

Activismo judicial en el derecho penal: la perforación de mínimos legales mediante la equidad

POR EDUARDO ESTEBAN MAGOJA(*)

Sumario: I. Introducción.- II. El caso “Vázquez” (2021).- III. La lealtad al legislador en el argumento de equidad.- IV. Equidad, pero en apariencia.- V. Activismo judicial (injustificado).- VI. Conclusiones.- VII. Bibliografía.

Resumen: la equidad es aquel tipo de ideas de Aristóteles que ha recorrido la historia del pensamiento jurídico y que tiene una indudable incidencia en la teoría de la interpretación jurídica actual. A pesar de su valor, existe cierta sospecha sobre el instituto, pues se cree que amplía notablemente la libertad interpretativa del juez y le permite ir más allá de los márgenes de la ley. Esto es lo que sucedería, por ejemplo, en el caso “Vázquez” (2021) del Tribunal de Casación Federal argentino, en donde los jueces echaron mano de aquel recurso para perforar el mínimo legal de la escala penal. El propósito de este trabajo es demostrar que los jueces no hicieron un uso adecuado de la equidad. Veremos que, en realidad, reinterpretaron el remedio y terminaron cayendo en un activismo judicial injustificado, ya que se excedieron de sus poderes normativos sin una razón constitucional sólida.

Palabras claves: equidad - activismo judicial - escala penal - mínimo penal obligatorio

Judicial activism in criminal law: sentencing below a mandatory minimum penalty by using equity

Abstract: equity is one of Aristotle's ideas that has gone through the history of legal thought and has had an undoubted impact on the current legal interpretive theory. Despite its value, there is some suspicion about the procedure since it is believed that it significantly expands the interpretive freedom of the judge and allows him to go beyond the limits of the law. An example of this situation would be the case “Vázquez” (2021) in which the judges of the Argentine Federal Court of Cassation

(*) Abogado, Magíster en Filosofía del Derecho y Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Buenos Aires. Prof. del Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho, UBA. Prof. de Posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.

used equity to move away from the minimum of the penal scale. This paper aims to demonstrate that those judges did not make proper use of equity. We will see that they reinterpreted the legal remedy and ended up in unjustified judicial activism since they exceeded their normative powers without having a solid constitutional reason.

Keywords: *equity - judicial activism - penal scale - mandatory minimum punishment*

I. Introducción

En materia de decisión judicial, la aplicación mecánica de la ley, en la que se privilegia un excesivo apego al formalismo y sobre todo un método de interpretación gramatical, puede llevar, a veces, a resultados que no se ajustan a determinados estándares de justicia; de ahí que a veces el formalismo exagerado no es visto con buenos ojos. Tal problema es lo que busca evitar la equidad, epiqueya o en griego *epieikeia* (ἐπιείκεια), que es aquel tipo de ideas de Aristóteles que atraviesa la historia del pensamiento jurídico y que tiene una indudable incidencia en el quehacer interpretativo jurídico actual (1). En particular, el Código Iberoamericano de Ética Judicial de 2006 (modificado en el 2014) la recoge como uno de los trece principios fundamentales que gobiernan la actividad del juez. Así, en su artículo 37 dice que "(...) el juez equitativo es el que, sin transgredir el derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes". Dicha exigencia de equidad, por cierto, deriva "de la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes" (artículo 36).

A pesar de ser un recurso valioso y útil, durante un buen tiempo la equidad se vio con mucha sospecha y se trató de desterrarla del campo jurídico. Así, durante el proceso de codificación del siglo XIX, los defensores del esquema racionalista desacreditaban a la equidad como método o técnica de interpretación (Mosset Iturraspe, 1977, pp. 15-16). En la actualidad, esta mirada perdura en alguna medida. Se cree que es un mecanismo que amplía notablemente la libertad interpretativa del juez, al punto tal que se vuelve una afrenta contra el principio primario de sujeción de los jueces a la ley o una forma de encubrir una tarea legislativa dentro de la actividad jurisdiccional. Según este enfoque, lo que haría la equidad, pues, es empoderar a los jueces para ir más allá de la ley y entrometerse en competencias

(1) Son muchos los trabajos que señalan el rol de la equidad dentro de los sistemas jurídicos actuales. Así, por ejemplo, podemos mencionar a Vernengo (1974), Rossi (2007), Rabbi-Baldi (1999), Tale (2011) y Lell (2017).

de otros poderes del Estado: una expresión de lo que se conoce en la literatura como “activismo judicial”.

Este trabajo tiene el propósito de discutir si la equidad supone amplios márgenes de creatividad judicial a partir de la resolución dictada el 4 de marzo de 2021 en la causa “Vázquez” (2021), por la Sala II de la Cámara de Casación Federal de la Nación Argentina, en la cual el juez Yacobucci, acompañado por Slokar —de ahí que hablaremos en adelante de ambos—, echaron mano de aquel recurso para perforar el mínimo legal de la escala penal del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, contemplado en el artículo 5 inciso c) de la ley 23.737.

Se defenderá la tesis de que los jueces no hicieron un uso adecuado de la equidad —por lo menos como Aristóteles originariamente la pensó y también como la concibe el Código Iberoamericano de Ética Judicial— y que, mediante una reinterpretación de la institución, terminaron cayendo en un activismo judicial injustificado por ir más allá de los límites fijados por sus poderes normativos sin que exista razón sólida para hacerlo.

En función del propósito fijado, el trabajo presenta la siguiente estructura. En primer lugar, se presentarán muy brevemente los hechos del caso y los argumentos; en segundo lugar, se desarrollará el principal criterio que se utiliza para corregir la ley mediante la equidad según Aristóteles y, a la luz de ello, se discutirá si los jueces ajustaron a él su razonamiento interpretativo. Sobre tales bases, veremos en las dos últimas secciones que hubo un exceso en el uso del recurso, lo cual derivó en un activismo judicial injustificado.

II. El caso “Vázquez” (2021)

El caso “Vázquez” (2021) nos invita a reflexionar, en lo que respecta a la determinación de la pena, sobre la tensión que hay entre, por un lado, los estándares abstractos de la norma y, por el otro, la culpabilidad concreta del imputado y sus circunstancias particulares. Dicho de otro modo, entre lo universal y lo particular. Veamos cómo se da este problema.

Los motivos por los cuales llegó el expediente a la instancia de casación fueron los siguientes. El Tribunal Oral Federal N° 2 de Córdoba condenó, el 11 de diciembre de 2019, al Sr. César Vázquez a la pena de cuatro años de prisión y multa de \$2000 en orden al delito establecido en el artículo 5 inciso c) de la ley 23.737 (tenencia de estupefacientes con fines de comercialización), luego de que la fiscalía y el imputado junto a su letrado defensor acordaran aplicar el instituto del juicio abreviado por tal calificación y monto de pena. A pesar del acuerdo, la defensa formuló recurso de casación mediante el cual planteó la inconstitucionalidad de

la pena mínima prevista en aquella norma y la falta de fundamentación de la sanción impuesta en virtud de haberse omitido la valoración de atenuantes y otras circunstancias que ameritarían la imposición de una pena menor.

