

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: UN CAMBIO DE  
PARADIGMA DEL DERECHO: JUSTIFICACIÓN A TRAVÉS DE LA  
HERMENÉUTICA JURÍDICA**

Carlos Ignacio Giuffré\*

**RESUMEN:** *Este trabajo tiene por objeto fundamentar que la potestad de los tribunales de ejercer el control de constitucionalidad de oficio –tal como lo habilita la reciente jurisprudencia– presupone y reafirma un cambio de paradigma en la concepción del derecho, pues implica la asunción de una teoría iusfilosófica que lo conciba no ya como algo dogmático y dado en la ley, sino como práctica social, como algo vivo, en permanente constitución y menesteroso de la actividad del juez: haciéndose en el proceso de interpretación y aplicación; tal como lo sostiene la hermenéutica filosófica.*

**ABSTRACT:** *This work aims to establish that the power of the courts to exercise judicial review ex officio –such as the recent jurisprudence– presupposes and reinforces a paradigm shift in the concept of law, because it involves the assumption of a jusphilosophical theory no longer conceived as something dogmatic and given in the law, but as a social practice, as a living thing, in a permanent constitution and needy of the activity of the judge, becoming in the process of interpretation and application; as stated in philosophical hermeneutics.*

**PALABRAS CLAVES:** *Control de constitucionalidad de oficio – Hermenéutica filosófica – Teorías jurídicas – Interpretación del derecho – Constitucionalismo dialógico.*

**KEYWORDS:** *Judicial review ex officio – Philosophical hermeneutics – Legal Theory – Interpretation of law – Dialogical constitutionalism.*

---

\* Abogado por la Universidad de Mendoza. Especialización en Derecho Constitucional –en curso– en la UCA. Profesor Adscripto de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Mendoza. Secretario de Asuntos Constitucionales y Convencionales de Xumek – Asociación para la promoción y protección de los Derechos Humanos. Correo electrónico: ignaciogiuffre@hotmail.com

## I. INTRODUCCIÓN

La cuestión en torno a la potestad de ejercer el control de constitucionalidad de normas por parte del Poder Judicial va de la mano de la concepción iusfilosófica que se adopte. Así, el reconocimiento o no de tal atribución judicial y su alcance -de oficio o a petición de parte- dependerá de la adscripción al positivismo, el iusnaturalismo o la hermenéutica jurídica.

Dado que la posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual el control de constitucionalidad solo procede “a petición de parte”<sup>1</sup> ha quedado atrás para dar lugar a aquella que lo admite “aun de oficio”<sup>2</sup>, el objeto de este trabajo, será entonces, ofrecer una fundamentación de tal potestad que vaya más allá del acotado argumento que se sustentó en el reciente fallo “Rodríguez Pereyra”. En el cual solo se sostuvo que: la Constitución no lo prohíbe y que puesto que la Corte Interamericana obliga a los tribunales nacionales a ejercer un control de convencionalidad de oficio<sup>3</sup>, sería un contrasentido que no se los habilite para practicar un control de constitucionalidad con el mismo alcance.

La ampliación de tal potestad se hinca en un contexto en el cual se habla de un cambio en el paradigma del derecho que deja atrás aquel prototipo del “juez que es voz de la ley” como señalaba Montesquieu. Así, Woodrow Wilson expresaba que “la Corte es una convención constituyente en permanente actividad”. Ello, a punto tal, que según Lenio Luiz Streck, se vislumbra un crecimiento de la jurisdicción frente al Poder Legislativo, por la imposibilidad de la ley de poder prever todas las hipótesis de aplicación.

Luego de este exordio, se ha de señalar la tesis del presente trabajo: la idea de que los tribunales puedan ejercer el control de constitucionalidad con mayor amplitud -tal como lo sostiene la reciente jurisprudencia- presupone y reafirma un cambio de paradigma en la concepción del derecho, pues implica la asunción de una teoría iusfilosófica que lo conciba no ya como algo dogmático y dado en la ley, sino como práctica social, como algo vivo, como algo en permanente constitución y menesteroso de la actividad del juez: haciéndose en el proceso de interpretación y aplicación.

---

<sup>1</sup> CSJN, fallos: 190:142, *Ganadera Los Lagos S. A. c/ Gobierno Nacional s/ nulidad de decreto*. 30/06/1941.

