimiento público en cuestión; exhortando, finalmente, a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a implementar y hacer operativo el protocolo delineado.

El fallo de la CSJN generó polémica en torno a numerosas cuestiones; entre ellas, la competencia de la CSJN en materia de interpretación del derecho común; la competencia de la CSJN en cuanto a la implementación de protocolos de atención médica en hospitales públicos para brindar servicios para los casos de abortos impunes (incluyendo la cuestión de la objeción de conciencia de los profesionales de la salud); la cuestión sobre qué debe considerarse «prueba suficiente de violación» a los efectos de habilitar el aborto de un embarazo producto de una violación; y la interpretación sobre el alcance del art. 86 inciso 2.º del Código Penal argentino, en punto a cuáles son los supuestos de abortos impunes.

En este trabajo analizaré la última de las cuestiones, que ha motivado una importante disputa interpretativa entre penalistas, constitucionalistas y juristas en general. En efecto, desde hace noventa años la dogmática jurídica argentina viene debatiendo sobre los alcances del art. 86 inciso 2.º del Código Penal, en cuanto a si la impunidad en caso de aborto por violación se aplica únicamente a la mujer violada que es «idiota o demente» o si también es impune el aborto realizado con motivo de la violación de una mujer «ni demente ni idiota».

Lo cierto es que la redacción del art. 86 inciso 2.º del Código Penal es ambigua y admite, al menos preliminarmente, ambas interpretaciones. Esta ambigüedad ha generado el desarrollo de dos posiciones encontradas sobre el alcance de esta norma, sosteniéndose diferentes argumentos a favor de una y otra.

---

<sup>2</sup> El voto mayoritario fue el del Ministro LORENZETTI, al que adhirieron los Ministros HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, MAQUEDA y ZAFFARONI. Votaron en disidencia los Ministros PETRACCHI y ARGIBAY, cada uno según su voto.