Una vez llegado el caso a la Sala II de la Cámara de Casación Federal de la Nación, Yacobucci y Slokar rechazaron el pedido de inconstitucionalidad y también vieron justificado, y debidamente fundado, que el tribunal de origen haya apuntado a aplicar el piso de la escala penal. Sin embargo, en un movimiento interpretativo que recurre a la equidad, ambos decidieron perforar el mínimo de la sanción establecida en la norma jurídica y ordenaron al tribunal de primera instancia que imponga una pena en suspenso, tal como lo había solicitado la defensa. El juez Mahiques, por su parte, no acompañó el voto de aquellos dos magistrados y rechazó el recurso deducido.

En lo que refiere a los distintos argumentos ofrecidos por el tribunal, tanto para rechazar como para acoger favorablemente los planteos de la defensa, solo nos interesa detenernos en aquel vinculado a la perforación del mínimo legal; la cuestión de la denegatoria de la inconstitucionalidad excede el objeto de nuestro trabajo, de manera que sería superfluo reproducirlo. El argumento en cuestión se puede dividir, un tanto arbitrariamente, en tres aristas o movimientos que van de la mano. En primer lugar, se dibuja la situación como un “caso difícil”. En este sentido, se señala la existencia de un conflicto entre “el escenario del caso concreto y la rigidez impuesta por el carácter abstracto o la generalidad de los términos usados en el enunciado legal” (considerando 10) y se presentan los hechos como una situación favorable para la equidad —*epikeya*, como ellos lo transliteran del griego—, entendida en los siguientes términos:

(...) la interpretación en equidad resulta procedente cuando se verifica que la literalidad del texto, por su naturaleza general, aplicada al caso concreto, produce un resultado injusto o irrazonable que obsta a su progreso. No se trata de que la norma en si misma sea injusta o irrazonable, o que las circunstancias del proceso no se correspondan con sus previsiones, sino que su improcedencia en términos materiales acontece en la instancia operativa. En ese nivel, se determina que la excepcionalidad del caso provoca, que la generalidad de la escala punitiva, colisione con los propios objetivos buscados por el legislador de cara a la situación particular (considerando 10).

Este párrafo ofrece argumentativamente el punto clave de la cuestión para avanzar hacia la afirmación de que no sería deseable resolver el caso mediante una simple operación silogística y que es necesario realizar una tarea hermenéutica más compleja y enriquecedora, en la que se tengan en cuenta no solo argumentos válidos (formales), sino también sólidos y persuasivos (sustantivos y pragmáticos,

respectivamente). Los jueces ven que en la puesta en correspondencia entre el deber ser (la norma) y el ser (la situación fáctica concreta) se daría un desajuste que amenaza con quitar la posibilidad de dictar una respuesta adecuada y en consonancia con los principios y valores del sistema jurídico.

Semejante problema, por cierto, no es algo extraño en la práctica judicial, sino que es más común de lo que se cree. Ello sucede porque, si bien las normas jurídicas intentan captar, de la manera más precisa posible, la complejidad de las acciones humanas y de las situaciones de la vida, lo cierto es que el plano fáctico tiene una naturaleza fluctuante y características tan específicas que escapa a toda categorización exhaustiva. En el ámbito de los asuntos prácticos —que es donde opera el derecho y la tarea judicial— se trabaja con un material que impide la posibilidad de que el legislador prevea la solución a todos los casos posibles de forma justa y razonable; de ahí que, cuando surge un caso excepcional que desafía la regla, el juez puede salir al auxilio, rectificando la norma con miras a mantener el imperio de la justicia. Esto es lo que precisamente Yacobucci y Slokar entienden que se debe hacer y fue lo que efectivamente creen que hicieron.

Una vez retratado el caso como difícil, la argumentación del fallo se dirige, en segundo lugar, a mostrar que existe, al margen de la culpabilidad del imputado, cierta injusticia en la aplicación del mínimo penal a la luz de los fines y funciones de la sanción penal. Así, los magistrados sostienen que “las finalidades retributivas, preventivo generales y especiales [y los objetivos de reinserción social] entran en crisis frente al sujeto alcanzado por la pena, cuando han transcurrido casi seis años desde el ilícito y el culpable ha reconstruido su existencia personal en libertad, manteniendo la fidelidad al derecho y mostrando marcadores de integración social y laboral positivos” (considerando 10). Sin desconocer la constitucionalidad de la norma ni tampoco sus fines, lo que hacen los jueces con este movimiento es reconocer una situación tan excepcional que escaparía a las previsiones del legislador y haría que el excesivo rigor de los números deba ser flexibilizado y reorientado con base en fines y valores jurídicos más altos.

Finalmente, con el fin de cargar de mayor sustancia a los fundamentos de su decisión, los jueces ofrecen dos argumentos *ab auctoritate* o *ad exemplo*. Así, extrapolan la doctrina fijada en casos jurisprudenciales análogos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), en los que se invocaron razones de equidad y justicia para flexibilizar la aplicación de determinados supuestos normativos en materia de privación de la libertad (en particular, la ampliación del concepto de “libertad vigilada” a supuestos no previstos en el artículo 4 de la ley 24.043). Del mismo modo, apelan al saber y las opiniones de un sector cualificado de la tradición jurídica argentina (Rodolfo Moreno y Berenguer Moreno), que señala la importancia de ajustar las sanciones en la medida necesaria y de

acuerdo con los fines de la pena y los beneficios que se derivan para la sociedad. Así, se pretende justificar que el uso de la equidad es un modelo a seguir y que en casos análogos la mejor solución es perforar el mínimo legal y aplicar una pena cuyo cumplimiento sea dejado en suspenso. De hecho, esto es lo que, muy seguramente, ambos magistrados seguirán sosteniendo en casos posteriores.

III. La lealtad al legislador en el argumento de equidad

Sería difícil negar que en algún punto la perforación de los mínimos legales en el derecho penal actual no sea posible o no tenga algún tipo de justificación, como sostienen algunos especialistas —por ejemplo, Juliano (2005)—. En efecto, en lo que respecta a la organización estatal, hace tiempo que se dio un viraje desde un Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho, lo cual significó una apertura hacia otros horizontes de racionalidad. Como es sabido, en este modelo de organización política se coloca el foco de atención en los textos constitucionales en cuanto normas jurídicas fundamentales y estructurales. En particular, las constituciones se enriquecieron por la incorporación de los derechos esenciales y se orientó, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, con base en el paradigma de la inviolabilidad de la persona (Depetris, 2015). Así, la práctica del derecho en el Estado constitucional, como explica Atienza (1988), “presupone —o implica— no solo valores de tipo formal (ligados con la idea de previsibilidad), sino también de tipo material (vinculados a las nociones de justicia o de verdad) y de tipo político (conectados a la noción de aceptación)” (p. 47).