<sup>2</sup> CSJN, fallos: *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*. 27/09/2012.

<sup>3</sup> CIDH, fallos: *Trabajadores cesados del Congreso c/ Gobierno de Perú*.

En cuanto a la estructura, primero se describirán las notas principales del iusnaturalismo y del positivismo a fin de señalar su impotencia para justificar la ampliación de dicha potestad y para explicar este cambio de paradigma, luego se hará una descripción de las notas de la hermenéutica jurídica, después se fundamentará por qué ella es la más adecuada para explicar este cambio de paradigma y justificar la mentada potestad, finalmente se termina con unas consideraciones finales.

## II. MÁS ALLÁ DEL IUSNATURALISMO Y DEL POSITIVISMO

Durante siglos, los paradigmas naturalistas y positivistas han combatido mutuamente. Ambos se diferencian en la concepción del fundamento del ser y la validez del derecho: para el primero, reside en la naturaleza humana o de las cosas; para el segundo, en la voluntad del legislador. Para el primero, una norma es válida cuando es justa; para el segundo, lo justo es lo que dice la ley. Sin embargo, se asemejan en los siguientes puntos:

### 1. *La noción de derecho que sostienen*

Ven a éste como algo “cosificado, rígido y establecido a priori; por un lado, la naturaleza; por otro, la ley”<sup>4</sup>. Expresado de otro modo, “lo que aúna a estas dos teorías consiste en la tendencia de identificar al derecho con un objeto: normas, hechos, valores se presentan como realidades ya constituidas que prescinden de la intervención del intérprete o independientemente de las actitudes de los sujetos. Lo que viene desatendido es la dimensión práctica del derecho”<sup>5</sup>.

### 2. *El modo de concebir el proceso de determinación del derecho*

Creen en la subsunción, que “exige deducir las decisiones jurídicas de normas procediendo de forma deductiva, sin recurrir a la experiencia. Para el derecho natural, este razonamiento de subsunción ha de inferir de principios éticos-jurídicos absolutos las decisiones jurídicas concretas. Para el positivismo, dichas decisiones han de ser deducidas de las leyes”<sup>6</sup>. Queda, pues, de relieve cómo estas posiciones soslayan la insuficiencia de

---

<sup>4</sup> KAUFFMANN, Arthur (2006): “*Hermenéutica y derecho*”, Ed. Comares, Granada, pp. 91-92.

<sup>5</sup> VIOLA Francesco y ZACCARIA Giuseppe (2007): “*Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*”, Ed. Dykinson, Madrid, p. 49.

<sup>6</sup> KAUFFMANN (2006): p. 92.

la ley para fijar el derecho, ya que según ellas el deber del juez estaría limitado a aplicar la ley.

### 3. *La idea de un sistema “cerrado” y “estático” de normas*

Pretenden que el legislador pueda normativizar acabadamente la totalidad de lo real sin lagunas y, a la vez, con normas de interpretación estática. De este modo, eluden el continuo proceso de transformación de lo vigente en la vida social y que, bajo tales condiciones, el juez ejerce una función de mediación, pues intenta adaptar las normas al presente jurídico que se recrea incesantemente. En tal sentido se expresa que “una ley no pide ser entendida históricamente. Esto implica que, si ella ha de ser entendida adecuadamente, debe ser comprendida en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva y distinta”<sup>7</sup>.

### 4. *Teoría de la interpretación*

Consideran que “pueda haber interpretaciones pasivas, es decir, de tal naturaleza que no pongan en juego la personalidad del intérprete”<sup>8</sup>. Lo que lleva a una “acentuación del carácter gnoseológico de la interpretación (como proceso que busca la comprensión auténtica de un texto normativo, en función de encontrar y sucesivamente aplicar correctamente la norma misma)”<sup>9</sup>. Y, a la vez, sostienen que hay una única interpretación justa.

Después de todo, se colige que de este combate de los paradigmas positivistas y naturalistas no ha salido un vencedor, pero sí dos vencidos. Hoy, como se pretenderá señalar en los próximos acápites, la superación de estas aporías se encuentra en la hermenéutica jurídica.

---

<sup>7</sup> GADAMER, Hans Georg (2002): “*Verdad y método*”. Tomo 1. Ed. Salamanca, p. 380.

