

SISTEMAS NORMATIVOS Y CONFLICTOS CONSTITUCIONALES: ¿ES POSIBLE APLICAR DERECHOS FUNDAMENTALES SIN PONDERAR?

Normative Systems and Constitutional Conflicts: ¿Is it Possible to
Apply Fundamental Rights Without Balancing?

Federico De Fazio*

Resumen

Este trabajo busca responder al siguiente interrogante: ¿es posible resolver conflictos entre normas constitucionales que disponen derechos fundamentales sin necesidad de ponderar? Para ello expondremos la teoría que, para los casos de conflictos constitucionales de derechos, propone reconstruir sistemas normativos. Esta teoría está representada en los trabajos de Moreso, Mendonca y Martínez Zorrilla y se presenta como una alternativa a la ponderación. Concluiremos que, si bien esta teoría puede resultar un buen complemento a la hora de formalizar las decisiones judiciales sobre asuntos constitucionales, no puede reemplazar de plano a la ponderación, pues ésta siempre subyacería latente. Ello puede vislumbrarse con claridad en los casos donde derechos sociales fundamentales pretenden validez, en cuyo contexto la ponderación se presenta como algo conceptualmente necesario.

Palabras clave

conflictos constitucionales, ponderación, derechos sociales fundamentales, teoría de los sistemas normativos, igualdad material

Abstract

This paper seeks to answer the following question: is it possible to solve fundamental rights conflicts without balancing? To answer this question we will describe the theory which, to address constitutional conflicts, proposes to reconstruct normative systems. This theory is developed in the work of Moreso, Mendon-

*Federico Leandro De Fazio. Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio L. Gioja”,
Universidad de Buenos Aires. Correspondencia: Av. Figueroa Alcorta, 2263, 1º piso, Buenos
Aires, Argentina. fldefazio@gmail.com*

* Agradezco a Laura Clérico, Leticia Vita, Jan Sieckmann, Martín Aldao, Gustavo Beade, Santiago Roldán y a los evaluadores anónimos por los comentarios y críticas a este escrito.

ISONOMÍA No. 40, abril 2014, pp. 197-226

ca and Martínez Zorrilla and presents itself as an alternative to balancing. We will conclude that, even though it might be a good complement to formalize judicial decisions on constitutional matters, it can't entirely replace balancing, which would always be present underneath. This can be clearly seen in cases where fundamental social rights claim validity, in whose context balancing proves to be conceptually necessary.

Keywords

conflicts of constitutional rights, balancing, fundamental social rights, normative systems theory, material equality

I. Introducción

Uno de los debates que actualmente llama la atención de los juristas de habla hispana, tanto aquellos pertenecientes a la teoría constitucional como a la teoría general del derecho, gira en torno a cómo deben resolverse los conflictos entre normas constitucionales que disponen derechos fundamentales.¹ En particular, quizá el interrogante que más polémicas ha suscitado se refiere a la supuesta necesidad de efectuar una *ponderación* de normas de derecho fundamental cada vez que se pretendan solucionar conflictos de este tipo.²

Por supuesto, este interrogante tendrá diferentes respuestas según la noción de “ponderación” que se tenga en mente. Por tanto, a los efectos del presente trabajo entenderemos por “ponderación” aquel procedimiento orientado por reglas que procura justificar “universabili-

¹ Existe una amplia discusión en torno a si los derechos constitucionales se encuentran o no en una relación de conflicto (Moreso, 2009; Hare, 1981; Cianciardo, 2004). Sin embargo, esa discusión excede a los propósitos del presente trabajo, al cual le bastará dar por supuesto que las normas constitucionales son pasibles de entrar en contradicción. Asimismo, y dentro de la posición conflictivista, delimitaremos nuestro campo de estudio a aquellos supuestos que se denominan “casos difíciles” y no “casos trágicos” (Atienza, 1989 y 1997; Zucca, 2011), atento a considerar que, si bien estos últimos pueden tener lugar, al resultar su porcentaje limitado, ello no implicaría una negación a la posibilidad de resolver casos de conflictos constitucionales (Martínez Zorrilla, 2011).

² Véase, por ejemplo, Moreso, 2009; Alexy, 2008; Martínez Zorrilla, 2004; Clérico, 2001; Carbonell, 2008.

zablemente”³ la precedencia condicionada de normas de derecho fundamental teniendo en cuenta las *especiales circunstancias del caso* bajo análisis.⁴ Ejemplo de una noción de la ponderación de ese estilo es la teoría de la proporcionalidad de Robert Alexy (Alexy, 2008, p. 73). Por tanto, aquella incógnita que inicialmente se marcó podría ser reformulada en los siguientes términos: ¿pueden resolverse los conflictos constitucionales de derechos sin necesidad de recurrir a la ponderación (con pretensión de “universabilidad”) de normas de derecho fundamental teniendo en cuenta las *especiales circunstancias del caso*?

Durante la última década, algunos autores de habla hispana han sostenido que, efectivamente, los conflictos constitucionales pueden resolverse de forma concluyente sin necesidad de ingresar en un examen de ese tipo.⁵ Ello se justifica, según su apreciación, atento a que un mo-

³ Se opta en este trabajo por el término “universabilizable” para referir a una pretensión de generalidad, *ceteris paribus*, de la decisión jurídica para los casos futuros semejantes. La “universabilidad” tiene un sentido más débil que la “universalidad”, puesto que implica una precedencia *prima facie* de la decisión anterior aunque pasible a la revisión futura del peso de los argumentos que la sostienen. En este sentido, dicha pretensión de generalidad está dada por la imparcialidad o corrección normativa de la decisión y no sólo por su emisión formal (Alexy, 2010, p. 297 y Dworkin, 2012).

⁴ Podría sostenerse que resulta una contrariedad pretender “universabilidad” de las decisiones judiciales a pesar de que las decisiones se toman teniendo en cuenta las *especiales circunstancias de los casos en concreto*. Por ejemplo, Celano ha sostenido que “nada garantiza que nuestras generalizaciones [...] no se revelen, inesperadamente, como sujetas a la necesidad de ser revisadas a la luz de circunstancias extraordinarias” (Celano, 2005, p. 116). Sin embargo, el “modelo de ponderación orientado por reglas” se presenta, precisamente, como un modelo intermedio entre aquellos modelos que no admitirían ponderación alguna, atento a considerar que las normas de derecho fundamental resolverían todos los casos armónicamente, y aquellos otros modelos que sólo permiten ponderaciones *ad hoc* o particularistas. Ninguna de estas dos posiciones ofrece una reconstrucción convincente de la práctica constitucional. La primera porque no resulta convincente sostener que diferentes derechos no puedan legítimamente pretender validez para un mismo supuesto, sobre todo teniendo en cuenta la indeterminación *prima facie* de los derechos fundamentales. La segunda porque ello implicaría admitir que cada ponderación comienza desde “foja cero” (Clérico, 2001, p. 151). La “ponderación orientada por reglas” (Clérico, 2001, pp. 151, 157, 247, 329, 337) supone ciertos condicionantes generales que pretenden garantizar la “universabilidad” de la cada ponderación en particular, a saber: el peso abstracto de los principios; las reglas de la argumentación práctica (reconstruidas a partir del principio de imparcialidad, que supone que cualquier otro individuo hubiera optado por la misma decisión de haber estado ante la misma circunstancia. Véase Toulmin, 1958; Habermas, 1994) y las reglas de la argumentación jurídica (como es la precedencia *prima facie* de las sentencias precedentes. Véase Alexy, 2008, p. 75).

