

ACTAS DE LAS II JORNADAS
INTERNACIONALES Y III JORNADAS
NACIONALES

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL SIGLO XXI

Juan Pablo Lionetti de Zorzi
Helga María Lell
(eds.)

ISTITUTO TARELLO
UNIVERSITÀ DEL SAO PAULO DE BRASIA
PER LA FILOSOFIA DEL DIRITTO

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



**ACTAS DE LA II JORNADAS
INTERNACIONALES Y III JORNADAS
NACIONALES**

**NUEVAS PERSPECTIVAS DE
LA ARGUMENTACIÓN EN EL
SIGLO XXI**

*Juan Pablo Lionetti de Zorzi
Helga María Lell
(eds.)*

Coorganizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad del Museo Social Argentino, la Facultad de Ciencias
Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa y el
Instituto Tarello de la Universidad de Génova



Actas de las II Jornadas Internacionales y III Nacionales Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI

Actas de las II Jornadas Internacionales y III Nacionales Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI : avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica / compilación de Helga Lell ; Juan Pablo Lionetti Zorzi. - 1a ed compendiada. - Santa Rosa : Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa, 2022.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-950-863-470-2

1. Derecho. I. Lell, Helga, comp. II. Lionetti Zorzi, Juan Pablo, comp. III. Título.
CDD 340.07

AUTORIDADES DE LA EDUNLPAM

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Rector: Oscar Daniel ALPA

Vicerrectora a cargo: María Ema MARTIN

EdUNLPam

Presidente: Ignacio KOTANI

Director: Rodolfo David RODRÍGUEZ

Consejo Editor

Gustavo Walter BERTOTTO (SIyP)

María Marcela DOMÍNGUEZ (SA)

Victoria AGUIRRE (SEA)

Edith ALVARELLOS / Federico MARTOCCI (CS)

Carla SUAREZ / Daniel Omar MAIZON (FA)

Lucía Carolina COLOMBATO / Jimena MARCOS (FCEyJ)

María Pía BRUNO / Laura Noemí AZCONA (FCH)

Alicia María VIGNATTI / Oscar Alfredo TESTA (FCEyN)

Mónica BOERIS / Natalia CAZAUX (FCV)

María Soledad MIEZA / Patricia Bibiana LÁZARO (FI)

Índice

PRESENTACIÓN.....	7
LA RELACIÓN ENTRE HECHOS Y ENUNCIADOS EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO.....	1
	Lucas Guardia
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y DERECHO COMPARADO EN EL CASO «GUACHALÁ CHIMBO Y OTROS VS. ECUADOR» DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	7
	Matías Manuel Ringa
EL CONCEPTO DE «DEBIDA MOTIVACIÓN» DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES.....	21
	César Dávila A
LOS PROBLEMAS DE LA JUSTIFICACIÓN SILOGÍSTICA EN MACCORMICK Y LA CRÍTICA DE ATIENZA. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y DOS FALLOS CONTRAPUESTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN	33
	Mariana Macedo Albornoz
LA ACCIÓN COLECTIVA SE CARACTERIZA POR LA INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS.....	38
	Hernán Jorge Llebara
CONFIANZA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA.....	43
	Juan Pablo Lionetti De Zorzi
LA IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO SOPORTE DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE SIMULACIÓN CONTRACTUAL.....	48
	Alain Pierce Samayoa Chavarría
ANÁLISE DO REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO NA CONTEMPORANEIDADE E OS MÉTODOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO.....	52
	Diocelia Martins Teixeira
LA INTERPRETACIÓN DEL SILENCIO EN EL DERECHO PROCESO LABORAL..	63
	Juan Carlos Rios Yaringaño
¿CÓMO ARGUMENTA LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CUANDO APLICA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN?.....	67
	Maximiliano Salva
CASTILLO CARINA VIVIANA Y OTROS C/ MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE LA PROVINCIA DE SALTA S/ AMPARO. ENTRE LA NEUTRALIDAD RELIGIOSA Y LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL DE LA LEY.....	79
	Laura González Gómez

ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DEL CASO: “COLEGIO DE ABOGADOS DE TUCUMÁN VS. HONORABLE CONVENCION CONSTITUYENTE DE TUCUMÁN S/INCONSTITUCIONALIDAD”. UNA MIRADA DESDE LA CORTE SUPREMA DE TUCUMÁN.....	88
	Javier Albano
PLURALISMO PRINCIPIALISTA Y HETEROGENEIDAD EN LAS DECISIONES JUDICIALES	99
	Edgar Iván Ortega Peñuelas
COORDENADAS PARA LA ARGUMENTACIÓN INTERJURÍDICA A PARTIR DE N. MACCORMICK, K. GÜNTHER, Y R. ALEXY.....	115
	Gabriel Alejandro Encinas Duarte
EL ITER ARGUMENTAL DESANDADO POR LA CORTE SUPREMA EN “ITZCOVICH” EN TORNO A LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD.....	126
	Maximiliano Esteban Barrionuevo
EL CONCEPTO DE ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY	143
	Carlos Noble Tabarez
(RE)PENSAR EL VALOR DE LAS EMOCIONES EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ACTUAL	146
	Eduardo Esteban Magoja
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE VERDAD, VEROSIMILITUD, FALACIAS Y SOFISMOS. REFLEXIONES EN CASOS JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A VIOLENCIA DE GÉNERO	153
	Francisco José Oyarzú y Marcela Vigna
EL LENGUAJE CLARO EN LA SENTENCIA.....	162
	José Antonio Virginis
TEORÍAS DE LA INTELIGIBILIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO: CONTRIBUCIONES PARA LA SUPERACIÓN DEL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO	173
	Eliana De Rosa y Yamila Juri

PRESENTACIÓN

Las II Jornadas Internacionales y III Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica” se llevaron a cabo los días 29 y 30 de septiembre de 2022 de manera virtual y son una continuidad del proyecto iniciado en 2020, cuando acaeció la primera edición. Fueron coorganizadas por el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Museo Social Argentino, por la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa y por el Instituto Tarello de la Universidad de Génova.

La coordinación de las Jornadas estuvo a cargo del Abog. Juan Pablo Lionetti de Zorzi (Universidad del Museo Social Argentino y Universidad de Buenos Aires). El Comité Académico, por su parte, estuvo compuesto por:

- Dra. Alejandra Niño Amieva Amieva (Universidad del Museo Social Argentino).
- Dr. Marcelo Fernández Peralta (Universidad Católica de Cuyo; Universidad del Congreso)
- Mg. Gisela Ferrari (Conicet, Universidad Católica Argentina).
- Dr. Gabriel Encinas (Universidad Autónoma de Baja California - México).
- Dra. Gabriel Juan (Universidad de Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo).
- Dra. Helga María Lell (Conicet, Universidad Nacional de La Pampa).
- Dra. Marcela Vigna (Universidad de la República - Uruguay)
- Dra. Florencia Ratti Mendaña (Universidad Católica Argentina)
- Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas (Euskal Herriko Unibertsitatea, España)
- Dra. Natalia Scavuzzo (Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Italia)
- Mgr. Carolina Di Mitri (Universidad Nacional de Tucumán)

En esta obra se registran las ponencias presentadas por los expositores y las expositoras. Además de estos trabajos, las Jornadas contaron con dos conferencias centrales. En la inaugural participó el Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, catedrático de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). En la de cierre, participó Daniel Mendonca, catedrático de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”.

Cómo citar: Guardia, L. (2022). La relación entre hechos y enunciados en el razonamiento jurídico. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LA RELACIÓN ENTRE HECHOS Y ENUNCIADOS EN EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Lucas Guardia¹

I. Introducción

La tarea inherente al razonamiento que en materia probatoria es llevada a cabo por un juez, posee ciertas características particulares que permiten vislumbrar la función relevante de tal valoración. En este sentido, los elementos que integran la inferencia probatoria deben evaluarse críticamente para comprender la validez de un argumento. Claro está, que la manera en que dicha valoración se propicia, reduce el marco de la arbitrariedad si se ajusta racionalmente a aquello que puede ser debidamente verificado. Es en este punto, que los conceptos de hecho y enunciado, resultan fundamentales para precisar su estado en el razonamiento jurídico, y cuya correcta delimitación conceptual permiten una respuesta jurisdiccional que participe de las exigencias de un estado de derecho.

Ahora bien, las nociones que habremos de examinar –“enunciado” y “hecho”-, liminarmente, delimitando su alcance y características definitorias, no pueden ser observadas sin advertir que poseen una relación, cuya dimensión y gradualidad reviste importancia para dilucidar cómo interactúan sendas nociones.

Desde lo antedicho, corresponde definir qué entendemos por hechos y, en segundo lugar, señalar si los mismos pueden ser conocidos. Aquí se abre una discusión amplia vinculada a las diferentes posiciones cognoscitivas que niegan la posibilidad de conocimiento de los hechos, o que la aceptan con reservas.

Por otro lado, delimitar el concepto de enunciado y clasificar en qué consiste, nos llevará a entender la principal función que poseen en el campo del razonamiento.

Posteriormente, teniendo en claro la conceptualización de hecho y enunciado, podremos evaluar su relación, utilizando determinados parámetros *ad hoc* que nos permitirán barruntar posibles respuestas a los siguientes interrogantes: (i) ¿en qué grado un enunciado probatorio considerado como verdadero permite sostener que el hecho ocurrió?; (ii) ¿qué tipo de relación existe entre ambos conceptos en términos de independencia o simetría?; (iii) ¿qué calidad poseen en un razonamiento jurídico?

II. Los hechos (o acciones) en el razonamiento

Entre los elementos que componen un razonamiento jurídico que versa sobre el examen de hechos pretéritos, éstos últimos detentan una situación particular. Es que resultan la condición de aplicación que habilita la consecuencia jurídica, y desde ese punto, se presentan como un fenómeno que hace verdadera o falsa a una proposición. Cabe aclarar, no obstante, que el concepto involucra no meramente eventos que ocurren física o naturalmente, sino

¹ Universidad de Buenos Aires, Universidad de Girona y Génova. Universidad de Tres de Febrero.

también, a las acciones o conductas humanas, pues como se ha explicado, dentro de la categoría de hechos podemos incluir cuestiones tan heterogéneas como estado de cosas, acciones, omisiones, relaciones de causalidad, estados mentales, etc. Sin embargo, resulta más preciso referirnos a hechos como aquellos eventos independientes de la voluntad humana, mientras que los acontecimientos que son producto de la voluntad humana, quedan enmarcado en el concepto de acción,² cuya noción resulta basal en la teoría del delito.³

En consecuencia, al referirnos a hechos, también aludimos a acciones como parte del razonamiento jurídico. Ahora bien, entre los primeros, puede trazarse una distinción vinculada a hechos principales o secundarios, positivos o negativos, hechos simples y complejos. Cada clasificación involucra una modalidad del acontecimiento, pues si nos referimos a principales aludiremos a aquellos que resultan constitutivos del supuesto de hecho de la norma aplicable, y secundarios, a los que contribuyan a acreditar la veracidad de tal hecho. También, podremos denominar positivos a los hechos si la norma jurídica los identifica directamente, y negativos si funcionan como impeditivos, excluyentes y extintivos de los presupuestos fácticos que afirman la ocurrencia de un suceso. Asimismo, los hechos pueden ser simples, si son individualizados, y complejos si derivan de una concatenación de sucesos simples, que deben producirse para configurarse.⁴ Y finalmente, –sin que ello implique excluir otras categorías de clasificación–⁵ puede enunciarse como relevante la diferenciación entre hechos definidos descriptivamente o valorativamente,⁶ en razón que, en primigenidad, se definen genéricamente, y tras ello, se determina su estimación.

Tras la vasta caracterización que deben poseer los hechos, la pregunta recurrente en la epistemología jurídica –y la gnoseología, fundamentalmente–, es si un hecho puede conocerse. Ante tal interrogante, pueden esgrimirse las respuestas que brindan tres posturas: el objetivismo ingenuo, el escepticismo radical y el objetivismo crítico.⁷

El objetivismo ingenuo considera que los jueces son capaces de conocer los hechos, dado que éstos tienen un impacto en la conciencia, en virtud de lo explicado por las teorías de la objetividad epistemológica y la objetividad ontológica. La primera considera al mundo como

² González Lagier, D., “Hechos y acciones en el derecho”, en González Lagier, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 66.

³ Entre otros, ver Roxin, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal), Madrid: Civitas, 1999, pp. 232 y ss.; Bacigalupo, E., *Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 245 y ss.; Zaffaroni, E. R., *Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed., Buenos Aires: Ediar, 2002, pp. 399 y ss.; etc. Estudios profundizados sobre el concepto de acción desde la filosofía analítica en la doctrina argentina podemos encontrar en Garzón Valdés, E., Spolansky, N., Nino, C., y Urquijo, M.E., *Lenguaje y acción humana*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2007.

⁴ Taruffo, M., *La prueba de los hechos* (trad. de Jordi Ferrer Beltrán), Madrid: Trotta, 2006, pp. 119 y ss.; Nieva Fenoll, J., *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 101.

⁵ Toda clasificación implica una exclusión, y un perpetuo ejercicio de taxonomía, tan infinito como el conjunto de características que posea una cosa. Así, Borges ejemplifica tal desmesura con la clasificación de los animales incluida en una enciclopedia china denominada Emporio celestial de conocimientos benévolos. Así en, Borges, J.L., “El idioma analítico de Wilkins”, en *Otras Inquisiciones*, incluido en *Obras completas*, Buenos Aires: Emecé, 1974, pp. 706 y ss.

⁶ Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad en derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 50; e Igartúa, J., “La prueba de los hechos”, en Barrère, M., Campos A., Ezquiaga, F. e Igartúa, J., *Lecciones de teoría del derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

⁷ González Lagier, D., “Los hechos bajo sospecha: sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial”, en *Quaestio Facti (Ensayos sobre prueba, causalidad y acción)*, Lima: Palestra-Temis, 2005. pp. 33 y ss.

independiente de sus observadores, y que los objetos tienen independencia respecto a nuestro conocimiento, percepción y memoria. Por otro lado, de acuerdo a la segunda tesis, que asume una visión empirista, nuestros sentidos nos proporcionan fielmente –y de forma objetiva– una representación de cómo es lo real. Cualquier deficiencia en ese conocimiento respondería a una falta de información, no por falla de nuestros sentidos.

Por otro lado, el escepticismo radical asevera que el mundo no es independiente de los observadores, o subsidiariamente, en caso que sea autónomo, es inaccesible a nuestros sentidos y la interpretación está cargada de subjetividad.

Sin duda, la discusión se enmarca en una cuestión más extensamente estudiada por la gnoseología respecto a las posibilidades de conocimiento por parte del sujeto de la realidad. Es por ello, que pueden abrevarse las posturas desde tal disciplina filosófica en las concepciones de Aristóteles, Tomás de Aquino, Descartes, Locke y Kant por un lado, y Platón, Plotino, Agustín de Hipona, Leibniz y Bergson por otra.

El primer grupo concibe una dualidad entre el sujeto y el objeto, por el cual el primero a través del entendimiento puede alcanzar la realidad. Así, el sujeto siempre es algo externo al objeto, y sólo a través de las operaciones cognoscitivas puede alcanzar dicha realidad. En este punto, la escisión planteada se acerca a las nociones fundamentales que postula el objetivismo, denominado ingenuo, por posturas que superan los supuestos estimados.

En segundo lugar, existen posturas que conciben la unidad del sujeto con lo real, o al menos, no resultan categóricos en considerar la bifurcación efectuada por la tesis anteriormente descrita. Desde tal perspectiva, la noción fundamental es la existencia de jerarquías dentro de lo real, que permite, afirmar que el sujeto está en el ser dentro de algunas de las formas de lo real. Por lo tanto, el conocer lo real es un modo de ser que puede reconocer la existencia de diversos grados o estamentos. Así, lo objetivo no resulta diferenciado del sujeto.

Más allá de las raíces gnoseológicas que posee el problema del alcance del conocimiento de los hechos (o acciones), la disputa puede encontrar en el objetivismo crítico, una forma de resolver la cuestión que permita ser reflexivo de las limitaciones que poseen ambas tesis. En primer lugar, para evitar caer en la negación metódica que podría implicar el escepticismo radical. Es que en tal caso, parecería retornarse a posturas vinculadas a la sofística, que niegan de cualquier manera de acceso al conocimiento, como escribe Sexto Empírico sobre Gorgias, “en su escrito *Sobre el no ser o sobre la naturaleza* establece tres proposiciones principales. En primer lugar, que nada es; en segundo lugar, que si es, no puede ser aprehendido por los hombres; en tercer lugar, que si puede ser aprehendido, es, sin embargo, incomunicable e inexpresable a los demás”.⁸ La imposibilidad de acceder a cualquier forma de conocimiento que esgrime el pensador de Leontino –en la relación ontología y lenguaje–, se debilita con las críticas que la filosofía clásica realiza desde Aristóteles en *Refutaciones sofísticas* y Platón en *El Sofista*, *Gorgias* y *Protágoras*.

En efecto, la postura escéptica no advierte claramente que existe algo externo al sujeto. Pero tampoco el objetivismo ingenuo logra dimensionar con rigor, que el conocimiento de la realidad por parte del sujeto, posee dificultades. Así, el carácter subjetivo con el que se mirado lo real, impide determinar que el mismo se presente homogéneamente para todos. Por ello, se ha planteado que “el objetivista crítico debe someter a los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué medida construcciones del observador, así como en qué casos podemos conocerlos con objetividad”.⁹

⁸ Gorgias, 82DKB 3: *Sobre el no ser o sobre la naturaleza* (Sexto Empírico, Adv. Math. VII, 65-87).

⁹ González Lagier, D., “Los hechos...”, *op. cit.*, p. 38.

Para dicha tarea, es fundamental poder tener en cuenta tres criterios respecto al conocimiento de lo real: i) los hechos externos son objetivos en el sentido ontológico, esto es, su existencia no depende del observador; ii) los hechos percibidos son epistemológicamente subjetivos, en el sentido de que son relativos a una determinada capacidad sensorial; iii) los hechos interpretados son epistemológicamente subjetivo, en el sentido que son variables culturalmente.¹⁰

Por lo cual, las cuestiones delimitadas nos permiten señalar que los hechos están sujetos a un conocimiento con ciertas dificultades, por las propias limitaciones que reviste su consideración. De acuerdo a lo establecido, debemos enfatizar el papel que poseen las afirmaciones realizadas sobre los hechos, es decir, los enunciados, pues la posibilidad de reputarlos como verdaderos o falsos será lo que nos permitirá analizar el grado de validez que podrá poseer el razonamiento jurídico.

III. La estructura de los enunciados probatorios

Como se dijo, los hechos como objeto de determinación de la prueba se circunscriben a aquello que hace falsa o verdadera a nuestras proposiciones. Entonces, poder describir la estructura de los enunciados probatorios, nos permitirá evaluar de manera más eficiente cómo se construye una proposición, sea que la misma se conduzca a establecer en un proceso penal una hipótesis acusatoria, o bien desincriminante.

En ese camino, un enunciado puede ser empírico si versa sobre hechos, puede predicarse de él verdad o falsedad y, por último, que tal carácter deriva de su relación con lo real, conforme a una teoría correspondentista de la verdad, la más plausible para considerar la proposición. Por otro lado, se denomina analítico un enunciado que no refiere a hechos, que es necesariamente verdadero o falso –independientemente de los hechos–, y que dicho carácter no deriva de su relación con lo real, sino por su estructura lógica o semántica. A la vez, éstos pueden ser tautológicos, por lo cual son necesariamente verdaderos, o bien, autocontradictorios, lo que implica que son falsos.¹¹

A partir de lo expuesto, el enunciado empírico se urde como la afirmación sobre el hecho que es el objeto del razonamiento jurídico. Y dada su entidad, resulta que cualquiera sea el agente que formule el enunciado, si este es verdadero, poco interesa su calidad. Es decir, es irrelevante que sea el juez, defensor o fiscal, porque si es verdadera, no depende en sí de quien formule tal afirmación, debido al carácter dual entre sujeto y objeto. Pero como es el sujeto cognoscente quien predica el carácter verdadero de una proposición, pueda darse el caso que considere que posee tal calidad, que sea falsa, o bien, que no tenga suficientes elementos para predicar algunas de ambas. Esto en el caso que no cuente con el conjunto de constancias necesarias para tener por probado un enunciado, de lo que no se desprende que sea falsa. Un claro ejemplo de ello, resulta las decisiones relativas al mérito para vincular a una persona en una investigación penal

Pero debe efectuarse otra precisión respecto a los enunciados: una proposición *p* es verdadera si y sólo si se da el caso *p*; o lo que equivale a decir, que “*p* está probado”.¹² Esta distinción permite encuadrar de modo más fehaciente el alcance de los enunciados empíricos, a la vez

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ La distinción entre enunciados empíricos y analíticos puede verse en Guastini, R., *Teoría analítica del derecho* (trad. de César Moreno More), Lima: Zela, 2017, pp. 25-26.

¹² Ferrer Beltrán, J., *Prueba y verdad...*, *op.cit.*, p. 74.

que permite alejarse de concepciones subjetivistas o psicologistas, que se aprecian cuando el juez puede declarar a “está probado que p” y, contrariamente, no existen elementos de juicio para inclinarse por esa decisión.

En suma, la función del enunciado en el razonamiento jurídico permite desde las consideraciones adoptadas disminuir el grado de arbitrariedad que conlleva el subjetivismo judicial en las decisiones.

IV. La calidad de los hechos y enunciados

La relación entre hecho y enunciado debe partir de comprender que, en el proceso, el hecho es en realidad lo que se dice acerca de él, papel que le cabe al segundo. Desde ese punto, puede sostenerse que sobre un hecho (o acción) podrá decirse que ocurrió o no ocurrió, sin predicar de tal que sea verdadero o falso. En cambio, sobre un enunciado podrá sostenerse si es verdadero o falso.

Pero como bien se aclaró, que sea tenida por verdadera, significa que la proposición está probada. Por lo tanto, ello no implica que absolutamente exista identidad entre ambos: “aunque es necesario que la decisión se funde en la mejor aproximación posible a la realidad empírica de los hechos, es inevitable que se trate, en todo caso, de una aproximación ‘relativa’, en función de la expresión y de la utilidad epistémica de las pruebas disponibles”.¹³ Estas reflexiones permiten responder el primer interrogante: un enunciado probatorio que resulta verdadero es sólo una aproximación relativa sobre que un hecho ocurrió. En efecto, no existe identidad entre enunciado y hecho, dado que, de acuerdo a la posición del objetivismo crítico, ciertos obstáculos impiden tener por cierto un hecho, dado el carácter externo, la percepción e interpretación subjetiva. Con esas referencias, existe probabilidad que “está probado que p” (proposición tenida por verdadera) pueda implicar que el hecho ocurrió, siempre que entendamos esta relación como de aproximación relativa.

Así, sostiene González Lagier “los autores restablecen (en mi opinión correctamente) la conexión entre hechos y afirmaciones sobre los hechos, sosteniendo que ‘la convicción judicial sobre la base de la prueba emanará de un juicio de verosimilitud de la afirmación en relación con el hecho que constituye su fundamento’, o que la convicción del juez es ‘un juicio de probabilidad’, de mayor o menor acercamiento entre la afirmación y el hecho”.¹⁴ Desde ya, que sostener que esta aproximación relativa también debe contemplar esgrimir “está probado que p”, es equiparable a verdadero, nos lleva inexorablemente a estudiar la cantidad y calidad de prueba necesaria para derivar en tal sentencia. En ese campo, han proliferado en el último tiempo múltiples investigaciones tendientes a determinar qué estándar de prueba resulta el adecuado.¹⁵

¹³ Taruffo, M., “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba” (trad. de Daniel González Lagier), en *Discusiones. Prueba, conocimiento y verdad*, Año III, Número 3, Bahía Blanca: EdiUns, p. 85.

¹⁴ González Lagier, D., “Los hechos bajo sospecha...”, *op. cit.*, p. 36. En este apartado, el autor se apoya, no sin una aguda crítica, en los textos de Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1997, pp. 34 y 35; y Asencio, J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituída*, Madrid: Trivium, 1989, p. 16.

¹⁵ Beltrán Ferrer, J., *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*, Madrid: Marcial Pons, 2021; González Lagier, D., “Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 23, 2020.; Nieva Fenoll, J., “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, en *InDret*, 3.2020, pp. 406-437; Eyherabide, S. “La relación entre la práctica de los sistemas penales y la determinación de los

Sin embargo, la aproximación relativa elucidada no implica admitir que resulten entidades que con absoluta independencia transiten por caminos separados. Los enunciados y hechos transitan un simétrico camino por carriles diferentes. Esto se desprende de la aproximación que existe entre ambos, pero que en virtud de los obstáculos ya señalados, nunca podrán identificarse, pues conforme al objetivismo, el sujeto está separado del objeto que conoce.

El juego que se abre en el campo de la investigación para determinar si “p está probado”, nos inclina a pensar la existencia de una actividad simétrica, en razón de la cercanía con el que ambos conceptos transitan: cuánto mayor cantidad y calidad de elementos de juicio se presentan para respaldar que una afirmación es verdadera, mayores posibilidades tenemos de afirmar que hecho ocurrió.

Las respuestas a los interrogantes planteados al inicio del trabajo, nos permite sentar, entonces, que el hecho es un ente débil (por su carácter pretérito, la subjetividad de la percepción e interpretación) y el enunciado, en tanto probado, puede calificársele como fuerte (por ser actual, formulado intersubjetivamente y sujeto a refutación).

V. Conclusiones

Resulta claro que las teorías correspondentistas sirven de base para sostener la idea de un enunciado del que se pueda predicar verdad o falsedad. En ese sentido, desde la tradición aristotélica sobre la verdad para “decir de lo que no es que no es de lo que es que es verdadero”, hasta la teoría semántica de Alfred Tarski, y sus múltiples derivaciones (laconicistas, deflacionistas, minimalistas, decitacionalistas, pronunciativas, etc.) han determinado un trabajo denodado para esgrimir un concepto que precise cuándo pueda enunciarse que un hecho ocurrió.

Ahora bien, si aceptamos las tesis de la valoración racional de la prueba, la posibilidad de eliminar la mayor cantidad de elementos que implique un ejercicio subjetivista de la decisión judicial, exige examinar las relaciones que se desenvuelven dentro del razonamiento jurídico. En esa lógica, cabe enfatizar en el marco de un proceso penal cognoscitivista, que cuando se afirme una proposición sobre los hechos, debe responder a una caracterización integral de los elementos que integren dicho objeto, pues sobre ello se afirmará una descripción acerca de la existencia del mismo. Cuanta más detallada resulte el enunciado que intenta probar la acusación, mayor garantía habrá de la defensa en juicio. Como sostiene Ferrajoli, “las hipótesis acusatorias (...) deben consistir en aserciones empíricas que afirmen la comisión de un hecho exactamente denotado por la ley”.¹⁶

Sin perjuicio de tales características que debería estructurar el enunciado, lo cierto es que a medida que se erigen mayor cantidad y calidad de elementos de juicio, existe mayor probabilidad de considerar que el hecho haya ocurrido, sin perjuicio de resultar imposible sostener que un hecho ocurrió de modo categórico, absoluto y cierto. Tal ejercicio, olvidaría los matices que implica el acto de conocimiento por parte del sujeto del objeto (hecho o acciones), por lo cual puede llevarnos a postular –desde el objetivismo crítico- que el hecho posee una entidad débil, y el enunciado fuerte, en la estructura del razonamiento jurídico.

estándares de prueba”, en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, Núm. 2, 2021, etc.