<sup>8</sup> D’AGOSTINO, Francesco (2008): “*Hermenéutica y derecho natural*”, En: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Las razones del derecho natural; perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ed. Ábaco, segunda edición, pp. 346-347.

<sup>9</sup> D’AGOSTINO, Francesco (2008): pp. 346-347.

### III. PRINCIPALES NOTAS DE LA HERMENÉUTICA JURÍDICA

Las características primordiales de esta corriente jurídica son las siguientes:

#### 1. *Noción de la corriente hermenéutica filosófica*

“Su tarea –dice Gadamer– no es desarrollar un procedimiento de la comprensión, sino iluminar las condiciones bajo las cuales se comprende”<sup>10</sup>. Es decir, se limita a mostrar las condiciones ya dadas de la interpretación, de la comprensión textual, mientras que no da reglas ni métodos acerca del modo de cómo ésta debe transcurrir. Así insiste: “Yo no estoy proponiendo un método, sino describiendo lo que hay”<sup>11</sup>.

La hermenéutica se enfrenta al concepto objetivista y unívoco del conocimiento, en este sentido, manifiesta que “la comprensión es siempre a la vez objetiva y subjetiva; el sujeto que comprende en vez de limitarse a recibir pasivamente en su conciencia el objeto a comprender, contribuye a crearlo. No subsume sencillamente el caso bajo la ley, sino que cumple un papel creador-activo en la aplicación del derecho”<sup>12</sup>.

Desde tal perspectiva, así se describe el modo de comprensión: “nunca conocemos la cosa tal cual es fuera de los discursos que hablan de ella y, de alguna manera, la construyen. Siempre conocemos según el lema nietzscheano, una interpretación o versión de los hechos, y nuestra versión resulta una versión de esa versión. En efecto, un enunciado “verdadero” acerca de un estado de cosas es una interpretación que coincide con otra interpretación previa. Dicho de otro modo, la verdad es la correspondencia entre una proposición y una pre-interpretación más originaria del hecho aceptada e instituida en una comunidad”<sup>13</sup>.

Ejemplo: antiguamente decir que “la mujer era una cosa” era verdadero porque la proposición se correspondía con la pre-comprensión instituida, en cambio, hoy, decir que “hay igualdad de género” resulta verdadero. Consecuentemente, un enunciado verdadero no dice lo que una cosa es, sino lo que presuponemos que es o lo que el “hábito” o la “tradición” determina que es dentro de una cultura especial.

Sin embargo, es preciso aclarar la hermenéutica no defiende el relativismo, pues la tradición y el *habitus dogmaticus* reproductor funcionan como uno de límites a la subjetividad del intérprete en la comprensión, pero no la determinan absolutamente, ya

---

<sup>10</sup> GADAMER (2002): p. 365.

<sup>11</sup> GADAMER (2002): p. 365.

<sup>12</sup> KAUFFMANN (2006): p. 93.

<sup>13</sup> SCAVINO, Dardo (2007): “*La filosofía actual; Pensar sin certezas*”, Ed. Paidós, segunda edición, pp. 38-43.

que el sujeto puede tomar consciencia de las "pre-comprensiones", pudiendo trascenderlas de dos maneras, a través de: discusión -diálogo intersubjetivo- o autorreflexión.

Respecto a la importancia de la autorreflexión, se asevera que el operador jurídico “que cree recibir sus criterios de decisión solo de la ley sucumbe en un fatal engaño, ya que inconscientemente sigue dependiendo de sí mismo, pues no se halla en condiciones de someter sus pensamientos (pre-comprensiones) a autorreflexión”<sup>14</sup>. En el mismo sentido se expresa Gadamer, al decir que “son los prejuicios no percibidos los que con su dominio nos vuelven sordos hacia la cosa que nos habla”<sup>15</sup>.

## 2. Nociones de normas y derecho

De acuerdo con Massini Correas, en contraposición con el legalismo la propuesta hermenéutica se centra en el derecho vivido como acción o práctica social y, consecuentemente, prioriza sus dimensiones jurisprudenciales o consuetudinarias<sup>16</sup>.