⁵ Si nos atenemos al concepto de ponderación propuesto, notaremos que el mismo goza de una diferencia respecto a aquella idea que, por ejemplo, Moreso tiene de la ponderación.

delo de ponderación como el de Alexy implicaría una eventual deriva hacia el “particularismo”.⁶ Por tanto, consideran la posibilidad de reconstruir sistemas normativos (Alchourrón y Bulygin, 2006) a partir del reconocimiento de aquellos “casos paradigmáticos” pertinentes al problema jurídico en cuestión. Tal como lo exponen sus precursores, un ejemplo de ello resultan los casos de conflictos constitucionales entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor en el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, bien podría pensarse que dichas teorías podrían resultar insuficientes si se ponen en el contexto de conflictos constitucionales poco desarrollados o poco estables (Clérico, 2012a, p. 143)⁷ o si se tienen en cuenta las exigencias que los derechos sociales fundamentales⁸ demandan para su realización (Arango, 2005, p. 155)

Moreso entiende a la ponderación como un paso previo a la subsunción (Moreso, 2009, p. 302). Esto quiere decir que es un criterio para determinar las propiedades relevantes generales y las consecuencias normativas que luego deberán ser subsumidas al caso individual. En cambio, la noción de ponderación que aquí se sigue, y que es la sostenida por Alexy, es aquella que, si bien permite la estabilización de reglas, se estructura con miras a la corrección de la misma. Dicha corrección tiene un sentido normativo y pretende estar garantizada mediante el peso de las razones esgrimidas por los participantes en el discurso jurídico (Alexy, 2008, cap. x. III). En este sentido, la teoría ponderativa de Alexy ofrece una reconstrucción de la argumentación, representada por el examen de proporcionalidad, a los fines de precisar la corrección de la ponderación en concreto; esto es, su imparcialidad. La noción de ponderación de Moreso, en cambio, no ahonda sobre la posibilidad de establecer un procedimiento de control racional de dichas ponderaciones, sino que, contrariamente, su teoría comienza una vez dadas las ponderaciones que, según él, se presentarías como “obvias”.

⁶ Los tres autores entienden por “particularismo” a aquella concepción que supone que la corrección de una acción no está dada por su adecuación a una pauta general, sino más bien por cómo estén moldeadas las circunstancias del caso en particular que se va a analizar. Por otro lado, tampoco la corrección de la acción actual implica una ligazón para los casos futuros. Como se verá en el desarrollo del presente trabajo, Moreso, Mendonca y Martínez Zorrilla relacionan al “particularismo” con la justicia del Cadí, cuyo ámbito se encuentra fuera del control racional de tipo formal. Véase Moreso, 2009, p. 301; Mendoca, 2006, p. 55; Martínez Zorrilla, 2004, p. 222.

⁷ Señala Clérico que existen casos en donde poco se ha discutido sobre la “relevancia” de las propiedades; no todos los casos son como el *Titanic* del Tribunal Constitucional Alemán u otros casos que en más o en menos se asemejan a la doctrina del caso *New York Times vs. Sullivan* (Clérico, 2012a, p. 143). Para estos casos, la única alternativa sería la ponderación.

⁸ Nos atenemos a la definición de derechos sociales fundamentales de R. Alexy (Alexy, 2008, cap. IX. IV). Considerando su clasificación de los derechos fundamentales, Alexy se desvincula de aquellas clasificaciones basadas en los avatares de su aparición histórica por otra basada en la estructura deóntica de los derechos (Hierro, 2007, p. 203). Alexy, por tanto, entiende a los derechos sociales fundamentales como una especie particular de derechos dentro de los

Considerando esta última crítica –aquella que hace foco sobre las exigencias propias de los derechos sociales fundamentales– en el presente trabajo sostendremos la tesis de que las teorías que procuran reconstruir sistemas normativos para supuestos de conflictos constitucionales, si bien pueden resultar un invaluable aporte para la formalización de prácticas constitucionales aceptadas racionalmente, consolidadas y estables, resultan insuficientes para dar cuenta de supuestos de conflictos constitucionales donde derechos sociales fundamentales pretendan validez *prima facie*. Ello, en virtud de que su reconstrucción de reglas de argumentación juega, exclusivamente, en el plano de los “casos genéricos”, sin extender el desarrollo de la justificación al plano de los “casos individuales”; plano, este último, que resulta esencial cuando de derechos sociales fundamentales se trata, atento a la exigencia de justificar un estado de necesidad material insatisfecho (Habermas, 2010, p. 485; Arango, 2005, p. 156). Siendo así, dichas teorías podrían complementar a los modelos de ponderación mas no así sustituirlos.

Para poner a prueba dicha tesis organizaremos nuestra argumentación de la siguiente manera: primeramente, expondremos aquellas teorías que procuran reconstruir sistemas normativos para supuestos de conflictos constitucionales. Éstas se hallan representadas en los trabajos de José Juan Moreso, Daniel Mendonca y David Martínez Zorrilla (II). En segundo lugar, contrastaremos dicho material teórico con las exigencias que los derechos sociales fundamentales demandan para su realización, ilustrado a través de la utilización del caso testigo sobre “derecho a la vivienda digna” resuelto por la Corte Suprema Argentina en el año 2012 (III). Por último, enunciaremos las conclusiones a las que arribamos (IV).

II. Sistemas normativos y conflictos constitucionales de derechos: los modelos de Moreso, Mendonca y Martínez Zorrilla

El desarrollo de los Estados constitucionales de derecho en la tradición jurídico-política del mundo occidental ha traído consigo ciertas

derechos de prestación en general cuyo objeto está definido por una prestación de tipo material (Arango, 2005, p. 110).

modificaciones en las prácticas judiciales y en los desarrollos teórico-jurídicos en general (Zagrebelsky, 2009). Hoy en día, muchos juristas suelen reconocer la consolidación del llamado “proceso de constitucionalización” de tales ordenamientos jurídicos y sustentar la justificación de la “tesis de la irradiación” del derecho constitucional por sobre las ramas particulares de derecho común (Alexy, 2008, cap. X).

Esto plantea un desafío teórico concreto, a saber: teniendo en cuenta la relevancia que el derecho constitucional ha adquirido en las prácticas contemporáneas dirigidas a aplicar el derecho y la especial característica de muchas de sus disposiciones, ¿deben las normas de derecho constitucional determinarse tal como se determinarían las normas de derecho común, o más bien requieren de un proceso “interpretativo” diferente? Es precisamente la respuesta a esta incógnita lo que ha motivado nuevas controversias dentro de la teoría general del derecho en torno a la viabilidad descriptiva y práctica del positivismo jurídico metodológico.⁹

Frente a los cuestionamientos que autores no positivistas han dirigido al positivismo metodológico durante las últimas décadas,¹⁰ los juristas pertenecientes a esta última tradición han reaccionado de diferentes maneras. Por un lado, algunos, los más escépticos, han decidido considerar que las normas constitucionales que establecen derechos no pueden ser pasibles de racionalización alguna, pues al tratarse de disposiciones normativas altamente abiertas e imprecisas, la determinación tanto de las propiedades relevantes de sus supuestos de hecho como de los sujetos protegidos u obligados y del objeto del derecho, sólo puede establecerse a través de la discreción judicial¹¹ (Guibourg y Mendonca, 2004). Por el otro lado, algunos autores, menos terminantes, han preferido readaptar ciertas categorías teóricas básicas del positivismo jurídico a los fines de tornarlo permeable a las disposiciones normativas de raigambre constitucional. Según éstos, el positivismo puede dar cuenta de tales normas sin necesidad de un cambio en la política cons-

⁹ Véase Dworkin, 1986; Atienza y Ruiz Manero, 2007; Ródenas, 2009; Zagrebelsky, 2009.

¹⁰ Suele señalarse que las críticas al positivismo jurídico toman relevancia en los últimos años a partir de los trabajos de, principalmente, Dworkin y Alexy.

¹¹ Nos referimos al sentido de discreción en su sentido fuerte; es decir, aquel utilizado por Hart en *El concepto del derecho* (Hart, 1961, cap. VII).

tituyente. Un ejemplo al respecto es aquella teoría jurídica que procura reconstruir sistemas normativos para supuestos de conflictos constitucionales a partir de la definición de un problema normativo en concreto y de los casos que resulten “paradigmáticos” a éste. Dicha teoría se halla personificada, actualmente, en los trabajos de Moreso, Mendonca y Martínez Zorrilla¹² y se presenta a sí misma como una alternativa a la ponderación, tal como la hemos definido en la introducción del presente trabajo.¹³

El primero de ellos, Moreso, reconoce que la “regla de reconocimiento”, tal como Hart la ha concebido, no obsta a que puedan ser identificadas, mediante ella, normas excesivamente amplias o pautas con contenido moral¹⁴ (Moreso, 2009, p. 186). Asimismo afirma que, sin perjuicio de la vaguedad o amplitud de este tipo de normas, ello no necesariamente implica una deriva hacia la “discreción judicial” en su sentido fuerte, pues teniendo en cuenta la órbita de la norma constitucional bajo análisis existirían ciertos casos que resultarían “claros” respecto a su aplicación (Moreso, 2009, p. 192). Según su visión, este tipo de casos –que podrán ser tanto hipotéticos como reales– serán considerados como “casos paradigmáticos”, toda vez que encuadran perfectamente en el núcleo de significado de la norma y que se presentarían

¹² Hay ciertos matices que diferencian a los trabajos de Moreso y Mendonca de los trabajos de Martínez Zorrilla. En particular, las diferencias estriban en cómo conciben, normativamente hablando, a la posibilidad de argumentar en torno a la “tesis de relevancia” para la identificación de propiedades relevantes y en cómo reconstruyen los casos paradigmáticos. En este último aspecto, Martínez Zorrilla se distancia un poco de la teoría de Alchourrón y Bulygin, para acercarse mucho más a un modelo de tipo “coherentista” mediado a través de la obra de Susan Hurley.

