



*Moralidad judicial y dilemas. Aportes a partir de la pregunta..., Vol. 34 (2018), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN.*

## **MORALIDAD JUDICIAL Y DILEMAS. APORTES A PARTIR DE LA PREGUNTA: ¿HAY UN DILEMA EN EL FALLO “MUIÑA”?**

MANUEL FRANCISCO SERRANO<sup>1</sup>  
*UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN LUIS*

### **1. Introducción**

**L**a doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Argentina en relación a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar, expresamente declaraba la obligación del Estado de investigar y juzgar a los responsables de su comisión. La Corte no sólo caracterizó dichos delitos, sino que también estableció que no eran susceptibles de amnistía, indulto, ni prescripción. Sin embargo, en el año 2017 dictó el fallo “Muiña” donde, por voto mayoritario, decidió otorgarle el beneficio del “2 por 1” a un condenado por dichos delitos. La consecuencia fue su inmediata libertad por el vencimiento de la condena.

La respuesta de la sociedad fue clara. Con diversas manifestaciones, la sociedad civil, las instituciones y las personalidades públicas se declararon en

---

<sup>1</sup> El autor es Abogado. Docente en la asignatura "Ética Profesional" y "Ética y Práctica Docente de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de San Luis.

---

contra de la sentencia. Más aún, del voto de los mismos jueces se observan expresiones que denotan un gran pesar a la hora de tomar la decisión. Más precisamente sostenían estar ante un dilema.

En este trabajo se propone realizar un análisis de la sentencia en clave de dilema. La finalidad concreta es indagar si se está ante un dilema y en su caso si los jueces utilizan este concepto como un arma argumentativa para lograr adhesión o compasión de la opinión pública.

En este sentido, se comenzará relatando el marco jurídico del fallo, donde se describirá la historia judicial de Muiña y los argumentos dados por el voto mayoritario y el minoritario de la Corte. Luego, se realizará un análisis del concepto de dilema, para reconstruirlo sobre la base de dos grandes posturas: una lógica conceptual y otra fenomenológica. Posteriormente, se realizará un examen de la dimensión institucional del derecho y la moralidad judicial, para - finalmente - intentar responder si se está efectivamente ante un dilema.

## 2. Marco contextual del fallo “Muiña”

El análisis de las sentencias de los tribunales supremos es un tema recurrente en el ámbito de la filosofía del derecho y la filosofía política. La importancia de sus decisiones no sólo está dada por su posición institucional (el órgano superior dentro de la estructura del poder judicial), sino también por los límites de su competencia. En efecto, los tribunales supremos suelen ser los *intérpretes últimos* de la constitución nacional de cada país.

En particular, la Corte Suprema de la Nación Argentina se limita a decidir cuestiones de *índole federal*<sup>2</sup>, es decir, decisiones que sean contrarias a la

---

<sup>2</sup> Ley 48, art. 14: “... sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definiti-

jerarquía normativa establecida por la Constitución Nacional. En otras palabras, la Corte misma es la que establece cómo deben ser interpretadas las normas constitucionales y por ende sus decisiones no sólo impactan en la jurisprudencia de los tribunales argentinos, sino también en los demás poderes e instituciones, al reconocer derechos y garantías que deben ser respetados y/o garantizados por el Estado.

Muchas de estas decisiones no suelen ser aceptadas sin más. En Argentina, una de las áreas más significativas en donde la Corte se ha expedido, es la vinculada a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar. A lo largo de diez años, la Corte caracterizó los delitos de lesa humanidad (Corte Suprema de Justicia de la Nación “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) - causa N° 17.768” (Fallos: 328: 2056), estableció que no eran susceptibles de amnistía, indulto (Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, Fallos: 330: 3248); ni prescripción (CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, Fallos: 327:3312); y determinó la obligatoriedad del Estado de investigar y juzgar a los responsables de su comisión. Pero, en mayo de 2017, la Corte dictó el fallo “Muiña” donde, lejos de continuar la línea mantenida en esta temática decidió otorgar a un condenado por delitos de lesa humanidad el beneficio de la *benignidad intermedia*<sup>3</sup> y,

---

*vas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes: 1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez. 2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia. 3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio”.*

<sup>3</sup> Es la aplicación de la ley que resulta más benigna (ya sea porque desincrimina la conducta, reduce la condena o reduce la naturaleza de la pena) que ha sido puesta en vigencia

por lo tanto, que se le computen dos días de prisión por cada uno cumplido en prisión preventiva, de acuerdo a lo establecido en el art. 7 de la ley 24.390<sup>4</sup>. La consecuencia fue el otorgamiento de la libertad a Luis Muiña, por haberse cumplido la pena a la que fue condenado (CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario"). En concreto, la Corte debía decidir si a Muiña le era aplicable el cómputo del "2 por 1" establecido en la ley 24.390, teniendo en cuenta que: 1) La ley que establecía este beneficio se promulgó en el año 1994 y se derogó en el año 2001. 2). Luis Muiña estuvo en prisión preventiva luego de derogarse dicha ley. 3) Los delitos que cometió se realizaron durante la última Dictadura Militar (1976 – 1983) y su condena se produjo en el año 2011.

Esta decisión fue ampliamente repudiada por la sociedad. Inmediatamente se realizaron manifestaciones multitudinarias en todo el país, repudios de distintas agrupaciones, O.N.Gs., partidos políticos, declaraciones de parlamentos provinciales y municipales, etc. Es más, en menos de 24hs. el Congreso de la Nación sancionó la ley 27.362 que expresamente establece la inaplicabilidad de la ley 24.390 a los delitos de lesa humanidad.

Un resumen de la historia judicial de Muiña se podría plantear de la siguiente manera: en el año 2011 es condenado a trece años de prisión por la comisión de crímenes de lesa humanidad<sup>5</sup>. Asimismo, la sentencia postergó el

---

después del comienzo de ejecución de la acción delictiva y se ha derogado antes de la condena judicial al acusado.

<sup>4</sup> Art. 1° La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años... Art. 7° Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

<sup>5</sup> Se lo condena a condenado a 13 años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas procesales por ser coautor penalmente responsable del delito de privación ilegal de la libertad cometido por funcionario público con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, agravado por el uso de violencia o amenazas, en concurso ideal con el delito de imposición de tormentos en relación con las condiciones de

cómputo de la prisión preventiva y el vencimiento de la pena impuesta, al momento en que quedara firme<sup>6</sup>. Esto último sucedió cuando la Cámara Federal del Casación Penal confirmó la condena (Tribunal Federal de Casación Penal, Sala IV “MUIÑA, Luis, BIGNONE, Reynaldo Benito Antonio, Mariani, Hipólito Rafael s/recurso de casación”). Dicha decisión fue apelada<sup>7</sup> por la fiscalía y el tribunal de alzada (Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal) ordenó revocar el cómputo efectuado, por entender que la benignidad intermedia no resultaba de aplicación al caso, en virtud de que el derecho al tratamiento más benigno que consagra tiene como fundamento la valoración social. Como dicha valoración con respecto a los crímenes de lesa humanidad no se modificó con la sanción de la Ley 24.390, ésta no resultaba aplicable al caso. Esta decisión fue apelada ante la Corte Suprema, quien ordenó la aplicación del cómputo del “2 por 1”.