Sin duda, la configuración del Estado constitucional de derecho estableció un nuevo escenario con repercusiones muy marcadas en lo que respecta a la labor judicial. La decisión del juez, lejos de quedarse en lo que establece simplemente las palabras de la ley, debe considerar los aspectos sustantivos que informan la organización estatal. El derecho no se concibe como pura forma. Al contrario, tiene un componente material muy importante: el derecho es también eticidad, pues ordena lo que una sociedad considera justo o correcto. Este rasgo le da otra sustancialidad a la organización política y al derecho, que hace que el juez, al momento de resolver los casos y aplicar la ley, no tenga que guiarse pura y exclusivamente de acuerdo con su letra, más allá de que ella sea la primera fuente de interpretación, tal como en reiteradas veces lo ha dicho la CSJN (2). Junto con las clásicas directrices interpretativas propias del modelo positivista decimonónico, como, por ejemplo, la gramatical, la sistemática o topográfica, se amplían los criterios con otros argumentos tales como la directriz por principios, por las consecuencias y la teleológica, entre otras (Rabbi-Baldi, 2015, pp. 321-378).

(2) Así, por ejemplo, “Ferrer de Leonard” (2003).

La equidad es una directriz que claramente sigue, antes que la lógica de un Estado legal, la de un Estado constitucional de derecho, pues se apoya en sus valores, principios y fines materiales y políticos. De ello da cuenta precisamente el Código Iberoamericano de Ética Judicial de 2006 cuando en el artículo 37 dice que el juez equitativo resuelve el caso “basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento” y, en el artículo 40, cuando establece que “el juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan”. Este tipo de referencias exhibe un componente moral muy marcado, dentro del cual se tiene como guía fundamental a la justicia en cuanto principal valor de la actividad judicial. De hecho, esto indica el artículo 35, el cual establece que el juez debe “realizar la justicia por medio del Derecho”.

La dinámica de la equidad en Aristóteles se puede resumir de la siguiente manera: la ley debe gobernar todos los aspectos generales de la sociedad y los jueces tienen que ocuparse de los casos particulares, pero, cuanto en esta tarea la ley no regula con corrección el asunto (pues su generalidad a veces lo impide), ellos pueden rectificarla con miras a alcanzar una decisión justa (3). La equidad se trata de una rectificación o corrección de la ley en aquellos casos excepcionales en los que el estándar fijado en la norma se ha quedado corto en la determinación de lo justo, la cual el juez lleva adelante dentro los propios contornos de la norma (Shiner, 1994; Brunschwig, 1996). Aristóteles (1998) es claro en este punto, cuando dice que “la naturaleza de lo equitativo [es ser] corrección de la ley” (ἡ φύσις ἢ τοῦ ἐπιεικοῦς, ἐπανόρθωμα νόμου) (p. 110).

La pregunta que surge frente a todo esto es si la equidad, aunque permita naturalmente un poco más de discrecionalidad, supone que el juez tenga amplios márgenes de libertad, incluso tanto como para apartarse de la norma. ¿O hay lineamientos a los que debe indefectiblemente sujetarse? La respuesta, según nuestra interpretación de la propuesta aristotélica, es que incluso el juez equitativo tiene un campo de acción muy acotado y debe expresar una fuerte lealtad hacia el creador de la ley (Brunschwig, 1996). En efecto, Aristóteles (1998) sostiene que el principal criterio en el proceso de rectificación de la norma es resolver el caso de acuerdo con lo que “el propio legislador diría si estuviera allí presente” (ὁ κὰν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἶπεν ἐκεῖ παρών) (p. 111).

Claro, lo que queda sin contestar y que naturalmente causa cierta sorpresa es cómo el juez puede resolver el caso de acuerdo con cómo lo haría el legislador.

(3) No podemos, ni tampoco es nuestro interés en esta oportunidad, desarrollar las características de la *epiēkeia* en Aristóteles, pues ello nos desviaría de los propósitos de este artículo. A tales fines nos remitimos a los trabajos de D’Agostino (1973), Georgiadis (1987), Lamas (1991, pp. 435-438), Shiner (1994), Brunschwig (1996), Gardner (2000) y Beever (2004), entre muchos otros.

Aristóteles no ofrece una explicación rigurosa sobre este punto. No obstante, se puede explicar mediante el uso de algunas categorías contemporáneas de la teoría de la interpretación, que en rigor son propias de la filosofía del lenguaje y se han vuelto clásicas a partir de la teoría de Austin (1962) de los actos de habla. Así, habría que distinguir aquello que *quiso decir* el legislador con la ley, esto es, la “intención lingüística”, de aquello que *quiso hacer*, es decir, la “intención pragmática” o “performativa” (Moore, 1985, p. 339; Zambrano, 2009, p. 394). Si aplicáramos esta diferencia a una situación en la que el juez busque resolver el caso de acuerdo con cómo lo haría el legislador, está claro que su actividad interpretativa no debe quedarse pura y exclusivamente en precisar, mediante un método literal, lo que aquel quiso decir cuando enunció la proposición normativa. Esto es insuficiente. Más bien el juez, para saber cómo el legislador resolvería el caso, debe ir más allá del sentido de las palabras de la ley (una simple interpretación textual) y focalizarse, en su lugar, en desentrañar y recuperar lo que quiso hacer el legislador cuando emitió el enunciado normativo: se trata, pues, de enfocarse en la teleología que informa la norma dentro del propio sistema del derecho.

Tomemos como ejemplo, para precisar un poco lo dicho hasta aquí, el famoso y clásico fallo “Saguir y Dib” (1980), dictado por la CSJN el 6 de noviembre de 1980 (4). Frente al caso en que, por un lado, se solicita se autorice a una menor de 17 años y 8 meses a donar un riñón a su hermano —la cual lo requirió con plena conciencia del acto, ante el peligro de vida de su familiar y con grandes chances de éxito en la intervención médica— y, por el otro, la existencia de una norma jurídica que establece que “toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo” (artículo 13 de la ley 21.541), no parece que el juez pueda autorizar la práctica quirúrgica, mediante el argumento de equidad, si se limita solo a determinar la intención lingüística mediante una interpretación textual.

En efecto, con desentrañar qué quiso decir el legislador con sus palabras se quedaría gravitando en torno a un plano acotado que, al no ofrecer otro criterio más que lo expresado en el enunciado de la ley, sería insuficiente a los fines de llevar a cabo una rectificación de la norma y encontrar una respuesta que se adecue mejor y con más justicia al caso concreto.