¹⁶ Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Contrarero Bandrés), Madrid: Trotta, 1995, p. 613.

Cómo citar: Ringa, M.M. (2022). Argumentación jurídica y derecho comparado en el caso “Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y DERECHO COMPARADO EN EL CASO «GUACHALÁ CHIMBO Y OTROS VS. ECUADOR» DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹

Matías Manuel Ringa²

I. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH” o “Corte” o “tribunal interamericano”) resolvió el 26 de marzo de 2021, en el caso “Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador”³, que la República del Ecuador fue responsable de la violación de los derechos a la vida, a la salud, a la igualdad, a la dignidad, al consentimiento informado y al reconocimiento de la personalidad jurídica, entre otros derechos. Además del análisis que desarrolla la Corte IDH sobre estos derechos, esta sentencia es relevante porque incorpora argumentos jurídicos que amplían la justiciabilidad y la interpretación tradicional de algunas disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “CADH”). Por ello, en este texto se va a sostener que la Corte IDH emplea exponencialmente otras fuentes de derecho que no son las interamericanas, para convalidar su interpretación expansiva y dinámica de los derechos y las libertades consagrados en la CADH. Con ese fin, la Corte utiliza una cantidad importante de referencias tanto de las Convenciones Interamericanas y los fallos del mismo tribunal como de otras fuentes de derecho comparado. En este sentido, se considerará el voto parcialmente en disidencia de Eduardo Vio Grossi y el voto concurrente y parcialmente disidente de Humberto Antonio Sierra Porto, ya que exponen algunos argumentos sobre los peligros de una interpretación amplia que vaya más allá de las atribuciones conferidas a la Corte en la justiciabilidad y la aplicación del artículo 26 de la CADH.

En este marco, se analizó la sentencia en tres partes. Primero se sintetizó los hechos del caso y, en segundo lugar, se abordó la argumentación normativa del voto mayoritario de la Corte IDH. Por último, se examinó a través de una metodología cuantitativa las fuentes utilizadas por la Corte IDH para justificar su decisión; tanto de las referencias interamericanas como de otros tipos de instrumentos del sistema internacional de derechos humanos. Esto a los

¹ Trabajo realizado como fruto del proyecto de Investigación, “Sobre los usos y funciones del argumento de derecho comparado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en casos sobre derechos sociales”, dirección: Dra. Laura Clérico y Dra. Anahí González, Universidad de Palermo, 2021. Mis agradecimientos a las profesoras mencionadas por sus sugerencias, correcciones y guías en la elaboración de este artículo.

² Universidad de Buenos Aires, Universidad de Palermo, Universidad del Salvador, Universidad del Museo Social Argentino.

³ Corte IDH, 26/3/2021, “Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador”, serie C, n° 423.

finés de poder demostrar empíricamente las afirmaciones sostenidas en el segundo párrafo de este apartado.

II. Síntesis de los hechos del caso

Luis Eduardo Guachalá Chimbo se encontraba en sus 23 años cuando desapareció del Hospital Psiquiátrico Julio Endara de la ciudad de Quito, Ecuador. Su entorno familiar más cercano estaba compuesto por su mamá, Zoila Rosario Chimbo Jarro, por tres hermanas (Carmen, Martha y Nancy) y tres hermanos (Leonardo, Ángel y Luis Medardo).

A su vez, se constató, a través de la declaración juramentada rendida de la madre de Luis Eduardo Guachalá Chimbo (en adelante “Luis Alberto” o “Guachalá Chimbo”) y de un informe médico del Hospital Psiquiátrico Julio Endara, que Luis Eduardo padeció, desde chico, de ataques de epilepsia, teniendo un diagnóstico médico de “trastorno mental y de comportamiento por disfunción cerebral, epilepsia”⁴. Esto le trajo aparejado muchos problemas en su vida educativa y laboral, ya que no podía tener una continuidad en estas actividades por los ataques de epilepsia. Además, la falta de recursos económicos de su familia no le permitió adquirir los materiales formativos necesarios para terminar el nivel de educación primaria y le impedía acceder a los medicamentos necesarios para sobrellevar su enfermedad. A ello se le sumó la falta de accesibilidad de los remedios por parte del Estado. En este marco contextual, el estado de salud de Guachalá Chimbo fue empeorando, presentando signos de agresividad, lo que derivó en su internación en el Hospital Psiquiátrico Julio Endara del Ministerio de Salud Pública del Ecuador el 4 de junio de 2003. Luego de casi un mes, el Sr. Luis Eduardo sale del hospital con una alta médica, pero con la condición de que debería volver para un nuevo control clínico. Esto último no se pudo llevar a cabo por la falta de recursos económicos del Sr. Guachalá Chimbo.

Posteriormente, a fines de diciembre de 2003 y a lo largo de enero de 2004, el estado de salud del Sr. Guachalá Chimbo desmejoró, lo que obligó a su madre a tomar la decisión de internarlo en el mismo hospital. Una de las razones de que haya empeorado su enfermedad se deriva de la suspensión de la medicación indicada por sus médicos. El informe clínico del Hospital Psiquiátrico Julio Andara describió el cuadro de salud agravado del Sr. Luis Eduardo de esta forma: “agresividad [física y verbal], impulsividad, conducta discordante, soliloquios, risas inmotivadas, insomnio, mutismo, actitudes alucinatorias [y] crisis convulsivas generalizadas”⁵.

La doctora E.Q., a cargo de atender al Sr. Guachalá Chimbo, manifestó el 12 de enero de 2004 que su paciente estaba sedado, le hizo un examen físico y le prescribió medicamentos. Luego de varios controles médicos, el 16 de enero de 2004 la doctora E.Q. realizó otro examen en el que encontró al Sr. Luis Eduardo en un estado “ambulatorio, hipoprosexico, pensamiento bradipsíquico, contenido pobre, no alteraciones sensorceptivas [...] memoraria, cálculo, juicio y raciocinio deteriorados. Se alimentaban y dormían en forma adecuada. No se ha presentado crisis convulsivas”⁶.

Ulteriormente, el enfermero a cargo de velar por el cuidado del Sr. Guachalá Chimbo comunicó que su paciente se escapó el 17 de enero de 2014 alrededor de las 15:30 horas y que tras buscarlo en todo el hospital no lo encontraron. En este marco, se olvidaron de informar a los guardias del nosocomio de esta situación. Al día siguiente, la señora Chimbo

⁴ *Ibíd.*, párr. 26.

⁵ *Ibíd.*, párr. 31.

⁶ *Ibíd.*, párr. 34. Informe médico del Hospital Psiquiátrico Julio Endara, 2004.

se entera de este escenario por parte de un enfermero que le comentó que habían procedido a denunciar esta situación ante la policía y que ella hiciera lo mismo. Otra enfermera de la institución le recomendó a la madre de Guachalá Chimbo que buscara a su hijo en las casas de sus familiares. También le llegó el rumor por parte de las personas internas del hospital que Luis Eduardo tuvo un paro cardíaco en una misa y murió⁷.

Tras estos hechos, diversas autoridades de la República del Ecuador realizaron una serie de diligencias para dar con el paradero de Luis Eduardo Guachalá Chimbo, sin que ninguna de ellas tuviera éxito. Entre las intervenciones más destacadas estuvieron la búsqueda y rastreo del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Quito y la pesquisa de la trabajadora social en la morgue, sin que se lograra encontrar al Sr. Guachalá Chimbo.

A su vez, la Fiscalía Distrital de Pichincha luego de realizar diversas medidas investigativas y al no obtener resultados positivos, pidió al Juzgado Décimo Octavo de lo Penal de Pichincha que desestimara la denuncia y el archivo de la causa. En este marco, el juzgado le otorgó 72 horas a la Sra. Chimbo para que se expidiera sobre esta situación. Ante este requerimiento, la madre de Luis Eduardo requirió que no se desestimara la denuncia. En virtud de ello, la jueza remitió la causa al Ministerio Fiscal Superior. Este órgano judicial se expidió el 13 de julio de 2006 ratificó el archivo de la causa al no encontrar ningún delito en el expediente que lo justifique. Por ello, el 19 de julio de 2006, el Juzgado Décimo Octavo de lo Penal de Pichincha decidió el archivo del expediente.

Por otro lado, la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos interpuso un *hábeas corpus* ante el Alcalde de Quito. A consecuencia de su demora injustificada en dar una respuesta, la fundación presentó un escrito en el Tribunal Constitucional. En vista de esa situación, la Tercera Sala de ese tribunal determinó, a través de una resolución del 6 de julio de 2006, que se deben dejar abiertas todas las medidas que sean necesarias para dar con el paradero de Luis Eduardo Guachalá Chimbo, comprometiendo a todas las instituciones estatales que estén obligadas jurídicamente en la investigación sobre estos hechos hasta que lo encuentren. También resolvió que no pueden cerrar los procedimientos hasta que obtengan un resultado definitivo.

A raíz de esta última decisión judicial, la Fiscalía inició una investigación el 4 de noviembre de 2009 ordenando varias medidas para dar con el paradero de Guachalá Chimbo, sin que ninguna de ellas tuviera un resultado favorable. A causa de ello, el Estado de la República del Ecuador informó que la investigación sigue abierta.

III. Delimitación de las cuestiones normativas

En el presente caso hay varias consideraciones normativas que la Corte IDH desarrolla y que a continuación se sintetizarán.

Por un lado, la Corte IDH argumenta a favor de un alcance amplio del derecho a la igualdad y a la no discriminación. Para sostener esta tesis, la Corte IDH interpreta que el artículo 1.1 de la CADH⁸ es una norma que debe abarcar, en su comprensión, a todas las disposiciones de la CADH y que los Estados que forman parte del tratado tienen la obligación de garantizar

⁷ *Ibíd.*, párr. 39. Declaración juramentada de Zoila Chimbo, 2005.

⁸ Este artículo dice: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza; color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (lo resaltado me pertenece).

y respetar el ejercicio de las libertades y derechos que son reconocidos en este instrumento internacional. Por ende, toda interpretación que sea opuesta a esta perspectiva es contraria a los preceptos de la Convención.

A la luz de estas consideraciones, la Corte IDH agrega dos razonamientos más en su sentencia:

- a) La discapacidad es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH: la Corte manifiesta la necesidad de interpretar los instrumentos internacionales de derechos humanos de una forma dinámica que contemple las transformaciones de los tiempos y las situaciones de vida del presente. Para justificar esta posición, la Corte señala que tal interpretación está implícita en el artículo 29 de la CADH⁹ y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. También argumenta que la prohibición de discriminar que establece el artículo 1.1 de la CADH es meramente enumerativa, es decir, que no debe ser interpretada como una lista taxativa. A su vez, resalta la frase “cualquier otra condición social” del artículo bajo análisis, ya que desde la perspectiva del principio de la norma más favorable al ser humano se puede deducir otras categorías no contempladas en el artículo, pero que sean igualmente propicios a la tutela de los derechos. Asimismo, arguye que tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVI, como el Protocolo de San Salvador, en su artículo 18, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación con las Personas con Discapacidad, en su preámbulo, desarrollan una concepción que defiende los derechos de las personas con discapacidad. Por último, la Corte IDH se apoya en otros instrumentos internacionales por fuera del sistema interamericano que sustenta la posición.
- b) El Estado tiene deberes especiales de protección de personas con discapacidad: la Corte IDH señala la necesidad de que el Estado tome medidas positivas para proteger a los sujetos de derecho que por sus condiciones particulares lo requieran, como es el supuesto de las personas con discapacidad.

Otro elemento que analiza la Corte IDH es la violación del derecho a la salud llevado a cabo por la República del Ecuador cuando no le garantizó a Guachalá Chimbo el acceso a los servicios sanitarios; entre ellos, un seguimiento médico apropiado y el suministro de medicamentos indicados por su médico. En este marco, la Corte IDH tuvo presente las siguientes normas para argumentar a favor de la protección del derecho a la salud como una especie protegida del sistema interamericano:

- a) Los artículos 34, incisos i y l, y 45 inciso h de la Carta de la OEA.
- b) El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- c) El artículo 26 de la CADH.
- d) El artículo 10 del Protocolo de San Salvador.
- e) Los artículos 32 y 42 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁹ Este artículo dice: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

Adicionalmente, la Corte suma otras referencias del derecho internacional de los derechos humanos para reforzar la idea de la protección universal del derecho a la salud:

- a) Las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1993, 48 sesión, anexo a la resolución 48/96, artículos 2 y 3.
- b) El artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- c) Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales No. 5: Las personas con discapacidad, E/1995/22, 9 de diciembre de 1994, párrafos 5 y 34.
- d) Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales No 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 11 de agosto de 2000, U.N Doc. E/C. 12/2000/4, párrafos 12 y 26¹⁰.
- e) Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones Generales No 22: El derecho a la salud sexual y reproductiva, 2 de mayo de 2016, U.N. Doc. E/C.12/GC/22, párrafo 24¹¹.
- f) Declaración de los derechos de los impedidos, Proclamada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su resolución 3447 (XXX) del 9 de diciembre de 1975, párr. 6;
- g) Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General el 3 de diciembre de 1982 en su resolución 37/52, párr. 98.

También la Corte IDH aborda el derecho al consentimiento informado como un componente primordial del derecho a la salud. Además, en este caso se determinó que el derecho al consentimiento informado está vinculado al derecho a la vida privada y al reconocimiento de la personalidad jurídica. En este marco, el reconocimiento de estos derechos adquiere un especial reconocimiento en las personas con discapacidad. Para apoyar estas conclusiones, la Corte IDH plasma las siguientes referencias normativas en su sentencia:

- a) El artículo 53 de la Constitución de la República del Ecuador de 1998.
- b) Los artículos 5 a 7 de la Ley de Derechos del Paciente de 3 de febrero de 1995.
- c) Artículos 15 y 16 del Código de Ética Médica de 17 de agosto de 1992.
- d) El artículo 9 de las Normas y Reglamentos del Hospital Psiquiátrico Julio Endara.
- e) El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- f) Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, 10 de agosto de 2009, U.N. Doc. A/64/272, párrs. 12, 18 y 23.
- g) Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, 20 de diciembre de 2016, U.N. Doc. A/HRC/34/58, párrs. 31 y 32.

¹⁰ Este párrafo dice: “El Comité reafirma lo enunciado en el párrafo 34 de su Observación general N° 5, en el que se aborda la cuestión de las personas con discapacidades en el contexto del derecho a la salud física y mental. Asimismo, el Comité subraya la necesidad de velar por que no sólo el sector de la salud pública, sino también los establecimientos privados que proporcionan servicios de salud, cumplan el principio de no discriminación en el caso de las personas con discapacidades.”

¹¹ Este párrafo dice: “(...) todas las personas y grupos estarán exentos de discriminación y gozarán de los mismos derechos. Todas las personas y grupos deben disfrutar de igualdad de acceso a la misma variedad, calidad y nivel de establecimientos, información, bienes y servicios en materia de salud sexual y reproductiva y ejercitar sus derechos sexuales y reproductivos sin ningún tipo de discriminación.”

- h) Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, 28 de marzo de 2017, U.N. Doc. A/HRC/35/21, párr. 63.
- i) Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, 12 de diciembre de 2017, U.N. Doc. A/HRC/37/56, párr. 31.
- j) Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, A/72/55, Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad, párrs. 11 y 22.
- k) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General No. 1: Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, 19 de mayo de 2014, U.N. Doc. CRPD/C/GC/1, párrs. 3, 8, 14, 15, 17, 18, 21, 37, 40 y 42.
- l) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N°. 6: la igualdad y la no discriminación, 26 de abril de 2018, U.N. Doc. CRPD/C/GC/6, párr. 48.
- m) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N°. 5: Las personas con discapacidad, E/1995/22, 9 de diciembre de 1994, párr. 5.

Por otra parte, el tribunal interamericano analiza el tratamiento médico que recibió Guachalá Chimbo, la aceptabilidad y la calidad recibida. En este último supuesto, determina que el Estado debió garantizar un servicio de salud que sea aceptable, adecuado y de buena calidad para mejorar el estado de salud de Luis Eduardo¹² y que esto constituyó una violación al derecho a la salud.

Para la Corte IDH la desaparición de Guachalá Chimbo en el Hospital Psiquiátrico Julio Endara también significó un incumplimiento del Estado en el deber de garantizar la integridad personal y la vida, vinculado con el derecho a la salud.

A esto se le suma que la Corte descubrió que en el presente caso el Hospital Psiquiátrico Julio Endara utilizó a la discapacidad de Luis Eduardo para excusarse del consentimiento informado para la medicación y el internamiento de su paciente. Además de negarle el acceso a los medicamentos que fueran necesarios para su tratamiento médico. Todos estos elementos constituyeron para la Corte IDH una discriminación basada en la discapacidad de Guachalá Chimbo. Por ende, se vio afectado el derecho a la igualdad consagrado en los artículos 1.1, 24 y 26 de la CADH.

Además, la Corte IDH examina las garantías judiciales y la protección judicial vulneradas en el presente caso. En este sentido, la Corte IDH sostiene que los Estados están obligados a investigar las violaciones de los derechos humanos y que para ello deben tomar medidas positivas; no solo para investigar, sino también para sancionar aquellas personas que cometieron las violaciones de derechos humanos. Más allá de las valoraciones que reconoce la Corte IDH hacia el Estado en sus labores investigativas y de búsqueda, le señala al Estado que no tomó contacto con otros individuos que pudieran haber testificado sobre los hechos del caso, como por ejemplo los pacientes del Hospital Psiquiátrico Julio Endara que al momento del suceso estuvieran presentes en el hospital. Estas circunstancias condujeron a la Corte IDH a determinar que el Estado vulneró el acceso a la justicia al no haber emprendido

¹² Para argumentar a favor de esta postura, la Corte IDH retoma las consideraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 11 de agosto de 2000, U.N. Doc. E/C.12/2000/4, párr. 12.

un trabajo de “búsqueda con enfoque diferencial, seria, coordinada y sistemática de la presunta víctima”¹³ y que la investigación no fue desempeñada con la “debida diligencia”¹⁴. Por último, el tribunal interamericano reflexiona sobre dos aspectos que el Estado incumplió: a) la efectividad del recurso de habeas corpus; y b) el plazo razonable y el derecho a conocer la verdad. En el primer aspecto, la Corte IDH señala que resultan aplicables los artículos 7.5 y 25 de la CADH que pretenden tutelar la libertad personal y que las decisiones judiciales sean adecuadamente ejecutadas. En el segundo aspecto, se refiere al plazo razonable, relacionado con el artículo 8.2 de la CADH¹⁵ y vinculado con la extensión total del “procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva”¹⁶. Estos aspectos fueron incumplidos por el Estado porque no fue efectivo el recurso de habeas corpus, ya que en la praxis no tuvo ningún resultado, y, por otro lado, el Estado ecuatoriano, con serias deficiencias en la investigación, no logró dar con el paradero de Guachalá Chimbo luego de 17 años de búsqueda.

IV. Referencias de la Corte

En el presente apartado se examinará las fuentes que utilizó la Corte IDH en el caso bajo análisis para justificar su sentencia, tanto de las referencias interamericanas como de otros tipos de instrumentos del sistema internacional de derechos humanos.

Para ello, se empleó una metodología cuantitativa para identificar, recopilar y sistematizar la base de datos que sustentan esta investigación.

En este sentido, se llevaron a cabo una serie de pasos que ayudaron a construir los datos empíricos. En primer lugar, se eligieron los indicadores que permitieron identificar los datos buscados en la unidad bajo análisis. Estos son: 1) las referencias a otras fuentes que no son las interamericanas; 2) las referencias a las fuentes interamericanas (Convenciones Americanas y Fallos u Opiniones Consultivas). Y dentro de esta última categoría se agregaron las siguientes subcategorías que permitieron desagregar aún más la información: a) Consideraciones generales sobre el derecho a la igualdad y no discriminación; b) Derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad, libertad personal, dignidad, vida privada, acceso a la información, igualdad y salud, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno; c) Derechos a un recurso efectivo, a las garantías judiciales y a la protección judicial, y a la verdad; d) Derecho a la integridad personal de los familiares.

Una vez construidos estos indicadores, se creó el instrumento de medición de los datos primarios en dos documentos Word bajo las denominaciones de Anexo I¹⁷ y II¹⁸. Al finalizar esta tarea, se contabilizó y procesó las frecuencias obtenidas.

Luego de ello, se inició el trabajo de análisis de los datos obtenidos y la elaboración de los gráficos de barras y de tortas que se describirán en los apartados subsiguientes.

¹³ Corte IDH, ídem, párr. 198.

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 204.

¹⁵ También se refiere al Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio sobre el derecho a la verdad, U.N. Doc.E/CN.4/2006/91 de 8 de febrero de 2006.

¹⁶ Corte IDH, ídem, párr. 211.

¹⁷ Documento disponible en el siguiente enlace de Drive: https://drive.google.com/file/d/1VA0-0Fvx_Z-lrVsgTzzvOcX9W-TjaOQC/view?usp=sharing

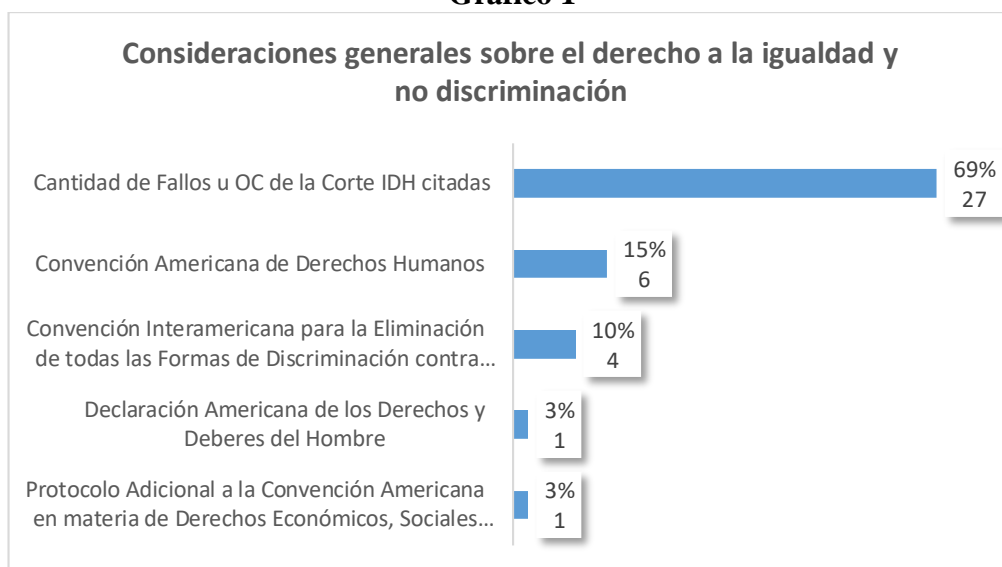
¹⁸ Documento disponible en el siguiente enlace de Drive: <https://drive.google.com/file/d/1-jopYrw7ylx3vgVqBxdRG1erG2gFTGhn/view?usp=sharing>

a) Fuentes interamericanas

A continuación, se detallan las fuentes interamericanas empleadas por la Corte en su voto mayoritario.

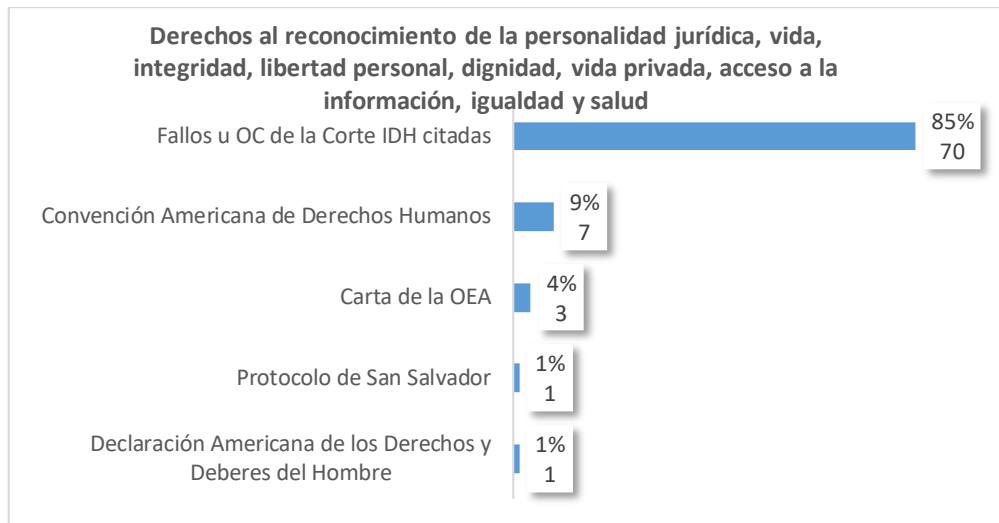
En primer lugar, se examinó la intervención de la Corte en el análisis de las consideraciones generales sobre el derecho a la igualdad y no discriminación. Allí se observó que 27 citas de las 39 referencias utilizadas se derivan del empleo de fallos u opiniones consultivas del mismo tribunal. En segundo y tercer lugar, se encuentran las citas a la CADH (15%) y a la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (10%). Por último, están la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (3%) y el Protocolo de San Salvador (3%).

Gráfico 1



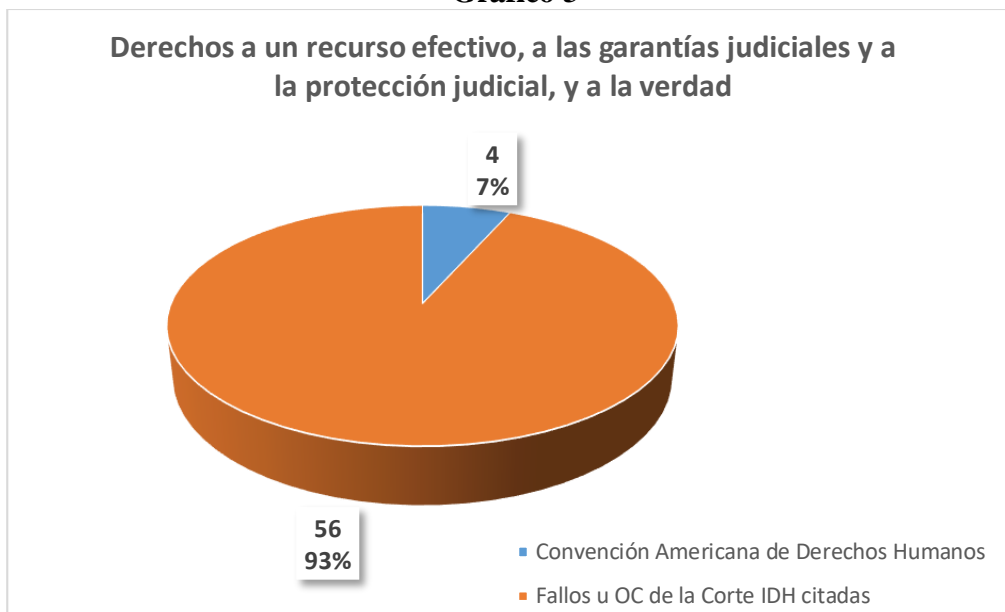
Resultados similares pueden verse cuando el tribunal interamericano examina los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, vida, integridad, libertad personal, dignidad, vida privada, acceso a la información, igualdad y salud, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos sin discriminación y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. En este segmento, el tribunal citó 70 veces sus propios fallos u opiniones consultivas con respecto a un total de 82 citas. Por debajo de esas cifras están las referencias a la CADH (9%), a la Carta de la OEA (4%), a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1%) y al de Protocolo del Salvador (1%).