¹³ Como ya se ha sugerido en una cita anterior, los tres autores están de acuerdo en que la referencia de las teorías de la ponderación, como la de Alexy, hacen a las *especiales circunstancias del caso* implica una avocación hacia el particularismo o algo similar a una ponderación *ad hoc*. Véase Moreso, 2009, p. 301; Mendonca, 2006, p. 55 y Martínez Zorrilla, 2004, p. 220.

¹⁴ Aquí Moreso, citando a Genaro Carrió, toma posición acerca de qué debe entenderse por un “sistema de reglas”. Una noción estrecha del mismo, implicaría aceptar sólo aquellas disposiciones que establezcan definiciones jurídicas precisas. Aquí se ubicarían aquellos autores de la tradición positivista metodológica que se mantienen escépticos a la posibilidad de racionalizar normas constitucionales. Una noción amplia del mismo, sería aquella que sí es sostenida por Hart, sobre todo en su postscript, y que refiere a todas las normas que sean admitidas formalmente por la regla de reconocimiento (Carrió, 1994, p. 321)

como “obvios” a nuestras “intuiciones más sólidas”¹⁵ (Moreso, 2009, p. 289).

Sin embargo, admitir ello no implica, según Moreso, negar los problemas lingüísticos que tales disposiciones plantean. En efecto, debido a la amplitud de dichas disposiciones, las cuales comparten todas un mismo nivel jerárquico, pueden presentarse supuestos donde dos o más de estas normas constitucionales pretendan validez para un mismo caso. Es, precisamente, allí donde se presenta un conflicto constitucional. Según Moreso, parece ilusorio sostener una posición “armonizadora” de la constitución si tenemos en cuenta la multiplicidad de casos donde se presentan tales conflictos. No obstante, ello no debería implicar que la interpretación constitucional quede librada a un “particularismo” que se defina sin ninguna pretensión de universalidad. Moreso expresamente se sitúa en una posición intermedia entre estas dos, que denominará “especificacionismo”. Entiende por “especificacionismo” aquella línea teórica orientada a establecer límites de alcance para los derechos constitucionales, mediante la determinación de los supuestos fácticos generales en donde cada uno de ellos se aplica (Moreso, 2012, p. 39).

Para la reconstrucción de tales límites, Moreso propone cinco pasos a modo de procedimiento: 1) el primero consiste en la identificación del problema normativo, entendiendo por ello lo que Alchourrón y Bulygin han llamado “Universo de Discurso” (Alchourrón y Bulygin, 2005, p. 32); 2) el segundo radica en la verificación de aquellas pautas normativas que pretenden validez *prima facie*, cuyas soluciones resultan dicotómicas; 3) el tercero se asienta en la consideración de aquellos casos, reales o hipotéticos, que resulten “paradigmáticos” respecto al ámbito normativo previamente establecido. Según Moreso, los “casos paradigmáticos” son aquellos que resuelven conflictos constitucionales sobre la materia analizada y cuyas soluciones están claramente determinadas por un consenso de fondo que las torna “obvias” a nuestras “intuiciones más sólidas” (Moreso, 2009, p. 289); 4) el cuar-

¹⁵ En este punto Moreso remite a la noción de “trasfondo” de John Searle. La certeza de sentido, según Searle, nace de un trasfondo común a la práctica lingüística. Véase Searle, 1995 y 2007.

to supone la determinación de las propiedades que resultan relevantes a ese universo de discurso y que se derivan del análisis de los “casos paradigmáticos”; 5) el quinto consiste en la inferencia de las soluciones normativas que resuelven el universo de casos relativo al universo de propiedades relevantes previamente establecido (Moreso, 2009, p. 303).

Moreso ilustra tal procedimiento mediante la evaluación de situaciones donde entran en conflicto el derecho a la libertad de información y el derecho al honor en el contexto del derecho constitucional español. Así, puede suponerse que de reconstruir los “casos paradigmáticos” que pertenezcan a ese universo de discurso obtendríamos, en principio, dos propiedades a considerar relevantes, para evaluar si la publicación de una noticia periodística/artículo periodístico viola o no el derecho al honor:

- C1: que la noticia sea de relevancia pública.
- C2: que la noticia sea veraz.

Así, puede establecerse el universo de casos posibles:

- C1 & C2
- C1 & no C2
- no C1 & C2
- no C1 & no C2

De la misma manera, puede suponerse que también se obtendrían las siguientes dos reglas:

N1: “la libertad de información está garantizada cuando las noticias son de relevancia pública y veraces”.

N2: “se prohíbe atentar contra el honor mediante el uso de información salvo cuando las noticias sean de relevancia pública y veraces”.

Tomando en consideración ello, puede determinarse que N1 correlaciona el caso 1 con la consecuencia normativa: “facultativo informar”. Y, por otro lado, la N2 correlaciona el resto de los casos (2, 3 y 4) con la consecuencia normativa: “prohibido informar”.

Ahora bien, es claro que puede cuestionarse que éstas sean las únicas propiedades relevantes; es decir, puede disputarse cuál sea la “te-

sis de relevancia” adecuada para identificarlas. Alguien podría decir que aunque una información sea de interés público y veraz, no debe ser permitida si utiliza expresiones injuriosas. Este argumento puede ser entendido como un argumento a favor del uso de un universo de propiedades más fino que el anterior. Se añade así una tercera propiedad, C3, que considera si la información contiene o no expresiones de tipo injuriosas (Moreso, 2009, p. 281). En caso de que contenga expresiones de este tipo, la información también estará prohibida (N3). Así, ahora tendríamos ocho casos elementales posibles:

- 1) C1 & C2 & C3
- 2) C1 & C2 & no C3
- 3) C1 & no C2 & no C3
- 4) C1 & no C2 & C3
- 5) no C1 & C2 & C3
- 6) no C1 & C2 & no C3
- 7) no C1 & no C2 & C3
- 8) no C1 & no C2 & no C3

De este modo, el universo de casos se ha tornado “más fino”, para resolver casos de una manera más precisa en el futuro.

Con tal ejemplo, Moreso busca demostrar que es posible resolver este tipo de conflictos sin necesidad de entrar en una ponderación en el sentido en que aquí se la entiende.¹⁶ Pues delimitando el universo de discurso de manera precisa y verificando cuáles casos resultan paradigmáticos en dicho ámbito (insistimos, reales o hipotéticos), el juez podrá reconstruir una “tesis de relevancia”.¹⁷ La “tesis de relevancia” será aquella hipótesis que mejor dé cuenta de los “casos paradigmáti-

¹⁶ En efecto, la preocupación de Moreso es realizar una ponderación a los fines de determinar una regla general estable (Moreso, 2009, p. 302). En cambio, el modelo de ponderación orientado por reglas (Clérico, 2001, cap. 3), si bien considera la potencial consolidación de una regla como producto de la ponderación, se preocupa más por aquellas reglas de la argumentación jurídica racional que den corrección a la decisión del caso (Alexy, 2008, cap. x. III; Alexy, 2010 y Clérico, 2009, cap. III). Para el esquema de la *teoría de los sistemas normativos para conflictos constitucionales* la corrección o no de la decisión es algo contingente, puesto que cada nueva ponderación que “afine” la “hipótesis de relevancia” sería meramente discrecional (en su sentido fuerte).