Por lo tanto, afirma que “el derecho no se da como un estado que quepa encontrar acabado en la ley, sino que más bien acaece históricamente en un proceso que no llega nunca a su fin”<sup>17</sup>, tal es así, que se trata de una realidad en permanente construcción y reconstrucción. Dicho de otro modo, si “las normas no son objetos que el juez libre de subjetividad debe aplicar, solo son material bruto, son posibilidad de derecho”<sup>18</sup>, entonces, éste se encuentra participado por el acto subjetivo de su interpretación.

Con ello se pretende evitar la cosificación del derecho como algo ya dado de antemano en la ley, desechando que ésta sea, sin más, una normación autosuficiente que contenga el derecho perfecto y a partir de la cual la aplicación sea una mera subsunción. Pues, creer en la posibilidad de proposiciones jurídicas aplicables por sí mismas, sin más, autosuficientes y con conceptos comprensibles unívocamente, constituye un pensamiento reductivo, pues deja fuera del fenómeno jurídico a valoraciones, principios, pautas políticas y la intervención del intérprete.

---

<sup>14</sup> KAUFFMANN, Arthur (2008): “Teoría de la justicia. Un ensayo histórico problemático”, En: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del Derecho: el conocimiento y la interpretación jurídica*. Editorial Abeledo Perrot, p. 36.

<sup>15</sup> GADAMER (2002): p. 336.

<sup>16</sup> MASSINI CORREAS, Carlos (2007): “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica”, En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 37, núm. 107, julio-diciembre, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, pp. 311-347.

<sup>17</sup> KAUFFMANN (2006): p. 66.

<sup>18</sup> KAUFFMANN (2006): p. 72.

Consecuentemente, la interpretación no es meramente un instrumento de la práctica jurídica, sino que forma parte constitutiva de la naturaleza misma del derecho, éste es praxis mediada por el comprender.

### 3. Teoría de la interpretación

La tarea de la interpretación, consiste en concretar la ley en cada caso, esto es, en su aplicación, pero como se dijo arriba, la hermenéutica puntualiza que el derecho no es un sistema de preceptos legales listos para la aplicación automática, sino una práctica interpretativa.

Bajo tal óptica, critica a las filosofías de ayer el hecho de que, en la tarea de interpretar, tomen como punto de partida objetos predeterminados, es decir, con un sentido ya establecido (en la misma norma) anterior a la interpretación misma. Pues interpretar es no solo desentrañar el sentido del texto, sino también dotarlo de sentido, atribuirle un significado.

Así, de la tradicional figura del juez que se limitaba a aplicar la ley (identificada erróneamente con la solución justa), la hermenéutica pasa a la de un juez encargado de interpretarla, que pondera su sentido y atribuye un significado en el caso propuesto. Es por esto, que Zaccaría afirma que “la subjetividad de los intérpretes siempre estará presente en algún grado”<sup>19</sup>.

A su vez, señala que “la comprensión de un texto jurídico no se mueve en el plano de la objetividad absolutamente indudable”<sup>20</sup>, puesto que la precomprensión del sujeto que aplica el derecho no es unitaria ni homogénea, sino que nace de procesos de aprendizaje de distinto tipo y es diferente a la de otros. El jurista se enfrenta al texto provisto de prejuicios que surgen de su “horizonte socio-histórico” y de los intereses propios de la época y el lugar.

De esta manera, el modelo hermenéutico rompe el antiguo mito de “la objetividad” de la interpretación, pues afirma que no hay un único y verdadero sentido en el texto que el juez debe desentrañar, pues también hay una “dotación” de sentido por su parte.

---

<sup>19</sup> ZACCARÍA, Giuseppe (2010): “La hermenéutica y teoría del derecho”, En: RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel, *Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural*. En *Revista Dikaion*, Universidad de la Sabana. Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1782/2391>

<sup>20</sup> ZACCARÍA (2010).

Por ello, la hermenéutica salva al ser, al sostener que “el hombre no puede apropiarse del ser; que por lo tanto el ser es susceptible de múltiples posibilidades interpretativas; que no existe una única interpretación verdadera que sea, por lo tanto, capaz de acertar el sentido auténtico de un enunciado normativo como su único sentido posible”<sup>21</sup>.