Los argumentos que utilizaron los jueces de la Corte para decidir el caso son variados. Aunque su decisión parecería ser meramente jurídica por la utilización del silogismo jurídico<sup>8</sup>, el contexto que rodea la sentencia nos hace pensar que ingresan consideraciones de índole política y moral. Las valoraciones personales de los jueces se encuentran presente en su texto, a tal punto de

---

cautiverio impuestas, en concurso real con el delito de imposición de tormentos impuestos por un funcionario público al preso que guarde, reiterados en cinco (5) oportunidades en perjuicio de Gladis Evarista Cuervo, Jacobo Chester, Jorge Mario Roitman, Jacqueline Romano y Marta Elena Graiff (CAUSA N°: 1696 “BIGNONE, Reynaldo Benito Antonio; Muiña, Luis y Mariani, Hipólito Rafael s/ inf. arts. 144 bis inciso 1° y último párrafo -ley 14.616-, 142 incisos 1° y 5° -ley 20.642- del C.P.” Veredicto del 29/12/2011 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires).

<sup>6</sup> Las decisiones judiciales quedan firmes cuando las partes las consienten (expresa o tácitamente), cuando no se pueden intentar recursos en su contra o cuando el último tribunal competente ha dictado su decisión.

<sup>7</sup> Si bien el término correcto sería “recurrido” en este trabajo vamos a utilizarlos como sinónimos, ya que no interesa para el análisis que estamos efectuando la naturaleza del recurso procesal presentado, sino las decisiones que ha tomado cada tribunal en el caso.

<sup>8</sup> Se caracteriza por estar conformado por dos premisas, una jurídica y otra fáctica, donde si lo hechos se corresponden con el supuesto regulado por la norma, corresponde que la decisión sea conforme lo ordena la norma.

---

sostener que están frente a un “dilema”.

## 2.1 Argumentos del voto mayoritario

El voto mayoritario sustentó su postura - básicamente - en una interpretación literal de la ley. Como el texto del art. 2 del Código Penal no establece que los delitos de lesa humanidad sean excepciones al mismo, concluye que es plenamente aplicable a Muiña. Los argumentos podrían resumirse de la siguiente manera:

1. Los arts. 2 y 3 del Código Penal son claros al permitir la aplicación de la ley 24.390.

2. La legislación correspondiente a la prisión preventiva, ostenta carácter material (en oposición al carácter procesal o adjetivo<sup>9</sup>) y por lo tanto es aplicable el principio de la ley penal más benigna (causa "Arce", Fallos: 331:472).

3. La interpretación literal debe primar sobre cualquier otra, ya que la primera fuente de interpretación de una ley, es su letra (Fallos: 315:1256; 318:950 y 324: 2780).

4. Si el legislador hubiera querido tratar de manera diferente a los procesados – o condenados – por delitos de lesa humanidad, lo hubiera estipulado expresamente, y no utilizando el adverbio *siempre*, tal como lo hace.

5. El carácter permanente de los delitos por los que se condena a Muiña, en nada obsta a ésta interpretación, ya que el momento en que se comenzó a desplegar la conducta típica hasta que cesó de hacerlo, no inhibe la posibilidad

---

<sup>9</sup> La distinción entre normas de carácter material o sustantivo y procesal o adjetivo, en el tema que estamos tratando, radica en el momento en que son aplicables. En el caso de las materiales, son aplicables sólo a las acciones cometidas luego de su vigencia y sólo se aplican a las anteriores si son más benignas. En cambio, las procesales, se aplican a las causas en trámite, ya que sólo modifican cuestiones de forma y no el fondo de la cuestión.

de que se hubiera dictado una ley penal más benigna. Más aún, si el legislador no previó la excepción a los delitos de lesa humanidad, no corresponde al poder judicial hacerlo.

6. Si llegase a existir dudas sobre la aplicación del art. 2 del Código Penal al caso discutido, se debe resolver *“en favor del imputado debido a que en el proceso interpretativo en materia penal debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos”* (considerando 11).

7. Las leyes penales intermedias (aquellas promulgadas después de la comisión del delito y derogadas antes de dictarse condena) se aplican retroactivamente cuando son más benignas que las leyes anteriores, y son ultraactivas siempre que sean más benignas que las leyes posteriores.

## 2.2 Argumentos del voto minoritario

La postura minoritaria realiza una interpretación de tipo correctora restrictiva (Guastini, 1999), al intentar limitar el alcance dado por el art. 2 del Código Penal, y excluir de su aplicación a los delitos de lesa humanidad y los delitos permanentes. Entre otros, los argumentos serían<sup>10</sup>:

1. Una interpretación literal es insuficiente para resolver la aplicación de una ley derogada a un tema de relevancia institucional. Se debe tener en cuen-

---

<sup>10</sup> Es importante aclarar que la Corte argentina está compuesta por cinco miembros. En el voto minoritario vamos a encontrar la postura de los ministros Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda. En el desarrollo del presente me enfocaré en los argumentos dados por el primero y se aclarará cuando ambos coincidan, ya que no interesa el debate jurídico específico que se da entre las distintas posturas, sino indagar de manera más profunda la existencia o no de algún dilema que han tenido que enfrentar los jueces de la Corte.

---

ta el sistema jurídico argentino en su totalidad, respetando su consistencia, plenitud e independencia.

2. El caso ronda sobre una condena por delitos de lesa humanidad y como tal no es susceptible de amnistía, indulto, ni prescripción, por otro lado, su persecución forma parte de los objetivos de la legislación internacional. De esta manera, la ejecución de la pena forma parte del concepto normativo de dichos delitos, situación que imposibilita la interpretación legal en contrario.

3. La valoración social de los delitos de lesa humanidad no se ha modificado y permanece inalterable en todo el poder judicial, a tal punto que se ha convertido en una política de Estado ratificada por los tres poderes en diversas épocas.

4. Si bien el sistema jurídico argentino establece la retroactividad de la norma más benigna, lo hace con miras a un criterio legislativo de mayor lenidad con respecto a la conducta en cuestión, situación que no se ve verificada en los delitos de lesa humanidad.

5. La ley 24.390, ostenta carácter material y por lo tanto sólo se aplica al momento de su vigencia.

6. El carácter permanente del delito<sup>11</sup> implica que, si durante el lapso de consumación del delito rigieron dos leyes, se está ante un caso de coexistencia de leyes, y no de sucesión de leyes (que recoge el art. 2 del Código Penal). Por lo tanto, se debe aplicar una sola ley y es la vigente en el último tramo de la conducta punible (Considerando 17 del ministro Lorenzetti y 9 del ministro Maqueda).

### **3. Dilemas morales y dimensión institucional del derecho**

---

<sup>11</sup> Muiña es condenado por la desaparición de Jorge Mario Roitman, quien todavía se encuentra desaparecido.



De lo expresado surge que la discusión se da entre dos posiciones que propugnan dos respuestas diferentes, con consecuencias distintas para el mismo problema y en ese sentido adelantan que no se está frente a una situación común, sino ante un caso difícil.