Gráfico 2



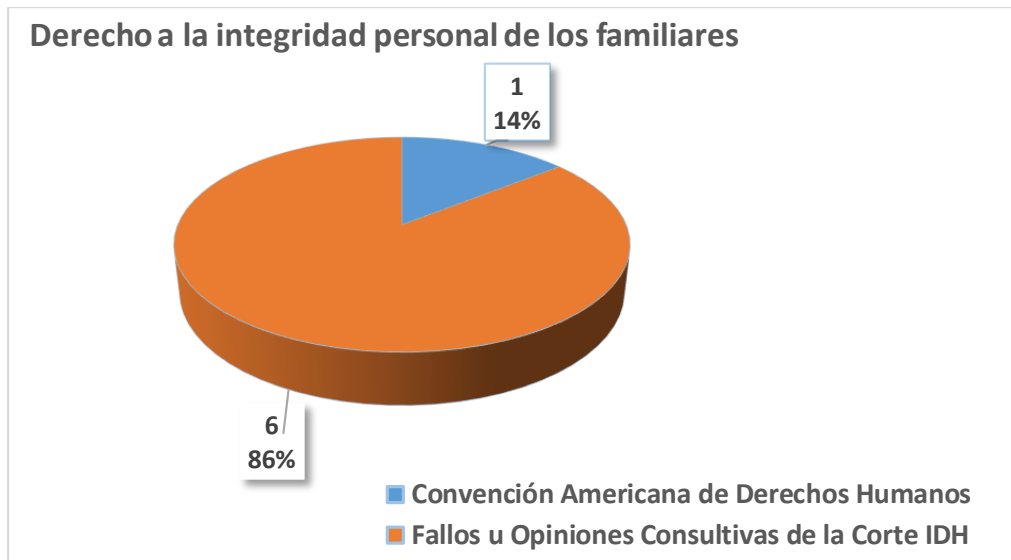
En tercer lugar, se indagó sobre las citas utilizadas por la Corte en su estudio sobre los derechos a un recurso efectivo, a las garantías judiciales y a la protección judicial, y a la verdad. En este tramo, el tribunal utilizó en sus argumentos unas 56 citas a sus propios fallos u opiniones consultivas sobre un total de 60 menciones. En cambio, las referencias a la CADH solo fueron de 4 citas, sin hacer otras menciones de las fuentes interamericanas.

Gráfico 3



La Corte, en un sentido casi análogo, cuando analizó el derecho a la integridad personal de los familiares, hizo referencia unas 6 veces sobre un total de 7 citas a sus propios fallos u opiniones consultivas y, sin embargo, solo efectuó 1 cita a la CADH.

Gráfico 4



b) Otras fuentes del sistema internacional de derechos humanos

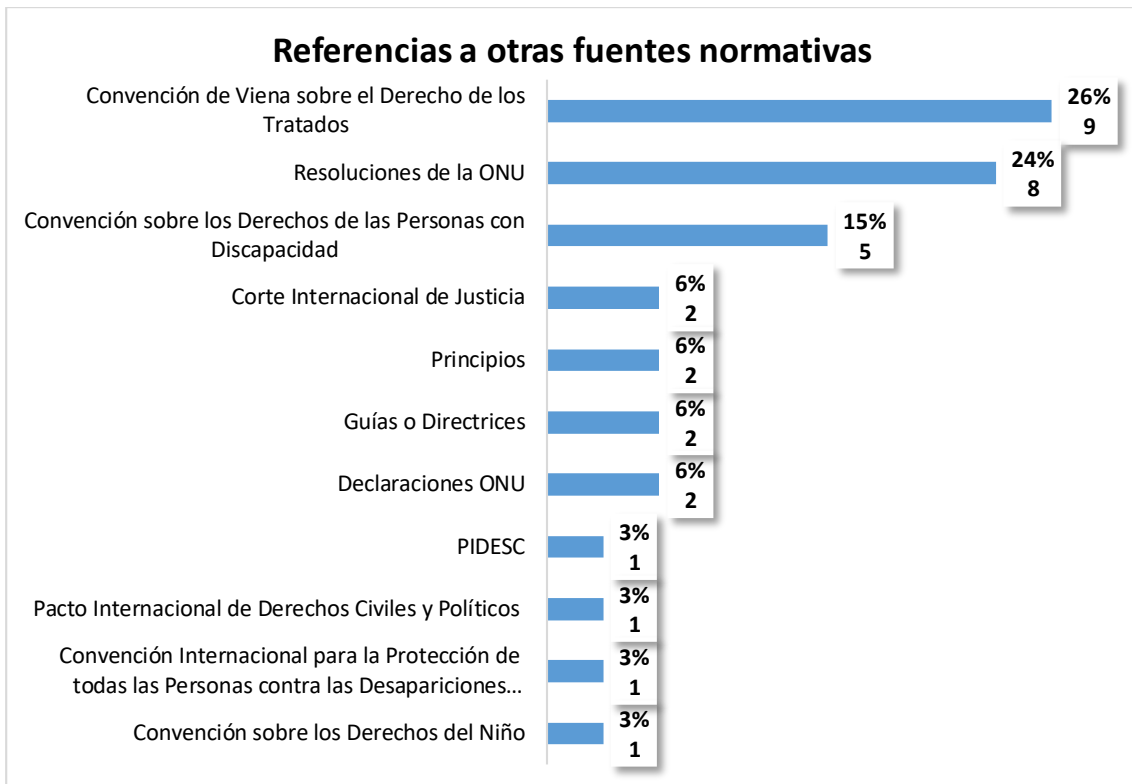
En este apartado se exploró las referencias que utilizaron los miembros de la Corte en relación con otras fuentes del sistema internacional de derechos humanos, tanto del voto mayoritario como de los votos concurrentes y parcialmente disidentes.

Por una parte, se investigó la cantidad de citas que empleó el tribunal en las referencias normativas que no fueran las interamericanas. En relación con eso, se constató que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados constituye un 26% de las citas del tribunal (9 citas de un total de 34 menciones). En un segundo y tercer lugar están las referencias a las Resoluciones de la ONU (24%) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (15%). Asimismo, las referencias a la Corte Internacional de Justicia¹⁹, las Declaraciones de la ONU, Guías o Directrices de la ONU y los Principios²⁰ componen cada uno de ellos un 6%. Por último, están las citas al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (3%), al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (3%), a la Convención sobre los Derechos del Niño (3%) y a la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (3%).

¹⁹ Cabe aclarar que bajo el nombre “Corte Internacional de Justicia” reagrupé una referencia a la Opinión Consultiva sobre ciertos decretos de nacionalidad dictados en la zona francesa de Túnez y Marruecos, Serie B N° 4, de la entonces Corte Permanente de Justicia Internacional; y una cita al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

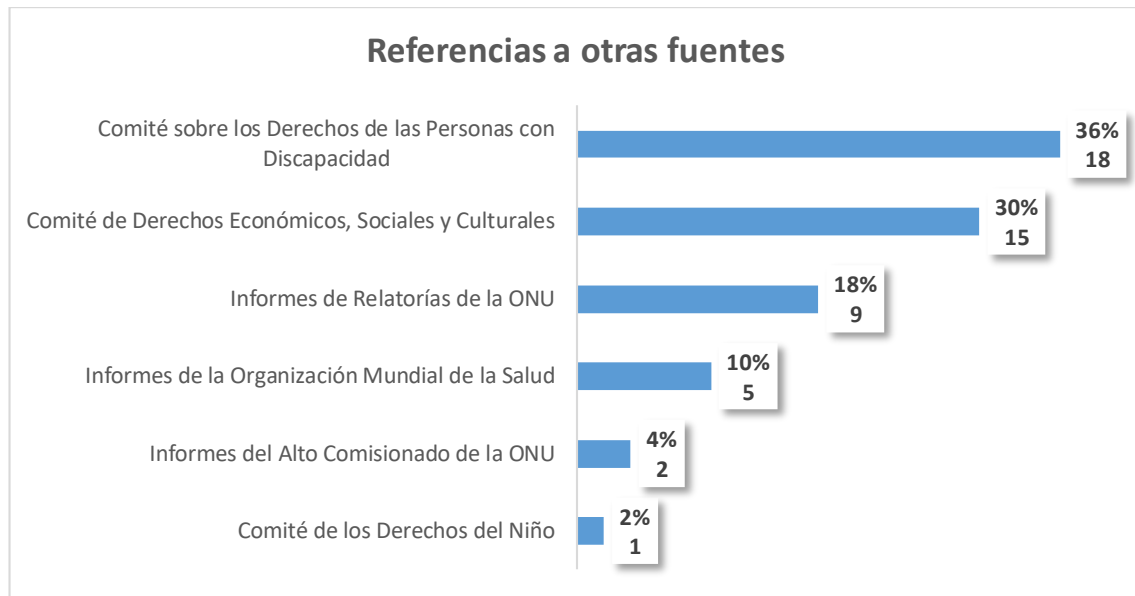
²⁰ Bajo la palabra “Principios” reagrupé una cita a la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos (59ª Asamblea General, y Seúl, Corea, octubre 2008); y una referencia a la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981, enmendada por la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995 y revisada su redacción en la 171ª Sesión del Consejo, Santiago, Chile, octubre 2005.

Gráfico 5



Finalmente, capturé las referencias que aplicó la Corte, con carácter no normativo, para justificar su fallo. En este sentido, sobresalen las referencias a las conclusiones o consideraciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con 18 citas sobre un total de 50 menciones. También son importantes las referencias del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Informes de Relatorías de la ONU, ya constituyen un 30% y 18% de las citas respectivamente. Por último, están los Informes de la Organización Mundial de la Salud (10%), los Informes del Alto Comisionado de la ONU (4%) y las conclusiones o consideraciones finales del Comité de los Derechos del Niño (2%).

Gráfico 6



V. Reflexiones finales

El control internacional de convencionalidad que viene desempeñando la CIDH hasta la actualidad ha adquirido en las últimas décadas un protagonismo relevante; no solo porque son obligatorias las disposiciones de la CADH en los ordenamientos jurídicos internos de los países miembros de dicha convención, sino que además los tribunales domésticos de estos países deben considerar en sus decisiones las interpretaciones efectuadas por la Corte IDH sobre la CADH²¹.

Por ello, es tan importante analizar los mecanismos utilizados por la Corte IDH cuando interpreta las disposiciones de la CADH; en especial cuando está en juego la aplicación de derechos sociales por su alto grado de indeterminación – aunque superable a la luz de los nuevos desarrollos metodológicos de la teoría de los derechos sociales²² y de lo que viene haciendo la propia Corte desde que consagró la justiciabilidad directa de los derechos sociales²³. En este sentido, el voto parcialmente en disidencia de Eduardo Vio Grossi y el voto concurrente y parcialmente disidente de Humberto Antonio Sierra Porto ponen de manifiesto sus discrepancias con respecto a la interpretación del artículo 26 de la CADH que desarrolla el voto mayoritario de la sentencia del caso “Guachalá Chimbo”. Estos magistrados entienden que no se debe incorporar el derecho a la salud como un derecho justiciable a la luz de las obligaciones asumidas en la CADH. Para sostener esta tesis, se valen de una visión restrictiva de las pautas de la interpretación de los tratados que señala el artículo 31 de la Convención de Viena²⁴. A su vez, adhieren a la objeción funcional de la

²¹ Este nuevo mecanismo de control fue una creación pretoriana de la Corte IDH. Para un mayor análisis de este tema, ver Amaya, J. A. *Control de constitucionalidad*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2021.

²² De Fazio, F. *Una teoría principialista de los Derechos Sociales*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

²³ Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L., y Clérico, L. *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020; Morales Antoniazzi, M., y Clérico, L. *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso "Poblete" de la Corte IDH*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

²⁴ Es relevante señalar que los votos en disidencia son los que más citan a la Convención de Viena para justificar su decisión. En este sentido, ver el anexo II y el gráfico 5 del apartado IV b) del presente trabajo.

justiciabilidad de los derechos sociales²⁵, ya que señalan la necesidad de que exista un mayor margen de apreciación de los Estados nacionales para implementar, en el marco de un sistema democrático de gobierno y de división de poderes, los derechos económicos, sociales y culturales. Por otro lado, el Juez Vio Grossi recalca el valor de la seguridad jurídica para reforzar la limitación del control de convencionalidad en materia de derechos sociales a la luz del artículo 26 de la CADH, al entender que no se puede dar un mayor sentido que al acordado por los Estados cuando ratificaron el convenio.

Esta interpretación convencional difiere de la analizada en el apartado III del presente trabajo (“Delimitación de las cuestiones normativas”), ya que el voto mayoritario adhiere a la justiciabilidad directa de los derechos sociales como derechos autónomos²⁶, una tesis amplia del control convencionalidad del artículo 26 de la CADH, incorporando una amplia doctrina internacional para justificar esta posición, destacándose entre ellas las citas de las Naciones Unidas a través de las observaciones generales o finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷. Esto reafirma la noción de que el derecho comparado abona a la teoría de la argumentación jurídica cuando resulta un medio útil en la identificación de “la mejor solución a una colisión de derechos o para escoger la mejor interpretación de una norma de derechos humanos”²⁸.

Otro dato relevante, es la autocitación que realiza el tribunal interamericano de sus propios precedentes judiciales para sustentar su sentencia²⁹.

Desde otro punto de vista, es valorable el voto mayoritario de la Corte IDH, porque este tipo de sentencias pueden ser importantes como “(...) vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, a través de una semántica de los derechos, y no meramente a través de las actividades de lobby o demanda político partidaria”³⁰. Sobre todo, cuando se trata de sectores de la población que sufren de una extrema vulnerabilidad social, como fue el caso del Sr. Guachalá Chimbo. En estas situaciones no se puede especular, porque en el fondo está en juego la dignidad de las personas que en un Estado Constitucional y Social de Derecho no pueden ser desatendidas.

También es cierto -como señala Rodolfo Arango - que este tipo de interpretaciones amplias constituyen una mejor herramienta para los tiempos actuales, de cambios constantes y complejos en donde las sociedades demandan soluciones inmediatas a sus necesidades concretas³¹. En este marco, es valorable que la Corte IDH utilice el derecho comparado para sustentar sus argumentaciones, ya que es una forma legítima, en el marco del derecho

²⁵ Arango Rivadeneira, R. “Derechos sociales”, en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, volumen dos*, de Fabra Zamora, J. L. y Rodríguez Blanco, V. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 1701.

²⁶ Morales Antoniazzi, M, Ronconi. L., y Clérico. L., ídem; Morales Antoniazzi, M., y Clérico, L., ídem.

²⁷ Ver el gráfico 6 del apartado IV b) del presente trabajo.

²⁸ Clérico, L. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 191.

²⁹ Ver los gráficos 1, 2, 3 y 4 del apartado IV a) del presente trabajo.

³⁰ Abramovich, V., y Courtis, C. “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”. En *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, de Abregú, M. y Courtis C. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, pp. 301-302.

³¹ Arango Rivadeneira, R., ídem, pp. 1686-1687.

internacional público, de garantizar los derechos y reconstruir sus propios ámbitos competenciales³².

Por último, esta sentencia es relevante porque contiene estándares que deben ser tenidos en cuenta por otros Estados miembros del Sistema Interamericano al momento de interpretar y aplicar la CADH. De esta manera, en situaciones análogas a las analizadas por la Corte IDH en Guachala Chimbo podrían evitar un fallo en su contra³³ y, lo más importante, podrían garantizar en el orden interno el goce efectivo de los derechos de las víctimas.

³² *Ibíd.*, p. 1704.

³³ Hitters, J.C. "Personas con discapacidad. Internación y tratamiento. Derecho al consentimiento informado. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la condena al Estado de Ecuador". LA LEY (AR/DOC/3028/2021), octubre 2021, párr. 45.

Cómo citar: Dávila, C. (2022). El concepto de «debida motivación» de las decisiones jurisdiccionales. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

EL CONCEPTO DE «DEBIDA MOTIVACIÓN» DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES

César Dávila A.¹

Este trabajo tiene como pretensión refinar el aparato conceptual o terminológico asociado al concepto de «debida motivación» utilizado en la teoría del derecho y la dogmática jurídica. La estrategia sería analizar tres relaciones específicas entre dicho concepto y otros que suelen aparecer como parte del entramado conceptual.

Como resultado de ello, se pretende sostener tres conclusiones: (i) que ni para la teoría del derecho ni para los ordenamientos jurídicos vigentes, el concepto de «justificación» y «debida motivación» son coextensivos, (ii) que pueden y deben distinguirse distintas nociones de «debida motivación» posibles, conforme al modelo normativo que de ella se adopte y, (iii) que las nociones de justificación, motivación y decisión son independientes, de manera que afirmar la corrección de una, no necesariamente implica la corrección de otra. Este análisis no es un mero ejercicio intelectual pues tengo la impresión que varias controversias teóricas y principalmente prácticas persistente, fundamentalmente, por no contar con un adecuado análisis de la noción de «debida motivación». Por ello, trataré de ir mostrando la utilidad de las distinciones conceptuales que acá se plantean.

I. La relación entre motivación y justificación

De acuerdo con la presentación usual de la *Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica* (TAJ), una «decisión jurisdiccional» – uso este término para incluir decisiones administrativas y judiciales – estará correctamente motivada cuando la resolución contiene un discurso que constituye una JUSTIFICACIÓN RACIONAL de la decisión². Es decir, que cumple tanto con las exigencias JUSTIFICACIÓN INTERNA en tanto la decisión se sigue de forma inferencial a partir de una cadena de premisas, como con las exigencias de JUSTIFICACIÓN EXTERNA pues las premisas sobre la norma aplicable y los hechos probados son, a su vez, sólidas en función a sus fundamentos.

De esa forma, la TAJ presenta a la JUSTIFICACIÓN RACIONAL y «debida motivación» como coextensivas o equivalentes³, sin embargo, existen evidencias para sustentar que ello no

¹ Universidad de Génova y Universidad de Girona

² Y con esto doy por superada cualquier presentación de la justificación o motivación, como discurso meramente *descriptivo* del razonamiento (psicológico) empleado por los decisores; solo nos referimos en este trabajo a la justificación o motivación como discurso *justificativo*.

³ En este sentido, por ejemplo, Chiassoni, P., *Técnicas de interpretación jurídica: breviario para juristas*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 17; Taruffo, M., *La motivación de la sentencia civil*, Madrid: Trotta, 2011, pp.250-252; especialmente Ferrer Beltrán, J., *Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales*. Isonomía, 2011, cuando concluye que: «Se dirá, pues, de una sentencia que está debidamente motivada cuando la norma individual que constituye su conclusión se derive lógicamente de las premisas y exprese analíticamente las razones que justifiquen la selección de esas premisas fácticas y normativas».

necesariamente es así. Conviene entonces analizar cada noción para determinar si existe o no tal coextensividad.

Antes de analizar las nociones en cuestión, debe tenerse en cuenta que el modelo de JUSTIFICACIÓN RACIONAL tal como ha sido presentado, puede ser interpretado en su *vertiente descriptiva* como un modelo cuya función es *analítico-explicativa* que permite analizar como *son* las resoluciones jurisdiccionales, explicitando su estructura profunda, premisas y fundamentos; pero también en su *vertiente prescriptiva* como un modelo con una función *directiva* que establece como *deben ser* las justificaciones de las resoluciones jurisdiccionales⁴.

I.1. Nociones de justificación

En términos muy generales, «justificación» designa al «proceso argumentativo que tiende a afirmar que algo está dotado de algún valor, cualquiera que éste sea»⁵, así como al resultado de dicho proceso.

De hecho, en el campo de estudio del derecho esta distinción entre justificación proceso y producto se mantiene y puede hacerse referencia a la JUSTIFICACIÓN ACTIVIDAD como el «razonamiento justificativo, entendido como una actividad encaminada a seleccionar y articular las razones que pueden utilizarse para justificar la decisión», y a la JUSTIFICACIÓN DISCURSO «como el resultado lingüístico de dicha actividad, es decir, como un “discurso” en el cual el juez expresa dichas razones de acuerdo con un cierto orden lógico.»⁶

En cualquier caso, se trata de una noción *relacional*, pues da cuenta de la relación entre unas premisas (*justifians*) y una conclusión (*justificandum*)⁷. Por ello, es posible que existan premisas o conjuntos de premisas alternativos para una conclusión⁸.

Ahora bien, para los objetivos de este trabajo, resultará de utilidad distinguir cuando menos, estos tres pares de nociones de justificación:

- JUSTIFICACIÓN ACTIVIDAD vs JUSTIFICACIÓN DISCURSO

Se trata de la distinción ya advertida arriba, sin embargo, es importante una precisión. En estricto sentido, un *proceso* mental solo puede producir un *resultado* también mental.

⁴ Esto ha sido resaltado por Chiassoni, P. op.cit.

⁵ Comanducci, P., *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*. Segunda reimpresión ed. México: Fontanamara, 2009, p.49

⁶ Taruffo op.cit., p.207. De hecho, Taruffo señala estas distinciones a propósito de lo que el denomina «motivación». Ello es indicador de que lo anterior puede extenderse a la noción de «motivación» y, distinguirse entre una MOTIVACIÓN ACTIVIDAD y una MOTIVACIÓN PRODUCTO.

⁷ Véase en ese sentido, Caracciolo, R., *Justificación normativa y pertenencia. Modelos de la decisión judicial*. En: El derecho desde la filosofía, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p.42 y ss; Wróblewski, J., *The judicial application of law*, Dordrecht: Springer Science+Business Media, 1992, p. 210 y ss. de hecho, Wróblewski incluso muestra una relación conceptual entre la noción de «justificación» y «racionalidad». Según este autor es racional aquello justificado por premisas: «A meaningful statement in a specific discourse is rational, if it is justified by its premisses», «Rational decision is a justified decision» Wróblewski, J., *Legal decision and its justification*. Logique et Analyse, p.412.

⁸ Caracciolo, R. op.cit., p.43: «Es posible que en el dominio de J existan razones alternativas relevantes para una conducta C (o para un resultado R), donde «relevante» significa que satisfacen la relación con respecto a C (o al R) en cuestión. Si se admite, además, que pueden proponerse conjuntos alternativos de razones entonces la justificación es también relativa de manera mediata al conjunto de razones (el dominio de J elegido)».

Por lo cual, más que una distinción analítica, se trata de una gruesa oposición entre lo psicológico (fuero interno) y su materialización en un discurso⁹.

- *JUSTIFICACIÓN EN ABSTRACTO (type) vs JUSTIFICACIÓN EN CONCRETO (token):*

La primera de ellas designa una relación por la cual unas *premisas* son “razón de o razón para” la *conclusión*¹⁰.

La segunda refiere a aquellos casos en donde dicha relación se expresa en algún documento (escrito, oral, etc.).

Lo anterior permite mostrar que existen casos que estarían *justificados en abstracto*, pero no *justificados en concreto*, si la relación entre las premisas y la decisión no es expresada.

- *JUSTIFICACIÓN INTERNA vs JUSTIFICACIÓN EXTERNA:*

Esta distinción, en la teoría del derecho, corresponde a Wróblewski¹¹ (1971) (1974) (1979) y, se trata de un corolario de otra distinción entre racionalidad interna y externa:

«If we ask whether a decision is properly inferred from its premisses we are talking about *internal rationality*; if we ask whether the premisses are rightly assumed we are speaking about *external rationality* of the decision»¹²

La JUSTIFICACIÓN INTERNA entonces solo trata acerca de la validez inferencial de entre las premisas y su decisión, mientras que la JUSTIFICACIÓN EXTERNA trata acerca de la solidez de dichas premisas.

Es relevante hacer notar que Wróblewski, además, distingue entre las distintas (sub)decisiones que se dan en el marco de una decisión jurisdiccional, principalmente: (i) la (sub)DECISIÓN INTERPRETATIVA que determina la *premisa normativa* constituida por una norma jurídica general, (ii) la (sub)DECISIÓN PROBATORIA, que determina la *premisa fáctica* y, (iii) la DECISIÓN FINAL, por la cual se concluye que los hechos probados quedan comprendidos en el supuesto de la norma jurídica general establecida como premisa normativa¹³.

⁹ En efecto, criticando la distinción entre interpretación actividad e interpretación producto, como aquella que designa el proceso mental y el discurso interpretativo, Moreno Cruz ha señalado que:

«Puesto de este modo, esta distinción adolece de un defecto analítico, a saber, que una actividad mental produce un resultado que no es mental, o interno, sino discursivo o externo». Moreno Cruz, D. *Interpretación en Abstracto. Un fragmento del background de la forma mentis de las jueces*. En *L'arte della distinzione*. Scritti per Riccardo Guastini, Madrid: Marcial Pons, 2019.

Teniendo en cuenta esta precisión, en estricto, dentro de la justificación actividad podría distinguirse entre: (i) JUSTIFICACIÓN PROCESO: que refiere al proceso que se activa (in)conscientemente en la mente del decisor con la finalidad práctica de seleccionar y articular razones justificativas, (ii) JUSTIFICACIÓN PRODUCTO: que refiere a la intención formada en la mente del decisor de proferir un acto de habla justificativo que tiene como contenido proposicional las razones justificativas elegidas, y (iii) JUSTIFICACIÓN OBJETO: precisamente, el acto de habla justificativo que es objeto de la intención antes formada.

¹⁰ Esta ambigüedad ya ha sido reportada más o menos expresamente en Caracciolo op.cit., p.42 y ss.; Alchourrón, C. & Bulygin, E., *Sistemas normativos*, Buenos Aires: Astrea, 2017, p.214.

¹¹ Wróblewski, J. *Legal decision...*; Wróblewski, J. *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*. Rechtsstheorie, 1974; Wróblewski, J. *Justification of legal decisions*. Revue Internationale de Philosophie, 1979.

¹² Wróblewski, J. *Justification ...*, p.277.

¹³ Wróblewski, J. *Legal decision...*, p.413, Wróblewski, J. *Justification ...*, p.286 y ss.

Ello le permite mostrar dos aspectos de cómo se relacionan las categorías de JUSTIFICACIÓN INTERNA Y EXTERNA con dichas (sub)decisiones:

- Por un lado, se hace posible diferenciar entre dos sentidos a los que puede referirse la JUSTIFICACIÓN INTERNA. Así, la JUSTIFICACIÓN INTERNA EN SENTIDO ESTRICTO refiere a la relación inferencial deductiva entre la premisa normativa (una norma jurídica general) y la premisa fáctica (una aserción sobre hechos probados), que componen el silogismo judicial que sustenta la DECISIÓN FINAL del caso. Mientras que la JUSTIFICACIÓN INTERNA EN SENTIDO AMPLIO, refiere a las cadenas de inferencias válidas (deductivas, inductivas), presentes no solo en el silogismo judicial, sino en cada una de las subdecisiones interpretativa, probatoria, subsuntiva y la forma como estas se relacionan.
- Por otro lado, se evidencia que cada (sub) decisión, en especial, la interpretativa y probatoria, cuenta a su vez, con su propia estructura de JUSTIFICACIÓN INTERNA y JUSTIFICACIÓN EXTERNA¹⁴.