Lo dicho se corrobora al advertir que la ley da nuevas respuestas a nuevas situaciones, que cambia su sentido a pesar de mantener tu tenor literal y que un mismo asunto es concebido de manera históricamente cambiante. También al apreciar el incremento de principios jurídicos en la jurisprudencia.

Entonces, al momento de interpretar la norma, el desafío es articular la necesidad de seguridad jurídica con la imposibilidad de una interpretación objetiva, estable, universal de las normas por parte de los operadores jurídicos. Eso se logra “gracias a la intersubjetividad y al consenso”<sup>22</sup>; “será necesario recurrir al uso intersubjetivo de argumentos consensuales dentro de la comunidad interpretativa en la que se desenvuelve el juicio, sin olvidar su integración dentro del sistema jurídico dogmático”<sup>23</sup>.

Esta postura, deja atrás el modelo sujeto-objeto y describe la interpretación como un movimiento espiral entre: la precomprensión del intérprete, el texto, el contexto, el caso concreto, las posibles soluciones y la intersubjetividad.

#### 4. *Proceso de determinación del derecho*

La hermenéutica contribuyó a que pierda relevancia la imagen del juez sometido sólo al imperio de la ley, pues se ha dejado de ocultar su protagonismo. Por ello, se asevera que la determinación del derecho en el caso concreto, envuelve por parte del operador jurídico “una actitud de intervención activa sobre el texto que debe interpretar, porque, cada interpretación implica, necesariamente un añadido, una inserción”<sup>24</sup>.

De esta manera, se hace explícito y se identifica el funcionamiento de una institución fundamental: la administración de justicia. También se salda el anhelo de

---

<sup>21</sup>D’AGOSTINO (2008): p. 350-351.

<sup>22</sup> KAUFMANN, Arthur (2010): En: RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel, *Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural*, En: *Revista Dikaion, Universidad de la Sabana*. Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1782/2391>.

En el mismo sentido se expresan: Zaccaría, Viola, Vattimo, Esser, Kaufmann, Hassemmer, Gadamer, Habermas, Rorty, Dilthey, Gargarella, Zaffaroni.

<sup>23</sup> ZACCARÍA (2010): pp. 346-347.

<sup>24</sup> ZACCARÍA (2010): pp. 346-347.



Foucault: “hacer aparecer (hacer visible) aquello que permanece escondido y oculto: las relaciones de poder” en una democracia.

Por tal razón, en la actualidad, se erige otro debate teórico y una disputa de poder estructurados en torno a quién tiene “la última palabra” respecto a la interpretación de la Constitución y las leyes dentro de un sistema republicano –que distribuye el poder en tres ramas– y supraestatal –que reconoce tribunales internacionales–.

Retomando, la hermenéutica sostiene que existe una tensión, a superar por el juez, entre el texto de la ley, por una parte, y el sentido que alcanza en su aplicación concreta, por otra. Y esa tensión entre sentido originario y actual de una norma, es ignorada por las viejas teorías jurídicas que sostenían el mito de la mera “subsunción” e identificaban norma y sentido.

##### *5. Sistema jurídico abierto, relacional y provisional*

Abierto, puesto que desecha el antiguo ideal normativista de lograr un sistema jurídico cerrado y completo, según el cual el derecho tiene su asiento exclusivamente en las normas. Bajo tal perspectiva, se sostiene que todo ordenamiento jurídico tiene amplia latitud semántica y “lagunas, por ello el juez se encuentra en la necesidad de completar las normas con algo exterior: el derecho judicial”<sup>25</sup>. Es decir, el que resulta de la duda, la reflexión continua y de lo que añade el juez a la norma.

Provisional, porque según Francesco Viola hoy “va desapareciendo la idea de un horizonte cultural estable, del que descienda una voluntad normativa constante”<sup>26</sup>. De tal modo, Alexy dice que quedan rechazadas las aspiraciones a resultados que queden fijos de modo inamovible. Lo fundamental es el constante intercambio intelectual.

Relacional-dialógico, porque como afirma Gadamer lo esencial en la actividad judicial no es la objetividad, lo crucial es el diálogo, pues nadie contempla lo que acontece ni afirma que él solo domina el asunto, sino que se toma parte conjuntamente de la verdad y se obtiene en común. En el mismo sentido se expresa Giuseppe Zaccaría: “la mejor garantía de que los actos de elección son justos (y legítimos) se encuentra en el diálogo con otros. Abrirse a la crítica, someterse a reflexiones y argumentaciones obliga a discutir las premisas valorativas que han guiado el proceso”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> LARENZ, Karl (2006): “Methodenlehre der Rechtswissenschaft”, En: KAUFFMANN, Arthur: *Hermenéutica y derecho*, Ed. Comares, Granada, p. 350.