Si el juez quiere encontrar un fundamento en la propia ley para permitir la donación, tiene que realizar un paso más: indagar la intención pragmática del

(4) Otros casos emblemáticos en donde la CSJN usa la equidad son “Vera Barros” (1993) y, más recientemente, “Caldeiro” (2020).

enunciado normativo y ver si la situación podría estar cubierta por los fines a los que se dirige la intencionalidad del autor. Esto es lo que hizo la CSJN para alcanzar un resultado justo. Semejante operación interpretativa, vale aclarar, a veces es muy compleja, pues la intencionalidad no se dirige a un objeto único, sino a una cadena de fines y objetivos que incluso se entrecruzan (Zambrano, 2009, p. 189). En nuestro ejemplo, la norma que permite la donación de órganos entre familiares ha sido establecida con la intención inmediata de proteger la vida del paciente, salvaguardando al mismo tiempo el derecho personalísimo del donante a disponer de su propio cuerpo. Ello, a su vez, se ajusta a la intención mediata de proteger al núcleo familiar más íntimo y natural, la cual al mismo tiempo se encuentra atravesada de forma paralela por la intención de evitar el tráfico de órganos, y de garantizar la equidad y gratuidad de las donaciones, entre otras. Tales fines, por cierto, se encuentran comprendidos por la intención mucho más general de alcanzar el bienestar general.

Hay que reconocer que Aristóteles es un tanto ajeno a este tipo de instrumental teórico que distingue intencionalidades en un acto de habla. Sin embargo, no resulta exagerado afirmar que el Estagirita tiene presente la idea en general y, en algún punto, no desconoce estos distintos niveles que se pueden identificar en la norma. Una clara prueba de ello son, por un lado, la afirmación de que el juez equitativo juzga como “el propio legislador diría si estuviera allí presente” (ὁ κἂν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἶπεν ἐκεῖ παρών) (EN 1137b22-23) y, por el otro, el conjunto de las pautas interpretativas que Aristóteles (1976, p. 66) ofrece en el pasaje 1374b11-15 de *Retórica*: mirar “al legislador” (τὸν νομοθέτην), su “inteligencia” (διάνοιαν), su “intención” (προαίρεσιν) y al “todo” (τὸ ὅλον), antes que quedarse en una interpretación parcial focalizada pura y exclusivamente en la “ley” (νόμον), su “letra” (λόγον), el “hecho” (πρᾶξις) y “la parte” (τὸ μέρος). Mediante tales directrices, el juez logra desentrañar la intención pragmática del legislador y, al llevar a cabo eso, lo trae a los hechos: lo hace presente en el aquí y ahora que se juzga y se le da la oportunidad para que, como si fuese el mismo juez, subsane el defecto, voluntario o involuntario, de su obra.

Salir a la búsqueda de aquello que haría el legislador en una situación concreta a la luz de la intención pragmática, tomando como punto de partida las expresiones lingüísticas contendidas en la ley y como guía última los fines estructurales del sistema jurídico, es una operación fundamental del recurso de la equidad. Esta operación le permite al juez descubrir, ante un caso extraordinario, imprevisible y de difícil resolución, el sentido jurídico de la norma y el espíritu que la nutre para obtener, luego de su enderezamiento, una resolución adecuada, racional y justa. Así, el juez recupera y continúa la racionalidad deliberativa del legislador (Zahnd, 1996, p. 269), de un modo que atiende tanto a los intereses de la sociedad como a las demandas del momento oportuno que plantea el caso bajo su jurisdicción. No

hay mejor forma de brindar homenaje a la ley que mediante el juicio de equidad. El juez no la juzga en modo alguno ni cuestiona su valor ni su validez (Könczöl, 2013, p. 169; Vega, 2013, pp. 196-197). Lo que hace es juzgar a partir de ella y con ella, de acuerdo con los criterios de ordenación que establece y los valores morales y políticos sobre los que se apoya.

IV. Equidad, pero en apariencia

Se puede pasar, a la luz de estas consideraciones, a dar el veredicto acerca de si los jueces de la Sala II de la Cámara de Casación Federal de la Nación llevaron adelante una rectificación de la ley y una resolución como “el propio legislador diría si estuviera allí presente”, según Aristóteles o, de acuerdo con el Código Iberoamericano de justicia, “sin trasgredir el derecho vigente” (artículo 37) y orientada “a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley” (artículo 39). No parece ser este el caso. En efecto, todo el peso de su argumentación se coloca en mostrar una supuesta situación de injusticia que se derivaría de una aplicación mecánica de la ley. En esta dirección, los jueces dan dos pasos. En primer lugar, señalan que la culpabilidad por el hecho, “si bien aporta el fundamento de merecimiento y retribución por el injusto culpable cometido, puede ser reorientada a fines y funciones que la trascienden al momento de disponer la aplicación efectiva de las sanciones”. Como segundo paso, destacan que “las finalidades retributivas, preventivo generales y especiales entran en crisis frente al sujeto alcanzado por la pena” y esto sucede en virtud del tiempo transcurrido desde el ilícito, la reorganización del plan de vida del imputado y la existencia de marcadores de integración social y laboral (considerando 10).

Tal como se puede ver, se valoran y privilegian cuestiones personales antes que jurídicas: lo subjetivo termina por desplazar lo objetivo. Además, en ningún momento se establece una comparación entre la escala penal y la entidad del delito cometido por el agente, lo cual es algo fundamental. A pesar de realizar una breve mención sobre la culpabilidad por el acto, los jueces no ofrecen un examen detallado de ella a la luz de las circunstancias fácticas del hecho (la agresión, su modalidad y la lesión ocasionada al bien jurídico protegido), lo cual constituye la vara para medir y determinar la irracionalidad y la no proporcionalidad de una pena (Ziffer, 2005, pp. 120 y ss.). De hecho, a esto apunta el artículo 41 inciso 1 del Código Penal, que establece como parámetro de la graduación de la pena “[l]a naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados”.

Como explica el juez Kohan de la Sala IV del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, en el fallo “Guffanti” (2014), dicho artículo otorga “al juzgador la facultad de ponderar el grado de afectación al bien jurídico protegido por el tipo

enrostrado. O sea que mientras mayor sea el perjuicio producido con la conducta ilícita mayor será el grado de injusto y de reproche penal y ello sirve de índice para apreciar la mayor gravedad del hecho” (s/p).

La interpretación desplegada por el tribunal de casación federal bajo el argumento de equidad es parcial y segmentada, y no tiene en cuenta al “legislador”, su “inteligencia”, su “intención” y al “todo”, como dice Aristóteles. Solo se trabaja con lo particular, lo contingente, y esto es un error, pues en materia de equidad, como explica Zahnd (1996, p. 290), no existe un procedimiento de decisión sin referencia a un estándar universal. Dicho de otra forma, la toma de decisión no opera en un vacío libre de toda determinación normativa. El juez que busca la equidad solo la alcanza dentro de criterios universales fijados por la ley, pero realizando aquello a lo que aspiró el legislador. Quien actúa al dirimir un conflicto judicial continúa el trabajo que ha comenzado el legislador, pero nunca abandonando las leyes (Horn, 2006, p. 152; Duke, 2020, p. 156). Se puede decir, pues, que es una forma de superar la impersonalidad de la norma jurídica, pero sin salirse de sus propios contornos (Ruíz-Gallardón, 2017, p. 174). Dicho con las palabras de Vega (2014), la idea aristotélica de equidad es “como una especie de hilo rojo que va de la práctica del juez a la práctica del legislador (al ‘gobierno de las leyes’ o Estado de derecho) y liga ambas con la justicia (o sea, con ciertos valores político-morales)” (p. 117).