En filosofía del derecho es una opinión compartida - claro que con distintos enfoques y fundamentos - la existencia de casos fáciles y difíciles. Los primeros serían aquellos en los que la decisión judicial será la aplicación de una norma jurídica general (premisa mayor) al hecho particular (premisa menor). Por ejemplo, si existe una norma que diga “toda persona que mate a otra será condenada a x tiempo de prisión”, y el juez tiene que decidir qué decisión tomar ante la muerte de p a manos de q, entonces el juez debe condenar a q a x tiempo de prisión.

En cambio, los casos difíciles requieren una justificación de segundo orden. No basta con la mera subsunción de los hechos en una norma jurídica, sino que se debe acudir a un segundo nivel para justificar la premisa de la que parte la decisión. Aquí se pueden observar problemas de interpretación (los términos son ambiguos o hay conceptos vagos en la formulación de la norma que deben ser interpretados) y relevancia (hay controversia en torno a si existe o no una norma aplicable al caso), con respecto a la premisa normativa; y problemas de prueba (hay dificultades para determinar cuáles fueron los hechos) y calificación (es discutible la calificación jurídica que debe dársele a los hechos ya determinados), con respecto a la premisa fáctica (MacCormick, 1994 citado por Amaya, 2009).

En este contexto, parecería que los jueces están ante un problema de interpretación que derivará en un problema de relevancia (aunque de manera subsidiaria). En efecto, los jueces deben resolver cómo se debe interpretar el

---

art. 2 del Código Penal, si permitiendo la benignidad intermedia (y por lo tanto la aplicación de la ley 24.390) o no (negando la aplicación de dicha ley).

Más aún, el caso todavía se puede problematizar más y plantear la existencia de un dilema. Si bien la noción de caso difícil y dilema no tienen una relación de identidad, se podría afirmar que la existencia de un dilema – tal como se verá más adelante – conlleva el reconocimiento que se está ante un caso difícil, porque el silogismo jurídico se deberá completar recurriendo a interpretaciones<sup>12</sup> de las normas con el fin de lograr una justificación de segundo orden.

No debe olvidarse que esta sentencia ha suscitado un amplio debate, movilizaciones, manifestaciones y repudios en su contra. El ministro Horacio Rosatti, en su voto dijo expresamente *“esta Corte no puede soslayar el dilema moral que plantea en el juzgador la aplicación de un criterio de benignidad a condenados por delitos de lesa humanidad”* (considerando 11 de su voto).

La cuestión de los delitos de lesa humanidad cometidos en Argentina durante la última dictadura militar se ha convertido en una preocupación que atraviesa transversalmente a la sociedad y al Estado. Los movimientos de derechos humanos bajo la consigna de “memoria, verdad y justicia” han logrado que la investigación, persecución y condena de los autores, cómplices y partícipes, se alzara como una política de Estado avalada por los tres poderes en diferentes pronunciamientos y políticas públicas.

---

<sup>12</sup> Es importante señalar que existe una clara diferencia entre un enunciado normativo y una norma. Mientras el primero sería el texto de una ley (en sentido amplio), el segundo sería ese texto interpretado. De esta manera podemos encontrarnos ante una norma estipulada en un artículo o en varios artículos (y a la inversa). En este sentido, los jueces al momento de decidir mediante el silogismo jurídico, lo hacen aplicando normas.

Teniendo en cuenta esto, un juez que se encuentre ante un dilema, necesariamente deberá resolverlo mediante la aplicación de normas, y he aquí que al no encontrar respuestas en el primer orden, deberá recurrir al segundo mediante técnicas de interpretación que aseguren una decisión coherente con el sistema institucional en el que está inserto. En este sentido ver Alchourrón-Bulygin (1996). Caracciolo (1996). Martínez Zorrilla (2010).

---

Por otro lado, Argentina ha firmado, ratificado y otorgado jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos. Se ha sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se han generado políticas y dictado leyes en todos los ámbitos de gobierno y del Estado, en consonancia con la normativa internacional de derechos humanos.

De este modo, se podría decir, *prima facie* que la cuestión a decidir por los jueces estaba rodeada de diversas consideraciones que – parecería – implican un dilema. Para adentrarnos en el análisis del mismo, primero se debe establecer una conceptualización de dilema y luego ver las características del mismo en un proceso judicial para poder definir si se está o no ante un dilema.

### **3.1 Sobre el concepto de dilema**

#### **3.1.1 Algunos planteos desde la lógica deóntica**

Como primera aproximación se podría decir que los dilemas serían una especie de conflicto normativo caracterizado por la obligación de un agente moral a realizar dos o más cursos de acción, pero sólo puede cumplir uno o algunos, no todos. Son situaciones en que el agente está condenado a fallar. Se pueden expresar de la siguiente manera:

Debo hacer p

Debo hacer q

No puedo hacer p y q

También, como la colisión de normas ante un mismo curso de acción:

Debo hacer p

---

### No debo hacer p

Ambas situaciones son expresiones de inconsistencias lógicas, ya que el agente debe seguir dos cursos de acción, pero no puede cumplir ambos. Los principios lógicos *debe implica puede, aglomeración y consistencia deóntica* se encuentran anulados. El primero implica que si p es debido, entonces p es posible, situación que se encuentra impedida por la última premisa en ambas caracterizaciones.

Por su parte, el principio de aglomeración establece que si se debe hacer p y se debe hacer q, entonces se debe hacer p y q. Esta conclusión se ve imposibilitada toda vez que sólo es posible realizar una sola acción. Por último, el principio de consistencia deóntica prescribe que la misma acción de un agente no puede estar obligada y prohibida al mismo tiempo.

De esta manera surge la pregunta: ¿Son conceptualmente posibles estas situaciones? Una opinión ha sostenido que no, argumentando su respuesta – paradójicamente - bajo la forma de un dilema: Si se acepta la posibilidad conceptual de los dilemas morales, entonces se reniega de principios básicos de la lógica deóntica. Si se acepta la plena operatividad de estos principios básicos de lógica deóntica, se reniega de la posibilidad conceptual de los dilemas<sup>13</sup> (Lariguet, G. 2008, 60 - 61).

Una posible solución a este problema es realizar ambas acciones en

---

<sup>13</sup> Un claro ejemplo es la propuesta kantiana (Lariguet, 2008, 62 - 65) que toma partido por la lógica deóntica basando su defensa en dos dimensiones: un concepto de obligación moral y una idea acerca de la estructura de los sistemas morales, en cuanto sistemas normativos. Respecto del primero, sólo una de las obligaciones puede ser genuina, luego que el agente haya efectuada una revisión *all things considered*. Es decir, el análisis que debe realizar el agente es a la luz del imperativo categórico, pensándolo en el marco del reino de los fines donde todos los sujetos racionales son legisladores que deben cumplir con ésta legislación universal (Kant, 2012).

En cuanto a la estructura de los sistemas morales, a partir del concepto de consistencia, se genera una petición de principio ya que presupone lo que hay que probar: que no haya ningún sistema moral del mundo en que se verifique una inconsistencia de obligaciones morales.