¹⁷ Siguiendo a Alchourrón y Bulygin se llama “tesis de relevancia” de un sistema normativos α para un UA(i) a la propiedad que identifica el conjunto de las propiedades relevantes en relación a α y UA(i) (Alchourrón y Bulygin, 2006, p. 154).

cos” verificados. Una vez reconstruida esa hipótesis el juez podrá determinar las “propiedades relevantes” de ese “universo de discurso” y, por tanto, determinar el “universo de casos genéricos” posibles. Si de acuerdo con lo establecido por la matriz que correlaciona casos genéricos con soluciones normativas se deduce que el caso individual presenta una solución determinada, entonces el juez no puede apartarse de ella. En todo caso, el juez que considere que el caso individual cuenta con una propiedad que justificaría un trato desigual o una solución diferente debe cuestionar la “tesis de relevancia” hasta entonces utilizada “afinando”, de esta manera, el “universo de propiedades relevantes” y, consecuentemente, el “universo de casos genéricos” posibles.

Por tanto, de haber acuerdo sobre la “tesis de relevancia”, el juez debe subsumir el “caso individual” que se le presenta dentro del “caso genérico” de la matriz e imputarle la consecuencia normativa que corresponde sin necesidad de entrar en un balance de razones para el caso en concreto.

Otro autor que suscribe estas mismas conclusiones es Daniel Mendonca. Si bien en otras obras se ha mostrado mucho más cercano a un positivismo metodológico de tipo escéptico (Guibourg y Mendonca, p. 2004), en un escrito dedicado al análisis de un caso de conflicto constitucional (Mendonca, 2006) ha trazado una reconstrucción de un sistema normativo específico, a los efectos de evidenciar la posibilidad de formalizar las decisiones judiciales sobre asuntos constitucionales.

El “universo de discurso” que presenta se detiene, también, sobre aquellos conflictos normativos que se suscitan entre el derecho a la información y el derecho al honor, teniendo en cuenta el ordenamiento constitucional español. Mendonca toma la noción de “casos paradigmáticos” de Moreso, para analizar precedentes jurisprudenciales proferidos por el Tribunal Constitucional Español y reconstruir, a partir de ellos,¹⁸ los criterios que pueden ser definidos como relevantes.

Destaca que, teniendo en cuenta los precedentes del derecho español, las propiedades que aparecen como relevantes son: 1) que la infor-

¹⁸ Los casos son: el caso *Parriqui* (STC 231/1988); el caso *Friedman* (STC 214/1991); el caso *García* (STC 105/1990); el caso “del arquitecto con SIDA” (STC 20/1992) y el caso “del cura de Hío” (STC 240/1992) (Mendonca, 2006, p. 70).

mación proferida sea de relevancia pública (RP); 2) que la información proferida sea veraz (V) y 3) que la información no sea injuriosa (I). Así, el “universo de propiedades” estará conformado tanto por la presencia como por la ausencia de estos tres elementos (-R, -V, -I).

En atención a estas propiedades ya definidas, es posible construir una tabla o matriz que presente gráficamente todos los casos posibles, cuyo conjunto se denomina “universo de casos” (Mendonca, 2006, p. 76). Dado que existen tres propiedades relevantes con sus respectivos complementarios, puede determinarse que tal sistema normativo cuenta con ocho combinaciones posibles; por tanto, con ocho casos genéricos posibles.

A su vez, la interpretación de las disposiciones normativas permite derivar tres reglas para resolver los diferentes casos:

Regla 1: El derecho al honor prevalece sobre el derecho a la información, si la información es injuriosa [$I/Dh > Di$];

Regla 2: El derecho al honor prevalece sobre el derecho a la información cuando la información proferida carece de relevancia pública o no es veraz, incluso aunque no sea injuriosa [$-I \cdot (-R \vee -V)/Dh > Di$];

Regla 3: El derecho a la información prevalece sobre el derecho al honor si la información tiene relevancia pública, es veraz y no es injuriosa [$R \cdot V \cdot -I/Di > Dh$].

La correlación de los casos genéricos con sus soluciones genéricas puede presentarse gráficamente de esta manera:

Universo de casos	Universo de propiedades	Regla 1	Regla 2	Regla 3
C1	+R,+V,+I	$Dh > Di$		
C2	-R,+V,+I	$Dh > Di$		
C3	+R,-V,+I	$Dh > Di$		
C4	-R,-V,+I	$Dh > Di$		
C5	+R,+V,-I			$Di > Dh$

C6	-R, +V, -I		Dh>Di	
C7	+R, -V, -I		Dh>Di	
C8	-R, -V, -I		Dh>Di	

Fuente: Mendonca, 2006, p. 81.

En el mismo sentido que Moreso, Mendonca señala que pese a tratarse de normas amplias, cuyas circunstancias de aplicación no parecen estar expresamente definidas, sí pueden establecerse ciertos parámetros de formalidad a través de la sistematización de los casos que resulten más relevantes sobre ese ámbito de discusión. Con un número suficiente de precedentes significativos, pueden deducirse cuáles son aquellas propiedades sobre las que existe un consenso acerca de su relevancia normativa y, a partir de allí, graficar el universo de casos genéricos posibles. Luego, una vez establecidos los casos e interpretadas las soluciones normativas que cada situación en abstracto tendría, podemos verificar si el “caso individual” cuenta o no con una solución y si esa solución es concluyente. Mendonca afirma que, si aceptamos esto, entonces la discrecionalidad judicial está restringida también para los casos de conflictos constitucionales, al menos para aquellos que ya cuentan con una práctica constitucional desarrollada y estable (Mendonca, 2006, p. 85).

Pero aclara Mendonca que este procedimiento no es obstáculo para que aparezcan nuevas interpretaciones acerca de cuáles son las propiedades relevantes que definen las diferentes precedencias condicionadas de los derechos en pugna. La propia práctica judicial es flexible en este sentido y la conformación de un sistema normativo completo y coherente no es obstáculo para que aparezcan futuras excepciones a las reglas (Mendonca, 2006, p. 83). Tal como lo argumentaba Moreso, nunca está clausurada la discusión en torno a la “tesis de relevancia última”, aunque, claro está, una vez definida ésta, pueden subsumirse “casos individuales” en los “casos genéricos” reconstruidos, y de esta forma asegurar la racionalidad formal de la decisión.

Martínez Zorrilla, precisamente, parte de este punto para comenzar sus teorizaciones. Desde su punto de vista, el hecho de que siempre

estén latentes futuras discusiones acerca de la “tesis de relevancia última” implica una posibilidad abierta de deriva hacia el “particularismo”. En efecto, si se acepta que las reglas pueden estar sujetas a potenciales excepciones, tal como admiten Moreso y Mendonca, entonces subsiste una imposibilidad de determinar de manera definitiva el conjunto de aquellas propiedades que resultan relevantes en un determinado “universo de discurso” (Martínez Zorrilla, 2004, p. 299). Y, atento a que el “universo de casos” es relativo al “universo de propiedades”, entonces, también será potencialmente infinito el conjunto de “casos genéricos” posibles (Martínez Zorrilla, 2004, p. 230).

Utilizando, asimismo, conceptos extraídos de la teoría de Alchourrón y Bulygin, Martínez Zorrilla entiende que en aquellos casos donde, pese a existir una solución jurídica de acuerdo con el sistema normativo reconstruido, el decisor considere que existe una propiedad en el “caso individual” lo suficientemente relevante para justificar un tratamiento diferenciado con respecto al ya determinado en el “caso genérico” al cual se adecua, nos encontramos ante un supuesto de “laguna axiológica”. No se trata, en definitiva, de una ausencia de solución sino de una solución que no se ajusta a un determinado sistema moral. La posibilidad de realizar una distinción (*distinguishing*) para esos casos aumentaría, desde su perspectiva, los niveles de discrecionalidad judicial en sentido fuerte y, por tanto, reduciría los niveles de racionalidad formal de los discursos de aplicación de normas constitucionales (Martínez Zorrilla, 2004, p. 253).

Contrariamente, él considera que es posible construir sistemas normativos absolutamente “universalistas”. Ello por motivos lógicos: pues, si consideramos que la determinación de las “propiedades relevantes” va a ser definitiva para encasillar a todos los “casos genéricos” posibles sin atender a la contingencia de los “casos individuales”, entonces en el supuesto de que el sistema normativo sea completo y coherente habrá soluciones normativas para todas las circunstancias que se presenten (Martínez Zorrilla, 2004, p. 258).