Los jueces trataron la equidad como si fuera un criterio extranormativo, esto es, un recurso que va más allá del registro de la ley, a un plano externo de la juridicidad que se suele identificar con un derecho natural (5). Sin embargo, lo cierto es que la equidad aristotélica es una directriz intranormativa, en el sentido de que la corrección de la ley significa un amoldamiento llevado a cabo desde dentro de ella, sin salirse de sus contornos. La equidad, pues, supone un reajuste de la letra de la ley, pero no cuestiona en modo alguno su validez ni su autoridad (Vernengo, 1974); no realiza, pues, una suerte de corrección externa y absoluta por medio de un sentido externo de justicia extrajurídico (Vega, 2013, p. 197).

En la teoría de la equidad de Aristóteles, como vimos, el criterio de corrección de la ley es recurrir al legislador. No parece ser que los jueces de casación realicen este movimiento, pues de haber tratado de ser fieles a la intención del legislador la única conclusión que se podía obtener es que no había lugar para apartarse del mínimo penal. Hay dos argumentos que justifican esta afirmación. En primer lugar, no se da el caso de que el legislador de saber que hay situaciones de tales características las hubiera legislado. De hecho, no lo hizo, aun teniendo esa opción

(5) Esta idea se encuentra recogida en una de las definiciones que, por cierto, ofrece el diccionario de la Real Academia Española (s/f., definición 3): la equidad como “justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva”.

entre sus manos. En efecto, en el proyecto de Código Penal de 1891 se tomaron como referencia legislaciones como la alemana en las que sí estaba permitido al juez imponer sanciones por debajo de los mínimos legales, pero al final nuestra legislación nacional terminó por establecer mínimos imperativos. Así pues, como explica Uriburu (2019), “no puede alegarse la intención por parte del legislador de establecer mínimos penales indicativos cuando fue este mismo quien vedó tal posibilidad” (p. 37) ni tampoco —agregamos nosotros— el juez está habilitado, aun en casos excepcionales, a perforar el mínimo legal mediante el argumento de equidad.

En segundo lugar, el caso no se haya cubierto por la intención pragmática pertinente, esto es, qué quiere hacer el legislador al fijar escalas con topes rígidos. Hay, al menos, tres grandes intencionalidades de esta elección. La primera intencionalidad radica en que el legislador busca darle al juez cierta libertad para medir la cantidad de pena de acuerdo con los aspectos objetivos del hecho (artículo 41 inciso 1) y las circunstancias de índole subjetiva vinculadas con el autor y su peligrosidad (inciso 2 de dicha norma); pero también quiere establecer un marco preciso de opciones con el fin de contener la actividad judicial y evitar, así, que el juez pueda llevar adelante decisiones contrarias a las funciones preventivo generales de la pena. Como segunda intencionalidad, si con el marco penal, como explica Ziffer (2005), también se da cuenta del “*valor proporcional* de la norma dentro del sistema”, esto es, “la importancia y rango de la respectiva norma prohibitiva o imperativa dentro del ordenamiento social” (p. 37), la imposición de límites rígidos tiende a su vez a conservar tal aspecto y evitar que el valor de la norma sea depreciado en la instancia de resolución de conflictos. Finalmente, también hay una tercera intencionalidad de establecer un estándar común objetivo-colectivo que tienda, a pesar de ofrecer un abanico de posibilidad dentro de la escala, a salvaguardar el principio de igualdad ante la ley.

El tribunal no tiene en cuenta tal cuestión de la teleología de las escalas, que es un punto esencial a la hora de discutir si tienen carácter indicativo o no, o es posible modificarlas de alguna forma bajo argumentos de justicia y equidad. Hay una tímida referencia a “los objetivos del legislador”, pero con ello se hace alusión más a los fines y funciones de la pena. Esto, si bien constituye un fin más alto y dentro del cual cobran sentido los números que se le asignan a las escalas penales, es una cuestión distinta. Se puede decir, entonces, que el tribunal se dirige solo a considerar la cuestión de si la pena es justa y, tras argumentar que a su criterio no lo es, cree que está legitimado para modificar la escala. Este desplazamiento es equivocado, pues una cosa no habilita a la otra. Si se diera el caso de una pena que manifiestamente repugne los principios de humanidad, proporcionalidad y racionalidad, el juez puede ir más allá de la simple regla (Grisetti, 2012). Pero siempre interviniendo de acuerdo con sus funciones y competencias. Así, la vía adecuada

sería examinar si se dan los requisitos para declarar la inconstitucionalidad del tope mínimo y, de entender que ello sucede, proceder de esa forma. Esto es lo que ha llevado a cabo, por ejemplo, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba en el fallo “Loyola” (2017).

Claro, el tribunal de casación realizó ese test, pero consideró que no se debía llegar al extremo de declarar la inconstitucionalidad. Sin embargo, por no querer dar ese paso —el cual, de todas formas, tampoco era procedente, como bien argumentó Mahiques en su voto en disidencia— se puso a transitar un camino que le está vedado ingresar y que es exclusivamente competencia del Congreso de la Nación. En la próxima sección nos ocuparemos con más detalle sobre este punto. Pero antes de pasar a ello cabe señalar que muy probablemente la creencia de los jueces de que mediante el argumento de la equidad se puede trastocar la ley y apartarse de ella se deba a una confusión entre este instituto y la *aequitas* romana. Este último también se suele traducir como “equidad”, pero se trata de la justicia que brota del caso y que tiene prioridad al derecho (Pedrazzi, 2001, p. 296); de ahí que no sea relevante considerar al legislador la razón ni los fines del estándar universal que contiene la ley. La prueba de tal confusión, además del hecho de concentrarse solo en cuestiones fácticas ligadas a las condiciones de vida personal del imputado, es que se dice que con la aplicación de la equidad “se logra la adecuación de lo resuelto con *la justicia en concreto*”. Este tipo de expresión es otra forma de hablar de “la justicia del caso”, la cual no tiene lugar alguno en la teoría de la equidad de Aristóteles, como bien ha puntualizado Kaufmann (2006, p. 301).