---

tiempos diferentes. Si bien sería una respuesta plausible, ésta situación no presenta inconsistencia lógica alguna y por lo tanto, tampoco dilema.

El problema que enfrenta el agente que se encuentra en una situación dilemática surge de la imposibilidad de encontrar criterios, escalas o procedimientos que determinen qué curso de acción debe primar sobre el otro. Es decir, se está frente a dos cursos de acción absolutos, en el sentido de no derrotables. Las situaciones en las que se da esto son las de inconmensurabilidad y de simetría de las opciones. Así, dos requerimientos son inconmensurables cuando no existe un metacriterio que permita determinar si alguno de los dos supera o no supera al otro, o si ambos son equivalentes<sup>14</sup>. Mientras que dos requerimientos son simétricos cuando compiten con la misma fuerza y no existe un metacriterio que establezca cuál de los dos se debe preferir, o cuando compiten con la misma fuerza dos opciones incompatibles<sup>15</sup> (Lariguet, G. 2010).

De este modo, se podría entender que el problema de los dilemas se centra en la imposibilidad del agente de lograr cumplir con ambos deberes ante el impedimento de elegir racionalmente entre alguno de ellos.

### **3.1.2 La perspectiva fenomenológica**

Otra forma de encarar el problema de los dilemas es a partir del con-

---

<sup>14</sup> El clásico ejemplo que se utiliza es el dilema del estudiante de Sartre que debe optar entre cuidar a su madre en la enfermedad y vejez o unirse a la resistencia francesa contra los nazis. Como se observa no hay un criterio aceptable que permita inferir en qué grado una opción pueda superar a la otra, o si ambas opciones son equivalentes. Más adelante se verá en profundidad este ejemplo.

<sup>15</sup> Con respecto a este punto, un ejemplo clásico es el que se da en la novela de William Styron "La decisión de Sophie". Sofia es una judía recluida en un campo de concentración nazi junto con sus dos hijos. El dilema se le presenta cuando un guardia le ordena que elija cuál de sus dos hijos irá a la cámara de gas. De este paradigmático – y trágico – ejemplo se desprende la imposibilidad de encontrar algún criterio que permita establecer si un hijo tiene más valor que el otro (Styron, 2007).

---

cepto de *residuo moral*, caracterizado - en principio - como aquellos sentimientos de culpa, remordimiento, dolor, sufrimiento por la decisión tomada -o a tomar - ante dos cursos de acción.

Desde esta perspectiva, Daniel Statman plantea que, en la discusión sobre el concepto de dilema moral, la irresolubilidad del dilema no es una condición esencial del mismo. Partiendo de la distinción entre el argumento de la inconmensurabilidad y el argumento de los sentimientos de pérdida o residuo moral, dirá que el primero tiene por objeto argumentar que existen dilemas irresolubles<sup>16</sup>, mientras que el segundo expresa la existencia de dilemas resolubles, ya que los diferentes sentimientos experimentados por el agente - principalmente el sentimiento de culpa - manifiestan su obrar incorrecto. Es decir, el sentimiento de culpa existirá sin importar qué opción elija<sup>17</sup> (Statman, 1990).

A fin de cuentas, la idea de incomensurabilidad de las opciones no es un requisito esencial ya que – según el autor – se podría optar por una opción

---

<sup>16</sup> El concepto de inconmensurabilidad que utiliza Statman dista de ser el descrito anteriormente. El sostiene que, al ser los valores humanos irreducibles, plurales y por lo tanto incomensurables, se vuelve imposible la tarea de compararlos y determinar si uno prima sobre el otro. También existen situaciones donde un valor implica dos cursos de acción incompatibles, y no hay un método racional para decidir entre ambos. De ésta forma el argumento intenta establecer que, si no existe forma de establecer qué curso de acción debe tomar el agente, entonces los dilemas son irresolubles. Sólo baste decir aquí que, de la existencia de valores irreducibles, plurales e incomensurables en abstracto, no se sigue que estos lo sigan siendo en comparación con otros. Es decir, el valor de la libertad pensado en abstracto podría tener éstas tres características, pero inmediatamente se la confronta con otro valor (vgr. la propiedad privada), en un caso particular (vgr. la posibilidad de transitar por cualquier lado, inclusive dentro de propiedad privada) deja de ser un valor abstracto y puede ser comparable y limitada dentro una esfera que permita el respeto de otros valores. Por otro lado, tampoco comparto la estrategia filosófica de construir una conclusión a partir del uso de un concepto. La realidad social, dentro de la complejidad que le es propia, necesita análisis más profundos y llegar a conclusiones a través de argumentaciones que contemplen las distintas posibilidades que se pueden presentar, y no construir argumentos netamente abstractos donde la conclusión sea producto de una hipótesis creada por su propio autor.

<sup>17</sup> El fundamento de su postura está en sostener que los dilemas aparentes serían aquellos en los que uno de los cursos de acción finalmente prevalece sobre el otro; mientras que en los dilemas reales eso no ocurre. Más adelante, el autor planteará que el problema de la solución del dilema no es un requisito esencial del mismo.

mejor o menos mala. Lo que sería difícil de superar es el sentimiento de culpa que genera esa elección. Ahora ¿es el mero sentimiento de culpa o el hecho de que ese sentimiento esté justificado lo que define al dilema moral? Es obvio que el mero sentimiento de culpa no habilita la existencia de un dilema. Entonces ¿qué es lo que justifica al sentimiento? Aquí el autor planteará que una forma de justificarlo es apelar al intuicionismo y a los hechos morales<sup>18</sup>. Así, el sentimiento de culpa que siente un agente al enfrentar un dilema es apropiado, por lo que la única (o mejor) explicación para un dilema será el sentimiento de culpa.

De esta forma, el argumento de los sentimientos asume:

- a) Es correcto el sentimiento de culpa del agente frente a un dilema.
- b) La única (o la mejor) explicación para a) es que el agente sea culpable.
- c) Un deber real se violará en un dilema moral.
- d) Entonces, los dilemas son reales.

El autor acepta a), pero niega b) por ser problemático y porque existen mejores explicaciones. Es problemático ya que se podría llegar a sostener que el sentimiento de culpa nace cuando el agente debía actuar de determinada manera, y no lo hace. Pero también se podría aceptar que aun cuando el agente actúe de la mejor manera posible, siga sintiendo culpa. Parecería que ésta última se da en los dilemas morales, por lo que se puede llegar a la conclusión ridícula de estar permanentemente en una situación dilemática.

Con respecto a las mejores explicaciones, Statman (1990) entiende que no se debe apelar a un criterio interno (como el propuesto en el punto b), sino a un criterio externo. Por lo tanto, acude a las teorías normativas, más preci-

---

<sup>18</sup> Al parecer, al referirse a los hechos morales, el autor estaría apelando al realismo moral, en el plano de la metaética.

---

samente a la ética aristotélica<sup>19</sup> y a la utilitarista<sup>20</sup>, para concluir que es deseable y correcto que el agente sienta culpa a pesar de haber actuado de la mejor forma posible<sup>21</sup>, porque todo dilema moral involucra una alta pérdida moral, o un costo moral elevado.