Tal como lo reporta Chiassoni (2007, pág. 32), lo anterior le permitió a Wróblewsky llamar la atención sobre las (sub) decisiones que debían ser justificadas en el marco de la decisión jurisdiccional. Ello le lleva a presentar una “fórmula compacta” que serviría como una reconstrucción de la estructura de la justificación interna y externa (compuesta por los argumentos que soportan aquellas subdecisiones), presente en las decisiones jurisdiccionales, tal como sigue:

«Según la norma N, que tiene el significado S de conformidad con las directivas interpretativas $DI_1...DI_n$, y con los juicios de valor $VI_1...VI_n$ necesarios para la selección y uso de tales directivas, el hecho F, cuya verificación en el lugar l y en el tiempo t ha sido probada sobre la base de los medios de prueba admitidos $E_1...E_n$, de conformidad con las directivas probatorias $DE_1...DE_n$ y con los juicios de valor $VE_1...VE_n$, tiene las consecuencias jurídicas $C_1...C_n$ de conformidad con las directivas de elección de las consecuencias $DC_1...DC_n$ y con los juicios de valor $VC_1...VC_n$.»

Esta fórmula muestra que la corrección de la justificación depende finalmente de los criterios evaluativos («V») que soportan cada una de las (sub)decisiones. Si se asume un no cognitivismo respecto de los valores, entonces tendrá que aceptarse que no es posible establecer una preferencia o jerarquización de ellos en función a criterios objetivos. Ello conduce a asumir que la corrección de las sub (decisiones) es siempre una *corrección relativa* a las premisas y fundamentos seleccionados en función a los criterios evaluativos previamente aceptados. Recientemente, además, Carbonell

¹⁴ Ver Comanducci op.cit., p.100: «Una misma justificación que tenga un carácter interno respecto a la tesis interpretativa puede resultar parte de la justificación externa del silogismo decisonal (otra parte la constituye la justificación de la premisa menor).»; ver también Taruffo op.cit., Capitulo V.3.c.

Bellolio¹⁵ ha señalado que el «modelo de justificación correcta» debe ser ampliado, pues la corrección no solo dependerá de aquellos criterios evaluativos sino también de las posturas *teórica* (e ideológicas) que se asuman respecto del *concepto de derecho*, la *interpretación jurídica*, la *prueba* y la *función judicial*¹⁶. La corrección de la justificación sería dependiente de los criterios evaluativos y *theory dependent*.

De esta manera, la TAJ presenta a la debida motivación como una justificación *en concreto* (token) de una decisión jurisdiccional, que se instancia en un *discurso* satisface las exigencias de racionalidad interna y externa, conforme se ha desarrollado. Sin embargo, ninguno de los tres pares de sentido de «justificación» recién descritos, cubre la totalidad de la noción de debida motivación.

I.2. Noción de motivación y diferencias con la justificación

La diferencia entre ambas nociones se muestra si se acepta que la noción de «debida motivación» no es definida en términos de racionalidad, sino en función de las normas jurídicas que regulan la motivación. El enunciado «la resolución jurisdiccional cumple con las exigencias de “debida motivación”», no expresa otra cosa que dicha resolución ha cumplido con las normas jurídicas que regulan la motivación, por lo que interesará entonces mostrar las condiciones de verdad de dicho enunciado en los contextos institucionalizados¹⁷. Esto podría parecer una banalidad, pero no lo es tanto. El hecho que la TAJ remita siempre como estándar de corrección de la motivación a la *racionalidad* interna o externa, podría generar ciertas confusiones innecesarias, en la dogmática procesal y con ello en los órganos jurisdiccionales, mediante la influencia de aquella en la *forma mentis* estos últimos. Los órganos jurisdiccionales, sobre cuyos hombros pesa la carga de «administra(r) justicia»¹⁸, podrían perder de vista que el parámetro de corrección, que será utilizado por los órganos superiores vía recursos de impugnación para evaluar la motivación, es siempre el conjunto

¹⁵ Carbonell Bellolio, F., *Sobre la idea de decisión judicial correcta*. Anali e Diritto, 2015; Carbonell Bellolio, F., *Elementos para un modelo de decisión judicial correcta*. Revista de estudios de la justicia, 2017.

¹⁶ Me parece además que esta ampliación del modelo de corrección de la justificación de decisiones jurídicas, puede servir también en apoyo de la tesis de no conexión entre el derecho y moral en el razonamiento jurídico, pues las *razones teórico-jurídicas* serían las que servirían para clausurar dicho razonamiento. Al respecto, ver Nuñez Vaquero, Á., *¿Deciden los jueces por razones políticas?* Jurídicas, 2012, quien sostenía que dichas razones permitían explicar y predecir decisiones jurídicas.

¹⁷ Y, con esto, no estoy haciendo otra cosa que seguir el método de elucidación de términos jurídicos propuesto por Hart en Hart, H.L.A (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.p. Essay 1. De acuerdo con Hart, no es posible utilizar con los términos jurídicos el *método tradicional de definición (per genus et differentiam)*, pues este método es útil cuando el término solo cumple la función de expresar cierta clasificación a partir de una propiedad familiar, ahí la definición es utilizada «simplemente para ubicar dentro de esta clase o tipo general familiar alguna clase o tipo especial subordinado».

Pero los términos jurídicos cumplen otras funciones, en especial: (i) suponen sin mencionarlo un sistema jurídico y sus respectivas sanciones, (ii) expresan la conclusión a un caso particular a partir de una norma jurídica, (iii) expresan un diferente *status* dependiendo de si el emisor cuenta con alguna potestad, (iv) suelen vincular en una misma categoría situaciones que pueden ser muy dispares entre sí.

Por ello, Harta propone un método de elucidación de términos jurídicos en tres pasos: 1) Se toma una frase donde la palabra cumple su función característica; 2) se especifica las condiciones bajo las cuales la frase es verdadera (condiciones de verdad de la frase); 3) se muestra cómo se usa la palabra para extraer una «conclusión» de las reglas en el caso particular.

¹⁸ Tal como establece el artículo 138 de la Constitución Política del Perú.

de normas jurídicas¹⁹ que regulen dicha actividad y discurso, las que no se cumplen con adoptar un *tipo especial de racionalidad* – lo que ocurriría, por ejemplo, si los órganos órganos jurisdiccionales adscribieran a la tesis según la cual las decisiones jurisdiccionales deben asumirse las *reglas del del discurso práctico general* –, ni adoptando una cualquiera, incluso una *propia* “racionalidad”²⁰.

En los contextos institucionales, la noción de debida motivación no se agota en la de justificación racional. De hecho, que una decisión jurisdiccional esté *racionalmente justificada*, es decir, interna y externamente justificada, *no es condición necesaria ni suficiente* para afirmar que está *debidamente motivada*²¹.

Por un lado, las reglas debida motivación no exigen que, en todos los casos, el discurso exprese la justificación interna y externa. Un supuesto en donde ello ocurre, serían los denominados *casos fáciles*²². En los que, dentro de la cultura jurídica del ordenamiento jurídico que se trate puede identificarse, debido a un consenso ideológico, una solución dominante sincrónicamente y que, por esa razón, no se exija de los decisores mayores labores de motivación.

¹⁹ Con esto no estoy proponiendo una tesis formalista de la interpretación, sino simplemente que un enunciado del tipo “dicha sentencia está debidamente motivada”, presupone (en su sentido lógico) un contraste con unas normas jurídicas como parámetro de evaluación – normas que, a su vez, pueden provenir de una previa labor interpretativa o constructiva–.

²⁰ Por ejemplo, en la Sentencia emitida en el expediente No.9378-2019 por el Vigésimo Juzgado Especializado Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, se decidía sobre la prescripción de la acción de cobro de una deuda aduanera. En ese caso, el juez inaplicó una disposición normativa que establecía que tanto la acción de determinación como la acción de cobro de la Administración Tributaria iniciaban su plazo prescriptorio en la *misma oportunidad*, para construir una *norma implícita* – completamente distinta – en virtud de la cual acción de cobro más bien iniciaba *después de que concluya la determinación*. Ello, conforme a la siguiente motivación en función a una cierta *racionalidad*, en virtud «del orden natural de las cosas» y «lo lógico»: “Así, se tiene respecto de la prescripción para determinar (requerir la devolución) y exigir el pago (cobrar) del reembolso de lo indebidamente restituido y la prescripción para aplicar y exigir el pago (cobrar) de las sanciones aduaneras, es necesario determinar las reglas de la prescripción aplicables al caso, pues dentro de *la natural orden de las cosas*, lo *lógico* es que primero se deba determinarse la deuda tributaria – es decir, el determinar el monto a devolver por los tributos indebidamente restituidos y el monto de la sanción de multa impuesta-, y luego puede exigirse su pago.”

²¹ En este sentido revisar Roldán, S., *Justificación y motivación de las resoluciones judiciales. Hacia la elaboración de criterios de fundamentación*. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 2010

²² Con esto no me comprometo con una teoría de la interpretación jurídica ecléctica, que distinga entre *casos fáciles* en donde la interpretación es una actividad meramente cognitiva dirigida a “descubrir” el significado correcto de una disposición normativa y, *casos difíciles* en donde la interpretación jurídica sería una actividad dirigida a “decidir” el significado a atribuirse a una disposición, entre varios en disputa.

Se trata simplemente de asumir que en determinados ordenamientos jurídicos pueden existir ciertos consensos ideológicos que estabilizan las decisiones de los tribunales, pero ello no niega en ningún sentido el estatuto de la interpretación jurídica en los casos fáciles, que sería la de una actividad decisoria, precisamente, la de conformarse a la ideología dominante.

Esta es la tesis expresada en Chiassoni, P. *Interpretation without truth: A realistic enquiry*. Cham-Switzerland: Springer, 2019, según la cual, dicho consenso ideológico, si bien elimina la “ambigüedad ideológica”, no elimina la “ambigüedad metodológica”, por la cual siempre se encuentran a disposición del intérprete distintos *códigos* y *recursos* interpretativos. De manera que la interpretación siempre implica una decisión sobre los *códigos* y *recursos* a utilizar.

Por otro lado, muchas veces, exigen “algo más” que solo una justificación racional. La teoría del derecho y la doctrina²³, muestran cierto acuerdo en que la «debida motivación» debe cumplir con los criterios de COHERENCIA, COMPLETITUD y SUFICIENCIA. Cada uno de estos criterios no refieren necesariamente a criterios de racionalidad, sino que son verdaderas reglas institucionales cuyo alcance específico será determinado por cada cultura jurídica.

Por ejemplo, la COHERENCIA en los sistemas procesales no refiere únicamente a la validez de las inferencias presentes en la motivación, sino a otro tipo de exigencias institucionales. En el Perú, dicho criterio se instancia en el *principio de congruencia* que exige: «1) coherencia entre lo peticionado por las partes y lo finalmente resuelto, sin omitir, alterar o excederse de dichas peticiones (*congruencia externa*); y, 2) armonía entre la motivación y la parte resolutive (*congruencia interna*)»²⁴. La exigencia de *congruencia interna* podría sin duda entenderse como una instancia de la JUSTIFICACIÓN INTERNA, sin embargo, la *congruencia externa* no sólo exige que la motivación muestre validez inferencial, sino que además muestre su consistencia las pretensiones de las partes, es decir, que muestre su consistencia con el contexto institucional en el que se realiza la motivación.

Por otro lado, si bien la exigencia de racionalidad implica contar con una JUSTIFICACIÓN INTERNA Y JUSTIFICACIÓN EXTERNA, el criterio de COMPLETITUD puede interpretarse como la exigencia referida a cuáles de los pasos analíticos de la estructura justificativa deben ser cumplidos, mientras que la SUFICIENCIA puede ser interpretada como una exigencia acerca de qué tanto debe extenderse la JUSTIFICACIÓN EXTERNA de las premisas normativas o fácticas²⁵. No obstante, así definidos es evidente que ambos criterios se solapan, cuando la COMPLETITUD se extiende hacia la JUSTIFICACIÓN EXTERNA de las (sub) DECISIONES INTERPRETATIVAS O PROBATORIAS.

Por ejemplo, dependiendo de cada cultura jurídica, podría exigirse para determinar la COMPLETITUD de una motivación que ésta exprese, cuando menos, la estructura de JUSTIFICACIÓN INTERNA Y EXTERNA de la DECISIÓN FINAL: *premisa normativa* y *premisa fáctica* y al menos algún fundamento (usualmente, directrices de interpretación y reglas de evidencias) para cada una de dichas premisas. Otra cultura jurídica podría exigir un estándar

²³ Ver respecto a los trabajos de teoría del derecho los de Igartua Salaverría, J., *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra, 2009, Capítulo I.4; Taruffo op.cit. Capítulo VI. 4 y 5. Un análisis histórico que da cuenta de la presencia y evolución de estas exigencias en distintos ordenamientos jurídicos en Aliste Santos, T.-J. (2011). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011. Respecto a los trabajos de la doctrina, en el Perú, puede revisarse Zavaleta Rodríguez, R., *La motivación de las resoluciones judiciales. Como argumentación jurídica*. Lima: Grijley, 2014, Capítulo V.

²⁴ Casación No. 5469-2016, página 14: «En el sentido descrito, se tiene que la observancia del principio de congruencia implica que, en toda resolución judicial exista: 1) coherencia entre lo peticionado por las partes y lo finalmente resuelto, sin omitir, alterar o excederse de dichas peticiones (*congruencia externa*); y, 2) armonía entre la motivación y la parte resolutive (*congruencia interna*), de tal manera que la decisión sea el reflejo y externación lógica, jurídica y congruente del razonamiento del juzgador, conforme a lo actuado en la causa concreta, todo lo cual garantiza la observancia del derecho al debido proceso, resguardando a los particulares y a la colectividad de las decisiones arbitrarias, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico número once de la Sentencia N° 1230-2003-PCH/TC.»

²⁵ Según Igartua op.cit. Capítulo I.4, otra forma de interpretar estas exigencias sería considerar a la COMPLETITUD una exigencia *cuantitativa* y la SUFICIENCIA una exigencia *cualitativa*: «La motivación ha de ser suficiente. No es una exigencia redundante de la anterior (la "completitud" responde a un criterio cuantitativo -han de motivarse todas las opciones-, la "suficiencia" a un criterio cualitativo -las opciones han de estar justificadas suficientemente-)». Sin embargo, me parece que el criterio *cualitativo* no queda adecuadamente definido pues no se precisa cual sería la *propiedad* cuya calidad es evaluada.

incluso más amplio, como sería exigir que además se muestre la JUSTIFICACIÓN INTERNA Y EXTERNA de la (sub) DECISIÓN INTERPRETATIVA o de la (sub) DECISIÓN PROBATORIA.

Si tomamos el caso de la (sub) DECISIÓN INTERPRETATIVA, un modelo de justificación comprendería cuando menos los siguientes elementos relevantes. En el nivel de la JUSTIFICACIÓN INTERNA: (i) la disposición normativa o fuente del derecho, (ii) las directivas interpretativas a utilizarse, y (iii) criterios o directivas de segundo orden que permitan solucionar conflictos entre las directivas antes señaladas. Mientras que, en el nivel de la JUSTIFICACIÓN EXTERNA, se requeriría, además algunos metacriterios que justifiquen haber asumido las premisas antes señaladas. Pero entonces el criterio de COMPLETITUD colapsa con el de SUFICIENCIA. Este problema incluso se refleja en los ordenamientos jurídicos, cuando se exige ambos criterios, pero sin contar con una definición precisa los límites de ellos. Siendo así, una forma de hacer compatibles ambos criterios sería limitar la COMPLETITUD a que la motivación cuente con los elementos que conforman la JUSTIFICACIÓN INTERNA Y EXTERNA de la DECISIÓN FINAL, y la SUFICIENCIA predicarla más bien de la estructura de JUSTIFICACIÓN INTERNA Y EXTERNA de las (sub) DECISIONES INTERPRETATIVAS O PROBATORIAS.

Si se acepta la estipulación propuesta, entonces las cuestiones relativas al deber de motivar que la (sub) decisión es la *mejor respuesta* frente a otras alternativas, quedaría colocada dentro de la SUFICIENCIA de la resolución jurisdiccional. Nótese que la racionalidad, en estricto, no exigiría justificar que se trata de la *mejor respuesta*, sino que nuevamente se trata de una exigencia propia del contexto institucional.

Más allá de este análisis conceptual sobre los criterios de COHERENCIA, COMPLETITUD y SUFICIENCIA, lo que parece evidente es que la medida de cada uno de ellos no está determinada en función a la racionalidad, sino que son verdaderas reglas institucionales cuyo alcance específico será determinado por cada ordenamiento jurídico y su cultura jurídica.

De esta forma, la «debida motivación» constituye el discurso justificativo, en concreto, que satisface exigencias de racionalidad interna y externa pero precisamente en la medida que las reglas institucionales lo establecen, así como otras exigencias propiamente institucionales²⁶.

²⁶ En el Perú la jurisprudencia, de manera sostenida, ha señalado que el contenido del derecho a la debida motivación, cuya afectación posibilitaría la procedencia de una demanda constitucional de amparo contra resolución judicial, es el siguiente Sentencia recaída en expediente No. 3943-2006-PA/TC: «a. **Inexistencia de motivación o motivación aparente.** (...) la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. b. **Falta de motivación interna del razonamiento.** La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa (...), c. **Deficiencias en la motivación externa:** justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general (...) en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o el Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por equis, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de equis en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrá ser enjuiciada por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez. d. **La motivación insuficiente.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación

Más aún, la *justificación* que se exige de las resoluciones judiciales, es la establecida por las reglas institucionales de *motivación*. El corolario de esto es que, una cosa es una resolución jurisdiccional *racional* y por ello *justificada* y, otra cosa una resolución jurisdiccional debidamente *motivada* y por ello *válida*²⁷.

II. Relación entre motivación y sus modelos normativos

Cuando alguien señala que «la resolución jurisdiccional cumple con las exigencias de “debida motivación”», lo hace en función a lo que considera efectivamente las reglas de debida motivación en su preciso contexto, es decir, conforme a un modelo normativo con el que se compromete.

Por ello, muchas veces, se suscitan controversias alrededor de si se han cumplido con las reglas de debida motivación, sin especificar a que modelo normativo se refiere cada interlocutor. Bien podría ser que la resolución jurisdiccional haya cumplido con las exigencias de un determinado modelo y no de otro.

Por lo cual, conviene explicitar alguna clasificación (naturalmente, no exhaustiva) de posibles *modelos normativos de la motivación discurso* que podrían existir (o han existido) en los ordenamientos jurídicos modernos. Entre los cuales, podrían encontrarse cuando menos los siguientes:

- (1) *Modelo meramente enunciativo o topográfico*: Aquel que exige únicamente que el texto de la resolución tenga alguna parte usualmente denominada “considerativa”, independientemente de su relación inferencial o justificativa con la decisión²⁸.

exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. e. **La motivación sustancialmente incongruente**. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas. f. **Motivaciones cualificadas**. Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecta un derecho fundamental como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal. (...).

²⁷ Confróntese en este sentido Comanducci op.cit., p. 67, cuando distingue entre *validez dianoética* y *validez deóntica*.

²⁸ Al respecto Igartua op.cit. Capítulo I.5, señala: «La omisión recubre fenómenos de diferente naturaleza. Para hacernos cargo de ello, comenzaré distinguiendo la *motivación formal* y la *motivación sustancial*. La primera (la formal) está constituida por enunciados colocados topográficamente en la parte que la sentencia dedica a la motivación. La segunda (la sustancial) se compone de enunciados cuyo contenido asume, directa o

- (2) *Modelo psicológico o explicativo*: Aquel que exige no un discurso propiamente *justificativo*, sino *explicativo* del proceso psicológico de las decisiones tomadas en el marco de la decisión jurisdiccional.
- (3) *Modelo de justificación deductiva*: Me refiero a un modelo en donde solo se exija una motivación en el sentido de una JUSTIFICACIÓN INTERNA EN SENTIDO ESTRICTO²⁹.
- (4) *Modelo justificación racional*: Este modelo se identificaría con la presentación de la TAJ que he realizado en el apartado anterior, donde lo relevante es que la motivación muestre haber cumplido las exigencias de racionalidad interna y externa.
- (5) *Modelo de justificación institucional y racional*: Este modelo da cuenta de la reformulación de la noción de «debida motivación» en función de las contingentes reglas institucionales. Motivar no es equivalente a justificar racionalmente, sino cumplir con las reglas institucionales que definen la medida de la justificación, así como otras condiciones propias del contexto institucional.

Ahora bien, la evaluación del cumplimiento de las exigencias de «debida motivación» en cada uno de estos modelos normativos, aunque especialmente en los modelos (4) y (5) en los que es particularmente relevante la justificación racional de la premisa normativa y fáctica, se verá afectada además por las concretas *teorías* que su aplicador asuma. Es decir, la evaluación de COHERENCIA, COMPLETITUD y SUFICIENCIA, es también *theory dependent*.

Por ello, tomando las conclusiones de Carbonell Belloio respecto del «modelo de justificación correcta», es necesario explicitar que las exigencias de motivación también son dependientes de las posturas teóricas (ideológicas) que asuma el aplicador respecto de cuestiones como el *concepto de derecho*, la *interpretación jurídica*, la *prueba* y la *función judicial*, entre otras.

Esto es relevante pues usualmente, los decisores jurisdiccionales justifican y toman decisiones que sólo podrían ser explicables dentro de determinada *teoría del derecho*, *teoría de la interpretación* y *teoría de la prueba*; no obstante, actúan como si no se percataran de ello y justifican y toman decisiones como si los presupuestos teóricos de los que parten fueran la única explicación posible respecto de dichos tópicos generales.

Naturalmente, dado un mismo caso particular, la motivación de una decisión, si se asume, por ejemplo, una *teoría del derecho positivista*, una *teoría de la interpretación no cognitivista* y una *teoría racionalista de la prueba*, sería distinta de otra decisión cuyas premisas teóricas

indirectamente, una función justificatoria de lo que se haya decidido. (...) Por tanto, la existencia de la motivación formal exige la presencia de enunciados (presuntamente justificatorios), en tanto que la existencia de la motivación sustancial se basa en los significados (realmente justificatorios) de los enunciados formulados».

²⁹ Recientemente, Caballero Elbersci, P., *Las Decisiones Judiciales: Justificación y Racionalidad*. Problema. Anuario Filosofía y Teoría del Derecho, 2019, ha señalado que: «en la teoría analítica del derecho hay dos modelos acerca de las decisiones judiciales que han sido los más relevante y generalmente aceptados. Estos modelos aquí serán denominados, respectivamente, “teoría estrecha del silogismo judicial” y “teoría amplia del silogismo judicial”». El modelo al que hago referencia, se identificaría con lo que el autor denomina *teoría estrecha del silogismo judicial*.

fueran una concepción *iusnaturalista del derecho*, con una *teoría de la interpretación cognitivista* y una *concepción psicologicista de la prueba*.

III. La relación entre justificación correcta, motivación correcta y decisión correcta.

Ahora bien, además de distinguir entre *justificación (correcta)* y *motivación (correcta)*, conviene también tener por separada la noción de *decisión (correcta)*.

Si bien, se ha señalado que en el marco de un no cognitvismo ético la corrección de la justificación y, por ello, también de la decisión es siempre relativa; lo cierto es que en el discurso de los operadores están presentes dos sentidos de corrección. Por un lado, el de *corrección relativa*, en donde se toma en serio que la corrección de la justificación y la decisión jurisdiccional es solo un atributo relativo a los parámetros que se utilicen para la evaluación y por otro, el de *corrección absoluta* en la que el operador considera que los parámetros de *justicia* (material) y *verdad* (material) que ha elegido son los *únicos* correctos o los *más correctos*, *all things considered*.

Entonces, se puede mostrar que las tres nociones: justificación, motivación y decisión correcta, como son utilizadas por los operadores jurídicos, son independientes. De esa manera, de la decisión jurisdiccional puede, con sentido, predicarse, que está justificada (o no), motivada (o no) y es correcta (o no), todo ello, a la vez.

Por ejemplo, en el Perú es usual que los altos tribunales señalen que una decisión está *debidamente motivada* y sin embargo *no es correcta* (en el sentido de *corrección absoluta*)³⁰. Otro ejemplo, muy interesante se encuentre en nuestro Código Procesal Civil³¹ que al regular el recurso de casación recoge que la sentencia *erróneamente motivada* pero *correcta* no será casada. Teniendo en cuenta lo señalado, podrían darse las siguientes combinaciones en una resolución jurisdiccional:

	Justificación racional	Debida Motivación	Decisión correcta materialmente
1	1	0	1
2	0	0	1
3	1	1	1
4	0	1	1
5	1	0	0
6	0	0	0
7	1	1	0
8	0	1	0

³⁰ En el caso peruano, esto se evidencia en los recursos de casación en donde innumerables sentencias señalan que deben pronunciarse primero respecto de las *infracciones formales* invocadas, especialmente, la infracción a la debida motivación y, solo cuando se supere ese análisis y se concluya que la motivación es correcta, podrá analizarse las *infracciones materiales*, pudiendo darse el caso que la sentencia evaluada esté *debidamente motivada*, pero sea *incorrecta materialmente*.

³¹ Código Procesal Civil: «Sentencia infundada. Artículo 397.- La sentencia debe motivar los fundamentos por los que declara infundado el recurso cuando no se hayan presentado ninguna de las causales previstas en el Artículo 386. La Sala no casará la sentencia por el sólo hecho de *estar erróneamente motivada*, si su parte resolutive se ajusta a derecho. Sin embargo, debe hacer la correspondiente rectificación.»

Son interesantes los casos 2, 4 y 7. El caso 4 muestra que aun sin cumplir las exigencias de justificación racional la resolución puede mantener sus efectos. Más aún el caso 2 muestra que una resolución jurisdiccional, aun sin cumplir las exigencias de justificación racional, ni con las de una correcta *motivación*, podría mantener sus efectos en tanto la *decisión* sea correcta. Por su parte, el caso 7 muestra que, aun cumpliendo ambas exigencias de justificación y motivación, ello no garantiza que se mantenga la validez de la resolución jurisdiccional.

En consecuencia, parece ser que, así como las exigencias de *justificación* no son condición *necesaria ni suficiente* para afirmar que una sentencia está debidamente motivada, las exigencias de *debida motivación* tampoco son condición *necesaria ni suficiente* para la corrección de la *decisión*.

Cómo citar: Macedo Albonoz, M. (2022). Los problemas de la justificación silogística en MacCormick y la crítica de Atienza. La argumentación jurídica y dos fallos contrapuestos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LOS PROBLEMAS DE LA JUSTIFICACIÓN SILOGÍSTICA EN MACCORMICK Y LA CRÍTICA DE ATIENZA. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y DOS FALLOS CONTRAPUESTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Mariana Macedo Albonoz¹

El abordar la concepción del derecho como “argumentación”, y ponderar que resulta la concepción que más se acerca al sentido de justicia que no debe resultarle ajeno, no resulta óbice –tal cual lo reflejan dos fallos cercanos del Máximo Tribunal de Justicia de la Nación–, para garantizar la existencia de una única decisión.

Lo que quiero expresar, es que intuyo que cada decisión, cada juicio de valor, toma del espectro de que se trate la universalidad que nos presenta el entorno, y a partir de ese espacio, se adopta una posición, y me resulta prácticamente imposible considerar que cada agente del Derecho no apele a la argumentación, aun en el supuesto del normativista más extremo, que de todas formas habrá de encuadrar el hecho determinado que provocó la intervención judicial, en la norma que pondera rige cierta conducta. Y he aquí el problema que entonces se me presenta, para encuadrar el acto judicial, sobre la base de los argumentos que sostienen el fallo, en una teoría o concepción del derecho que no esté sostenida, necesariamente, por un procedimiento de argumentación.