Estima que una teoría relevante para lograr dichos fines de universalidad es la “teoría coherentista” de Susan L. Hurley. La teoría de Hurley procura presentar como coherentes relaciones condicio-

nadas de razones para la acción que entran en conflicto en un caso concreto (Hurley, 1990). Para compatibilizar las relaciones entre las diferentes razones en pugna resulta preciso examinar cómo se comportan esas razones en conflicto en otros casos, reales o hipotéticos, acerca de cuya resolución existe un amplio consenso y que la autora denomina como *settled cases*¹⁹. En este sentido, la teoría de Hurley parte de una idea semejante a la que sostenían, en sus respectivos modelos, Moreso y Mendonca bajo el nombre de “casos paradigmáticos”.

Una vez determinados los *settled cases*, el núcleo del proceso deliberativo debe centrarse en la reconstrucción de una teoría que sea la que mejor dé cuenta de aquellos casos de manera coherente. En este sentido, la teoría funcionará como una hipótesis general que permitirá establecer precedencias condicionadas definitivas teniendo en cuenta las diferentes situaciones genéricas posibles.

Este proceso deliberativo consta de cinco etapas: 1) La primera etapa consiste en la especificación del problema; es decir, la identificación del conflicto normativo; 2) la segunda consiste en un examen más detenido de las razones en juego, tomando especial consideración las razones subyacentes o fundamentos de las mismas; 3) en la tercera se analizan situaciones análogas, reales o hipotéticas, en las que resulten aplicables las mismas razones que las del caso a decidir y que resulten “casos claros” basados en un amplio consenso respecto a su resolución (*settled cases*); 4) en la cuarta etapa se elaboran hipótesis teóricas acerca de los fundamentos de las soluciones de los casos seleccionados en la etapa anterior. Tales hipótesis determinarán qué propiedades son relevantes para establecer precedencias. El objetivo de esta etapa es hallar la teoría que mejor reconstruya las diferentes resoluciones de los *settled cases*; 5) en la quinta etapa, se determina la consecuencia normativa que la mejor teoría obtenida proporcionaría para el caso que

¹⁹ By a “settled” case, I mean a case which, if actual, is such that its resolution is clear to the relevant decision-maker or decision-makers, and which, if hypothetical, is such that its resolution would be clear to the relevant decision-maker or decision-makers were the case to be considered. (Hurley, 1990, p. 4). [Me refiero con la idea de caso “asentado” a esos casos que, siendo reales, su resolución se presenta como clara para el o los tomadores de decisiones o que, siendo hipotéticos, son de tal modo que su solución se presentaría clara para el o los tomadores de decisiones si ese fuera el caso a considerar]. La traducción es nuestra.

debe ser resuelto. En esta etapa, y tal como es expuesto por Mendonca, puede elaborarse una matriz o tabla que correlacione casos genéricos con soluciones genéricas (Martínez Zorrilla, 2004, p. 298).

Martínez Zorrilla considera que la teoría de Hurley resulta de vital importancia para lograr delimitar el “universo de propiedades relevantes” y, por tanto, el “universo de casos genéricos posibles”. De esta manera, y estableciendo una matriz que correlacione casos genéricos con soluciones normativas genéricas, se podrá determinar la regla para todo supuesto, evitándose así excepciones a las mismas. En definitiva, parece sostener Martínez Zorrilla, un juez no tendría justificación para crear normas teniendo soluciones ya establecidas; es decir, no podría argüir una “laguna axiológica” a los efectos de realizar una distinción, aunque la aplicación de dicha regla resulte sumamente injusta (Martínez Zorrilla, 2004, p. 258). Lo que pretende el modelo citado, continúa, “es extender las razones que fundamentan la solución de otros casos a los casos de conflictos que comparten las mismas características. En otras palabras, es una expresión de la idea de que los casos iguales deben ser tratados de la misma manera” (Martínez Zorrilla, 2004, p. 299).

A pesar de dicha conclusión, si bien es cierto que el modelo propuesto aporta considerables herramientas metodológicas para lograr buenos niveles de formalización y estabilización de los conflictos constitucionales, lo cierto es que nada en la teoría de Hurley parece indicar que no puedan aparecer nuevos casos paradigmáticos y, por tanto, nuevas teorías o hipótesis sobre ellos. La deliberación, tal como parece entenderla Hurley, nunca quedaría petrificada. Ello implica que, en el mismo sentido que lo reconocen Moreso y Mendonca, la “hipótesis de relevancia” para determinar las propiedades relevantes de los casos nunca sería definitiva; o, en otras palabras, siempre habría lugar para excepciones a las reglas que afinarían aún más los “casos genéricos”.²⁰

²⁰ En este sentido, en un reciente artículo Laura Clérico afirma que, por esta razón, hay un cierto parecido de familia entre la teoría de Moreso y la de Alexy en el punto referido a la utilización de los casos para la resolución de los conflictos de derechos y la construcción de una red de reglas resultados de la ponderación (Clérico 2001, cap. 3), pues en definitiva ninguna de las dos eliminan la posibilidad de que aparezcan nuevas ponderaciones para el mismo problema normativo (Clérico, 2012a, p. 142). Sin embargo, la diferencia específica entre ambos modelos

III. Problemas para supuestos donde derechos sociales fundamentales pretendan validez

Si comparamos los trabajos de los tres autores citados, notaremos que las similitudes son considerables. A raíz de tales similitudes, resulta sensato establecer ciertas generalizaciones que estructuren las categorías analíticas básicas de lo que podríamos denominar como *teoría de los sistemas normativos para supuestos de conflictos constitucionales de derechos*. De esta manera, puede sostenerse, a grandes rasgos, que tal teoría presenta la siguiente metodología para la resolución de dicha especie de conflictos normativos: en primer lugar, propone especificar el problema normativo a tratar, a los efectos de hacerlo manejable. En segundo lugar, sugiere la búsqueda de aquellos casos hipotéticos o reales cuyas resoluciones de las precedencias en torno al “universo de discurso” planteado resulten “paradigmáticas” u “obvias”. En tercer lugar, exige determinar las propiedades que se consideren relevantes y que emanen de los “casos paradigmáticos” hallados. En cuarto lugar, y una vez determinadas dichas propiedades, indica que debe procederse a reconstruir la totalidad de los “casos genéricos” posibles. En quinto lugar, exige la deducción de las soluciones normativas. Con estos elementos, puede conformarse una tabla o matriz que correlacione “casos genéricos” con “soluciones genéricas”, la cual una vez elaborada, y siempre que no hubiera lagunas normativas o inconsistencias, proporcionará razones concluyentes para imputar una solución normativa de un modo subsuntivo.

En este sentido, puede notarse que dicha teoría busca manejar racionalmente los conflictos de derechos fundamentales partiendo, prime-

estaría dada por cómo conciben respectivamente a la ponderación y por qué herramientas metodológicas aportan en consecuencia. Así, para Moreso las ponderaciones de las que resultan los “casos paradigmáticos” están basadas en consensos fácticos no controlables racionalmente. En cambio, Alexy entiende que las ponderaciones elevan necesariamente una pretensión de corrección que las tornaría pasibles de la crítica racional. Por ello, se esfuerza por reconstruir las reglas de argumentación racional para efectuar ponderaciones, representadas en el examen de proporcionalidad.

ro, de las significaciones convencionales²¹ atribuidas a tales disposiciones constitucionales, para recién luego reconstruir la premisa mayor, o caso genérico, correspondiente al silogismo jurídico en el que se insertará el caso individual. Sin embargo, en aquellos supuestos donde el “caso genérico” correspondiente al “caso individual” no disponga de una solución preestablecida de manera concluyente en la matriz o, asimismo, en aquellos supuestos donde se pretenda “afinar” la “tesis de relevancia”, atento a considerar que el “caso individual” cuenta con una propiedad que debería ser considerada como relevante por el sistema normativo, la teoría no contaría con herramientas conceptuales que permitan controlarlos racionalmente. Así, ante este tipo de supuestos los autores citados afirmarían que su solución sólo puede estar determinada por la discrecionalidad, en sentido fuerte, del juez.

Ahora bien, y remitiéndonos al problema planteado en la introducción del presente trabajo: ¿resulta este modelo teórico suficiente, entonces, para reemplazar a la ponderación en aquellos casos donde se presenten conflictos constitucionales de derechos? La respuesta a esta pregunta, creemos, puede evidenciarse con mayor claridad a través de la evaluación de casos de conflictos constitucionales donde pretenda validez al menos un derecho social fundamental. Pues si tenemos en cuenta que los derechos sociales fundamentales tienen por meta la igualdad material de la persona (Alexy, 2008, p. 443) y que ello implica, precisamente, la justificación de un *trato desigual* que dé razón a su precedencia, el interrogante se encamina, entonces, a dilucidar si efectivamente el mencionado enfoque teórico permite dar cuenta de los tratos desiguales justificados.