<sup>26</sup> VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe (2007): p. 399.

<sup>27</sup> VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe (2007): p. 401.

En este cuadro, es menester atender al “principio del discurso”<sup>28</sup> de Habermas, referente mundial de la filosofía y del derecho –galardonado recientemente con el Nobel de filosofía–, que señala lo siguiente: válidas son aquellas decisiones (y solo aquellas) en las que todos los que pudieran verse afectados concurren a prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.

De lo expuesto se infiere que aun cuando el sistema constitucional le atribuye a la Corte la “última palabra”, ella debería estar siempre interesada en fortalecer el diálogo y la deliberación democrática entre las instituciones y la ciudadanía.

Ejemplos de vías dialógicas encontramos en: las audiencias públicas; *amicus curiae*; el art. 32 de la Carta Canadiense; el art. 113 inc. 2 de la Cont. de la Ciudad; etc.

#### **IV. ¿POR QUÉ LA HERMENÉUTICA JURÍDICA COMO LA PROPUESTA MÁS EFECTIVA PARA JUSTIFICAR EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO?**

A partir de los siguientes argumentos, se aspirará a fundamentar la susodicha institución a partir de los siguientes argumentos:

- 1) Las teorías jurídicas de ayer resultan infructuosos para explicar la transformación del paradigma del derecho generado al habilitar a los jueces a ejercer el control de constitucionalidad de oficio, pues esta potestad y con esa amplitud implica concebirlo no como lo dado de antemano por la ley de manera dogmática, completa, objetiva, sino como práctica en permanente constitución y como lo que precisa ser completado por algo que se encuentre fuera de la ley (subjectividad y actividad del juez, control de constitucionalidad, jurisprudencia, etc.).
- 2) La subjectividad del juez, tan criticada por el paradigma tradicional pero moderada por la intersubjectividad y las pre-comprensiones, resulta imprescindible en la tarea de la interpretación a fin de concretar la ley abstracta en cada caso, logrando así justicia, pues “la distancia entre la generalidad de la ley y la situación jurídica concreta que plantea cada caso particular es insuperable”<sup>29</sup>. Ello dado que “la ley es general y por eso no puede hacer

---

<sup>28</sup> HABERMAS (2008): “*Facticidad y validez; Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*”, Ed. Trotta, Madrid, p. 172.

<sup>29</sup> GADAMER (2002): p. 613.

- justicia a cada caso particular”<sup>30</sup> a solas, prescindiendo del juez. La norma debe ser interpretada, debe ser hecha justa para el caso por el juez.
- 3) El esquema clásico conduce a un objetivismo y por ello a la limitación del poder del juez, ya que, a partir de identificar erróneamente la ley con el derecho, mandan a que aplique la ley tal como le es dada, dejando de lado la necesidad de someter al sistema jurídico a: reflexión, ponderación, diálogo, introducción de valoraciones de orden teleológico a fin de corregir su contenido y, en última instancia, al ejercicio de un control de constitucionalidad de oficio.
  - 4) La hermenéutica jurídica -al igual que el reciente fallo- sostiene que la interpretación del juez debe recaer sobre toda norma. Inversamente, las doctrinas tradicionales delimitan el “ámbito de la legitimidad de la interpretación únicamente a aquellos casos de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley positiva”<sup>31</sup>. *In claris non fit interpretatio*.
  - 5) Dado que las normas revisten las características de ser escritas, redactadas de modo general, impotentes para regular la totalidad de la vida y lanzadas al porvenir con pretensión de continuidad en una realidad social pluriforme y en incesante reconfiguración vertiginosa; la hermenéutica jurídica aparece como la propuesta más satisfactoria para justificar, en tal contexto, la necesidad de un control de constitucionalidad de normas de oficio por parte del Poder Judicial, pues ella no concibe al derecho como lo dado de antemano por la ley de manera dogmática, completa, objetiva. Contrariamente, lo entiende como temporal, provisional, sujeto a diálogo, reflexión permanente y menesteroso tanto de una “interpretación dinámica”<sup>32</sup> como de ser completado por algo que se encuentre fuera de la ley (actividad del juez, control de constitucionalidad, jurisprudencia).