Los casos concretamente legislados seguramente diluyen la cadena de razonamientos, siendo que basta la constatación del hecho contemplado por la norma, para aplicar la consecuencia prevista en su redacción. Ello, siempre y cuando, a la luz de los principios fundamentales del constitucionalismo, la respuesta que brinda la normativa no aparezca dañando los derechos protegidos por la norma fundamental.

Es en estos últimos casos en los cuales adquiere relevancia la argumentación jurídica, y la posibilidad de que el Derecho se exprese o se materialice en argumentación, ante la necesidad de los jueces de clarificar sus decisiones, cuando se presenta un caso extraño a la letra escrita de la ley. Y es en estos supuestos, en los que con mayor claridad observo que, en definitiva, ni aquéllos que erigen la norma positiva en el pedestal del derecho, pueden prescindir de la justificación de la decisión que propugnan.

En el ámbito de la justicia comercial, en la cual me desempeño, y en el marco de la ley concursal con sus principios de universalidad, sus fines, el régimen establecido de los privilegios concursales: régimen cerrado de interpretación restrictiva, so riesgo de violar la *pars conditio creditorum*, dos casos concretos irrumpieron para resquebrajar aquella estructura establecida, y con similares antecedentes, provocaron en el Máximo Tribunal, en el lapso de pocos meses, dos decisiones opuestas.

¹ Universidad del Museo Social Argentino; Universidad de Buenos Aires

En ambos casos, se trata de víctimas de una mala praxis, durante su alumbramiento, como consecuencia de la cual sufrieron una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible. Obtenidas las sentencias con reconocimiento del derecho a una indemnización, deben ocurrir a los juicios universales de falencia en que se vieron inmersos los institutos de salud, a los fines de obtener la verificación de sus créditos. Los jueces de Primera Instancia declararon la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales, y verificaron a favor de M.B.L. y de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio –aun del hipotecario-. Ambas resoluciones fueron recurridas, revocando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial la sentencia de Primera Instancia, asignando a los créditos de marras el carácter quirografario, dejando por ende sin efecto el pronto pago dispuesto por los jueces de grado.

En el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en autos “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros” –votos en disidencia del juez Maqueda y Rosatti (fallos: 341: 1511), el 6 de noviembre de 2018, destacó el Máximo Tribunal la subordinación de la existencia de los privilegios a la previa declaración del legislador, resaltando que no está dado a los jueces realizar una interpretación amplia o extensiva de los supuestos reconocidos por la ley, para evitar que situaciones excepcionales se conviertan en regla general. Apuntó además el Tribunal que ni las convenciones internacionales que fueron invocadas –entre ellas la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad-, ni la ley 26061 -Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes-, contienen referencias específicas a la situación de los niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal. Subrayaron los jueces de la Corte la situación de especial vulnerabilidad que requiere una mayor protección por parte del Estado, reconocida por las normas invocadas, y señalaron que tales normas están dirigidas al Estado para que implemente políticas públicas tendientes a que los niños y las personas con discapacidad puedan alcanzar el nivel de vida más alto posible, mas recalcaron que no puede derivarse directamente de esas normas el reconocimiento de un derecho específico como el reclamado. Expresaron, sobre la base del principio de separación de poderes, que no es competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, siendo atribución propia de los poderes políticos. Añadieron que el control judicial debe quedar ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes. Descartaron entonces que el Poder Judicial pueda sustituir al legislador, y exaltaron los inconvenientes que admitiría el reconocimiento judicial de derechos preferentes no previstos en la ley concursal, conllevando un fuerte impacto negativo para la seguridad jurídica. A modo de ejemplo, apuntaron que la preferencia en el cobro de las acreencias garantizadas con hipoteca y prenda se justifica en los intereses económicos y sociales considerados por el legislador para acordarles dicho privilegio, y vincularon esa preferencia con la protección del crédito, indispensable para el desarrollo y el crecimiento el país. Explicaron que, en el caso concreto sometido a estudio, el resguardo de esa preferencia en el cobro se relaciona con la oportunidad y el costo de acceder al crédito que tienen los agentes de salud.

La necesidad de explayarme en los argumentos que sostuvieron el fallo de la Corte Suprema radica en que, pese a tratarse de una decisión fundada en la norma escrita, se advierte además la conjugación con la concepción del realismo jurídico, en el análisis que los jueces hacen de

las razones por las que el legislador otorgó preeminencia al acreedor hipotecario en pos del progreso económico y social del país. Y subyacente a todo, la argumentación sosteniendo el edificio normativo, porque la entidad de los derechos en pugna no soportaría un mero y suficiente cimiento legal. Además, indudablemente los jueces del Máximo Tribunal se posicionan en el ámbito del Estado constitucionalista, y desde el aspecto interno que los mueve a fallar en contra de la creación de un privilegio que soslaye el del acreedor hipotecario, adopta aquélla que surge taxativa del ordenamiento concursal (ley 24522).

El interrogante que surge refiere a si es ésta la decisión justa, si con ella se conforma la idea del sentido del Derecho, en la concepción de Manuel Atienza: la aspiración a la justicia, o la lucha contra la injusticia.

Lo que intento remarcar es que la argumentación jurídica subyace en ambas decisiones de la Corte Suprema de Justicia, basadas en los principios constitucionales, aun cuando una de las sentencias privilegie la normativa concursal y la otra la protección jurídica impuesta por los tratados internacionales a la vida y la salud, legislación ésta también positiva.

En autos “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)” –Fallos 342: 459-, el Juez de Primera Instancia en lo Comercial declaró (en el año 2007) la inconstitucionalidad del sistema cerrado de privilegios, y otorgó al crédito de B.M.F. un privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio especial y general. Esta resolución fue apelada, y la Cámara Comercial revocó el fallo. El 26 de marzo de 2019, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia apelada y verificó a favor de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio especial y general, cuando B.M.F. tenía 28 años... Descripto lo anterior, la duda fluye: ¿es esto justicia?

La Corte Suprema de Justicia de la Nación relató los argumentos de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial para revocar el fallo de Primera Instancia, que remitieron fundamentalmente al derecho claramente escrito, destacando la ausencia de contradicción entre la ley concursal (ley 24522), y los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Pacto de San José de Costa Rica, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la ley 26061 (protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes). Ello así, siendo que las directivas de los tratados referidos no hacían ninguna mención a la situación de un niño como titular de un crédito en el marco de un proceso universal, ni tampoco establecían preferencia de cobro alguna respecto del resto de los acreedores concurrentes por su condición de tal.

El Tribunal Supremo recordó, en su fallo, que las circunstancias fácticas y las cuestiones de fondo planteadas resultaban sustancialmente análogas a las examinadas y resueltas en la causa “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”. Recordó también el Máximo Tribunal que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Ley Fundamental, eje y centro de todo el sistema jurídico, por lo tanto inviolable y valor fundamental respecto al cual los demás tienen un valor instrumental. Reconoció el carácter excepcional del privilegio contemplado en la Ley de Concursos y Quiebras al principio de paridad que rige entre los acreedores de un mismo deudor, que sólo puede resultar de una disposición legal, mas refirió que, al presentarse una situación excepcional de absoluta vulnerabilidad, no puede desatenderse en orden a las exigencias de los tratados internacionales con jerarquía constitucional de los que se desprende la existencia de los derechos de toda persona a gozar de un nivel adecuado de vida y al disfrute del más alto nivel posible de salud. Expresó la Corte que, dadas las particularidades del caso, resultaba imperativo ofrecer una satisfactoria

protección jurídica de la vida y de la salud del incidentista, respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano y que no signifique una demora que desnaturalice y torne ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado. Declaró entonces la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales, y verificó a favor de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio en los términos reconocidos por el juez de primera instancia.

Sorprende la cercanía de ambos fallos contrarios entre sí –aunque cabe señalar que responden a una diferente composición de los jueces que emitieron sus votos en uno y otro caso–, pero nótase en ambos –a mi humilde entender– una línea argumentativa que justifica sólidamente las sentencias.

Por otro lado, nos encontramos con que, frente a esquemas taxativos contemplados por la ley, puede irrumpir la realidad y resquebrajar esa construcción cerrada. Y mientras el legislador no llene esa laguna, los principios generales del derecho, la ley natural, Aristóteles² y Santo Tomás de Aquino y el concepto de equidad³, hacen posible otra respuesta, justa.

Pero estos casos judiciales recientes han demostrado que la inexistencia de una norma que expresamente comprenda a las víctimas de mala praxis apareja como consecuencia la postergación en la satisfacción de sus créditos, y ello no se traduce en un acto de justicia, si la sentencia definitiva que busca reparar aquella ausencia es dictada décadas después. Surge entonces, la colisión entre el derecho escrito, y aquello que la conciencia de alguno dicta en otro sentido, surgiendo ello patente en la argumentación que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos citados.

La relación de la norma positiva con el derecho natural, aparece esencial para dar sentido al Derecho, y tal lo expone Atienza⁴, al ser el Derecho la totalidad de la vida tomada desde un específico punto de vista, lo que le da sentido es la aspiración a luchar contra la injusticia, y ello sólo podrá derivar de su integración con los principios básicos del derecho natural. Mas nuevamente cabe resaltar que el logro de esa decisión integrada con los principios básicos reconocidos por la Constitución Nacional a la persona humana, no apareció coherente en los dos supuestos relatados, viéndose diluida, además, cuando el reconocimiento del derecho a la víctima de una mala praxis en el momento de su nacimiento, tiene lugar cuando la víctima de mala praxis tiene ya 28 años.

Realmente considero que toda sentencia judicial que se precie de tal, debe resultar de una argumentación jurídica basada en principios constitucionales y del derecho natural, mas también advierto que aun apelando a dicho proceder, la aspiración a la justicia se ve truncada cuando el fallo se posterga durante décadas, al no existir esa norma escrita que ampare o contemple ese caso excepcional.

La falencia o la laguna que los casos excepcionales exponen al llegar a los tribunales, debería tener inmediata repercusión en el ámbito legislativo, ya que los supuestos concretos examinados demuestran la postergación que provoca el tiempo consumido en los recursos contra la decisión primigenia de los juzgados de primera instancia. La argumentación desarrollada por los jueces no debe pasar desapercibida, y los legisladores habrán de evaluar, analizar los fundamentos expuestos en el ámbito judicial, para dar respuesta adecuada, oportuna y eficaz a las personas afectadas tan gravemente en su salud.

² Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, Madrid: Alianza Editorial, 2012. Traducción de José Luis Calvo Martínez.

³ Tomás De Aquino, “La prudencia, la justicia y el derecho”, *Suma Teológica*. TOMO XI. Buenos Aires: Club de Lectores: 1993. Edición traducida y comentada por Leonardo Castellani, S.J. – Ismael Quiles, S.J.

⁴ Atienza, M., *El sentido del derecho*, Barcelona: Editorial Ariel, 2012.

A modo de conclusión, apelo a la reflexión de Vítolo⁵, que luego de exponer que el pasaje del sistema de privilegios concursales a partir de un orden cerrado, a un sistema poroso, “deja atrás la estabilidad que el mencionado sistema poseía para delinear un tiempo en el cual la inestabilidad gobernará –de momento- esta cuestión”, impone a “los operadores jurídicos, los académicos, y el sistema de administración de justicia- darle cauce a esta nueva realidad evitando que la *ponderación* se convierta en un *procedimiento irracional*, ante la *inexistencia de una estructura legal clara* al respecto”.⁶

⁵ Vítolo, D. R., *Privilegios concursales y derechos humanos*, Buenos Aires: La Ley, p. 272.

⁶ Vítolo, D. R., “Reflexiones finales”, *Privilegios concursales y derechos humanos*, Buenos Aires: La Ley, p. 272.

Cómo citar: Llebara, H. J. (2022). La acción colectiva se caracteriza por la inobservancia de las normas.. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LA ACCIÓN COLECTIVA SE CARACTERIZA POR LA INOBSERVANCIA DE LAS NORMAS

Hernán Jorge Llebara¹

Bajo un presupuesto de complejidad sobre la involución económica y social en Argentina, es nuestra intención en este artículo abordar la recurrente anomia general en la que incurrimos los argentinos.

A los fines del presente, equiparamos el término *Anomia* a la inobservancia de normas jurídicas, morales y sociales², que se relaciona directamente con factores de poder, como, por ejemplo, el poder disciplinario, entendido como una modalidad de ejercicio político cuya máxima proliferación y efectividad se debe a la eficacia moralizante de la norma, con prescripciones concernientes a la actividad, que pueden llegar a “traducirse” en prescripciones concernientes a la acción; esto es, leyes del estado que conciernen a la conducta de los individuos, leyes que están hechas para los ciudadanos del estado y no para toda la humanidad.³

Afirma el profesor Carlos S. Nino que la anomia opera como una suerte de ilegalidad puesto que no se trata de intereses o valoraciones que una norma no pudo satisfacer y que se busca satisfacer al margen de ella, sino que alude a la inobservancia de la norma por disfuncionalidad de la sociedad.

El creador del concepto de anomia, Emile Durkheim, quien tenía plena conciencia de las disfuncionalidades de las situaciones anómicas, limitó la aplicación de la “anomia” principalmente al suicidio. Luego, Robert Merton toma el concepto de anomia y amplía el marco de aplicación del concepto, aplicándolo no solo el suicidio, sino también al crimen, la delincuencia, los desórdenes mentales y el alcoholismo. Según Merton, las estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas en la sociedad induciéndolas a una conducta de rebeldía antes que a la conformidad. A diferencia de Durkheim, Merton no consideraba la naturaleza biológica del ser humano como importante para explicar la desviación. Al explicar la anomia y la conducta desviada, Merton se enfocaba no en el individuo, sino en el orden social. Postulaba una dicotomía entre las metas culturales y los medios institucionales para lograr esas metas. Cualquier meta cultural muy apreciada en una sociedad, es probable que afecte los medios institucionalizados. Un equilibrio eficiente entre estas dos fases suele mantenerse mientras los individuos obtengan satisfacciones, que

¹ Universidad del Museo Social Argentino.

² Nino, Carlos Santiago. *Un país al margen de la ley*. 4a ed. 6ª reimp. Ciudad autónoma de Buenos Aires, Ariel 2020, pág. 27.

³ Von Wrieth Georg Henrik. Traducción Pedro Garcia Ferrer. *Norma y acción. Una investigación lógica*”. Argentina Olejnik 2019 págs. 63/73.

impliquen conformidad tanto con las metas culturales como con los medios institucionalizados.

La definición de Merton hace hincapié en el desequilibrio entre las metas culturales y las normas institucionales en una sociedad. Concibe la anomia como un derrumbe de la estructura cultural que acaece sobre todo cuando existe una discrepancia aguda entre las normas y metas culturales y las capacidades sociales estructurales de los miembros del grupo de obrar en concordancia con aquéllas.

Para Merton, la anomia no significa tanto, "ausencia de normas" sino que, en las sociedades anómicas, "junto con la presión que las personas reciben para obedecer las normas, reciben otras tendientes a desobedecerlas".

Por su parte, Bobbio describe a la "anomia" como "uno stato di generale mancanza di norme", el estado de naturaleza, teorizado variadamente por Locke, Hobbes, Rousseau y otros pensadores contractualistas⁴.

Cuando la acción colectiva se caracteriza por la inobservancia de las normas

En los albores del Virreinato, podemos citar ejemplos de anomia institucional, a saber: el incremento de actos de contrabando provocó un fuerte el crecimiento económico y social de Buenos Aires y del Río de la Plata en su conjunto, lo que trajo aparejado, como consecuencia directa, la ruptura del comercio que España imponía a sus colonias. La vida colonial rompía así con franqueza extrema la ley impuesta por las autoridades de la metrópoli y violada por funcionarios locales. Esta situación es patentizada por García Hamilton cuando relata que Hernan Cortes alzó sobre su cabeza la Real Cédula en signo de acatamiento y a la par anunció que "se acata pero no se cumple"⁵. Estas conductas de no acatamiento de la ley se repitieron a lo largo de toda la historia Argentina hasta la actualidad. Podemos citar golpes de estado, revoluciones, poderes extraordinarios, hinchazones del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado, privilegios, protecciones y claras violaciones de prescripciones constitucionales (decretos de necesidad urgencia, delegaciones legislativas, ampliaciones de la Corte Suprema o designación de magistrados fuera del mandato constitucional. Pero, esta situación de no acatamiento normativo no es exclusiva de los funcionarios del Poder Ejecutivo; también los legisladores (sea en el ámbito Nacional o Provincial) y los magistrados que integran el Poder Judicial incurrir en ilegalidades respondiendo claramente tales actos al fenómeno denominado anomia, con el agravante de que estos funcionarios sirven de ejemplo para el resto de la sociedad.

La ley debe garantizar que en el marco del estado de derecho todos los ciudadanos sean iguales y que nadie esté por encima de otros en lo que refiere a sus deberes y derechos legales. Nuestra Carta Magna, en términos generales, se estructura en dos partes fundamentales: declaración de derechos y una organización institucional basada en el principio de división de poderes. Puntualicemos algunos ejemplos de inobservancia de la Constitución Nacional de parte de los funcionarios de los poderes.

Iniciemos con el poder que, en nuestro criterio, debería prevalecer sobre los otros dos poderes: el Legislativo, integrado por los representantes del pueblo (diputados) y de las provincias senadores). Nuestra Constitución, reformada en 1994, en el art 75, dispone que:

⁴ Poggi Francesca. Relatoría del tema cuarto, Anomia y Estado de derecho. Revista i Latina . i-Latina 0 (2017): 1-19 DOI: 10.14198/i-Latina.2017.0.05, pág. 2

⁵ García Hamilton José Ignacio. Los orígenes de nuestra cultura autoritaria", Albino y Asociados, 1990. pág. 26

“Corresponde al Congreso: ... inc. 8: fijar anualmente conforme las pautas establecidas en el inc. 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculos de recursos de la administración pública nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar”.

Ahora bien, en 1992 se sancionó la ley 24.156, de Administración Financiera y Sistemas de Control del Sector Público Nacional. Dicha norma, en su artículo 37, estableció la posibilidad de efectuar modificaciones a la ley de presupuesto que resulten necesarias para su ejecución, aunque reservando ciertas decisiones al congreso. En 2006, con plena vigencia de la Constitución Nacional reformada, y por iniciativa del Poder Ejecutivo, se sancionó la ley 26.124, que sustituyó el texto del art 37 de la ley 24.156 y amplió la delegación de facultades al Jefe de Gabinetes de Ministros, convirtiéndola en permanente. En 2016 se sancionó la Ley 27.342 que sustituyó nuevamente el texto del art 37 de la ley 24.156, admitiendo la delegación de facultades en el jefe de Gabinete de ministros, aunque con algunas limitaciones.

Resulta cierto que la doctrina ha tratado profusamente el tema, pero nos pareció que este es un claro ejemplo de anomia Legislativa, en particular si consideramos que el art. 76 de la Constitución Nacional impone como primera cláusula la prohibición de delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencias públicas, y con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de delegación que el Congreso establezca. A tal extremo de inobservancia de las normas se ha llegado que varios legisladores, quienes en su momento integraron la convención constituyente que sancionó la Constitución de 1994, participaron luego, como legisladores, en la discusión y votación de las leyes de emergencia que posibilitaron la delegación de facultades del Congreso en el Poder Ejecutivo, e incluso votaron de manera positiva la ley 26.124 que no sólo amplió la delegación, sino que la convirtió en permanente, en clara inobservancia del artículo 76 de nuestra Carta Magna.

Como ya mencionamos, la situación de anomia de los funcionarios no sólo se limita al Congreso. El Poder Judicial, encabezado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el más alto tribunal de la República Argentina y órgano máximo del Poder Judicial. Su misión es asegurar la supremacía constitucional, ser intérprete final de la Constitución Nacional y custodiar los derechos y garantías enunciados en ella⁶. A modo de ejemplo analicemos uno de los fallos más relevantes, conocido como caso “FAYT” donde el entonces Ministro de la Corte planteó una acción declarativa de inconstitucionalidad contra dos disposiciones incorporadas en la reforma constitucional de 1994 que le afectaban: el art. 99 inc. 4, tercer párrafo y la disposición transitoria undécima. El artículo estableció que para los magistrados de la Justicia Federal era necesario un nuevo nombramiento para mantener el cargo cuando cumplieran setenta y cinco años de edad y que dicha designación se haría por cinco años, pudiendo repetirse indefinidamente. La disposición transitoria prescribió que la caducidad de los nombramientos y la duración limitada indicada por ese artículo entraría en vigencia a los cinco años de la sanción de la reforma, o sea el 24 de agosto de 1999. El Alto Tribunal sentenció, en tiempo récord, la causa, haciendo lugar a la demanda y declarando “...la nulidad de la reforma introducida por la convención reformadora de 1994 en el art. 99, inc. 4, párrafo tercero y de la disposición transitoria undécima” . El fallo, de extraordinaria importancia institucional y sin precedentes en la jurisprudencia de la Corte, ha considerado revisable judicialmente la actuación del Poder Constituyente Derivado y declarado la nulidad de la

⁶ <https://www.csjn.gov.ar/>

propia constitución reformada, dando origen a un debate profundo en nuestro derecho. Esta inobservancia a mención de Duncan Kennedy problematiza una dicotomía entre “crear y aplicar”⁷; en similar sentido Konrad Hesse, quien sostiene: “...allí donde el intérprete se impone a la Constitución deja de interpretarla para cambiarla o quebrantarla”, *este es el límite que lo vuelve anómico*. (la cursiva nos pertenece).

Nos referiremos, por último, al hiperpresidencialismo, a las variadas y constantes inobservancias normativas en las que incurre el Poder Ejecutivo, citando como ejemplo el uso de poderes especiales delegados por el Congreso en la Jefatura de Gabinete, bajo el manto de la emergencia económica, sanitaria o social, según las necesidades imperantes. La recurrencia casi permanente a los Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU) en circunstancias que responden más a la conveniencia política que a una situación extrema que no admita respetar los tiempos y procedimientos del proceso constitucional de formación y sanción de las leyes, es una forma de avanzar sobre atribuciones que son propias del Poder Legislativo que se convierte, lamentablemente, en una herramienta anómica, utilizada por el Poder Ejecutivo de turno para llevar adelante su agenda. Estas maniobras distorsivas de procedimientos reglados, profundiza la centralización de las decisiones políticas y no deja margen para la elaboración de consensos legislativos; con un agravante: luego, dicha “herramienta anómica” es avalada por el Senado al aprobar los DNU.

A esta altura nos encontramos en condiciones de sintetizar el incumplimiento generalizado en: 1. La no vigencia o total ineficacia de las normas jurídicas en ciertos ámbitos de la vida social: el espacio de impunidad de los cárteles del narcotráfico, la existencia de territorios dominados por guerrillas o fuerzas paramilitares informales, los barrios de las grandes ciudades en los que no se aplica el derecho vigente; 2. la ignorancia y sistemática violación de las normas por los responsables de su vigencia y aplicación: corrupción, particularismo, violencia policial, gobiernos de facto; 3. la cultura del incumplimiento o “incumplimiento rutinario”: las violaciones de las normas sobre el tránsito de vehículos, la violencia privada y la evasión fiscal. 4. el uso de normas de control político del aparato autoritario, normas constitucionales espurias, es decir restrictivas de derechos y libertades, que asignan una potestad a una autoridad o un privilegio a un sector o grupo en particular y que no son justificadas en términos de los rasgos de un Estado de derecho⁸.

Relación directa del poder con la constante inobservancia a la ley

Es la ley la que debe garantizar el estado de derecho, sobre la base del principio de igualdad. Es la ley la que toma esta característica dual. En las sociedades occidentales la organización política y su justificación se ha basado en los principios del derecho; sobre la ley se apoya el Estado. La ley es el principio de distribución del poder.

Nos enseña Michel Foucault, que el poder no es algo que posee la clase dominante; postula que no es una propiedad, sino una estrategia. Es decir, *el poder no se posee, se ejerce*. En tal sentido, sus efectos no son atribuibles a una apropiación sino a ciertos dispositivos que le permiten funcionar plenamente⁹.

⁷ Kennedy Duncan. Traducción Guillermo Moro. Izquierda y derecho. Ensayos de una teoría jurídica crítica. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires. Siglo veintiuno Editores 2013. Pag.14/15.

⁸ Poggi Francesca . Relatoría del tema cuarto, Anomía y Estado de derecho. Revista i-Latina 0 (2017): 1-19 DOI: 10.14198/i-Latina.2017.0.05, pág 19

⁹ Foucault Michel . El poder. Vigilar y castigar. Publicado el 25/06/2019 por Grupo Akal. <https://es.scribd.com/document/474430922/El-Poder-Segun-Michel-Foucault>

El poder que se ejerce es el que habilita los incumplimientos generalizados, y son sus efectos en “espiral” los que le permiten a los dispositivos “estatales” y “sociales” un funcionamiento anómico. Es decir que, si las leyes son oscuras, si cambian todo el tiempo, si son retroactivas y no se aplican a los mismos casos que ella prevé, se perjudica esa función del derecho que es la de coordinar los comportamientos. De esta manera resulta imposible predecir el comportamiento de los funcionarios y en consecuencia de los ciudadanos¹⁰.

Es sabido que el poder en la perspectiva de Michel Foucault, no lo ejerce solamente el Estado o los capitalistas, sino también los individuos y el conjunto de la sociedad “el poder está en todas partes y viene de todas partes”; poder es la capacidad de ejercerlo, y no se convierte en poder hasta que se actúa. El poder no es algo que alguien tiene, sino algo que se hace a otros, una acción que afecta las acciones de otros. Por ello, la inobservancia de las leyes nos deja a merced de la más absoluta anomia con la consecuente arbitrariedad, lo que confirma la conexión inescindible entre derecho y poder.

El poder que ejercen los funcionarios y la constante inobservancia de las normas, sea por la existencia de lagunas de la ley o por interpretaciones enrevesadas en las que incurrir repetidamente, atentan contra las premisas de un pensamiento humanista.

El principio nos indica que para reconocer los derechos hay que reconocer al Derecho, de esta manera se evitará situaciones de arbitrariedad, imponiéndose la ley con fuerte significación de validez y realismo.

Conclusión

Encontramos como características de la sociedad argentina: la volatilidad de las normas, constantes cambios en las relaciones de poder sumado al bajo grado de cumplimiento de las reglas. Se aprecia una clara debilidad del compromiso de la sociedad argentina con su Constitución y las leyes, sumado a un grave déficit de calidad institucional y de falta de confianza en sus instituciones. Advertimos un abismo entre lo que deseamos ser como sociedad y lo que somos en realidad.

Para avanzar en este proceso de cambio, se debe partir de un diagnóstico: el de una anomia “boba” y “antidemocrática”, que es, además, una de las causas principales de nuestro subdesarrollo (Nino), a lo cual debemos agregarle los problemas conexos de las transgresiones y el de la violencia, lo que nos exige imponer una verdadera pedagogía de los valores y principios de la Constitución Nacional, como lo estableció la ley (25.863) incumplida¹¹.

¹⁰ Nino, Carlos Santiago. Ocho lecciones sobre ética y derecho, para pensar en democracia. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores 2017, pág 74.

¹¹ Hernandez, Antonio María; Zovatto Daniel y Fidanza, Eduardo. Compiladores. Segunda encuesta de cultura constitucional Argentina: una sociedad anómica. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Eudeba. 2016, págs. 171 y sig.