Siguiendo a Rodolfo Arango, los derechos sociales fundamentales cuentan con dos elementos básicos: 1) un elemento formal, compuesto por las normas explícitas y adscriptas de derecho fundamental y 2) un elemento material, compuesto por la comprobación de una situación de hecho que justifique apartarse del trato igual propuesto por una regla general, a los efectos de no vulnerar dicho derecho social (Arango,

²¹ La concepción teórica desde la cual parte tal teoría sería ubicable dentro de aquellas teorías que Dworkin ha calificado como atacadas por un “aguijón semántico”. Véase Dworkin, 2008, p. 44.

2005, cap. III).²² Esto supone que la argumentación, en estos supuestos, no sólo debe sustanciarse en el nivel de las normas, para justificar que el reclamante está amparado por alguna norma positiva, sino también en el nivel de las *circunstancias del caso en particular*, para justificar que existe una situación fáctica de desventaja que restringe gravemente su derecho subjetivo.

Si esto es así, podemos considerar que la clausura que la teoría de los sistemas normativos hace respecto a la consideración de los “casos individuales”, mediante la estricta determinación de “casos genéricos” bajo cuyos marcos se subsumirán aquellos, revela un “punto ciego” para este tipo de situaciones. En efecto, el intento de determinación de las precedencias entre normas constitucionales que entran en conflicto desde un ángulo exclusivamente genérico traería algunas dificultades para la completa comprensión de las exigencias que plantean los derechos sociales fundamentales. Ello, toda vez que, en tales supuestos, el escrutinio en torno a la suficiencia de las políticas públicas (o normas de derecho común) requiere no sólo analizar argumentos en abstracto, como el mayor o menor nivel de beneficiarios y la calidad de las mismas, sino también argumentos en concreto, esto es: la suficiencia de la política general para satisfacer del derecho social fundamental del reclamante²³ (Clérico, 2001, cap. IV). Ilustraremos esta tesis a través de un caso testigo.

En el año 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, CSJN) tuvo que resolver una acción de amparo²⁴ interpuesta por la señora “Q. C. S. Y.”, por derecho propio y en representación

²² Si nos posicionamos desde la perspectiva del reclamante de un derecho social fundamental, todo aquel que pretenda justificar una posición jurídica basada en un derecho social fundamental deberá demostrar que se encuentra en una situación de hecho apremiante y que el trato igual (ya sea por omisión o insuficiencia) le traería aparejado daños irreparables a sus derechos (Arango, 2005, p. 189).

²³ En este sentido, Clérico ha afirmado que el examen de proporcionalidad de Alexy debe ser un tanto diferente para casos de insuficiencia u omisión, atento a la característica de los derechos de prestación. Así, entiende que el examen de idoneidad deben tener una doble exigencia que estará compuesta por: a) la medida del fomento en abstracto y b) la medida del fomento en concreto, lo cuál incidirá sobre las consideraciones del medio menos lesivo y sobre el peso de los principios en pugna. Véase Clérico, 2009, p. 333.

²⁴ CSJN (2012): “Q. C. S. Y. c/ GCABA s/ amparo”. Disponible en <<http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumentos&id=14838>>.

de su hijo menor “Q. C. J.” –quien sufre una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva– en la que reclamaba al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCABA) el acceso a una vivienda familiar que garantizara tanto su derecho a la “vivienda digna”, como sus derechos a la “salud”, “integridad física” y que favoreciera, del mismo modo, el “interés superior del niño” y la “integridad familiar”. La amparista llegaba a la CSJN luego de presentar un recurso en queja por el fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, TSJ). En dicho fallo el TSJ había revocado la sentencia de los tribunales de primera y segunda instancia en lo Contencioso Administrativo, que habían garantizado el “derecho a la vivienda” de la actora, invocando el precedente “Alba Quintana”.²⁵ Allí se argumentó que el Estado había reglamentado tal situación mediante las distintas normativas específicas, dando cumplimiento, de esta manera, al mínimo exigido por el “derecho a la vivienda digna”. Tal regulación se proponía cubrir todos los casos de personas en situación de calle a través de: 1) un subsidio mensual por única vez y tiempo limitado (según Dec. 690/06, Mod. Por Dec. 960/08); 2) un préstamo para la adquisición de una vivienda para habitantes que demuestren un ingreso mínimo de 2.000 pesos argentinos y 3) la disposición de camas en albergues públicos y privados. Toda vez que la Sra. “Q. C. S. Y.” ya había recibido el subsidio por única vez correspondiente y no contaba con el ingreso mínimo de \$ 2.000, su derecho, de ahí en más y según ese entendimiento, se limitaba a la garantía de un espacio disponible en alguno de los albergues habilitados.

El amparo ante la CSJN, precisamente, planteó la inconstitucionalidad por insuficiencia de estas políticas públicas regulatorias del derecho a la vivienda por parte del GCABA. En efecto, el argumento sostenía que: 1) en primer lugar, el subsidio resultaba insuficiente por dos razones: por un lado, su monto era inferior a lo necesario para el alqui-

²⁵ STJ (2010): “Quizberth Castro, Sonia Yolanda c/ GCABA s/ amparo (art. 14 GCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”. Disponible en <<http://jurisprudencia.tsjbaires.gob.ar/jurisprudencia/resultadoBusqueda.asp#>>.

STJ (2010): “Alba Quintana, Pablo c/ GCABA y otros s/ amparo (art. 14 GCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”. Disponible en <<http://jurisprudencia.tsjbaires.gob.ar/jurisprudencia/resultadoBusqueda.asp#>>.

ler de una vivienda que atendiera a los requerimientos de la actora y, por el otro, el tiempo de su duración era limitado (máximo diez meses). 2) En segundo lugar, la señora “Q. C. S. Y.” no podía acceder al crédito de vivienda propuesto por GCABA porque no disponía ni podría disponer del ingreso mínimo exigido: “Q. C. S. Y.” ocupaba todo su tiempo en el cuidado de su hijo, lo que le imposibilitaba dedicar ese tiempo en un trabajo remunerado. 3) En tercer lugar, los albergues públicos y privados disponen de camas a compartir en diferentes horarios rotativos y sus pabellones se dividen por razones de género y edad. Esta situación significaba que “Q. C. S. Y.” debía separarse de su hijo al momento de ingresar a cualquiera de los albergues.

La CSJN, finalmente, opta por revocar la sentencia del TSJ y reconocer la vulneración de los derechos fundamentales que “Q. C. S. Y.” exigía, estableciendo una obligación en cabeza del Estado local a garantizarle el acceso a la vivienda. De este modo, debido a las *especiales circunstancias del caso* (madre sola, sin empleo, cuyo hijo padece una discapacidad grave) la CSJN decide apartar a “Q. C. S. Y.” de las reglas generales dictadas por los poderes estatales de la Ciudad de Buenos Aires y otorgarle un trato diferenciado que se justifica por la restricción grave de su derecho constitucional a la “vivienda digna”.

Ahora bien, ¿qué herramientas nos proporciona la teoría de los sistemas normativos para reconstruir este último fallo en particular? Supongamos por un momento que la CSJN se hubiera valido de dicha teoría para resolver el amparo. ¿Cómo hubiera procedido? En este sentido, la reconstrucción hubiera sido, en más o en menos, la siguiente: una vez definido el problema normativo de conflicto entre las normas constitucionales sobre “vivienda digna” y las normas constitucionales referidas a la “división de poderes” y a la “democracia representativa”, la CSJN hubiera debido determinar cuáles resultan ser los “casos paradigmáticos” y, posteriormente, cuáles resultan ser las propiedades que surjan como relevantes en éstos.²⁶ De esta forma, de haberse detenido la CSJN, exclusivamente, en las regulaciones del GCABA y en los precedentes

²⁶ Para un análisis detallado de cuáles son las regulaciones específicas y los precedentes en la materia de donde se extraen las propiedades relevantes, véase: Asesoría General Tutelar, 2011; CELS, 2008; Clérico, 2012b.

del STJ y de la propia CSJN (hasta entonces considerados como “casos paradigmáticos”), llegaríamos al acuerdo de que las “propiedades relevantes” a tomar en consideración para dicho “universo de discurso” hubieran sido las siguientes: (1) que el solicitante se encuentre en “situación de calle” (ST); (2) que el solicitante demuestre que no puede solventar una vivienda con recursos propios debido a su situación de “pobreza crítica” (PC); (3) que el solicitante no hubiese recibido previamente el subsidio temporal y por única vez establecido por el decreto 690/06 (-RS).