V. Activismo judicial (injustificado)

Si lo desarrollado en la sección anterior es correcto, se puede decir que los jueces, mediante una reinterpretación de la equidad ajena a las ideas de Aristóteles que inspiraron el capítulo V del Código Iberoamericano de Ética Judicial titulado “justicia y equidad”, terminaron cayendo en un activismo judicial injustificado. Esta afirmación, aunque ya pueda intuirse sobre qué se apoya, exige una justificación que precise básicamente dos cuestiones: por un lado, por qué los jueces pueden ser catalogados de activistas y, por el otro, que hace que tal activismo sea injustificado. Ambos rasgos, si bien van de la mano, pueden ser distinguidos a los efectos de llevar a cabo un mejor análisis.

En lo que respecta a la primera cuestión, lo primero que cabe señalar es que “activismo judicial” es aquel tipo de concepto sumamente escurridizo, amorfo, cuya semántica es muy difícil de precisar con claridad. La literatura especializada ha ofrecido una amplia variedad de definiciones que a veces, lejos de mantener

uniformidad, son muy disímiles (6). Sin duda estamos frente a un concepto sumamente polisémico (Ruiz, 2004). Sin embargo, dentro de la diferencia se pueden encontrar algunas ideas que nos interesa destacar. Básicamente se trata de dos rasgos: por un lado, se suele decir que el activismo supone una fuerte oposición al formalismo, esto es, la tendencia a aplicar de forma rigurosa lo dispuesto de forma expresa en la ley mediante un método de interpretación literal (Duquelsky, 2018, p. 203); por el otro, involucra una intromisión del juez en competencias que le pertenecen a los otros poderes del Estado (Castaño Peña, 2013, p. 123; Feoli Villalobos, 2015, p. 184).

Entre ambos rasgos existe, por cierto, una relación particular y uno actúa sobre otro. Si, por ejemplo, un juez privilegia por sobre todo atenerse a la letra de la ley, difícilmente —por no decir que sería imposible— se inmiscuya con su acto en las tareas de otro poder. Claramente, un enfoque conservador reduce la posibilidad de extralimitarse en las facultades. No parece suceder lo mismo en la relación inversa. Que el magistrado se mantenga en sus competencias no significa necesariamente que deba ser formalista, pues puede darse el caso de que tenga normas de competencia que lo habiliten a apartarse de una aplicación mecánica de la ley e incluso a valerse en la interpretación de elementos extranormativos.

Tales consideraciones darían cuenta de que la clave para identificar si hay o no activismo judicial está sobre todo en las normas de competencia (Laise, 2020, p. 155). Estas presentan principalmente los siguientes elementos: primero, un sujeto competente que tiene el poder jurídico de crear, derogar, modificar o aplicar normas jurídicas; segundo, la existencia de un acto jurídico que puede ser o no normativo; por último, la determinación de las materias sobre las cuales el individuo u órgano competente puede ejercer su poder normativo (Ferrer-Beltrán, 2000, pp. 127-146). Se puede agregar un cuarto rasgo: la definición de un procedimiento y condiciones para el ejercicio válido del poder normativo otorgado por la regla de competencia; pero, como advierte la literatura, esto es una cuestión independiente y no constitutiva de la propia competencia (Ferrer-Beltrán, 2000, pp. 125-126).

Entonces, la pregunta que cabe plantearse, frente a tal escenario, es si el poder judicial tiene la capacidad normativa para alterar las escalas o ello está expresamente definido como competencia exclusiva de otro poder. Nuestra Constitución Nacional y la doctrina de la CSJN, en su calidad de último intérprete del texto constitucional, nos dan la respuesta. El artículo 75 inciso 12 de nuestra carta de navegación establece que es atribución del Congreso “dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados

(6) A los fines de apreciar este punto, basta con dar un recorrido por los trabajos de los trabajos de Heydon (2001), Young (2002), Green (2009) y Zarbiyev (2012), entre otros.

o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones". La CSJN en el fallo "Pupelis" (1991) aclaró el sentido de la norma y dijo que "resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (...), y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente" (considerando 5).

Asimismo, en dicho fallo, la CSJN también precisó la tarea jurisdiccional y dejó en claro que "el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones" (considerando 5).

Es importante señalar que el fundamento del máximo tribunal para alcanzar esa interpretación se apoya en el propio principio de legalidad contemplado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. Así, la CSJN realiza una lectura de tal principio que involucra un enfoque doble: por un lado, desde el punto de vista material dice que el principio de legalidad exige que la conducta jurídicamente reprochable y la sanción que corresponde imponer se encuentren previstas con anterioridad al hecho por ley, y por eso "pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo (como únicos legitimados) la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente"; por el otro, desde el punto de vista formal, la CSJN aclara que la organización del Estado definida en la Constitución Nacional establece que el ejercicio de las facultades en cuestión son exclusivas del Poder Legislativo (actual artículo 75 inciso 12).

Todo esto hace que la decisión adoptada por los jueces de la Sala II de la Cámara de Casación Federal de la Nación Argentina caiga en un activismo judicial injustificado. Pero, además, se le suman otras dos razones que justifican tal calificación, las cuales se derivan de lo dicho. En primer lugar, hay una sustitución del punto de vista del legislador por el del juez, de un criterio objetivo-colectivo amparado en la legitimidad dada por el pueblo a los legisladores por uno subjetivo e individual, lo cual es sumamente grave (Almeyra, 2003). En segundo lugar, el activismo es injustificado porque no se da el caso de que la intromisión del poder judicial sobre competencias del poder legislativo u otro poder sea la única vía para garantizar los propios valores morales sobre los que se asienta el Estado de derecho (básicamente la dignidad de la persona y sus derechos básicos). Lo dicho, por cierto, supone aceptar que a veces el activismo sí se podría en algún

punto justificar (7), pero porque no actuar sería algo por completo intolerable y constituiría una afrenta contra la dignidad humana, fundamento de los derechos humanos (Spaemann, 1988, p. 13; Massini Correas, 2017), y los principios básicos reconocidos en la Constitución Nacional.

Esto sucedería, por ejemplo, en aquellas situaciones que, como bien reconoce Atienza (2019), si el juez no se involucra “no cabe esperar que alguna otra instancia estatal pueda satisfacer la exigencia que se plantea cuando alguien pide que se le reconozca uno de esos derechos: a la subsistencia, a la salud, etc.” (p. 85).

Entonces, cuando en el Estado de derecho se torna imprescindible tomar una actitud activista para dar solución a una vulneración de derechos intolerable, habría en principio justificación. Decimos “en principio” porque es una cuestión que es muy difícil determinar desde reglas abstractas y se tiene que ver caso por caso. En la jurisprudencia se pueden encontrar algunos ejemplos de activismo justificado (8). Aquí basta con mencionar el fallo “Campodónico de Beviacqua” (2000), en el que la CSJN ordenó al Estado Nacional mantener la provisión de medicamentos a un niño con discapacidad luego de que el gobierno había decidido arbitrariamente dejar de proveérsela.