Cómo citar: Lionetti, de Zorzi, J.P. (2022). Confianza y argumentación jurídica. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

CONFIANZA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA¹

Juan Pablo Lionetti De Zorzi²

Entiendo que la argumentación jurídica tiene una injerencia fundamental en cuestiones relativas a este tema y que pueden colaborar juntas. Pero para ello será necesario hacer dos cosas: proponerse a fomentar la confianza mediante la argumentación jurídica, y saber utilizar con criterio técnico e idóneo las distintas herramientas argumentales³. Porque si bien, es muy importante saber argumentar. Más importante es saber hacerlo bien⁴.

Por tal razón, la primera es su importancia institucional. En los Estados democráticos la argumentación jurídica es cada día más preponderantes⁵. Es especial, cuando el auditorio no estará en consonancia con el resultado⁶ dado que, hoy en día una sentencia judicial puede estar, a las pocas horas de haber sido notificada a la parte, dando vueltas por la red, ser leída por miles de personas y criticada por todas ellas.

La segunda es la importancia que está teniendo dentro de la argumentación jurídica la argumentación moral⁷. Desde esa perspectiva hay varios autores que mantienen la postura de

¹ El presente trabajo contiene extractos de mi tesis doctoral próxima a defenderse.

² Universidad de Buenos Aires; Universidad del Museo Social Argentino

³ Para Rodolfo Vigo es necesario un tercer elemento que es una comunicación entre los jueces y los ciudadanos, una especie de periodismo judicial, especializado en cuestiones argumentales. Ver Vigo, R. L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el estado de derecho constitucional*, Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 202.

⁴ “Quejarnos porque la cuenta del restaurante es alta no nos dará ningún resultado: no lograremos convencer al mozo y pasaremos por mezquinos. Pero si encontramos algún error en la suma provocaremos una consulta y obtendremos, junto con la enmienda, las correspondientes excusas...”. Ver Echave, D.T., Urquijo, M.E. & Guibourg, R. A., *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires: Astrea, 1980, p. 19.

⁵ “La importancia puesta en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones, como característica esencial de una sociedad democrática”. Ver Atienza Rodríguez, M., “Argumentación y Constitución” en Aguiló Regla, J., Atienza Rodríguez, M. & Manero, J.R. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Madrid: Ed. Iustel, 2007, p. 131. “No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado Constitucional (la culminación del estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos”. Ver Atienza Rodríguez, M., *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ed. Ariel, 2006, p. 17.

⁶ Ver Lionetti De Zorzi, J.P., “La toma de decisión en la argumentación jurídica (Breves apuntes para una aproximación al tema)”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N°7, 2003/2004, Madrid, pp. 69-72, [ref. 13/11/2020] en <http://www.rtfed.es/numero7/4-7.pdf>

⁷ Si bien autores como Manuel Atienza dejan en claro que la argumentación moral y la argumentación jurídica son dos discursos distintos que se encuentran bajo distintas reglas (aunque reconoce que hay una relación

que en ciertos círculos el poder judicial se comporta como un padre que sermonea pero que no castiga. Es decir, que solicita estándares de prueba muy alto para considerar algo como probado, pero por otra parte, esgrime en la sentencia la importancia de comportarse de manera acorde al derecho⁸.

De esta manera, varios exponentes de la doctrina de EE.UU. mantienen la postura de que esa argumentación, moral/jurídica, es de vital importancia para las partes y, en especial, para el resto de la comunidad. Máxime cuando los jueces no cuentan con textos legales claros o de técnica legislativa clásica, de donde puedan extraer respaldo normativo⁹. Es decir, la moral y los valores pueden no tener cabida en los textos legales, pero si en la argumentación jurídica. Dicha argumentación tiene como objetivo influir en la motivación de conductas de la sociedad¹⁰. Por un lado, porque la imposición más efectiva es la auto imposición. Y por otro lado porque interpretan que es una manera de conseguir que una norma se convierta en una regla. De ese modo, si en una sentencia se exige un determinado tipo de conducta, esa sentencia es una norma jurídica de carácter particular. Ahora bien, si esa sentencia es seguida por muchas jurisdicciones y aplicada por muchos tribunales esa norma particular se convierte en una regla jurídica¹¹.

Una tercera razón es la que nos brinda García Amado y es que la argumentación jurídica, tiene un componente deontológico que hace a la confianza en el juez. Esto surge de la idea que los jueces cuentan con cierto margen de discrecionalidad. En opinión del autor, una conducta acorde con la ética judicial incluiría demostrar en la justificación de las sentencias que no abusó de dicha discrecionalidad. Así, si bien es inevitable el uso de la discrecionalidad

entre ambas). Ver Atienza Rodriguez, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Ed. Trotta, 2013, p. 23. Coincido con Nino en que muchas veces en la actividad judicial, la argumentación moral conforma una parte de la argumentación jurídica. Ver Nino, C. S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires: Ed. Ariel, (1° ed. 1993), 2014, p. 199. Más aún, si utilizara el modelo de argumentación del propio Atienza no es difícil encontrar, dentro del contexto de justificación, y más precisamente en la justificación externa de la sentencia judicial, argumentos y palabras de tinte moral o valorativo. En ese sentido Catenacci fue quien mejor lo explicó. Para él los valores son el puente que une al derecho con la argumentación jurídica y, a su entender, los valores se encuentran inmersos bajo criterios de razonabilidad. Ver Catenacci, I. J., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires: Ed. Astrea, 1° reimpression, 2006, p. 301.

⁸ En ese sentido la doctrina de EE.UU. considera a la Corte de Delaware como un claro ejemplo de lo expuesto con anterioridad. Especialmente en lo relativo a relaciones fiduciarias entre los directores de las sociedades anónimas y el resto de los accionistas.

⁹ “...the idea that discussions of fiduciary duty in corporate case law act as judicial «sermons» on proper motives and conduct that filter down to directors, officers, and shareholders through corporate lawyers and the business press. Courts preach these sermons primarily not to enlist the aid of third-party «norms enforcers», but instead to influence corporate participants’ behavior more directly by fleshing out the social context of their relationships, and particularly by framing relationships between managers and their firms as fiduciary relationships based on trust”. Ver Blair, M.M. & Stout, L.A., 2001: “Trust, Trustworthiness, and the Behavioral Foundations of Corporate Law”, *University Of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, N°6, p.1796.

¹⁰ Que no necesariamente debe estar presente en una sentencia judicial, sino que puede tomar otros formatos como ponencias en congresos o charlas en seminarios jurídicos: “Some Delaware judges give speeches and appear on panels. This provides an additional platform from which to summarize and promulgate standards of conduct for members of the corporate bar and their clients”. Ver Rock, E.B., “Saints and sinners: How does Delaware corporate law work?”, *UCLA Law Review*, N°44, 1997, p. 1068.

¹¹ “If I am correct that fiduciary duty law evolves primarily at the level of norms rather than the level of rules, then to focus on the number of cases that «produce a legal rule»”. Ver Rock, E.B., “Saints and sinners: How does Delaware corporate law work?”, *cit.*, p. 1097.

judicial, su correcta utilización (y argumentación del uso) favorecen la confianza social en la investidura de los magistrados¹².

Al respecto, si bien no coincidido en que la calidad de la justificación tenga un componente ético. No obstante, considero que hace a la calidad del funcionario. Pero este concepto no es nuevo ni original. La doctrina viene acentuando la importancia de la argumentación en el poder judicial en distintas etapas y por distintos motivos.

Por un lado, son varias las voces que asocian una buena sentencia con buena fundamentación¹³, pero al mismo tiempo son varios los juristas que acusan al poder judicial de su falencia en este punto¹⁴ remarcando las consecuencias negativas que ello trae:

“El problema surge cuando un tribunal no dice explícitamente cuál es su fundamento, y lo deja librado a la determinación de los lectores. De acuerdo con la posición tradicional, el fundamento puede ser determinado mediante la combinación del enunciado del tribunal respecto de los hechos materiales con la solución del caso, pero hemos visto que este enfoque no es satisfactorio. Si el tribunal no dice **por qué** los hechos materiales son materiales, tenemos un enunciado sobre hechos que puede ser interpretado con numerosos niveles de abstracción. Por ende, no contamos con una noción firme de qué es lo que el tribunal sostuvo, ni con una manera de aplicarlo de manera confiable la decisión precedente en lo futuro. Solo al enunciar sus fundamentos, el tribunal permite a los tribunales posteriores realmente confiar en (y obedecer) su fundamento. Sin esa enunciación, el fundamento puede ser prácticamente cualquier cosa”¹⁵.

Esas falencias toman una especial dimensión cuando se tratan de casos en donde se encuentran en discusión cuestiones constitucionales toda vez que, dichos litigios, suelen

¹² Ver García Amado, J.A., *Decidir y argumentar sobre derechos*, Ciudad de México: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, p. 130.

¹³ “Una decisión correcta es, ante todo, una decisión bien justificada y motivada”. Ver Zuleta Puceiro, E., *Elementos de teoría del derecho*, Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 2013, p. 313. “... una buena sentencia judicial es transparente e informativa. Demuestra que la decisión está fundada en principios y razones”. Ver Breyer, S., *Making our Democracy Works: A judge’s view*, 2010. Citado por la traducción castellana de Gutiérrez Ortiz Mena, A., *Como hacer funcionar nuestra democracia: el punto de vista de un juez*, México: Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 145.

¹⁴ No obstante, a pesar de las críticas valorativas son pocas las críticas constructivas dirigidas a los tribunales, como remarcó el ministro Petracchi hace varias décadas en una entrevista. “Si usted no tiene un contradictor lúcido no se puede esperar que cinco viejos, de los cuales yo soy el menos viejo, estemos especialmente iluminados para resolver los problemas. Los problemas se resuelven entre todos. Tiene que haber una dialéctica con la crítica que se espera de los profesores de derecho y de los abogados, que son los expertos en estos temas. Lo contrario sería lo de siempre, esperar que el papá Tribunal Supremo arregle todos los problemas jurídicos del país. Es en esa falta de crítica donde noto una grave deficiencia. No hay autores que critiquen la jurisprudencia de la Corte en serio. Algunos hacen comentarios, mas no hay gente que critique desde que murió Rafael Bielsa y la ironía lijosa que lo caracterizaba [...] No se le puede pedir a un abogado de parte que haga una crítica dura, pues a lo mejor irrita al juez, pero un profesor que debe estar dedicado a hacer una vida académica, ¿cómo no va a criticar? Debe hacerlo duramente, con la mayor dureza; para criticar hay que ser serio y demoledor. Si no, no hay crecimiento, ni desarrollo de las ideas, ni nada. Las cosas se mueren por inanición”. Ver Petracchi, E. S., “La democracia y el poder judicial” en *Lecciones y ensayos*, N° 49, 1988, pp. 302/303.

¹⁵ Ver Schauer, F., *Thinking like a Lawyer*, Cambridge (MA): Harvard University Press, 2009. Citado por la traducción castellana de Schleider, T. J.: *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2013, p. 70.

dividir a la opinión pública, el estamento político y el poder judicial¹⁶. El problema es que la constitución suele ser mucho más estable que los cambios sociales que se desarrollan, por lo tanto, las Cortes deben utilizar conceptos como: derechos implícitos, derechos tácitos u otros términos, que vuelven a poner en el tablero la capacidad discrecional con la que cuentan. De allí que la doctrina haga esta observación:

“... ayudaría si los jueces orientaran los argumentos de sus decisiones de tal modo que, de manera específica y explícita, afrontaran el problema de la legitimidad explicando – más allá del uso de términos formales – por qué es apropiado, en el caso en concreto, invalidar una decisión tomada por una rama del gobierno democráticamente y políticamente responsable [...] Cuando se afirma que la existencia de un derecho o alguna de sus implicaciones concretas se deriva implícitamente – en lugar de expresamente- del texto constitucional, ello debería suponer una carga argumentativa significativa al momento de explicar los movimientos interpretativos que fueron necesarios para arribar a dicha conclusión”¹⁷.

Tres son las razones que, a mi entender, requieren una delicada justificación integral¹⁸.

- A. Cuando hay en juego principios constitucionales de uno y otro lado.
- B. Cuando la decisión jurídica exige ir en contra de lo que la sociedad siente¹⁹.

¹⁶ “La decisión constitucional media es más controvertida de lo que era antes y ello debido a la polarización cada vez mayor en el país justo en relación con el tipo de asuntos que con más probabilidad captan la atención del Supremo: el aborto, las políticas de discriminación positiva, la seguridad nacional, los derechos de los homosexuales, las penas capitales y el reconocimiento por parte del gobierno de la religión. La razón por la que el Supremo ha sido atraído cual polilla hacia esa luz es todo un misterio. La ineptitud política puede que sea una causa...”. Ver Posner, R. A., *How judges think*, Harvard University Press, 2008. Citado por la traducción castellana de Roca Pérez, V., *Cómo deciden los jueces.*, Garín: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2011, pp. 299/300. Cabe destacar que no es el único autor y juez que cataloga a sus colegas como malos meteorólogos políticos. Ver Breyer, S., *Making our Democracy Works: A judge’s view*, 2010. Citado por la traducción castellana de Gutiérrez Ortiz Mena, A., *Como hacer funcionar nuestra democracia: el punto de vista de un juez.* México: Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 140.

¹⁷ Ver Waldron, J., “Judicial Review and Political Legitimacy”, (Conferencia impartida en la Corte Constitucional de Colombia el 4/8/2017, traducida por Benítez, V. F.), *Dikaion* N° 27, 2018, p. 25.

¹⁸ Denominaremos justificación integral aquella que intente argumentar, convencer y persuadir.

¹⁹ Partimos de la idea que la Corte Suprema no está para hacer lo que pide la sociedad o lo que quiere la sociedad, sino la de defender la constitución. “Si las decisiones de la Corte se emite en concordancia con las opiniones populares en el momento, entonces ¿para qué es necesario que la Corte tenga facultad de control constitucional? ¿Por qué no otorgar esa facultad a un órgano conformado de acuerdo con esa preferencia, por ejemplo el Congreso...”. Ver Breyer, S., *Op. Cit.*, p. 140. Sin embargo, no siempre se acierta en estrategia argumental. Tener la razón no significa ganar la discusión y si no se gana la discusión el conflicto permanece. “El arte de vestir la razón y la justicia de colores mágicos, y volverlas tan aptas para la conquista del espíritu como del corazón, no es un arte insignificante. La elocuencia es el arte de robar el corazón. Y para el que sabe que el gobierno instintivo del hombre es un despotismo cordial, una tiranía sentimental que humilla todas las luces de la razón, la elocuencia es también el arte de robar el juicio. Ganad el corazón, y la cabeza es vuestra. No hagáis lo que manda Quintiliano; es consejo de circunstancia, pertenece a Cicerón. Era para el hombre antiguo, pura cabeza, puro juicio, corazón mudo. El cristianismo ha despertado otra luz en el hombre, la sensibilidad. El hombre moderno quiere ser conmovido antes de ser convencido. Porque obra más por amor que por razón; tiene más corazón que cabeza. La humanidad había perdido el corazón: Jesucristo se lo restituyó; ya la luz incierta de la razón, unió la luz divina del amor; al imperio estéril de la convicción, el imperio fecundo de la simpatía. Persuadid, pues, primero, convenced luego”. Ver Alberdi, J.B., *Fragmento preliminar al estudio del derecho*, 1837, [ref. 05/12/2019] en <http://www.hacer.org/pdf/fragmento.pdf>, pp. 66-67.

C. Cuando la decisión jurídica modifica una jurisprudencia anterior²⁰.

Por todo lo expuesto, queda claro que la argumentación jurídica es un instrumento para proteger las relaciones de confianza y para fomentarla. Ya sea expresando su importancia dentro del mundo jurídico, argumentando las consecuencias negativas para quienes no las respeten o fomentando una escala de argumentos valorativos²¹. Pero debe surgir en todos los ámbitos, ya sea cuando se penaliza a quien vulnera la confianza brindada como en los casos en donde, a pesar de no ser penalizado, el objeto del litigio se originó por una causa vinculada²². Aunque bien vale remarcar, de nada servirá si la argumentación se utiliza para adornar la mentira²³ o el incumplimiento de los deberes de los funcionarios (de los tres poderes)²⁴.

²⁰ Si bien fueron muy pocos hubo casos excepcionales en donde jueces han cambiado postura por considerar que se habían equivocado en su postura anterior. En este caso la excepcionalidad no está dada por la cantidad, sino por la calidad del jurista: "...si admitimos nuestros errores como jueces, fortaleceremos la confianza pública en el judicial". Ver Barak, A., *A judge on judging: The role of a Supreme Court in democracy* en *The Supreme Court, 2001 term*, Harvard Law Review, 2002. Citado en la traducción castellana de Vela Barba, E., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México: Dirección General de Planeamiento de lo jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 50.

²¹ "... se puede aún afirmar que el síntoma más claro de una buena higiene social no es un acuerdo o consenso sobre los vagos valores generales; sino que se halla en los modelos que orientan precisamente la argumentación judicial antagónica, particularizada, disputada en forma incisiva y sujeta, en última instancia, a algún tipo de solución racional". Ver Fuller, L.L., *Anatomy of the law*, Frederik Praeger Published, 1968. Citado por la traducción castellana de Castro, L., *Anatomía del derecho*, Venezuela: Monte Ávila editores C.A., 1969, p. 194.

²² "*Courts regulate fiduciaries by imposing a high standard of morality upon them. This moral theme is an important part of fiduciary law. Loyalty, fidelity, faith, and honor form its basic vocabulary. Two aspects of moral behavior are important to understanding the moral dimensions of fiduciary law. First, moral behavior is altruistic. The moral person serves other members of the society and contributes to society generally. He treats his own interests in a way that benefits others, and he prefers the community to the self. Second, moral behavior is voluntary. Thus, the more self-enforcing the altruistic behavior is, the more it is considered moral. Self-enforcement reduces risk and uncertainty in human relations, avoids enforcement costs and the need for a strong enforcement organization, precludes deception, and allays the fear that the actor will succumb to temptation*". Ver Frankel, T., *Fiduciary Law*, *California Law Review*, vol. 71, N°3, 1983, pp. 829-830.

²³ "La confianza pública en el judicial se incrementa cuando al público se le dice la verdad". Ver Barak, A., *Op. Cit.*, p. 51.

²⁴ "...it is hard to find a more fulsome repository of betrayal than law". Ver Rose, C. M., "Trust in the Mirror of Betrayal", *Boston University Law Review*, vol. 75, 1995, p. 541.

Cómo citar: Samayoa Chavarría, A.P. (2022). La importancia de la argumentación jurídica como soporte de la declaración judicial de simulación contractual. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LA IMPORTANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO SOPORTE DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE SIMULACIÓN CONTRACTUAL

Alain Pierce Samayoa Chavarría¹

La argumentación siempre ha estado unida, de una u otra forma, a la tarea del jurista, señala Fernández, citando a Atienza² que pronuncia: *nadie duda de que la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista tal vez sea la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad.*³

Por su parte, Bonorino indica que en el caso de los jueces por tener la responsabilidad de poner punto final a las disputas jurídicas esta habilidad debe estar más desarrollada en relación a otros juristas, pues, deben argumentar en defensa de la alternativa que consideran correcta, lo que conlleva un grado de estructuración y exigencias de explicitación mayores.⁴ Tal es la importancia de la argumentación en el ámbito judicial que existe la exigencia de fundamentación y de argumentación de las decisiones judiciales, obligación que ha sido elevada a garantía humana, lo que conlleva la obligación de explicitación de las razones que llevan a la decisión asumida, para que dicha decisión revista de legalidad.

En este punto, es importante señalar que, no obstante, esta obligación comprende toda resolución judicial, se hace patente en aquellas que afectan derechos, destacando la sentencia, por poner fin a los procesos judiciales y porque su eficacia natural consiste en declarar oficialmente la certeza del derecho incierto o controvertido y llevar esa declaración a su realización concreta.⁵

A decir de Bonorino las sentencias judiciales son entidades complejas que contienen tanto normas individuales como generales, conformadas por una parte resolutive y otra considerativa, en la que el juez da las razones que justifican su decisión. En ese sentido, una sentencia puede ser reconstruida como un argumento, en el que la resolución ocupa el lugar de la conclusión y cuyas premisas se formulan en los considerados.⁶ Sin embargo, en la práctica no siempre se despliegan las razones que fundan la decisión, no se corresponden con esta o bien son inadecuadas o impertinentes, con lo que, aunque el fallo sea justo, no se ajusta a derecho, pues, la sentencia carece de un argumento sólido, o por lo menos bueno que valide

¹ Universidad de San Carlos de Guatemala; Seminario Teológico de Dallas, Estados Unidos de América.

² Resulta interesante mencionar que Atienza ha llegado a considerar al derecho como argumentación.

³ Fernández Ruiz, Graciela. *Argumentación y lenguaje jurídico: aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. p73

⁴ Bonorino, Pablo Raúl. *La justificación de las sentencias penal: una perspectiva lógica y conceptual*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2003. p1

⁵ Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires: EJE, 1973. p.139

⁶ Bonorino, Pablo Raúl. *Ob. Cit.* p4

o sostenga la decisión, lo que se traduce como obstáculos a la realización concreta de los derechos declarados.

Esta falencia de las decisiones judiciales responde a varios aspectos, entre los que se pueden mencionar las deficiencias argumentativas del juzgador, los excesivos formalismos que impiden atender a valores y principios, y los criterios personales, estos últimos pueden recaer en el voluntarismo, discrecionalidad e inclusive abuso de autoridad.⁷

Independiente a lo anterior, agotado el procedimiento judicial, se espera una sentencia justificada o una decisión judicial justificada, que responda tanto a las pautas de la buena argumentación que debe desplegar el juzgador, por la mera actividad que desarrolla, como a las obligaciones impuestas por los cuerpos legales que controlan su quehacer, al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: “Una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial, entendida como “la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” [...] En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”.⁸ Con lo que, nuevamente resaltamos que la argumentación juega un papel fundamental al momento de declarar derechos.

Realizadas las consideraciones anteriores, nos referiremos a la declaración judicial de simulación contractual.

De la Simulación Contractual a la Declaración Judicial

Resulta una realidad cada vez más reiterada, encontrar trabajadores contratados en negro, como se dice coloquialmente, es decir, personas cuya relación laboral no se encuentra registrada, se encuentra parcialmente registrada o con fecha de inicio de labores y/o salarios distintos a lo real, o bien encubierta en otro tipo de relación no laboral como la prestación de servicios ocasionales o facturados,⁹ esto, a juicio del autor, con el objeto de evadir las prescripciones legales aplicables a los vínculos laborales.

Las personas que se encuentran en esta situación están desprotegidas, pues, al encontrarse en relaciones irregulares o sumergidas no les asisten los mismos derechos y prerrogativas que asisten a los trabajadores, como las prestaciones laborales adicionales al salario e inclusive la asistencia social.

En ese sentido, atendiendo a esta desigualdad a la que se ven sometidas, las distintas legislaciones les protegen, tanto al encontrarse vigente la relación como al finalizar la misma, otorgándoles una gama de derechos, que van desde el pago de las prestaciones laborales dejadas de percibir, indemnizaciones especiales a su favor hasta la reinstalación en puestos

⁷ En relación a este respecto, resulta interesante la perspectiva de Nieto y Fernández, citados por Atienza, que según nos indica este, estos tras una larga trayectoria académica y jurídica se desencantan del derecho, y señalan que en el tiempo actual, fuera del espectro del buen juzgador, cada operador jurídico tiene un fin personal en cada caso concreto; llegado el momento contrasta la norma con tal fin y, si le conviene, la aplicará; pero si fin y norma no están de acuerdo, rechazará la norma o la retorcerá sin escrúpulos hasta que le sea útil.

⁸ Ver caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312. Párr. 248.

⁹ Esta última modalidad se ha observado inclusive en el ámbito gubernamental en varios países de Latinoamérica.

permanentes, convirtiéndole en un trabajador indefinido y a jornada completa, en compensación a la situación que atraviesan.

No obstante, esta protección resulta eficaz o bien cobra efecto agotado un proceso judicial, pues, obviamente, la situación simulada no es conocida por las autoridades sino hasta que la persona acude al órgano judicial correspondiente a ponerla en evidencia, buscando la declaración de simulación contractual.¹⁰

Promovido el proceso y agotadas todas sus fases, el juzgador hace la declaración correspondiente, anulando lo actuado, lo que produce la sustitución de los actos viciados por las normas desplazadas, es decir, las normas laborales, estableciendo el vínculo laboral y decretando los derechos laborales a favor del trabajador, para lo cual considera los argumentos de las partes, pruebas aportadas, principios propios del derecho laboral, jurisprudencia y doctrina.

Vale recalcar que en los últimos años, como un mal endémico latinoamericano, cada vez son más los trabajadores que se encuentran inmersos en este tipo de contrataciones simuladas, inclusive en el sector público, con lo que, se han acrecentado los casos y denuncias, lo cual conlleva dos situaciones, que exista vasta jurisprudencia al respecto, pero también que se dicten decisiones machoterías y sin mayor impacto, que si bien reconocen el derecho del trabajador, no se adecuan al caso en concreto, con lo que el juez se vuelve justiciero, porque dicta fallos justos pero que no se ajustan a derecho, ni a las pautas de una buena argumentación jurídica, y vienen en detrimento del trabajador, pues, a pesar de que lo que se declara le es favorable, la alegría que produce es por poco tiempo, pues, el fallo es susceptible de modificaciones por órganos superiores, por causas no imputables a su persona, sino atribuibles al juzgador, por lo anteriormente expuesto.

Sin entrar a considerar nuevamente lo relativo a las falencias del juzgador, señaladas en el apartado anterior, considera el autor que, en el ámbito laboral, y específicamente en el caso de la simulación contractual, la argumentación responde al contexto del cual proviene la decisión, es decir, si fue asumida dentro de un contexto de descubrimiento o dentro de un contexto de justificación,¹¹ y en ese sentido, al estar frente a un pronunciamiento judicial laboral de declaración de simulación de vínculo contractual conviene preguntarnos si el juzgador descubrió la ficción dentro de la relación contractual sometida a su conocimiento, o si determinó que la relación contractual se encuadra en lo que la experiencia y/o jurisprudencia ha tipificado como relaciones laborales simuladas. Tanto uno como otro contexto conllevan sus particularidades, que provocan que las justificaciones y/o razonamientos sean muy distintos y con diferentes enfoques.

En cuanto al contexto de descubrimiento, podemos señalar que los pronunciamientos que provienen de este despliegan, por excelencia, la argumentación judicial, pues, el juzgador descubre la ficción en la relación contractual al realizar un análisis exhaustivo de lo argumentado, las pruebas aportadas y constancias judiciales, lo cual queda evidenciado en

¹⁰ Es importante señalar que la mayoría de legislaciones prescriben únicamente derechos y beneficios a quienes se encuentran o encontraron desempeñando labores bajo una simulación contractual, en atención al principio de tutelaridad al trabajador, que considera a la parte trabajadora más vulnerable y considerando que las prescripciones legales omitidas durante el vínculo contractual vinieron en detrimento del trabajador, quien no se encontró sometido a esta situación por voluntad propia, sino por la necesidad del trabajo.

¹¹ Léase referencialmente el artículo Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales de Manuel Atienza, disponible en <https://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/isonomia-revista-de-teoria-y-filosofia-del-derecho-3/html/p0000005.htm>.

sus consideraciones, en las que nos va relatando con detalle como descubrió la simulación contractual, para posteriormente pronunciar que hará respecto a su descubrimiento.