A partir de la presencia o ausencia de estas condiciones la CSJN hubiera podido reconstruir el “universo de casos” posibles. En efecto, teniendo en cuenta que se trata de tres propiedades relevantes puede inferirse que sólo podrían considerarse ocho “casos genéricos” posibles.

Además de ello, de la interpretación de las disposiciones normativas señaladas se hubiera llegado a la conclusión de que existen tres reglas genéricas que establecen soluciones normativas diferentes para una misma “acción”²⁷ (en este caso, la obligación de otorgar un subsidio mensual para alcanzar una cobertura de vivienda –p–).

Una primera regla (Regla 1) estipularía que el Estado se halla obligado a otorgar un subsidio por vivienda cuando el solicitante se encuentre en situación de calle, no pueda solventarse una vivienda con recursos propios debido a su situación de pobreza crítica y no hubiera recibido dicho subsidio anteriormente (+ST . +PC . -RS/Op).

Una segunda regla (Regla 2) estipularía que el Estado no se halla obligado a otorgar un subsidio por vivienda, aunque sí a brindar “abrigo” mediante la disponibilidad de albergues públicos o privados, en aquellos casos en que si bien el solicitante se encuentra en situación de calle y se halla ante una situación de pobreza crítica, hubiera ya recibido dicho subsidio con anterioridad (+ST . +PC . +RS/-Op).

Y, por último, una tercera regla (Regla 3) estipularía que el Estado no se halla obligado a otorgar un subsidio por vivienda ni tampoco a brindar “abrigo” mediante la disponibilidad de albergues públicos o

²⁷ Aquí nos referimos a “acción” en el sentido que lo hacen Alchourrón y Bulygin. *Cfr.* Alchourrón y Bulygin, 2006, p. 154.

privados, en aquellos casos en que el solicitante no se encuentre en situación de calle o no se halle ante una situación de pobreza crítica (-ST v -PC/-Op).

Determinados los casos genéricos y las soluciones genéricas, la tabla o matriz que correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas sería la siguiente:

Universo de casos	Universo de propiedades	Regla 1	Regla 2	Regla 3
C1	+ST, +PC, +RS		-Op	
C2	-ST, +PC, +RS			-Op
C3	+ST, -PC, +RS			-Op
C4	+ST, +PC, -RS	Op		
C5	-ST, -PC, +RS			-Op
C6	-ST, +PC, -RS			-Op
C7	+ST, -PS, -RS			-Op
C8	-ST, -PC, -RS			-Op

Fuente: elaboración propia

Como surge de la matriz, la Regla 1 solucionaría el caso 4, la Regla 2 el caso 1 y la Regla 3 los casos 2, 3, 5, 6, 7 y 8. El sistema normativo resultaría completo, coherente e independiente.

De acuerdo con esta reconstrucción, el derecho a la vivienda quedaría delimitado en estos términos: en aquellos casos donde se presente una persona en situación de calle, bajo condiciones de pobreza críticas y que no hubiera recibido el subsidio dispuesto por el decreto 690/06, el Estado local estará obligado a otorgar el subsidio mensual de \$450, por única vez, durante un plazo de como mínimo 4 meses y como máximo de 10 meses. En aquellos casos donde se presente una persona en situación de calle y bajo condiciones de po-

breza críticas pero que ya hubiera recibido tal subsidio con anterioridad, el Estado no estará obligado a otorgar el subsidio aunque sí deberá brindar de un “abrigo”; es decir, la disponibilidad en algún albergue público o privado. Por último, en aquellos casos donde se presente una persona que no se encuentra en situación de calle ni se halla ante una situación de pobreza crítica, el Estado no estará obligado ni a otorgar el subsidio ni a un lugar en algún albergue.

Así, y una vez reconstruido el sistema normativo: ¿dónde debería subsumirse el caso de “Q. C. S. Y”? Si verificamos los hechos del caso y los comparamos con las propiedades relevantes previamente definidas, notaremos que tanto “Q. C. S. Y.” como su hijo con una discapacidad severa se encontraban en “situación de calle” (+ST)²⁸ y ante una situación de pobreza crítica (+PC), pero ya habían recibido del subsidio durante el plazo máximo de diez meses (+RS). Ello ubicaría al “caso individual” de “Q. C. S. Y.” en el “caso genérico 1”, cuya consecuencia normativa es la “Regla 2”, la cual dispone que el Estado no se halla obligado a proporcionarle el subsidio aunque sí el “abrigo” que suministran los albergues (-Op).

Sin embargo, la CSJN ha optado por una solución distinta a la propuesta por la matriz, basando su justificación en la insuficiencia de la misma. En definitiva, la CSJN se apartó de dicha reconstrucción toda vez que consideró que un tratamiento igual al resto de los damnificados por problemas habitacionales hubiera significado una restricción grave al derecho de “Q. C. S. Y” y su hijo. Precisamente, para llegar a esa solución la CSJN debió valerse de una *nueva ponderación*.

La *teoría de los sistemas normativos para supuestos de conflictos constitucionales*, en este sentido, bien podría admitir que estas nuevas ponderaciones se presenten, mas no podría dar cuenta de ellas. Pues, como ya se dijo, sus esfuerzos no se concentran en la reconstrucción de reglas de argumentación en el plano de los “casos individuales”. La aparición de estas nuevas ponderaciones no tendría otra explicación que la de un acto de discreción judicial, en sentido fuerte, de tipo no-racional; ello, sin perjuicio de que estas nuevas ponderaciones puedan

²⁸ De no ser porque las instancias habían dado lugar a la medida cautelar que mantenía el subsidio, la actora volvería a la situación de calle.

convertirse en nuevos “casos paradigmáticos” para el futuro. Si esto es así, entonces, sólo una *teoría de la ponderación* podría cubrir este aspecto no tratado que resulta un elemento esencial para la aplicación de derechos sociales fundamentales.

Los autores que defienden esta teoría rápidamente nos contra-argumentarían que perfectamente un tribunal puede decidir de una manera diferente a cómo se venía decidiendo anteriormente, a través de la puesta en cuestión de la “tesis de relevancia” y la reconstrucción de un “universo de casos genéricos” más fino (Moreso, 2009, p. 281). Pero tal contra-argumentación no cubre sus déficits para aquellos supuestos como el propuesto en este trabajo. Ello por dos razones principales: (1) la puesta en cuestión de la “tesis de relevancia”, a través del señalamiento de una propiedad de relevancia no tenida en cuenta por el “universo de propiedades relevantes” que para el “caso individual” resultaría de importancia (*distinguishing*), es, ni más ni menos, una *ponderación*. Ello, de hecho, lo suscribirían tanto Moreso como Mendonca.²⁹ No así Martínez Zorrilla.³⁰ De aquí que presente cierta ambigüedad aquella afirmación que sostiene que los conflictos constitucionales pueden resolverse sin necesidad de ponderar, pues, en el fondo, la *ponderación* siempre estaría latente y sujeta a posibles revisiones de los argumentos que la sostienen (Sieckmann, 2011). (2) En segundo lugar, aunque un tribunal haya puesto en cuestión la “tesis de relevancia” del “universo de discurso”, de acuerdo con la teoría de los sistemas normativos la argumentación seguirá jugando exclusivamente en el plano de los “casos genéricos”, dificultando, así, la posibilidad de dar cuenta de aquella dimensión material de los derechos sociales fundamentales, esto es: *las especiales circunstancias del caso*. Como ya se

²⁹ Moreso sostiene que el modelo de la reconstrucción de sistemas normativos a través de “casos paradigmáticos” combina tanto herramientas de la ponderación como de la subsunción. Ello toda vez que la ponderación se presenta al momento de reconstruir los “casos paradigmáticos” y la subsunción una vez elaborada la matriz (Moreso, 2009, p. 302). Mendonca, por su parte, también admite que pueden aparecer nuevas interpretaciones debido a la flexibilidad de la actividad jurisdiccional, más éstas no podrían ser controladas racionalmente o sometidas a un control de corrección (Mendonca, 2006, p. 83).