Vala aclarar que con lo dicho no queremos promover en modo alguno la idea, por completo repudiable, de “jueces iluminados o profetas” que, en palabras de Santiago (2008), “se sienten llamados a resolver desde sus estrados judiciales los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está pensado ni diseñado para ello” (p. 146). No es esto lo que queremos decir. Más bien, lo que se defiende es, para decirlo en términos de Duquelsky (2018), un “activismo garantista” con un campo de actuación e intervención muy limitado: “una actitud creativa, antiformalista y comprometida con la efectivización de los derechos fundamentales sin que ello implique la vulneración de garantías constitucionales” (p. 205). Se trata, pues, de una intervención judicial que rompe con las formalidades y se involucra en la realidad cuando no existe otro medio jurídico para proteger los derechos y hacerlos efectivos.

Alterar las escalas penales no entra, según creemos, en un supuesto de activismo justificado. Habría un activismo que no se toma en serio las leyes democráticas, pues “las desprecia y las considera obligatorias”, ni tampoco “los derechos

(7) Así pues, habría un activismo judicial “justificado” e “injustificado”. En la literatura es común este tipo de distinción; por ejemplo, Manili (2006) distingue entre activismo “bueno” y “malo”; Maraniello (2010, pp. 54 y ss.) entre “justo o razonable” e “injusto o arbitrario”.

(8) Al respecto, en relación con el derecho a la salud ver el trabajo de Abramovich y Pautassi (2008) y el trabajo de Sagüés (2006) sobre los fallos “Siri” (1957) y “Kot” (1958) como casos de un “activismo judicial legítimo”.

fundamentales y los valores y principios del sistema jurídico”, pues hay una disposición a llevar adelante su manipulación “siempre que su manera de regular la conducta y resolver los conflictos no resulte conforme a lo que [el juez] considera *más justo*” (Etcheverry, 2021, p. 347). Si el magistrado cree que hay una pena excesivamente desproporcional e irracional, que vulnera derechos esenciales, tiene la vía de la inconstitucionalidad, tal como ya lo ha dicho hace tiempo la CSJN en el fallo “Pupelis” (1991).

VI. Conclusiones

La equidad es uno de esos tipos de recursos que, en algún punto, pueden permitir ciertos abusos en la tarea interpretativa del juzgador. Como hemos tratado de demostrar, esto es lo que realizan los jueces de la Sala II de la Cámara de Casación Federal de la Nación Argentina, cuando, mediante tal argumento, tomaron la decisión de perforar el mínimo legal de la sanción establecida para el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y ordenaron al tribunal de primera instancia que imponga una pena en suspenso.

En efecto, a pesar de que la equidad tiene contornos borrosos y a veces no está del todo claro si quien se vale de ella respeta sus límites, lo cierto es que en la teoría aristotélica que inspiró el capítulo V del Código Iberoamericano de Ética Judicial hay un parámetro preciso en lo que respecta al proceso de amoldamiento de la norma general al caso particular: decidir como “el propio legislador diría si estuviera allí presente”, yendo desde la intención lingüística expresada en el enunciado normativo hacia la intención pragmática que anida en su propio interior. Al no respetar ese límite, los jueces dieron un paso que, en el marco del Estado de derecho, resulta un tanto preocupante o, al menos, genera cierta intranquilidad a la luz del principio organizativo de división de poderes: cayeron en un activismo injustificado que, tras expresar una actitud fuertemente antiformalista, se entromete en las competencias del poder legislativo y suplanta un criterio objetivo-colectivo por uno individual.

En materia de interpretación y decisión judicial, así como a veces el estricto apego a la letra de la ley no es a veces un modo adecuado para resolver los conflictos intersubjetivos, tampoco es deseable que los jueces se aventuren a tomar decisiones que vayan más allá de la ley, fuera de sus dominios. Ni uno ni otro extremos son virtuosos, sino que se debe mantener un término medio que respete el esquema organizativo y de coordinación fijado por el derecho. En función de la Constitución Nacional y los poderes normativos definidos por las reglas de competencia de los jueces, el dictado de penas más bajas que las establecidas por el legislador en su obra no apunta en esta dirección.

VII. Bibliografía

Abramovich, V. y Pautassi, L. (2008). El derecho a la salud en los tribunales: algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. *Salud colectiva*, 4 (3) (pp. 261-282).

Almeyra, M. (2003). La aplicación rigurosa de la ley penal ¿Pueden los jueces morigerar las escalas penales? *La Ley*, tomo 2003-B-391.

Aristóteles (1976). *Retórica* (edición griega de Kassel, R.). Berlín: de Gruyter.

Aristóteles (1988). *Ética Nicomaquea* (edición griega de Bywater, I.). Oxford: Clarendon Press.

Atienza, M. (1998). A propósito de la argumentación jurídica. *Doxa*, 21 (pp. 33-50).

Atienza, M. (2019). Siete tesis sobre el activismo judicial. *Ámbito jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial> [Fecha de consulta: 25/12/2021].

Austin, J. L. (1962). *How to do Things with Words*. Oxford: University Press.

Beever, A. (2004). Aristotle on Justice, Equity, and Law. *Legal Theory*, 10 (pp. 33-50).

Brunschwig, J. (1996). Rule and Exception: On the Aristotelian Theory of Equity. En M. Frede y G. Striker (eds.), *Rationality in Greek Thought* (pp. 115-155). Oxford: University Press.

Castaño Peña, J. A. (2013). Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Derecho del Estado*, 31(2) (pp. 119-160). Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3606> [Fecha de consulta: 12/12/2022].

D'Agostino, F. (1973). *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*. Milán: A. Giuffrè.

Depetris, C. E. (2015). Hacia un cambio en la práctica jurídica: Notas sobre el Capítulo 1 del Título preliminar del Código Civil y Comercial. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/carlos-emilio-depetris-hacia-cambio-practica-juridica-notas-sobre-capitulo-1-titulo-preliminar-codigo-civil-comercial-dacf150652-2015-06-01/123456789-0abc-defg2560-51fcanirtcod> [Fecha de consulta: 18/08/2021].