Referente a esto, conviene pronunciarnos respecto a la argumentación textual, por ser la que aplica a los fallos judiciales de esta naturaleza, y en ese sentido, como señala Bonorino, en este tipo de resoluciones encontramos una gran cantidad de argumentos y subargumentos enlazados, de manera tal que algunos de ellos resultan el fundamento para la adopción de las premisas de otros de los argumentos que la componen, conformando un sistema.¹² Ante lo anterior, resulta lógico que una falencia en el sistema, es decir, un argumento falto de solidez, contradictorio o alejado de la tesis central transmite esa debilidad al fallo, lo que pone en riesgo la seguridad jurídica del derecho declarado.

En cuanto al contexto de justificación, como se ha señalado, ocurre que el juez determina que la relación contractual encuadra en un supuesto legal, recogido por la experiencia¹³ o la jurisprudencia, que conlleva que la argumentación sea más sumaria. No obstante, esto no es óbice para que se omita la exposición de las razones que llevan a la decisión asumida.

Ahora bien, el uso de la jurisprudencia no se traduce en la mera referencia o cita de fallos que se refieren a casos similares, pues, toda situación contractual tiene sus propias aristas, pues, las relaciones laborales no son uniformes, suelen tener circunstancias especiales,¹⁴ que hacen necesario que el juez se detenga a examinarlas y no utilizar la jurisprudencia como un medio para evadir u obviar esa responsabilidad.

Aunado a todo lo anterior, un juez laboral está obligado a argumentar su postura, por el hecho de que el trabajo, es un derecho humano y un deber social, que implica salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables, y por ello, debe encontrarse exento de todo peligro o riesgo, revestido de seguridad jurídica, que se concreta con la certeza de que, lo declarado, será estable, pues, de lo contrario el pronunciamiento vendría en detrimento del trabajador que hizo valer su derecho, pues, estaría sujeto a las consecuencias negativas de haber ejercido su derecho, como las represalias.

De esta manera, la argumentación judicial en el ámbito laboral no solo reviste de coherencia un fallo, o permite cumplir con una obligación legal, sino que constituye un garante de la justicia, del acceso del trabajador al bienestar económico y a mejores condiciones de salud, vivienda y educación, entre otras.

¹² Bonorino, Pablo Raúl. *Ob. Cit.* p16

¹³ La mayoría de ordenamientos jurídicos contemplan la presunción de una relación laboral cuando a pesar de que se utilicen figuras no laborales para caracterizar al vínculo jurídico, el mismo denota elementos propios de una relación laboral.

¹⁴ El anterior pronunciamiento se hace sin evadir el principio de igualdad que establece que los casos iguales han de tratarse de la misma manera.

Cómo citar: Teixeira, D. M. (2022). Análise do realismo jurídico escandinavo na contemporaneidade e os métodos de autocomposição. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

ANÁLISE DO REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO NA CONTEMPORANEIDADE E OS MÉTODOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO

Diocelia Martins Teixeira¹

INTRODUÇÃO

Um dos primeiros temas abordados dentro das ciências jurídicas, e apontados para os operadores de direito desde o começo da sua jornada nos bancos acadêmicos, é a questão, e oposição, que existe entre os jusnaturalistas e os positivistas, onde temos divergências históricas sobre tais escolas.

Como ponto de partida, podemos considerar o juspositivismo como o discurso que se utiliza de critério metafísicos que conferem validade ao próprio Direito. Ao longo da história, tivemos diversos critérios que foram propostos para justificá-lo, como a vontade de Deus, a razão moderna ou, ainda, a objetividade moral que observamos em um determinado grupo ou comunidade, entre tantas outras variações e ramificações.

Para os defensores de referida corrente, a validação ou correção de uma determinada norma sempre será referenciada por algum desses supostos elementos da natureza ou da própria sociedade, tendo seu discurso apoiado na duplicidade existente entre as dimensões jurídicas do direito natural e do direito positivo, mas sempre considerando o primeiro superior ao segundo.

Já para os positivistas, o que temos é uma linha de estudo baseado na observação direta dos fatos constitutivos do próprio fenômeno jurídico, inexistindo qualquer apoio no que se refere ao próprio direito natural, especialmente no que se refere aos critérios metafísicos de validade ou correção. Portanto, o positivista acaba por considerar o Direito sem as mistificações existentes no jusnaturalismo, tendo como busca a construção de um verdadeiro conhecimento científico, sem elementos metafísicos.

Todas essas questões, apesar de aparentar em primeiro momento serem limitados a meras questões teóricas, certamente acabam por nortear os próprios Estados de Direito e os elementos que compõe determinados momentos históricos, como a valorizada autocomposição entre as partes, sendo este um dos principais instrumentos contemporâneos para a solução de conflitos.

Entre as escolas positivistas surgiu a realista escandinava, a qual se destacou pelas críticas que também eram direcionadas a outros autores filiados a escola positivista. Na realidade, o grande destaque existente no realismo escandinavo estava no esforço incomum, e muito peculiar, na caracterização do Direito como um fenômeno psicológico e social, no qual existe uma verdadeira negação de qualquer base moral absoluta para guiar o próprio sistema normativo.

Referida escola acaba por ocupar uma posição secundária no que se refere as correntes teóricas existentes nos Estados modernos, mas é impossível desconsiderar seus principais elementos como ferramentas que venham a solucionar os diversos problemas envolvendo as

¹ Universidad del Museo Social Argentino

questões sociais, e da autocomposição, na atualidade. O que temos, enfim, é uma grande variação no campo dos realismos jurídicos, o qual acaba englobando além do realismo jurídico escandinavo, o realismo jurídico italiano; o realismo jurídico francês e o realismo jurídico norte-americano. (Bittar, 2021, p.142)

Temos nesse caso diversas versões do realismo jurídico que buscam tornar o Direito como um conjunto de normas intrinsecamente ligado ao empirismo, onde não existiria nenhum elemento abstrato próximo ao jusnaturalismo que viesse a fundamentar as ciências jurídicas, a qual estaria limitada aos casos que fosse possível constatar referido empirismo.

Ao mencionarmos a análise da aplicação do realismo jurídico escandinavo na contemporaneidade, é importante frisar que não podemos considerar qualquer escola como superada ou não superada na atualidade, já que podemos utilizá-las para detectarmos assuntos específicos, como a autocomposição no presente estudo, ficando evidente a possibilidade de desenvolvermos tais elementos em conjunto com uma das outras escolas do realismo jurídico.

Tais elementos podem ser consolidados com o resgate de questões subjetivas, especialmente no Brasil onde a Constituição Federal promulgada no final do século passado tem como elemento norteador a dignidade da pessoa humana, onde temos nessa dignidade elementos intrínsecos da própria existência do homem, o que permite a reanálise do realismo escandinavo e sua ótica que nos remete a um modelo que considera o positivismo em consonância com um fenômeno psicossocial, o qual vai de encontro a realidade vivida em nosso país.

1. REALISMO JURÍDICO ESCANDINAVO

Inicialmente, é importante destacarmos o próprio conceito de realismo jurídico, já que temos entre os operadores do direito a prevalência dos elementos práticos do Direito em detrimento aos elementos basilares e fundamentais, mas que acabam por refletir em menor importância na atuação profissional.

Desta forma, é importante considerarmos dois elementos capitais que são atrelados ao realismo jurídico, no qual temos uma relação complexa entre a **eficácia do Direito**, o qual terá seu efetivo resultado no momento da aplicação jurídica, e a própria **validade do Direito**, onde temos como embasamento a própria garantia pelas normas jurídicas existentes, havendo claramente uma dissonância entre o início do raciocínio da própria tradição do positivismo jurídico, já que temos nessa escola o denominado Direito Posto, representado diretamente pela norma jurídica, como elemento autossuficiente para alcançarmos a segurança jurídica em sociedade. (Bittar, 2021, p. 142)

Por outro lado, temos uma análise doutrinária que remete o Direito a si mesmo, no qual a norma seria resultado da interpretação e da construção jurídica com intervenção direta dos operadores do direito, incluindo neste caso tanto os juízes, que por sua função dentro do Estado acaba por produzir esse resultado, quantos os juristas de uma forma mais ampla, os quais exercem um papel fundamental nessa produção, onde o Estado, comumente representado pela figura do juiz, produz um determinado resultado.

Neste caso temos o fortalecimento da própria jurisprudência que acaba por interpretar, e até mesmo manipular, o texto legislativo que estaria inicialmente em um estado dormente, de suspensão, aguardando a atuação dos operadores do direito para produzir seus efeitos de maneira efetiva.

Inclusive, todos esses elementos acabam por formar o objeto das próprias ciências jurídicas:

“Decir que éste es el objeto de la ciencia del derecho, es decir, *el derecho*, no deja de parecer curioso: si este último se identifica con un conjunto de normas

producidas por la autoridad, no se ve de inmediato y claramente por qué incluir a la actividad de los juristas como generadora de derecho. Pero la respuesta parece ser la siguiente: en la medida en que las doctrinas de los dogmáticos formen parte de los criterios atributivos de significado a disposiciones normativas o de construcción jurídica que, de hecho, los jueces utilicen al decidir, pues esas doctrinas habrán de considerarse determinativas del *marco* de interpretaciones *admisibles* de las disposiciones normativas”². (VECCHI, 2017, p.14)

O produto da interpretação é a própria norma, independentemente da escola seguida pelo realismo jurídico em estudo, estando relacionado a construção jurídica que, especificamente nas escolas positivistas, estão relacionadas as próprias ferramentas interpretativas utilizadas pelos juízes, que acabam por atribuir o verdadeiro significado as disposições normativas que, dentro da concepção daqueles que defendem o realismo jurídico positivista, realizam uma interpretação volitiva, ou seja, relacionado a vontade da pessoa que está julgando, e não meramente como um elemento cognitivo.

É justamente nessa variação de técnicas interpretativas, embasadas nas escolas de realismo jurídico, é que temos uma verdadeira atribuição de significados as disposições normativas a depender da eleição de uma determinada técnica, na qual temos uma enorme pluralidade de interpretações possíveis, inexistindo obrigatoriedade dos operadores do direito em seguir uma determinada escola.

Independentemente do realismo jurídico a ser observado pelo operador do direito no ato de interpretar, não poderá existir afronta aos princípios basilares existentes nas constituições dos Estados, com especial ênfase no Brasil ao princípio da dignidade da pessoa humana, que norteia todo o nosso ordenamento jurídico.

Ao observamos e interpretarmos os elementos do nosso Estado, é perfeitamente plausível e aplicável o realismo jurídico escandinavo, o qual se iniciou com o filósofo sueco Axel Hägerström, estudante da Universidade de Upsália, dando origem inclusive a nomenclatura de Escola de Uppsala para o realismo jurídico escandinavo.

Outros estudiosos afirmaram, inclusive, que Hägerström denotou o direito positivo como “*um sistema de regras estatais que assegura vantagem aos indivíduos. A sua crítica toma por referência a dificuldade do estabelecimento de nexos concretos com a realidade a partir da estrutura conceitual montada para explicar o direito*” (LOPES, 2004, p.305). Referida crítica é inerente ao próprio direito positivo e a dificuldade acima mencionada.

Denotamos, neste momento, que referida escola adota uma posição de empirismo radical, o qual avança além dos elementos estritamente jurídicos, tendo uma linha mais filosófica ao estudar a realidade jurídica para analisar, e avaliar, os próprios fundamentos do Direito. Temos nesse caso a clara rejeição a metafísica e ao subjetivo, com um viés a teoria da realidade ao criticar e rejeitar o conceito de lei em seu sentido natural, apontando como equivocado os elementos de ideologias jurídicas embasadas na religiosidade.

Desta forma, fica evidente que Hägerström considerava como meras expressões emocionais todos os julgamentos de valor existentes, em um claro apontamento ao próprio dever jurídico:

² Tradução livre: “Dizer que esse é o objeto da ciência do direito, ou seja, *o direito*, não deixa de parecer curioso: se este se identifica com um conjunto de normas produzidas pela autoridade, não se vê imediata e claramente por que incluir a atividade do jurista como gerador do direito. Mas a resposta parece ser a seguinte: na medida em que as doutrinas dos dogmáticos fazem parte dos critérios de atribuição de sentido às disposições normativas ou à construção jurídica que, de fato, os juízes utilizam para decidir, então essas doutrinas terão que ser consideradas determinações do *marco* de interpretações *admissíveis* das disposições normativas”.

“O dever jurídico, é um herdeiro direto do jusnaturalismo, mesmo quando o direito que estabelece o dever não é mais natural, mas positivo [...] o dever é um vínculo que não se pode identificar com um fato, puramente ideal, cuja violação é considerada condição de sanção. A noção fundamental de dever como vínculo tem sempre uma base mística, não podendo jamais derivar de fatos”. (LOPES, 2004, p.309).

É importante denotarmos que o realismo escandinavo acaba por rejeitar, de forma praticamente simultânea, elementos defendidos pelas duas tradições existentes relacionadas ao jusnaturalismo e ao próprio positivismo. Justamente nessa dubiedade de fundamentação é que verificamos e agregamos o seu valor aos elementos de autocomposição na contemporaneidade, uma vez que temos nesse tipo de método de resolução de conflitos uma das partes, ou até mesmo ambas, cedendo parte ou inteiramente seus direitos ou interesses.

Se as partes buscam a autocomposição, não devem existir impedimentos pelo Estado ao impor uma interpretação, embasada em qualquer escola, seja aquelas defensoras dos elementos jusnaturalistas, seja aquelas dos elementos positivistas.

Feita a ressalva acima, é importante destacarmos os elementos específicos da escola escandinava, a qual se destaca pela falta de interesse moral em acatar determinadas normas como normas jurídicas, estando atreladas a um conceito de determinadas regras legais que circundam a própria consciência psicológica dos juízes. Assim, temos para os realistas escandinavos a rejeição da corrente metafísica e a vinculação do Direito a religião, embasado no jusnaturalismo, e ao mesmo tempo não menciona as ciências jurídicas como uma expressão da vontade do Estado ou das autoridades legais constituídas.

Inclusive, esses elementos são destacados pelo filósofo italiano Fassó, em sua obra tradicional obra História da Filosofia do Direito:

“[...] não apenas do jusnaturalismo, mas também do positivismo normativista e formalista, de que não aceitaram o método de elaboração dos conceitos jurídicos fundamentais. [...] É típica do realismo escandinavo a concepção do Direito como fenômeno psíquico coletivo, consistente em considerar que existem direitos subjetivos e deveres como algo distinto da realidade empírica. [...] A força vinculante do Direito, afirmam eles, tem uma realidade apenas como idéia da mente humana, pelo que os direitos subjetivos e os deveres jurídicos são poderes e obrigações imaginárias que fora da mente dos homens não corresponde a nada”. (FASSÓ, 1979, p.239)

É notório o desejo em construir uma nova teoria geral do Direito por referida escola, o que acabou enfraquecendo-a, já que existe uma rejeição da concepção de um direito natural e, simultaneamente, de um ideal absoluto de justiça, considerando elementos da realidade social sem questões metafísicas.

Inclusive, os realistas escandinavos acreditam que as pessoas, em sua maioria, obedecem à lei por hábito, e não por questões de ameaças ou utilização da força física, apesar de entenderem que as sanções adotam um fator psicológico no cumprimento da lei. Desta forma, se fortalece o próprio conceito do Direito como fato social dentro do realismo jurídico escandinavo:

“O direito é um fato social que compreende dois aspectos: a ação e a norma. Tal dualismo epistemológico leva a separar a sociologia jurídico, que se ocupa da ação, da ciência do direito, que trata da norma, mas ambas as ciências se implicam porque a conduta, objeto sociologicamente observável, assume caráter de juridicidade em função das normas jurídicas em vigor. Trata-se de uma concepção empírica do direito, com fundamento na natureza humana social, que pode ser descoberta mediante observações empíricas de cunho psicológico e sociológico, buscando interpretar a vigência do direito em termos de efetividade social das normas jurídicas. Partindo do problema ontológico-jurídico, os realistas escandinavos deduzem as consequências para a teoria e a técnica jurídica.

Fortemente influenciados pela filosofia da linguagem concebem o direito como um meio de comunicação entre os seres humanos, como forma de controle social do comportamento; logo, o sentido jurídico-normativo das expressões linguísticas que o identificam deve ser buscado por meio da análise linguística ao nível da sintaxe, semântica e pragmática”. (DINIZ, 1988, p. 74-75).

Interessante destacarmos nesse momento, mesmo que de forma breve por não envolver diretamente o presente estudo, o realismo jurídico norte-americano, no qual temos o contraposto à escola escandinava, uma vez que considera a necessidade de existir um árbitro imparcial para solucionar as questões não abrangidas por uma determinada regra jurídica existente:

“[...] quando ao direito é deixada uma situação não alcançada por uma regra jurídica préexistente, não há nada a ser feito a não ser contar com um árbitro imparcial que declarará o que deverá ser feito por homens justos e razoáveis, que conhecem os hábitos e costumes da vida em comunidade, e que parâmetros de justiça e de negociação justa prevalecerão, o que deverá ser feito nessas circunstâncias, a partir de regras que não o costume e a consciência que guia essas condutas. A sensação que se tem é que em nove casos entre dez a conduta de razoáveis não seria diferente do comportamento previsto pela lei, se norma existisse”. (CARDOZO, 1991, p.143).

Retornando a análise do realismo jurídico escandinavo, temos também o importante posicionamento de Alf Ross, considerado por muitos um dos fundadores dessa escola, o qual considera o positivismo algo essencial por considerar inexistente princípios morais universalmente válidos, não devendo ocorrer a interpretação em proposições com força obrigatória, ou de validade inobservável, fortalecendo os fatos sociais.

Cabe destacarmos a necessidade de reescrevermos a própria história do realismo jurídico ao considerarmos todos os elementos que envolvem a contemporaneidade, e a humanidade recentemente afetada por uma pandemia que alterou não apenas aspectos sanitários e determinou o afastamento social, mas acabou por transformar as concepções de conflitos por todos que vivenciaram os efeitos da COVID-19.

Essas questões acabam por reacender os elementos do realismo jurídico escandinavo, o qual sempre se embasou justamente nesses fatores sociais e psicossociais, os quais foram corroborados durante a pandemia que experimentamos, já que foi possível constatar no Brasil um movimento inédito no qual as próprias partes buscaram se compor para buscar a manutenção econômica mínima, em claro movimento de autocomposição antes mesmo de qualquer regra ou sugestão do próprio Estado.

“Um movimento salutar tem acontecido no seio da própria sociedade e do mercado, que é a negociação entre as partes, seja prorrogando o vencimento das obrigações, seja modificando, por comum acordo, a cláusula-preço, como tem ocorrido entre empreendedores de shopping centers e lojistas. Entretanto, uma vez que as negociações não cheguem a bom termo, a saída é verificar o que o ordenamento nos propõe em situações como essas.

A questão em debate não é nova nem na doutrina nem na jurisprudência. Na sua versão atualíssima, o que tem sido colocado frequentemente é o seguinte: como fica a execução dos contratos de duração, contratos que foram feitos quando nem se falava em pandemia e tinham de ser executados no meio de toda essa turbulência? Parlamentos não só do Brasil, como da Europa, votaram alguma legislação que evita a sanção em caso de descumprimento nesse período, como no caso de cancelamento de voos. Porém, a questão maior é diferente: aqueles contratos de prestação de serviço, empreitada, fornecimento de produtos, compra e venda que foram celebrados por prazo determinado e, ao contrário dos contratos por prazo indeterminado, cujas partes não têm a faculdade de denunciar a relação obrigacional a qualquer tempo. Em síntese: nos contratos por prazo determinado,

os contratantes são obrigados a cumpri-los até o termo final?” (KHOURI, 2021, p.117)

Tais elementos demonstram claramente que o realismo jurídico escandinavo, apesar de estar a margem nos estudos jurídicos brasileiros, acaba por ter enorme assertividade no que se refere os fatores sociais e o comportamento da sociedade contemporânea, restando evidente que os fortes efeitos da pandemia e os seus impactos no comportamento das pessoas, as quais vivenciaram não apenas o risco de morte, mas também a instabilidade econômica e a incerteza sobre o futuro.

Referido momento acabou por despertar uma nova situação na população, a qual buscou agir como indivíduo dentro da sociedade para solucionar seus conflitos, despertando o anseio na autocomposição para solucionar essas questões que, especificamente, surgiram frente à pandemia que estava sendo enfrentada, inexistindo nesse momento elementos jusnaturalistas ou até mesmo positivistas.

Tal afirmativa se baseia no fato da solução que foi proposta pelas próprias partes, as quais não buscam a solução com base em elementos metafísicos, considerando a pandemia como algum elemento místico no que se refere especificamente os negócios jurídicos firmados. Da mesma forma, as partes também flexibilizaram os contratos firmados, que estabelecem lei entre as partes, bem como as próprias legislações e previsões legais, tudo com o intuito de atingirem o necessário para prosseguirem com a manutenção de seus contratos e da sua própria sobrevivência no que se refere a sua vida civil durante referido período.

Exatamente neste momento, o realismo jurídico escandinavo vem preencher uma importante lacuna na história do Direito e acaba por se fortalecer frente a autocomposição das partes pela necessidade da pandemia enfrentada, em clara assunção a um fator social que influenciou diretamente os métodos de autocomposição.

2. DA AUTOCOMPOSIÇÃO

Quando tratamos da autocomposição devemos compreender o ser humano em sua integralidade, mais especificamente no que se refere o seu conflito interno e externo, no qual temos o envolvimento de sentimentos polivalentes, inexistindo uma linha retilínea que aponte para uma composição que venha a satisfazer os anseios, e o próprio conflito, de todas as pessoas dentro de uma mesma sociedade.

Isso ocorre pela própria estrutura psíquica de cada ser humano, o qual se torna singular frente a significação que emprega em cada uma de suas vivências, auxiliando no desenvolvimento de um sujeito instável, contraditório e ambíguo.

Todas essas situações acabam por gerar conflitos entre as pessoas, tendo o Estado o poder-dever de dirimir essas questões com os juízes, os quais têm a função de decidir sobre o conflito que lhe é apresentado pelas partes, ocorrendo o encerramento, a efetivação, da atividade jurisdicional frente a sentença que é prolatada.

Via de regra, a parte vencedora atribui o sucesso no resultado a seus próprios méritos, enquanto a parte vencida, muitas das vezes, transfere sua frustração ao próprio Poder Judiciário ou seu patrono, gerando novos obstáculos para ocorrer a execução da sentença, fazendo a prolongação do sofrimento e da própria angústia que esses conflitos geram.

Buscando solucionar tais questões, incluindo um olhar no próprio fato social existente no realismo jurídico escandinavo, tivemos o fortalecimento de uma cultura na qual as partes, por meio de um consentimento espontâneo, acabam por sacrificar total ou parcialmente os seus interesses, atingindo um legítimo meio alternativo para busca da pacificação social. Não cabe na contemporaneidade imaginarmos que toda e qualquer

solução de conflitos de interesses deva recair exclusivamente aos cuidados do Estado, independentemente do conflito ocorrer em um processo jurisdicional.

Apesar de existirem três grupos para solução de conflitos, quais sejam, a autotutela, a heterocomposição e a autocomposição, o presente artigo se concentra neste último grupo, no qual a sistemática operacional para a solução conta com a participação efetiva dos sujeitos envolvidos no próprio conflito, com um grande grau de autonomia em suas decisões. É importante destacarmos que a autocomposição não se limita aos litígios judicializados, tendo cada vez mais se destacado com uma solução antes da judicialização dos problemas por aquele que está se sentido lesado:

“Porém, o que se propõe é pensar a autocomposição não apenas como meio de acesso à justiça, aproximando o cidadão comum e “desafogando” o Poder Judiciário. Pretende-se ‘discutir autocomposição’ enquanto meio de tratamento de conflitos não só quantitativamente, mas qualitativamente mais eficaz, proporcionando às partes a reapropriação do problema, organizando o ‘tempo’ e as ‘práticas’ do seu tratamento, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo os caminhos possíveis”. (SPENGLER E MARION JR., 2010, p.1)

Apesar de outras classificações doutrinárias, temos como formas de autocomposição a renúncia, a submissão e transação, sendo que alguns estudiosos que diferenciam a aceitação entre resignação e submissão. Na realidade, a autocomposição é o gênero, sendo as formas supramencionadas verdadeiras espécies.

A renúncia se caracteriza com a submissão do autor de uma ação judicial, no qual a sua vontade é voluntariamente cedida a parte contrária, ignorando os seus próprios interesses. Quando essa mesma cessão de vontade envolve o réu de uma demanda judicial, o que temos é o reconhecimento da procedência da demanda judicial.

Já a submissão ocorre no sentido inverso, na qual a parte aceita, também de forma espontânea, a vontade da outra. É verificado nesse caso os mesmos elementos da renúncia e o reconhecimento da procedência, especialmente no que se refere ignorar os próprios interesses e a vontade de ceder ao pedido da outra parte.

Por fim, a forma de autocomposição mais utilizada é a transação, onde temos novamente a vontade e a voluntariedade das partes, as quais desconsideram também seus próprios interesses, existindo nesse caso concessões recíprocas com o interesse de colocar fim ao conflito.

Temos nesses casos a solução do conflito pela própria ação das partes que litigavam, existindo uma vontade individual em solucionar a questão, sendo importante mencionar que a própria natureza do ser humano dificulta essa condição, já que nos desenvolvemos em uma sociedade que tem a cultura do litigioso, somado a um grande grau de egoísmo característico da humanidade, devendo ocorrer o desenvolvimento da cultura de pacificação com a promoção de formas alternativas de solução de conflitos, incluindo a autocomposição.

Ao mesmo tempo que o Estado promove essa cultura, é importante destacar a sua obrigação de manter a segurança jurídica necessária para que não tenhamos uma manifestação de vontade forçada, a qual não apenas vicia o ato em si, mas acaba por colocar em risco toda a estrutura que vem se fortalecendo ao longo dos últimos anos, existindo a previsão de medidas judiciais que combatem diretamente essas situações.

“Nesses casos, a ação rescisória pode fundar-se em fatos que digam respeito ao ato homologado ou à decisão de homologação. É possível, por exemplo, rescindir a decisão que homologou renúncia obtida mediante coação (art. 966, III, CPC) ou que homologou transação em fraude à lei (art. 966, III, CPC). Também será possível a rescisão, por exemplo, nos casos de incompetência absoluta do juízo

que homologou a autocomposição ou no caso de homologação de acordo relativo a incapaz sem prévia intimação do Ministério Público”. (DIDIER, 2016, p. 93)

Temos como inevitável a aceitação de composições por fatores sociais que superam a questão do próprio litígio, sendo afetado por fatores externos como a morosidade do Judiciário e os altos custos de determinados procedimentos. Apesar de não serem considerados elementos diretamente relacionados a solução, é importante destacarmos que essas questões também englobam os elementos de composição, pois a discussão prolongada de um determinado litígio gera angústia às pessoas.

É inegável que as necessidades da própria sociedade são mutáveis, acompanhando o próprio comportamento humano já destacado ao longo do presente estudo. Desta forma, temos o conceito de *normalidade*, defendido por Heller em sua teoria, o qual acredita que temos o cumprimento de determinadas condutas intrinsecamente relacionadas ao próprio meio social onde a pessoa está inserida, e de acordo com o momento histórico vivido, ocorrendo em alguns casos tais situações de forma inconsciente, existindo elementos do fator social defendido pelo realismo jurídico escandinavo.