---

<sup>30</sup> GADAMER (2002): p. 615.

<sup>31</sup> D’AGOSTINO, Francesco (2008): p. 346-347.

<sup>32</sup> La interpretación debe ser dinámica y evolutiva, no estática, sostuvo el célebre caso “Kot SRL”. La Corte dijo: “Las leyes no pueden ser interpretadas históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley tiene una visión de futuro, está predestinada a regir hechos posteriores a su sanción”.

## V. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO. IMPLICANCIAS EN EL DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL

En este marco, la hermenéutica le devuelve la personalidad al juez, situándolo en una tesitura más comprometida en la defensa de los derechos. Ello, en la medida que un juez enteramente neutral, objetivo y despersonalizado, que solo “es la voz de ley”, circula al margen de la realidad o, aún más, puede acarrear consecuencias injustas.

Por lo tanto, permitir el control de constitucionalidad con una libertad tal que implique la posibilidad de “hacer caer una ley” por parte del juez ante el solo planteamiento de un caso, constituye tanto un cambio en el paradigma del derecho, como una poderosa herramienta –aunque de última ratio– a su disposición para:

- a) reconocer derechos fundamentales;
- b) “administrar justicia bien” como dice el artículo 112 de la CN;
- c) la asunción de un rol activo en el mandato de “afianzar la justicia” del Preámbulo;
- d) determinar la solución justa en el caso concreto aún al margen de lo que determine una ley;
- e) lograr mayor intersubjetividad, esto, a la inversa de “la dogmática tradicional que cierra toda posibilidad sobre el sistema jurídico de reflexión y de adoptarlo a nuevas y diferentes formas de vida”<sup>33</sup>.

Por último, cabe agregar que dado el sistema federal de gobierno (artículos 1, 5, 121, 122 y 123 de la CN) que determina la coexistencia de jueces federales y provinciales, el mentado fallo del Tribunal Cimero, habilitaría a todo juez del país a ejercer un control de constitucionalidad de oficio de leyes.

En conclusión, dejar la instancia de dicho control librada a pedidos de particulares, implicaría un apartamiento del deber de no aplicar leyes violatorias de la Constitución. Al contrario, la pretensión de corrección del operador jurídico lo mantendrá atento a una moral viviente que busca incesantemente lo correcto, pues el derecho no es una norma definitiva (Definitive Gebote) que se cumple o no se cumple; es una realidad en permanente constitución, un principio de optimización (Optimierungsgebote) que se cumple en diferentes grados, como afirma Robert Alexy.

A la vista de lo expuesto, es dable compartir la siguiente reflexión: “¿no es tiempo de pensar el derecho como circulación incesante de sentido, más que como discurso de

---

<sup>33</sup> VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe (2007): p. 387.

verdad (única y contenida en la ley)? ¿No es tiempo de advertir la pluralidad y la diversidad de los actores que juegan sobre la escena jurídica y contribuyen, cada uno a su manera, a aplicar el Derecho?... Es en la teoría de un derecho múltiple en la que habría que fijarse; multiplicidad que no significa, sin embargo, anomia y anarquía. En una palabra, es en la teoría del Derecho como circulación de sentido en la que hay que centrarse. Un sentido sobre el cual nadie, ni el juez ni el legislador, tiene privilegio”<sup>34</sup>.

## VI. PALABRAS FINALES

Finalmente, se ha de señalar que lo vertido sobre apasionantes temas como son la noción del derecho y el control judicial de constitucionalidad de las leyes, no ha pretendido hallar definitiva respuesta en las páginas de este trabajo.

Ello, por dos razones. En primer lugar, todo artículo constituye de por sí, un circunscripto espacio de análisis. En segundo lugar, ello se debe al carácter dialéctico, abierto, dialógico, auto-correctivo, deliberativo, del proceso intersubjetivo de construcción de conocimiento.