³⁰ Martínez Zorrilla crítica a Moreso y a Mendonca, puesto que si admitimos que puede haber nuevas consideraciones sobre la “tesis de relevancia” entonces el particularismo se torna plausible (Martínez Zorrilla, 2004, p. 230). Para él, nunca estaría justificada una nueva ponderación puesto que contravendría al principio de igualdad formal ante la ley.

sugirió más arriba, el hecho de que el “caso individual” deba ser encorsetado en el “caso genérico” previamente determinado resulta un serio déficit epistémico a la hora de comprender la restricción de derechos sociales fundamentales.

En este sentido, si bien la teoría de los sistemas normativos puede resultar de suma utilidad a los efectos formalizar casos de conflictos constitucionales cuyas ponderaciones cuenten con una práctica constitucional aceptada racionalmente, desarrollada y estable (como casos de conflictos entre la libertad de expresión y el derecho al honor), su reconstrucción no sería suficiente para reemplazar a la *ponderación*. En todo caso, dicha teoría sirve para enriquecer o complementar a una parte del modelo de la ponderación que se halla representado en aquello que Alexy ha denominado como “red de reglas producto de las ponderaciones” (Alexy, 2008, p. 495; Clérico, 2012a, p. 143). Esto queda particularmente demostrado a la hora de analizar derechos sociales fundamentales. Las exigencias que tales derechos demandan, como consecuencia directa de los principios de igualdad material y de trato desigual justificado, hacen que la ponderación, como modo de resolver conflictos constitucionales, resulte en ellos algo conceptualmente necesario.

IV. Conclusiones

El interrogante que se había planteado al inicio del presente trabajo versaba sobre si resulta o no necesario un modelo de ponderación a la hora de resolver conflictos constitucionales de derechos. De acuerdo con lo argumentado, nuestra respuesta es positiva y ello puede vislumbrarse especialmente cuando se presentan casos donde derechos sociales fundamentales pretenden aplicación.

Para demostrar esa hipótesis consideramos una de las teorías que entiende que pueden resolverse los conflictos constitucionales sin necesidad de entrar en una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias de “caso individual”. La teoría expuesta ha sido aquella que intenta reconstruir sistemas normativos a través de la consideración

de los “casos paradigmáticos” aceptados para el problema normativo planteado. Sin embargo, como pudo ilustrarse a través de la presentación de un caso testigo referido a un derecho social fundamental, el hecho de que estas teorías sean ciegas a la argumentación en el plano del “caso individual” resulta un déficit para dar cuenta en forma acabada de tales derechos. Si se quiere, la mejor versión de éstas teorías se presentaría ante supuestos donde las ponderaciones que subyacen a las precedencias de los derechos en conflicto se hallen aceptadas y consolidadas (inclusive, porqué no, frente a casos de conflictos donde se presente al menos un derecho social fundamental). Sin embargo, las propias exigencias de los derechos sociales fundamentales no permitirían abandonar de plano la *ponderación*; pues ésta resulta un desprendimiento conceptual de aquellos, en función de la importancia que adquieren las *especiales circunstancias del caso* a los fines de justificar un trato diferenciado que evite una restricción excesiva del derecho.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, 2002: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, 2006: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea.
- Alexy, Robert, 2008: *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2009: “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”. *Doxa. Revista de Filosofía del Derecho*, núm. 32, traducción de Daniel Oliver-Lalana.
- 2010: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima, Palestra, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo.
- Arango, Rodolfo, 2005: *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Legis.
- Asesoría General Tutelar, 2010: *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*. Buenos Aires, Eudeba.

- Atienza, Manuel, 1989: "Sobre lo razonable en el derecho". *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, Madrid, pp. 93-110.
- 1997: "Los límites de la interpretación judicial. De nuevo sobre los casos trágicos". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, México, pp. 7-30.
- y Ruiz Manero, Juan, 2007: "Dejemos atrás el positivismo jurídico". *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 27, México, pp.7-28.
- Baldassarre, Antonio, 2001: *Los derechos sociales*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, traducción de Santiago Perea Latorre.
- Bernal Pulido, Carlos, 2004: "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a '¿Existen derechos sociales?' de Fernando Atria". *Discusiones*, núm. 4, Córdoba, pp. 99-144.
- Bobbio, Norberto, 1965: *El problema del positivismo jurídico*. Buenos Aires, Eudeba, traducción de E. Garzón Valdés.
- Carbonell, Miguel (comp.), 2009: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta.
- y García Jaramillo, Leonardo, 2011: *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Carrió, Genaro, 1994: *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Celano, Bruno, 2005: "¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?". *Discusiones*, núm. 5, Bahía Blanca, pp. 101-128.
- CELS, 2008: *Derechos humanos en argentina. Informe 2008*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Cianciardo, Juan, 2004: *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires, Ábaco.
- Clérico, Laura, 2001: *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*. Baden-Baden, Nomos. (Versión en castellano, Clérico, Laura, 2009: *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires, Eudeba).
- 2012a: "Sobre "casos" y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?". *Isonomía*, núm. 37, México, pp. 113-145.

SISTEMAS NORMATIVOS Y CONFLICTOS CONSTITUCIONALES: 225

- 2012b: “Sobre la insuficiencia desde el prisma de la igualdad real, pista para evaluar una violación del derecho a la vivienda”. *Jurisprudencia Argentina*. Abeledo-Perrot, 4/7/2012.
- Dworkin, Ronald, 1984: *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, traducción de Marta Guastavino.
- 2008: *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa, traducción de Claudia Ferrari.
- 2012: “¿En qué se parece el derecho a la literatura?”, en Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*. Buenos Aires, Siglo XXI, traducción de Victoria Boschioli.
- Günther, Klaus, 1995: “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”. *Doxa. Revista de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, Alicante, traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo.
- Habermas, Jürgen, 1988: “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”. *Doxa. Revista de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Alicante, pp. 21-45.
- 1994: *Conciencia moral y acción comunicativa*. Buenos Aires, Planeta-Agostini, traducción de Ramón García Cotarelo.
- 1999: *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*, t. II. Madrid, Taurus.
- 2010: *Facticidad y validez, sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid, Trotta, traducción de Manuel Jiménez Redondo.
- Hare, Richard, 1981: *Moral Thinking. Its levels, methods and points*. Oxford, Clarendon Press.
- Hart, Herbert L. A., 1961: *El concepto del derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, traducción de Genaro Carrió.
- Hierro, Liborio, 2007: “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy”, en Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*. México, Fontamara.
- Hurley, Susan L., 1990: “Coherence, hypothetical cases and precedent”. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, pp. 221-251.
- Martínez Zorrilla, David, 2004: *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Pompeu Fabra.

ISONOMÍA No. 40, abril 2014, pp. 197-226

- 2009: “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86. Madrid, pp. 119-144.
- Mendonca, Daniel, 2006: *Los derechos en juego, conflicto y balance de derechos*. Madrid, Tecnos.
- y Guibourg, Ricardo, 2004: *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*. Barcelona, Marcial Pons.
- Moreso, José Juan, 2009: *Constitución, Modelo para armar*. Barcelona, Marcial Pons.
- 2012: “Ways of solving constitutional Rights, proportionality and specificationism”. *Ratio Juris*, vol. 25, núm. 1, marzo de 2012, pp. 31-46.
- Ródenas, Ángeles, 2003: “¿Qué queda del positivismo jurídico?”. *Doxa, Revista de Filosofía del Derecho*, núm. 26, Alicante.
- Searle, John, 1995: *La construcción de la realidad social*. Buenos Aires, Paidós.
- 2007: *Actos del habla*. Madrid, Cátedra.
- Sieckmann, Jan, 2006: *El modelo de los principios de derecho*. Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, traducción de Carlos Bernal Pulido.
- 2011: “Los derechos fundamentales como principios”, en Sieckmann, Jan (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Barcelona, Marcial-Pons.
- Toulmin, Stephen, 1958: *The uses of arguments*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Zagrebelsky, Gustavo, 2009: *El derecho dúctil*. Madrid, Trotta.
- Zucca, Lorenzo; Martínez Zorrilla, David; Lariguet, Guillermo y Álvarez, Silvina, 2011: *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*. Madrid, Marcial Pons.

Recepción: 16/05/2013

Revisión: 27/06/2013

Aceptación: 26/07/2013