Así la cuestión, el autor concluye que las condiciones necesarias para estar frente a un dilema serían (Statman, 1990):

- a) El agente debe realizar p y debe realizar q.
- b) p y q son incompatibles.
- c) Realizar p o realizar q envuelve una alta pérdida moral.
- d) Es racional para el agente sentir culpa ante cualquiera de las dos opciones que escoja.

Como se observa, la irresolubilidad del dilema no es una condición necesaria, ya que podría existir un problema trivial entre dos opciones incommensurables, y eso no sería un dilema<sup>22</sup>. Para defender esta conceptualización, Statman entiende que la discusión acerca de la irresolubilidad de los dilemas, el sentimiento de culpa, la naturaleza del costo moral, etc. son importantes, pero no hacen al concepto de dilema. Esto no implica que existan dilemas mo-

---

<sup>19</sup> Aristóteles al enfatizar que el actuar correctamente no sólo depende de actuar moralmente, sino también de un carácter y una disposición correcta a actuar, es decir, debe tener las emociones adecuadas, por lo que frente a un dilema, un agente jamás podría optar por una opción y olvidar por completo la otra. Por ej. frente a la opción de matar a una persona para salvar a 100, o no matarla y que mueran todos, el agente no podría terminar con una o varias vidas de forma totalmente indiferente. El sentimiento de culpa es moralmente adecuado.

<sup>20</sup> El autor plantea que el sentimiento de culpa es moralmente deseable toda vez que el utilitarismo está basado en las buenas consecuencias de las acciones. Al prevenir que el agente tome una mala decisión o actúe de forma incorrecta, estos sentimientos son moralmente correctos.

<sup>21</sup> Si bien el problema de la mejor opción posible, es bastante amplio, parece que el autor la esquiva para solo interesarse en el sentimiento de culpa que genera la elección. Es decir, al autor no le interesa el criterio de elección – que parecería ser consecuencialista – sino la consecuencia de esa elección.

<sup>22</sup> La cuestión de la existencia de dilemas “triviales” o no trágicos será analizado más adelante.



rales reales y dilemas morales aparentes<sup>23</sup>, ya que se trataría de errores de percepción del agente<sup>24</sup> acerca de la incompatibilidad de las opciones o el peso de las mismas, entre otras (Statman, 1990). Otra perspectiva que - podría decirse - encaja en esta aproximación, es la de Sartre. En efecto, en “El existencialismo es un humanismo” cuenta la historia de un estudiante que se encuentra ante la siguiente situación: Su padre y su madre ya no convivían a raíz de una pelea, mientras que su hermano había muerto en la ofensiva alemana de 1940. Él quería vengar a su hermano, pero, al ser el único consuelo de su madre, se encontraba ante el dilema de viajar hacia Inglaterra y unirse a la Resistencia Francesa o quedarse cuidando a su madre ayudándola a vivir (Sartre, 2003).

El agente estaba frente a dos cursos de acción diferentes. Por un lado, uno concreto e inmediato, pero que se dirigía a un solo individuo, su madre. Por el otro, uno que se dirigía a la colectividad nacional, un conjunto, pero que era ambigua y que podía ser interrumpida en el camino<sup>25</sup>. Al mismo tiempo dudaba entre dos tipos de moral. Por una parte una moral de simpatía, de devoción personal; y por otra, una moral más amplia, pero de eficacia más discutible (Sartre, 2003).

Al final, Sartre (2003) le dirá a su estudiante que no tiene más remedio que elegir y comprometerse con su decisión. Si bien hay morales en conflicto, ninguna muestra una prevalencia sobre la otra. En consecuencia, sólo queda fiarse de los instintos, de los sentimientos, por lo que debería elegir el curso de

---

<sup>23</sup> Con respecto a esta postura, parecería que Statman la modifica en “Hard Cases and Moral Dilemmas”, donde expresa que, en su opinión, en aquellas situaciones donde realmente no hay una opción moralmente aceptable que prime sobre la otra, son dilemas reales; por otro lado, en aquellas situaciones donde, en un principio parecería que no hay respuesta correcta, pero de hecho sí la hay, son dilemas aparentes (Statman, 1996: 145).

<sup>24</sup> Si bien el autor no lo plantea directamente, los ejemplos a los que alude parecerían ser cuestiones en las que el agente moral ha errado su interpretación de las opciones, el contexto, el deber, etc.

<sup>25</sup> Podía morir en el camino, o ser enviado a realizar tareas administrativas. Todas posibilidades que escapaban de su control.

---

acción que lo empuja verdaderamente en cierta dirección.

También cabe considerar en este apartado a Bernard Williams, quien acusando a la filosofía moral de haber descuidado el papel de los sentimientos en la resolución de conflictos, plantea la importancia de los mismos en los dilemas morales (Realpe Quinteros, 2001).

Williams distingue entre el conflicto de creencias y el conflicto de deseos. El primero sería aquella situación en que la solución se encuentra en circunstancias fácticas que demuestren la falsedad de una de las creencias. Por ej. frente a la creencia que el sujeto b es escritor, el agente descubre que en realidad b es un bibliotecario, en este caso el agente debe descartar su creencia original y abrazar la realidad de la profesión de b (Williams, 1987). Por otro lado, en el conflicto de deseos el agente tiene dos deseos incompatibles o que no puede satisfacer. Aquí puede alterar el estado de cosas de tal forma que pueda satisfacer ambos. Pero cuando dicho conflicto es en relación al mismo objeto (por ej. tenerlo y no tenerlo), debe suprimir uno y satisfacer el otro. Este sacrificio no soluciona el conflicto, ya que el deseo desechado puede reaparecer en forma de pesar o de lamento (Williams, 1987).

Así la cuestión, Williams (1987) define a los conflictos morales como aquellos casos en que hay en conflicto dos juicios morales relevantes que el agente dispone para decidir qué hacer. Pero, como en la moral ambos juicios no pueden suprimirse sin más, la situación se parece al conflicto de deseos. De esta forma el autor concluye que en los casos de conflictos morales, no es posible pensar en alternativas para actuar de manera racional o prevenir estas situaciones, ya que los conflictos morales no son susceptibles de ser evitado.

Como se observa, son diversas las opiniones con respecto al problema del residuo moral. Si bien los autores citados concuerdan en que se estaría hablando de sentimientos de pérdida, culpa o remordimiento por la opción esco-

gida, no todos comparten la conceptualización de este residuo. Así, parecería que para Sartre es una cuestión dependiente de la decisión final del agente. Sus emociones e instintos le darán la respuesta al dilema. Mientras que Williams y Statman partirían de conceptos intuitivos donde el pesar del agente fundamenta la existencia de un conflicto moral.

Frente a esto, se podría sostener que la categoría *residuo moral* tiene un alto grado de complejidad. La misma puede ser enfocada desde dos perspectivas: una psicológica que hace hincapié en las categorías de “culpa”, “remordimiento”, “lamentación” o “pesar” por la decisión adoptada; y otra normativa que se refiere únicamente a la obligación que se dejó sin cumplir (Lariguet, 2008).