En tal sentido, el objetivo de este trabajo ha sido que las ideas que lo conforman, enriquezcan –aunque sea mínimamente– en términos epistémicos, el debate. El grado de cumplimiento de tal meta, dependerá entonces de las intervenciones dialógicas-deliberativas de quienes se aboquen a su lectura.

---

<sup>34</sup> OST, François (1993): “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces”, En: Revista Doxa N° 14, Universidad de Alicante, p. 180, también en: CÁRCOVA, Carlos María (1996): “*Derecho, política y magistratura*”, Ed. Biblos, p. 145.

## BIBLIOGRAFÍA

- \_\_\_ALEXY, Robert (2008): “*El concepto y la naturaleza del derecho*”, Ed. Marcial Pons, Barcelona.
- \_\_\_(2012): “*La construcción de los derechos fundamentales*”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires.
- \_\_\_(2014): “*Teoría de la argumentación jurídica*”, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- \_\_\_CÁRCOVA, Carlos María (1996): “*Derecho, política y magistratura*”, Ed. Biblos.
- \_\_\_(2012): “*Las teorías jurídicas postpositivistas*”, Ed. Abeledo Perrot.
- \_\_\_(2009): *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, Número 4, 2009, Disponible en:  
[http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003\\_0004\\_investigacion.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0004A003_0004_investigacion.pdf)
- \_\_\_HABERMAS (2008): “*Facticidad y validez; Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*”, Ed. Trotta, Madrid.
- \_\_\_GADAMER, Hans Georg (2002): “*Verdad y método*”, Tomo 1. Ed. Salamanca.
- \_\_\_GADAMER, Hans Georg (2002): “*Verdad y método*”, Tomo 2. Ed. Salamanca.
- \_\_\_GARGARELLA, Roberto (2014): *Por una justicia dialógica; El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Ed. Siglo XXI.
- \_\_\_KAUFFMANN, Arthur (2006): “*Hermenéutica y derecho*”, Ed. Comares, Granada.
- \_\_\_MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio (2008): *Filosofía del Derecho: “El conocimiento y la interpretación jurídica”*, Editorial Abeledo Perrot.
- \_\_\_(2008): “*Filosofía del Derecho: El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*”, Editorial Abeledo Perrot.
- \_\_\_(2008): “*Filosofía del Derecho: La Justicia*”, Editorial Abeledo Perrot.
- \_\_\_(2007): “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica”, En: *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 37, núm. 107, julio-diciembre, Universidad Pontificia Bolivariana, Colombia, pp. 311-347.
- \_\_\_OLIVARES, Nicolás Emanuel (2013): “En defensa de un modelo dialógico deliberativo de control judicial de constitucionalidad”, En: *Cuadernos de doctrina judicial de la provincia de La Pampa*, volumen 5, número 3, diciembre, pp. 105-132, disponible en:  
<https://dl.dropboxusercontent.com/u/56482239/CDJLP%20Diciembre%202013.pdf>

\_\_\_ OST, François (1993): “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de jueces”, En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N° 14, Universidad de Alicante. Disponible en: [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14\\_10.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf)

\_\_\_ RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel (2010): “Métodos de interpretación, hermenéutica y derecho natural”, En: *Revista Dikaion*, Universidad de la Sabana.

<http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1782/2391>

\_\_\_ RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (Director) (2008): “*Las razones del derecho natural; perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*”, Ed. Ábaco, segunda edición.

\_\_\_ SCAVINO, Dardo (2007): “*La filosofía actual; Pensar sin certezas*”, Ed. Paidós, segunda edición.

\_\_\_ SERNA, Pedro (Director) (2005): “*De la argumentación jurídica a la hermenéutica*”, Editorial Comares, Granada.

\_\_\_ VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe (2007): “*Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*”, Ed. Dykinson, Madrid.

\_\_\_ WITTGENSTEIN, Ludwig (2010): “*Tractatus lógico-philosophicus*”, Ed. Alianza.

\_\_\_ ZUCCHI, Héctor A. (2010): “*Hermenéutica y mundo jurídico*”, Editorial Zeus.

## JURISPRUDENCIA

\_\_\_ CSJN, fallos: 190:142, *Ganadera Los Lagos S. A. c/ Gobierno Nacional s/ nulidad de decreto*. 30/06/1941.

\_\_\_ CSJN, fallos: *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*. 27/09/2012.