- Duke, G. (2020). *Aristotle's Legal Theory: The Politics of Nomos*. Cambridge: University Press.
- Duquelsky, D. (2018). La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial. *Doxa*, 41 (pp. 193-209).
- Etcheverry, J. B. (2020). Formalismo, activismo y discrecionalidad judicial. *Dikaion*, 29 (2) (pp. 336-351).
- Feoli Villalobos, M. (2015). El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 22 (2) (pp. 173-198).
- Ferrer-Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gardner, J. (2000). The Virtue of Justice and the Character of Law. *Current Legal Problems*, 53 (1) (pp. 149-184).
- Georgiadis, C. (1987). Equitable and Equity in Aristotle. En S. Panagiotou (ed.), *Justice, Law, and Method in Plato and Aristotle* (pp. 115-156). Edmonton: Academic Printing & Publishing.
- Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, 58 (5) (pp. 1195-1264).
- Grisetti, R. A. (2012). Determinación de la pena por debajo de los mínimos legales. *La Ley*, tomo 2012-F-1135. Buenos Aires: La Ley.
- Heydon, D. (2001). Judicial Activism and the Death of the Rule of Law. *Otago Law Review*, 10 (4) (pp. 493-516). Recuperado de <http://www.austlii.edu.au/au/journals/OtaLawRw/2004/2.html> [Fecha de consulta: 17/11/2021].
- Horn, C. (2006). *Epieikeia: The Competence of the Perfectly Just Person in Aristotle*. En B. Reis (ed.), *The Virtuous Life in Greek Ethics* (pp. 142-166). Cambridge: University Press.
- Juliano, M. A. (2005). La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales. *Revista de Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30093-indefectible-naturaleza-indicativa-minimos-escalas-penales> [Fecha de consulta: 06/02/2022].
- Kaufmann, A. (2006). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Könczöl, M. (2013). Legality and Equity in the *Rethoric*: The Smooth Transition. En L. Huppés-Cluysenaer y N. M. Coelho (eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice* (pp. 171-201). Dordrecht: Springer.

Laise, L. D. (2020). ¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24 (1) (pp. 147-173). Recuperado de <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05> [Fecha de consulta: 12/12/2022].

Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires: Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.

Lell, H. M. (2017). La equidad y la seguridad jurídica. El equilibrio como desafío a la ética judicial. *Lex Humana*, 9 (1) (pp. 26-45).

Manili, P. (2006). El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema. *La Ley*, tomo 2006-D-1285.

Maraniello, P. A. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Revista de Ciencias Sociales*, 5 (32) (pp. 47-83). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4548361> [Fecha de consulta: 12/12/2021].

Massini Correas, C. I. (2017). Sobre dignidad humana y derecho: la noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho. *Prudentia Iuris*, 83 (pp. 49-72). Buenos Aires: UCA.

Moore, M. (1985). A Natural Law Theory of Interpretation. *Southern California Law Review*, 58 (1) (pp. 277-398).

Mosset Iturraspe, J. (1977). *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar.

Pedrazzi, P. (2001). La *aequitas* como concepto rector del medievo jurídico sapiencial: un enfoque interpretativo. *Ars iuris*, 26 (pp. 292-323). Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/ars-iuris/article/view/2420/2277> [Fecha de consulta: 05/12/2021].

Rabbi-Baldi, R. (1999). La interpretación del derecho de acuerdo a “equidad” en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina. *Persona y Derecho*, 40 (pp. 445-486).

Rabbi-Baldi, R. (2015). *Teoría del derecho*. Buenos Aires: Ábaco.

Real Academia Española (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/equidad> [Fecha de consulta: 04/12/2021].

Rossi, A. E. (2007). Afianzar la justicia. *El Derecho*, tº 223 (pp. 849-852).

Ruiz, A. (2004). La politicidad de la función judicial o la cara oculta del Derecho. *Ideas y Derecho*, 4 (pp. 173-184).

Ruiz-Gallardón, I. (2017). La equidad: una justicia más justa. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 20 (2) (pp. 173-191).

Sagüés, N. P. (2006). Reflexiones sobre el activismo judicial legítimo. (A los 50 años de la creación jurisprudencial del amparo federal). *Cuaderno de Derecho Público*, 1 (pp. 375-388). Recuperado de <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/CDP/article/view/4283> [Fecha de consulta: 14/11/2021]

Santiago, A. (2008). Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces. Las novedades del neo-constitucionalismo. *Dikaion*, 17 (pp. 131-144). Recuperado de <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1400> [Fecha de consulta: 1/12/2021].

Shiner, R. (1994). Aristotle's Theory of Equity. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 27 (4) (pp. 1245-1264).

Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana. *Persona y Derecho*, 19 (pp. 13-33).

Tale, C. (2011). *La equidad o epiqueya (Concepto, criterios y aplicaciones)*. Córdoba: Trejo y Sanabria.

Uriburu, G. J. (2019). La perforación de los topes mínimos de las escalas penales. Análisis a partir de los casos *Guffanti* y *Ríos*. *Forum*, 7 (pp. 29-50).

Vega, J. (2013). Legal Rules and Epieikeia in Aristotle. Post-positivism Rediscovered. En L. Huppel-Cluysenaer y N. M. Coelho (eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice* (pp. 171-201). Dordrecht: Springer.

Vega, J. (2014). La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Valencia, 29 (pp. 113-144). Recuperado de <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/3249> [Fecha de consulta: 16/11/2021].

Vernengo, R. (1974). Sobre algunas funciones de la equidad. *La Ley*, Tº 155 (pp. 1200-1209).

Young, E. A. (2002). Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*, 73 (4) (pp. 1139-1216).

Zahnd, E. G. (1996). The Application of Universal Laws to Particular Cases: A Defense of Equity in Aristotelianism and Anglo-American Law. *Law and Contemporary Problems*, 59 (1) (pp. 263-296).

Zambrano, P. (2009). La interpretación jurídica como co-creación. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, 3 (pp. 375-414).

Zarbiyev, F. (2012). Judicial Activism in International Law-A Conceptual Framework for Analysis. *Journal of International Dispute Settlement*, 3 (2) (pp. 247-278).

Ziffer, P. (2005). *Lineamientos de la determinación de la pena*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Jurisprudencia

CSJN, “Siri, Ángel s/interpone recurso de hábeas corpus”, 27/12/1957, Fallos: 239:459.

CSJN, “Kot, Samuel SRL s/recurso de hábeas corpus”, 05/09/1958, Fallos: 241:291.

CSJN, “Saguir y Dib Claudia Graciela s/autorización”, 06/11/1980, Fallos: 302:1284.

CSJN, “Pupelis, María Cristina y otros s/robo con armas-causa nº 6491”, 14/05/1991, Fallos 314:424.

CSJN, “Vera Barros, Rita Esther c/Estado Nacional (Armada Argentina —Dirección General de Personal Naval—) s/beneficio de pensión”, 14/12/1993, Fallos: 316:3043.

CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social”, 24/10/2000, Fallos: 323:3229.

CSJN, “Ferrer de Leonard, Josefina y otros c/Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/amparo”, 12/08/2003, Fallos: 326:2637.

CSJN, “Caldeiro, Juan Carlos c/EN —M. Defensa— Ejército s/daños y perjuicios”, 30/04/2020, Fallos: 343:264.

TC de Bs. As., Sala IV, “Guffanti, M. D. s/recurso de casación”, 09/09/2014.

STJ Córdoba, “Loyola, S. A. s/Recurso de inconstitucionalidad”, 27/10/2017.

CNFed. Cas., Sala II, 04/03/2021, “Vázquez, César y otros s/recurso de casación”.

Fecha de recepción: 04-03-2021

Fecha de aceptación: 23-09-2022