La separación surge ante determinados problemas que enfrenta la perspectiva psicológica vinculados con cuestiones subjetivas y psicológicas – valga la redundancia – del agente. Es decir, ante un dilema, el agente puede no sentir culpa<sup>26</sup>, pero esa situación no amerita eliminar el dilema que enfrenta. Por otro lado, plantear un análisis a nivel psicológico puede llegar al absurdo de tener que realizar análisis psicológicos o psiquiátricos a los agentes a fin de establecer que efectivamente han sentido culpa, y por lo tanto han estado frente a un dilema. Finalmente, el nivel de análisis de un problema o una categoría moral debe ser realizado en un nivel moral o normativo, situación que da preeminencia a la perspectiva normativa del residuo moral.

Ahora bien, estas tres afirmaciones, no son del todo válidas o - por lo menos – no se las puede aceptar sin más. Que un agente pueda no sentir pesar

---

<sup>26</sup> El agente puede haber tomado una decisión que no le deja ningún pesar en la conciencia, en sentido de obrar sin culpa, o estar seguro de su acción; también puede suceder que el agente mantenga anestesiada su conciencia y no es lo mismo tener conciencia de un acto que tener conciencia moral del mismo; finalmente, el agente puede sentir culpa, pesar o remordimiento por acciones u omisiones no vinculadas a dilemas (Lariguet, 184).

---

ante una situación dilemática no significa quitarle importancia al enfoque psicológico. Para poder utilizar las emociones en el ámbito moral, éstas deben objetivarse en normas morales<sup>27</sup>. Por eso – huelga aclarar – la perspectiva que se utilizará en este trabajo será normativa con criterios psicológicos objetivados que ayuden al análisis del residuo.

Una cuestión que queda por dilucidar es la posibilidad de graduar el sacrificio. Es decir, de acuerdo a lo expuesto los dilemas no serían una disyuntiva en donde la decisión es *a todo o nada*, sino que también serían admitidos dilemas donde sería posible optar por el *mal menor* o *minimizar el mal* de la decisión, y eso generaría un residuo moral caracterizado por el curso de acción que se dejó de lado, o el *mal menor* causado.

Sólo baste decir aquí que el sacrificio opera de manera gradual cuando los cursos de acción de un dilema tienen una estructura derrotable y, además, admiten alguna posibilidad de comparación que dependerá de un conjunto de valoraciones más las características propias del caso (Lariguet, 2008).

A partir de lo expuesto se desprende que a la ausencia de criterios a fin de encontrar una salida del dilema, se debe sumar el problema del sacrificio, por lo que quedaría configurada una tríada compuesta por dilemas de inconmensurabilidad, dilemas de empate y dilemas de sacrificio. Estos últimos caracterizados por el sacrificio de un valor, ante la disyuntiva de optar por el mismo o por otro (Lariguet, 2008).

---

<sup>27</sup> Un análisis más profundo de esta categoría excede por demás el presente trabajo, sólo déjenos decir que a fin de que las emociones ingresen al plano normativo, se deben objetivar en normas. Por ejemplo, el sentimiento de dolor o pesar que sintió Sofía ante la elección de uno de sus hijos para que se quede con ella, no es analizable en términos netamente psicológicos, sino en términos morales al objetivarse en intuiciones tales como el valor de los hijos, o normas como el imperativo categórico y las personas como fin, o en el carácter moral del sujeto virtuoso aristotélico que debe tener emociones morales correctas, etc.

---

### 3.2 El rol profesional y la dimensión institucional del derecho

Previo a ingresar al análisis de la existencia de un dilema en el caso Muiña es necesario examinar una cuestión previa: ¿son los jueces agentes morales comunes? La pregunta dirige el análisis hacia una cuestión de vieja data en la filosofía como es la fragmentación o unidad de la moralidad. En este problema, Amalia Amaya (2009) analizando el problema de las virtudes morales<sup>28</sup> en el contexto de un rol profesional, reconoce que dentro de la postura de la fragmentación se pueden reconocer dos tesis diferentes: una fuerte y una débil. La primera sostendría la existencia de virtudes o rasgos de carácter específicos en cada profesión que podrían ser neutrales o incluso chocar fuera del contexto de la profesión. Aquí se le da preeminencia al rol profesional por sobre la moralidad general. Por ejemplo, la capacidad para el engaño o la manipulación puede ser una virtud en un abogado, mientras que para la moralidad en general es considerada un vicio.

Por su parte, la tesis débil entiende que a la par de las exigencias morales básicas o comunes, los profesionales deben cumplir con un *plus* que los ayudarían al logro de los objetivos de cada rol. Aquí ya no habría una contradicción entre ser buen profesional (por caso buen abogado) y ser buena persona.

Esta postura rechaza la existencia de un catálogo de virtudes específicas

---

<sup>28</sup> La elección de la autora y el problema de las virtudes no es caprichoso y responde a la simpatía que tenemos hacia la ética de las virtudes. Con respecto al problema de la “solución del dilema” las teorías normativas clásicas como el utilitarismo o el deontologismo de raíz kantiana parecen no ofrecer respuestas plausibles, más bien tienden a negar la existencia de dilemas, o decantarse por la elección de un mal menor, descuidando problemas serios en la moralidad de la elección. La ética de la virtud, por su parte, a través del modelo de un agente virtuoso, ofrece la posibilidad de analizar una “salida intermedia” entre los cuernos del dilema o - si al fin de cuentas esto es imposible - que el agente responda con las emociones adecuadas. Lejos de profundizar el análisis de estas cuestiones, se las dejará para un futuro trabajo independiente.

dentro de cada profesión o rol dentro de la sociedad, y sostiene que existe una *continuidad fundamental* entre la moralidad general y la moralidad de rol. Es decir, hay una relación de especificación entre las virtudes generales y las virtudes profesionales. Estas especifican qué significa ser bueno en un determinado ámbito profesional. Ya que por el hecho de ser buena persona, uno necesariamente no será buen abogado o buen médico, las virtudes profesionales completarían el silogismo permitiendo definir al buen abogado o buen médico. Esto lleva a una visión integrada de la ética, según la cual la ética es única y última (Atienza, 2001) y a su vez reconoce las particularidades de cada contexto profesional.

Ahora bien, asentado esto se podría responder que los jueces tienen las mismas obligaciones morales o que comparten el catálogo de virtudes generales, sumando las específicas de su rol que ayudarían a definir qué significa ser un buen juez. Pero todavía no se respondió si son agentes morales comunes. Para ello debe analizarse la dimensión institucional del derecho, donde se enmarca el obrar institucional del juez.

Sin ánimo de adentrarse en las discusiones<sup>29</sup> que se desarrollan con respecto a la dimensión institucional del derecho, baste decir que la misma enmarca la actuación de los jueces. En efecto, el juez como institución tiene una actuación delimitada por las normas que regulan su funcionamiento. El juez no debe tener interés particular en el juicio, por lo que se le exige imparcialidad, independencia y no ser a la vez parte que formula una pretensión y juez que

---

<sup>29</sup> La idea de una dimensión específica del derecho es producto de diversas discusiones ius filosóficas que van desde el problema de la autoridad del derecho, hasta cuestiones de derecho y moral. Como sostiene Lariguet (2007, 56) “*Se trata de una dimensión que puede ser explicada con base en distintas concepciones (por ejemplo, una emparentada con alguna versión del positivismo jurídico) y con diferente alcance: una que defienda una insularidad o autonomía total del derecho con respecto a una moral crítica, u otra que defienda una insularidad o autonomía parcial del derecho con respecto a una moral crítica*” (Lariguet, 2007: 56).

decide sobre ella.

En este sentido, sólo puede tomar decisiones basadas en el derecho sustantivo, y sobre hechos alegados y probados por las partes en un proceso judicial. Así la cuestión, en el análisis se debe tener en cuenta que los jueces son agentes cualificados por la dimensión institucional y, por lo tanto lo relatado por los ministros en la sentencia es “la realidad” en la que se debe examinar la existencia o no de un dilema.

#### **4. ¿El fallo Muiña representa un dilema?**

A la luz de lo desarrollado, corresponde analizar si el fallo Muiña efectivamente representó un dilema para los ministros de la Corte. Para ello es necesario determinar los cuernos del dilema, es decir, que cursos de acción entraron en conflicto. Tal como se dijo oportunamente, el fallo gira en torno a la aplicación o no del art. 7 de la ley 24.390 al cómputo de la pena impuesta a Muiña. El voto mayoritario entiende que sí es aplicable, en razón de que las normas referentes a la prisión preventiva tienen naturaleza material, por lo tanto le es aplicable el principio de la benignidad intermedia. La postura minoritaria, en cambio, entiende que no se trata de un problema de coexistencia, sino de sucesión de leyes, por lo que es aplicable la última vigente, y ésta excluye al art. 7 de la ley 24.390. Además, ambas posturas utilizan argumentos a fin de justificar la premisa que construyen.

En principio se podría arriesgar y decir que se está ante un conflicto netamente jurídico entre dos posturas interpretativas. Pero eso no parece ser lo que inquieta a los ministros<sup>30</sup>. En efecto, de sus votos<sup>31</sup> surgen algunos enun-

---

<sup>30</sup> Vale aclarar que la inquietud de los ministros no determina la existencia de un dilema o un conflicto normativo (político, moral o jurídico), pero si implica un indicio de algún pro-

ciados que estarían dando indicios para creer que el debate no es netamente jurídico. En particular, el considerando 15 del voto mayoritario expresamente sostiene *“las consideraciones anteriores no pueden ser conmovidas por el hecho de que el recurrente haya sido condenado por la comisión de delitos de lesa humanidad ... Más aun, la mejor respuesta que una sociedad respetuosa de la ley puede darle a la comisión de delitos de lesa humanidad y la única manera efectiva y principista de no parecerse a aquello que se combate y se reprueba es el estricto cumplimiento de las leyes y de los principios que caracterizan el Estado de Derecho”*. También el ya citado considerando 11 del ministro Rosatti en el que expresamente plantea estar frente a un dilema

De ambos enunciados se extrae que el conflicto que realmente enfrentan los ministros no es netamente jurídico, sino que es también político y moral. El conflicto se plantea entre el otorgamiento o no del beneficio del “2 por 1”, a un condenado por delitos de lesa humanidad en la Argentina. Pero como los jueces no pueden argumentar su posición desde consideraciones personales internas, sino mediante una argumentación jurídica que aplique e interprete normas jurídicas (Atienza, 2005), la discusión – a primera vista – parece ser entre la aplicación o no del art. 7 de la ley 24.390. Aclarado esto, cabe analizar si se está frente a uno de los tres tipos de dilemas caracterizados. En primer lugar parecería que no se enfrenta un dilema de empate, ya que ambas posturas no compiten con la misma fuerza. Si bien se trata de un dilema político y moral, la decisión se debe tomar con fundamentos jurídicos, donde la postura mayoritaria parece tener más fuerza que la minoritaria. En efecto, los fundamentos normativos utilizados son de plena aplicación. Además son coherentes con

---

blema, que luego podrá ser analizado con las categorías correspondientes. En el presente vamos a intentar analizar si el conflicto que enfrentan los jueces es efectivamente un dilema, a partir del desarrollo argumental seguido.

<sup>31</sup> Previo al momento de dictar sentencia, se realiza un sorteo para determinar en qué orden decidirán los ministros de la Corte. Cada decisión se denomina voto.



---

el sistema de garantías y derechos establecidos en el marco normativo argentino. Más aún, el concepto de delito permanente habilita la aplicación de la ultraactividad de la ley penal más benigna (Gorra-Serrano, 2018).

Por su parte, la idea de inconmesurabilidad tampoco sería sostenible, ya que existen metacriterios para evaluar ambas posturas. Uno de ellos es el brindado por la argumentación jurídica y la interpretación dogmática. Efectivamente, más allá de los argumentos utilizados por ambos votos para afianzar las premisas de su razonamiento, la corrección de los mismos será netamente jurídica y en orden a la legislación vigente y las interpretaciones brindadas por la misma jurisprudencia de la Corte Suprema, que – tal como se observa – parecería amparar a la postura mayoritaria.

Por último, si se acepta que ambas posturas compiten con distinta fuerza y que ambas están válidamente argumentadas, se podría plantear la existencia de un dilema de sacrificio. Es aquí donde - se podría decir - se ven ubicados los ministros que dan el voto mayoritario. Saben que su decisión, aunque correcta argumentativamente, lleva la carga de dar libertad a un condenado por delitos de lesa humanidad, mientras que una de sus víctimas continúa desaparecida.

Se observa y los jueces lo expresan en sus votos. Están ante una pérdida moral elevada. La Corte Suprema es la cabeza del poder judicial en la Argentina y como tal sus decisiones tienen un gran impacto jurídico y político. Limita el accionar de los poderes ejecutivo y legislativo mediante declaraciones de inconstitucionalidad o sentencias que revocan interpretaciones de jueces inferiores, estableciendo cómo debe interpretarse la Constitución Nacional y el plexo normativo.

Como ya se dijo anteriormente, la respuesta de la sociedad se vio inmediatamente a través de diversos repudios realizados por el movimiento de de-

rechos humanos. La nueva doctrina que estableció la Corte no fue bien recibida en un país donde las banderas de “memoria, verdad y justicia” son parte de una política de estado.

Ahora bien, una categoría que debe observarse en este caso es el de la *inevitabilidad*. Más allá de que el agente pueda o no escapar del dilema, es necesario que no haya llegado al mismo por pura voluntad e intención propia.

Cabe aclarar que esta no es un categoría necesaria para el concepto del dilema, pero sí lo es para pensar la responsabilidad<sup>32</sup> del agente a la hora de enfrentarse a uno. En otras palabras, si bien el agente puede estar encerrado en un dilema, la categoría de inevitabilidad ayudará a indagar si el mismo ha sido producto de la propia voluntad del agente.

Si el agente construye el dilema con intención, su responsabilidad moral no será la misma que si llega al mismo por razones ajenas a su voluntad. En el caso bajo análisis, los indicios existentes en relación al obrar de la Corte Suprema, demuestran que la misma elige qué casos tomar, analizar y fallar. Si bien se podría arriesgar y sostener que la Corte sólo decide en cuestiones “novedosas” en donde no ha sentado criterios interpretativos, la experiencia y las pruebas existentes demuestran que ha dictado sentencias aplicando los argumentos de otros casos (confirmación de doctrina por igualdad de circunstancias), en cuestiones de poca relevancia (doctrina aceptada por la mayoría de la jurisprudencia sin problemas) y también ha rechazado planteos en ambos sentidos. Más aún, la mayoría de las veces, casos de importancia institucional o de una gravedad manifiesta son rechazados mediante la simple invocación del

---

<sup>32</sup> El problema de la responsabilidad del agente es un tema por demás complejo que excede los límites del presente trabajo. Baste aquí el discriminar la responsabilidad del agente como una categoría que no constituye necesariamente en el concepto de dilema.

---

art. 280<sup>33</sup> del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Este permite a la Corte no tratar aquellas causas en que “no exista agravio federal suficiente” o cuando las cuestiones planteadas “resulten insustanciales o carentes de trascendencia”. Lo paradójico de la cuestión, es que la admisión o rechazo de las causas queda al criterio de la misma Corte, ya que el rechazo es netamente discrecional al ser ella misma la que interpreta los términos “agravio federal suficiente” y “cuestiones de trascendencia”.

Por otro lado, el dictamen del Procurador General de la Nación, es de fecha 8 de julio de 2013, y es reiterado dos años después, el 15 de julio de 2015. De esto también surge que durante 4 años el expediente estuvo en la órbita de la Corte y recién dictó sentencia en 2017.

De esta forma se podría sostener que el dilema ha sido construido por los ministros. Ellos decidieron tratar el caso y caer en el dilema. Parecería que el uso del término *dilema* o las expresiones en relación al *pesar* de tomar la decisión es utilizado como un arma argumentativa para lograr adhesión o compasión en el auditorio. La forma de conflicto es construida a partir de tomar intervención en el mismo y sentar tal doctrina. Más aún, nótese que los únicos beneficiarios de la doctrina establecida en esta sentencia, serían aquellos condenados o personas que se están juzgando o juzgarán, por delitos de lesa humanidad que hayan estado bajo prisión preventiva antes del dictado de la condena.

Se podría decir que los ministros construyen la existencia de un dilema y lo utilizan argumentativamente para lograr adhesiones del auditorio o para

---

<sup>33</sup> Art. 280: Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

---

esconder el hecho que su decisión es producto de una serie de pasos totalmente consciente que los mismos ministros aceptaron para llegar a la decisión tomada.

## 5. Reflexiones finales

Luego de describir el marco jurídico del fallo “Muiña”, los argumentos utilizados por el voto mayoritario y minoritario, se planteó la pregunta: ¿se está ante un dilema? Para llegar a la respuesta fue necesario realizar un análisis del concepto de *dilema*. En el mismo se encontraron tres formulaciones posibles: los dilemas de empate, los dilemas de inconmensurabilidad y los dilemas de sacrificio. Pero antes de aplicar dichas construcciones al fallo en cuestión, debía analizarse el problema de la moralidad judicial, más precisamente el carácter del agente moral y la unidad o fragmentación de la moral. Allí se planteó la necesidad de una ética basada en la unidad de las virtudes y la existencia de un marco normativo que establece los límites de la decisión de los jueces.

Luego, se realizó un análisis del fallo a la luz de la construcción teórica realizada. Si bien es claro que no se está ante un dilema de empate ni de inconmensurabilidad, se abre la posibilidad del dilema de sacrificio. Esto es por la pérdida moral que implica la toma de la decisión en cuestión. El descarte de las dos primeras opciones, se da por la existencia de razones jurídicas que eliminan la posibilidad de inconsistencias lógicas, situación que no se da en los dilemas de sacrificio. En efecto, el dilema se da por la pérdida de valores morales y políticos.

Dentro de este marco y teniendo en cuenta que la misma Corte elige en qué causas dictar sentencia, surge que el dilema de sacrificio ha sido construi-

---

do por ella. Esta construcción es utilizada para lograr adhesión del auditorio o de la ciudadanía. En concreto, los dilemas pueden ser utilizados como armas argumentativas, donde se construya una realidad que no es tal, como ha sucedido en el presente.

### Referencias bibliográficas

AMAYA, Amalia (2009): *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

ALCHOURRÓN, Carlos, BULYGIN, Eugenio (1996): Norma jurídica, en E. Garzón Valdés-F. Laporta, *El derecho y la justicia*, Madrid: Trotta.

ATIENZA, Manuel (2005): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Instituto de investigaciones jurídicas.

(2001): *Cuestiones judiciales*, México: Fontamara.

CARACCIOLO, Ricardo. (1996): "Sistema jurídico", en E. Garzón Valdés-F. Laporta, *El derecho y la justicia*, Madrid: Trotta.

GORRA, Daniel G. y SERRANO, Manuel (2018) "Análisis del fallo "Muiña". Los problemas de interpretación en los crímenes de lesa humanidad" en *Revista Jurídica Región Cuyo - Argentina - Número 4 - Mayo 2018*. Fecha: 10-05-2018 Cita: IJ-DXXXIV-658. En: [http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=0af294285af9d206bc23f385c37f8400&hash\\_t=120ef1ee55e0e3ab33b204ce2b304b27](http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=0af294285af9d206bc23f385c37f8400&hash_t=120ef1ee55e0e3ab33b204ce2b304b27).

GUASTINI, Riccardo (1999): *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

KANT, Immanuel (2012): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires: Editorial Las Cuarenta.

LARIGUET, Guillermo (2008): *Dilemas y conflictos trágicos. Una investigación conceptual*. Perú: Palestra Editores y Editorial Temis.

(2007): “El desafío de Billy Budd. Dilemas morales y dimensión institucional del derecho”, *Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía*. Vol. 39, No. 116 (agosto 2007), p. 51–78

(2010): “Los dilemas morales qua límites de la racionalidad práctica” *Diánoia*, Vol. LV, N°. 64, mayo, p. 71-108.

MACCORMICK, Neil (1994): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.

MARTINEZ ZORRILLA, David (2010): *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.

REALPE QUINTEROS, Sandra (2001): “Dilemas morales”, *Revista Estudios Gerenciales*, N°. 80, julio-septiembre, p. 83-113.

SARTRE, Jean Paul (2003): *El Existencialismo es un Humanismo*, Buenos Aires: Losada.

STATMAN, Daniel (1990): The debate over so-called reality of moral dilemmas. *Philosophical papers*. Vol. XIX, N° 3, p. 91-211.

(1996): “Hard Cases and Moral Dilemmas”, *Law and Philosophy*, N° 15, 1996, p. 117-148.

STYRON, Williams (2007): *La decision de Sophie*. Madrid: Belaqua.

WILLIAMS, Bernard (1987) “Ethical Consistency”, en C. W. Gowans edtr., *Moral Dilemmas*, New York: Oxford University Press, pp. 115 – 137.