“A normalidade de uma conduta consiste na sua concordância com uma regra de previsão baseada sobre a observação do que acontece por termo médio em determinados períodos de tempo. (...) sem que seja preciso que os membros tenham consciência disso, as motivações naturais comuns como a terra, o sangue, o contágio psíquico coletivo, a imitação, além da comunidade de história e cultura, originam de modo constante e regularmente, uma normalidade puramente empírica da conduta que constitui a infra-estrutura não-normada da Constituição do Estado”. (HELLER, 1968, p. 297-298).

Temos claramente neste caso a consolidação dos próprios estudos do Direito, uma vez que é possível constatar, com argumentações jurídicas, os elementos filosóficos do realismo jurídico escandinavo que acabam por fundamentar o atual Estado de Direito e as necessidades da atual sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente aos estudos ora apontados, podemos constatar claramente que o realismo jurídico escandinavo acaba por abranger de forma satisfatória os desafios existentes na contemporaneidade, especialmente pelo fato de nossa sociedade ter enfrentado (e ainda enfrentar) os efeitos de uma pandemia.

Nesta linha, é possível verificarmos que as questões envolvendo a autocomposição foram diretamente afetadas por esse momento histórico, uma vez que as partes litigiosas denotaram, ainda mais, que renunciar, se submeter e, principalmente, transacionar acaba por ser uma das melhores formas de solução de conflitos, já que os fatores sociais, amplamente defendidos na escola escandinava, apresentam uma verdadeira ótica voltada para a solução entre os particulares, sem intervenção direta do Estado.

Foi possível atingirmos os objetivos da presente pesquisa de forma ampla, já que se apresentou perfeitamente correta a aplicação do realismo jurídico escandinavo na contemporaneidade, já que a aplicação de referida escola apresenta elementos suficientes para entendermos e atuarmos juridicamente nos diversos problemas envolvendo a sociedade, sendo confirmado ainda a possibilidade especificamente para os elementos da autocomposição.

Não tratamos os elementos ora apresentados como absolutos, no sentido de afirmar como incorretas ou inapropriadas as demais escolas dos realismos jurídicos para tratar de assuntos contemporâneos. O que temos é um verdadeiro resgate da teoria escandinava, a qual ficou marginalizada durante muito tempo nas ciências jurídicas, reforçando mais uma vez o poder adaptativo do Direito para atingir seus objetivos, o qual demonstra claramente

que devemos buscar alternativas para as problemáticas que são apresentadas ao operador do direito, de acordo com os eventos experimentados no próprio transcorrer da história.

É inegável que a autocomposição vem se fortalecendo como uma forma efetiva, rápida e menos traumática as partes litigantes, com excelentes resultados para a pacificação social objetivada pelo Direito.

Ao analisarmos essa importante ferramenta com o olhar do realismo jurídico escandinavo, entendemos que os fundamentos atingem de forma satisfatória as necessidades dos operadores do direito, uma vez que é harmoniosa a análise dos fatores sociais com a autocomposição, inexistindo os apontamentos mais rígidos do positivismo ou os elementos extremamente subjetivos do jusnaturalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 21 de agosto de 2022.
- BRASIL. **Código Civil** - Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Linguagem e interpretação de textos jurídicos: estudo comparado entre realismos jurídicos. **Revista Direito e Práxis** [online]. 2021, v. 12, n. 01. Epub 03 Mar 2021. ISSN 2179-8966. Disponível e <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/45203>>. Acesso em 21 de agosto de 2022.
- CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New Haven: Yale University Press, 1991.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** (4ª. ed.) São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DEI VECCHI, Diego. ¿Profundización o caída del realismo jurídico como teoría descriptiva de normas?. **Isonomía**, (47), 9-38. Disponível em? <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182017000200009&lng=es&tlng=es>. Acesso em 21 de agosto de 2022.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais** – vol.3. 13. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito** (2ª. ed). Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018.
- DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- DURKHEIM, Émile. **Fato social e divisão do trabalho**. São Paulo: Ática, 2007.
- FASSÒ, Guido. **Historia de la filosofía del derecho**. Trad. José F. Lorca Navarrete. v.3. Madrid: Piramide, 1979.
- FERREIRA, Daniel Brantes. Realismo jurídico norte-americano: origem, contribuições e principais autores. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 40. 2012. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/163>. Acesso em 20 de agosto de 2022.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. Un reexamen de las tesis de Stammler y de las influencias recibidas por ellas. **Revista de derecho (Valparaíso)**, (45), 425-446. Disponível em <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000200016>>. Acesso em 21 de agosto de 2022.

- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. La Predecibilidad de las Decisiones Judiciales. **Ius et Praxis**, 15(1), 55-72. Disponível em <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100003>>. Acesso em 20 de agosto de 2022.
- GRUBBA, Leilane Serratine, & MONTEIRO, Kimberly Farias. (2018). Realismo jurídico escandinavo: o problema da metafísica. **Prisma Jurídico**, vol. 17, num. 2, 272-292. Epub 20 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/journal/934/93458829003/html/>>. Acesso em 21 de agosto de 2022.
- GUASTINI, Riccardo. Legal Realism as a Positivist Theory of Law. **Isonomía**, (53), 127-137. Epub 09 de junio de 2021. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182020000200006&lng=es&tlng=en>. Acesso em 20 de agosto de 2022
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado** (Trad. Lycurgo Gomes da Motta). São Paulo, Brasil: Mestre Jou. (Trabajo original en Alemán en 1934), 1968.
- JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. (2ª. ed.). São Paulo: Atlas. 1980.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juiz** (7ª ed.). São Paulo: Atlas, 2021.
- LOPES, Mônica Sette. O realismo jurídico: o discurso jurídico e a apreensão da realidade pontual. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. 2004. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1298/1230>> . Acesso em 20 de agosto de 2022.
- MALMINEN, Toni, & CAMPOS ZAMORA, Francisco Joaquim. Realismo jurídico escandinavo: algunos asuntos inconclusos. **Isonomía**, (50), 151-173. Epub 07 de agosto de 2020. Disponível em <<https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i50.161>>. Cesso em 21 de agosto de 2022.
- MOREIRA, Mônica Emília. Realismo Jurídico e Positivismo Jurídico. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. 2019, n. 52. Epub 15 Out 2019. Disponível em <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2019.52.184-194>>. Acesso em 19 de agosto de 2022.
- NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. (18ª. ed.). Rio de Janeiro: Forence, 2010.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. Realismo jurídico y conceptos dogmáticos. **Revista de derecho (Coquimbo)**, 25(2), 237-269. Disponível em <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000200237>>. Acesso em 20 de agosto de 2022.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei; HEINEN, Luana Renostro. Empiria como critério de vigência do direito: entre Alf Ross e Herbert Hart. **Revista Sequência**, UFSC, Florianópolis. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n72p193>> Acesso em 20 de agosto de 2022.
- RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza** (3ª. ed.) Trad. Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.
- SPENGLER, Fabiana Marion & MARION JÚNIOR, Nilo. **A AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS E O DIÁLOGO TRANSFORMADOR COMO MEIO DE AUTONOMIZAÇÃO DAS PARTES**. Disponível em <<https://docplayer.com.br/14763144-A-autocomposicao-dos-conflitos-e-o-dialogo->

transformador-como-meio-de-autonomizac-ao-das-partes.html>, 2010. Acesso em 21 de agosto de 2022.

TORANZO, Miguel Villoro. El realismo jurídico escandinavo. **Instituto de Investigaciones Jurídicas**, n. 19. 1989. Disponível em: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11077/10130>. Acesso em 19 de agosto de 2022.

Cómo citar: Ríos Yaringaño, J.C. (2022). La interpretación del silencio en el derecho proceso laboral. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

LA INTERPRETACIÓN DEL SILENCIO EN EL DERECHO PROCESO LABORAL

Juan Carlos Rios Yaringaño³

Introducción

Cuando hacemos referencia a la interpretación jurídica, parece que nos avocamos principalmente al análisis de un documento o texto legal, específicamente a un determinado enunciado jurídico, que viene a constituir el objeto de la interpretación jurídica según la postura de Rafael Hernández⁴. Sin embargo, la interpretación jurídica se hace extensiva también a locuciones orales provenientes de los procesos donde existe la hegemonía de la oralidad frente a la escritura como en el proceso laboral vigente en muchos países latinoamericanos, así como a la ausencia de locuciones o silencio, que de cierto modo son calificados como omisiones.

La sumaria exposición precedente nos lleva a lo que realmente nos interesa en el contexto presente y que se puede reflejar en la pregunta siguiente: ¿Es posible interpretar el silencio? Voy a sostener que con el silencio sucede lo mismo en la vida como en el derecho. De una parte, en la vida cotidiana el silencio expresa o comunica siempre algo. Me explico, ante la pregunta del padre en la iglesia ¿acepta a este hombre como su esposo?, el silencio llega a representar duda, nervios, hasta pavor; frente a la pregunta de un profesor hacia el alumno en un examen, el silencio se torna desconocimiento u olvido; y en un escenario deportivo un minuto de silencio antes de iniciar el encuentro, significa respeto por la memoria de una o más personas. De este modo, tenemos que en la vida diaria el silencio llega a simbolizar diversas cuestiones, según el contexto en el que se encuentre.

Situación similar ocurre en las internas del derecho. La rama del derecho sobre las que más páginas se ha escrito en torno a la incidencia del silencio en el derecho, recae sin lugar a duda, en el derecho penal. Existe mucha bibliografía sobre el tema. Pero ello, lo dejaremos para nuestros amigos los penalistas. En lo que a nosotros concierne, es poner la lente de aumento sobre este tópico en el proceso laboral vista desde un enfoque proveniente de la filosofía del derecho.

Este trabajo, se analizará desde creo yo, los momentos más resaltantes del silencio en el proceso laboral, me refiero, al momento de la contestación de la demanda (etapa postulatoria) y la valoración de la no presentación o exhibición de documentos (etapa probatoria).

Deseo introducir algunas reflexiones en torno a la interpretación que otorga el juzgador sobre el silencio recaído en estas circunstancias, dejando testimonio que tras ellas se encuentra una perspectiva metateórica, y si estas se encuentran bajo la sombra de lo razonable, con arreglo a derecho y si marchan en dirección a los fines de la actividad probatoria.

³ Universidad Nacional Federico Villareal, Perú.

⁴ Hernández Marín, R., *Compendio de filosofía del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2012.

Cuestiones sobre el contexto

Quisiera detenerme aquí muy brevemente para ahondar en cuanto al contexto del silencio objeto de interpretación. Hernández⁵ mapea esta situación, y nos menciona que el contexto en el sentido amplio no hace referencia a todos los factores lingüísticos o no lingüísticos que lo condicionan sino a un pequeño grupo de éstos, que pueden ser circunstancias de lugar y tiempo. Partiendo de esta consideración, podemos decir que al silencio únicamente le va incumbir factores no lingüísticos, y que los factores gravitantes para el presente estudio vienen a ser el lugar y tiempo. Con esto en mente damos paso a los siguientes puntos a desarrollar.

Etapa postulatoria

En la etapa postulatoria, una vez admitida la demanda en el proceso laboral, corresponde poner de conocimiento de la misma con sus anexos a la parte demandada en fiel resguardo de su derecho de defensa. Así, se dibuja el horizonte de la demandada en dos. De un lado, contestar la demanda en la audiencia de conciliación o única, luego de la etapa de conciliación propiamente, y siempre en cuando no prospere ésta. Por otro lado, la no contestación de la demanda, que viene a representar el silencio de dicha parte y que da el sentido de nuestro estudio.

Para determinar la interpretación del silencio en la etapa postulatoria, como se preciso líneas arriba, debemos basarnos en el contexto que nos encontramos, de manera precisa los factores de lugar y tiempo. Respecto al primero de ellos, queda claro que nos ubicamos en un proceso judicial de naturaleza laboral, de manera puntual en la posición del demandado, y con relación al segundo, nos ubicamos en la etapa postulatoria, la primera etapa de los procesos judiciales denominados no penales (civiles, laborales, etc).

Este claro de bosque despeado, nos permite apreciar que recién iniciada la contienda, resulta precipitado conjeturar fehacientemente la orientación de la decisión final, pues, el juez sólo cuenta con la demanda y contestación o en el que caso que nos convoca el silencio de la parte demandada.

Etapa prematura para señalar si quiera con mediana convicción que la demanda o la contestación son ciertas en toda su amplitud. Lo mismo sucede con el silencio, sería muy pronto señalar que la omisión a la contestación de la demanda importe una aceptación de los hechos alegados por la parte demandante, ya que, sin la actuación probatoria llevada a cabo, resultaría una interpretación muy ligera. Vale decir, en esta etapa primigenia, donde aún no existe actuación probatoria, vista desde un enfoque constitucional y convencional cobra relevancia cierto valor que los ordenamientos jurídicos reconocen como el derecho a la defensa de la parte demandada. Aquí cobra notorio protagonismo el derecho a la defensa, valor irrestricto de toda parte procesal. En base a lo dicho, resta emitir la siguiente conclusión: la interpretación del silencio de la parte demandada en la etapa postulatoria, no sería en el sentido de aceptación de los hechos peticionados en la demanda.

Un punto importante a tener en cuenta en el proceso laboral, es la clara disimetría de las partes intervinientes, donde el empleador cuenta con mayores posibilidades económicas, logísticas, entre otras, de enfrentar la controversia, más aun, cuando en su poder se encuentran el acervo documentario, que a la postre, puede servir como elementos de prueba; frente al trabajador, que sin lugar a duda refleja en la mayoría de casos la parte más débil. Pero esta notoria desigualdad muy arraigada en el proceso laboral ¿permite desentonar el arribo de la interpretación del silencio efectuado precedentemente?, considero que no, toda

⁵ *Ib.*, 281-282.

vez que si bien, dicha disparidad viene a formar parte de la naturaleza del proceso laboral y en torno al cual se han elaborado buena parte de las normas procesales, persistimos en la idea que al no efectuarse aún la actuación probatoria, no existen razones epistémicas para que tal condición incumba en la interpretación que el juzgador haga respecto del silencio. Perspectiva que toma distancia de lo regulado en el segundo párrafo del artículo 19° de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo Peruano, que señala: “La contestación contiene todas las defensas procesales y de fondo que el demandado estime convenientes. Si el demandado no niega expresamente los hechos expuestos en la demanda, estos son considerados admitidos”.

Etapas probatorias

De otro lado, en la etapa probatoria, donde se admiten, actúan y valoran los elementos de prueba presentados por las partes procesales, nos situamos en un contexto distinto al primero, haciendo hincapié en el factor de tiempo, porque de cierto modo en esta etapa, cual rompecabezas el juez viene construyendo la decisión judicial a partir de la actuación probatoria y su posterior valoración, por lo que la interpretación del silencio toma matices particulares y diversos.

En el contexto que nos encontramos, se logra apreciar dos panoramas diversos, que a pesar de estar relacionados a raíz de la actuación probatoria presentan connotaciones distintas basadas en la acción u omisión de las partes procesales. En primer lugar, si el silencio proviene de una de las partes al momento del ofrecimiento de sus medios probatorios, tanto para acreditar o desacreditar una determinada pretensión, el sentido que la interpretación debería asumir sería la de una negligencia en la estrategia procesal, atribución únicamente que recae en dicha parte, y trae como consecuencia, la no aportación de corroboración o descalificación de dicha pretensión.

En segundo lugar, bajo un enfoque distinto y para los fines que este trabajo persigue, si el silencio deriva de la no exhibición o presentación de un medio de prueba por parte de la demandada, el mismo que fue ofrecido por la parte demandante, y posteriormente requerido válidamente por el juzgador, entonces, no cabe duda que nos encontramos ante una situación diversa a los presentados anteriormente.

Gonzales⁶ arroja luz sobre esta temática en su trabajo de fines de la última década al señalar que “las omisiones se interpretan a la luz de las razones para realizar la acción omitida. Es decir, la identificación de la omisión requiere identificar primero la acción para la que había una razón. En el caso del Derecho la razón para actuar consiste en el deber jurídico de haber actuado, de manera que, siempre que hay un deber que se ha incumplido, podemos hablar de omisión. En los casos en los que la razón para actuar consiste en un deber, la omisión se valora negativamente, pero en los demás casos no”.

Concuerdo con tal postura de pensamiento, pues, teniendo en consideración que la entidad demandada, generalmente el empleador tiene en su poder el acervo documentario, la no exhibición de un medio probatorio por su parte, que ha sido previamente requerido por mandato judicial, constituye claramente un desacato a un mandato del juez, un incumplimiento del deber de colaboración con la administración de justicia, que acarrea que la valoración negativa haga una larga sombra sobre tal conducta.

Tras la marcha previa, podemos afirmar que tal omisión genera una interpretación del silencio que puede asumir una postura como de no colaboración con la administración de

⁶ Gonzales Lagier, D., *Questio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima-Bogotá: Palestra, 2018.

justicia que trae como irremediable consecuencia en esta etapa procesal, la aceptación de la hipótesis que busco corroborarse a través de la prueba no exhibida.

Es preciso indicar que, esta interpretación del silencio no se sustenta en modo alguno en razones epistémicas como el resultado del razonamiento probatorio aplicado al caso concreto, de modo específico, la carga de la prueba, toda vez que el juzgador no tuvo la oportunidad de valorar las pruebas debido a que no fueron exhibidas por la parte demandada, siendo así, su decisión difiere del resultado de un razonamiento probatorio y guarda relación con la no colaboración con la administración de justicia.

Es en esta etapa, que cobra notoriedad por lo avanzado del proceso, el valor justicia en su vertiente de resolución de controversias, el mismo que ha sido reconocido por los ordenamientos jurídicos como la tutela jurisdiccional efectiva.

Conclusiones

A partir del debate aquí desarrollado, podemos tratar de establecer algunas reflexiones a modo conclusiones extraíbles de las mismas:

- 1) La primera, es que la interpretación del silencio, como ocurre en todo campo interpretativo, del cual el proceso laboral se encuentra inmerso, depende del contexto en que se encuentra, de manera específica de los factores de lugar y tiempo.
- 2) Asimismo, si clasificamos la presencia protagónica del silencio en el proceso laboral, podemos ubicarla en dos marcadas etapas: la postulatoria y la probatoria.
- 3) En la primera de ellas, la interpretación del silencio de la parte demandada en la etapa postulatoria, no sería en el sentido de aceptación de los hechos peticionados en la demanda, ello, debido principalmente al derecho a la defensa del demandado.
- 4) En la etapa postulatoria, el sentido que la interpretación del silencio debería asumir sería la de una no colaboración con la administración de justicia, y trae como consecuencia, la aceptación de la hipótesis, que busco corroborarse a través de la prueba no exhibida, y que debido a la tutela jurisdiccional efectiva, el juzgador se encuentra en la obligación de emitir pronunciamiento, el mismo que no se enmarca dentro del razonamiento probatorio sino como la consecuencia de la no colaboración con la administración de justicia.

Cómo citar: Salva, M. (2022). ¿Cómo argumenta la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando aplica el interés superior del niño en los procesos de adopción?. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

¿CÓMO ARGUMENTA LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CUANDO APLICA EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LOS PROCESOS DE ADOPCIÓN?

Maximiliano Salva¹.

Introducción

El “interés superior del niño” (en adelante ISN) es una de las figuras que mayores opiniones encontradas provoca en los espacios académicos. Autores de diferentes ramas del derecho (filosofía del derecho, derechos humanos, derecho constitucional, derecho de la niñez y de las familias, derecho procesal, entre otras) abordan su estudio y ofrecen, al respecto, respuestas muy distintas entre sí: hay quienes, por ejemplo, ven en este principio una fuente invaluable de soluciones² y no faltan quienes, en cambio, sostienen que institutos de este tipo ponen en jaque la estabilidad del sistema jurídico³.

Por lo general, suele considerarse que el ISN es “... un principio vago, de contenido indeterminado y sujeto a múltiples interpretaciones”⁴, circunstancia que mantiene en vilo a defensores y detractores. Frente a esta situación, y a fin de aportar un poco de claridad al asunto, a través de este trabajo⁵, procuraremos describir cómo se aplica el ISN en los casos particulares y, para ello, analizaremos la praxis argumentativa desarrollada por la Corte Suprema de Nación Argentina (en adelante la Corte), a la luz de diferentes herramientas conceptuales que pertenecen a la Teoría de la Argumentación Jurídica (en adelante TAJ), herramientas que, sin duda alguna, nos ayudarán a precisar los alcances de la labor antes mencionada.

Para cumplir con nuestro cometido, examinaremos aquellos “casos difíciles” resueltos por la Corte en un periodo determinado: desde el 2.004 al 2.014; y en un tipo de proceso especial:

¹ Universidad Nacional de Tucumán

² Andrés Gil Domínguez, María Victoria Famá y Marisa Herrera (– 2.012 – *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I. Ediar. Buenos Aires. Página 44), al respecto, sostienen que el ISN “... parece perfilarse como el método más efectivo para la protección de derechos”.

³ Sobre el particular, Miguel Cillero Bruñol (– 2007 – El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en UNICEF *Revista Justicia y derechos del niño*. Nº 9. UNICEF. Santiago de Chile. Página 126) enseña que “existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en ‘el interés superior’ se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra” (– 2.007 – “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en UNICEF. *Revista Justicia y derechos del niño*. Nº 9. UNICEF. Santiago de Chile. Página 126).

⁴ Gil Domínguez, Andrés; Famá, María Victoria y Herrera, Marisa. *Obra citada*. Página 43.

⁵ Este trabajo forma parte de un estudio de investigación más extenso que se lleva adelante en el marco del proyecto “La argumentación en los Casos Difíciles de la CSJN y de la CSJT en el periodo 2004/2014” de la U.N.T.(L684).

el de adopción de niños⁶. A partir de allí, intentaremos explicar, respetando las tres dimensiones de la argumentación (formal, material y pragmática) expuestas por Manuel Atienza, cómo se despliega el proceso argumentativo y, en concreto, precisar cómo la Corte delimita los alcances del ISN, qué tipos de problemas jurídicos resuelve a través de dicho principio, qué clase de argumentos utiliza para fundar las decisiones y, finalmente, cuáles son las pautas o criterios que el tribunal ofrece para aplicarlo.

Definición. Una primera aproximación.

La Corte no brinda una definición del ISN en las sentencias analizadas. O para ser más precisos, no cumple con dicha labor, de una forma típica, como lo hacen, por ejemplo, los juristas cuando precisan los alcances de algún instituto sobre el que van a desarrollar su exposición. No nos dice que el principio en cuestión sea esto o que sea esto otro. ¿Por qué? Creemos que esta decisión expositiva encuentra su razón de ser en la siguiente circunstancia: estamos en frente de una noción de textura abierta cuyo contenido no puede determinarse de antemano. El propio tribunal es consciente de dicha situación y se encarga dejarlo en claro en los siguientes términos: el ISN "... no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en casa caso"⁷.

Ahora bien, si no brinda una definición convencional, ¿cómo precisa sus alcances? La Corte prefiere, a nuestro modo de ver, recurrir a una explicación del tipo procedimental: ofrece una serie de lineamientos e indica cómo debe utilizarse el principio en el caso en concreto; o para decirlo en otras palabras, no dice que es, sino que señala el camino que hay que recorrer para interpretar y aplicarlo. Si se respetan estas pautas se estará cumpliendo, por lo tanto, con la obligación impuesta por el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. ¿Cuáles son estos estándares?

Antes de brindar una respuesta a la pregunta formulada con anterioridad, creemos conveniente desarrollar un estudio del proceso argumentativo desplegado por la Corte en los fallos analizados teniendo especialmente en cuenta las tres dimensiones de la argumentación enunciadas por Manuel Atienza: formal, material y pragmática⁸.

⁶ Hacemos saber que, para realizar esta presentación, solo analizamos aquellos fallos que la propia Corte destaca como "relevantes". Estos pronunciamientos integran publicaciones realizadas por la Secretaría de Jurisprudencia. Se puede acceder a estas a través de los siguientes enlaces:

Fallos relevantes: https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=relevantes2003_2016.

Interés superior del niño: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/suplemento/1/documento>.

En concreto, estudiamos los siguientes:

- "S., C. s/ adopción", del 02 de agosto de 2.005 (328:2870).
- "A., F. s/ protección de persona", del 13 de marzo de 2.007 (330:642).
- "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. G. G. en la causa G., M. G. s/ protección de persona", del 16 de septiembre de 2.008 (331:2047).
- "Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de A. M d. S. en la causa M. d. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación de declaratoria de herederos", del 26 de septiembre de 2.012 (335:1838).

⁷ Fallo 330:642. Voto de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni. Considerando 3. Página 2. Voto del Dr. Maqueda. Considerando 3. Página 18.

⁸ Para un estudio profundo acerca de las dimensiones de la argumentación ver: Atienza, Manuel. (2.006). *El Derecho como Argumentación*. ed Ariel Derecho. Barcelona. y (2.013). *Curso de Argumentación Jurídica*, ed. Trotta, Madrid.

Las dimensiones de la argumentación.

Atienza diferencia el concepto de argumentación y las dimensiones lógica, material y pragmática que se desprenden de ese concepto. Sobre el particular, explica que:

“Los elementos que configuran el concepto de argumentación son los siguientes...:

1. Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje.
2. Una argumentación presupone siempre un problema, una cuestión cuya respuesta tiene que basarse en razones apropiadas al tipo de problema de que se trate.
3. Una argumentación supone tanto un proceso, una actividad, como el producto o resultado de esa actividad.
4. Argumentar es una actividad racional, en el doble sentido de que es una actividad orientada a un fin y en el que hay criterios para evaluar una argumentación; o sea, siempre parece tener sentido preguntar si una argumentación es buena o mala, mejor o peor que otra, etc.”⁹.

Luego, el profesor de Alicante aclara que las distintas interpretaciones que pueden darse a esos elementos de la argumentación sirven para diferenciar la dimensión formal (se vincula con problemas de inferencia lógica), la material (se relaciona con la verdad o corrección de los enunciados) y la pragmática, que tiene que ver con la retórica (centrado en la facultad de persuadir a un auditorio) y la dialéctica (interacción constante entre un proponente y un oponente).

Cada una de esas concepciones o aproximaciones básicas a la argumentación tiene sus particularidades, por supuesto, pero no es nuestra intención efectuar una propuesta teórica sobre éstas, sino tan sólo mostrar cómo funcionan en la praxis jurídica, especialmente en el discurso judicial, tarea que desarrollaremos a continuación:

Dimensión formal: la insuficiencia del silogismo para resolver los casos.

A través de los fallos analizados, los jueces de la Corte muestran cómo la utilización formal del silogismo judicial (aplicar la norma a los hechos del caso) no alcanza para resolver los conflictos que se presentan en los juicios de adopción donde están en juego derechos de niños.

Un ejemplo de lo antes manifestado puede verse en el fallo emitido en la causa “G., M. G. s/ protección de persona”, de fecha 16 de septiembre de 2.008¹⁰. Nos explicamos:

El caso

El día 10 de marzo de 2.005 nace M. G. G. en la CABA. A los pocos meses de vida, ingresa al Hospital D. F. Santojonni en situación de riesgo con curso de bronquiolitis y requerimientos de oxígeno. Su madre se presenta en el nosocomio e intenta retirar a su hijo por la fuerza y no lo consigue. Luego, esta última no regresa más al lugar.

Una vez que se supera la afección, el niño queda al cuidado de los médicos y enfermeros por un periodo breve de tiempo y luego ingresa al programa de “Amas Externas del Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia”. En este ámbito, se realiza una amplia evaluación de familiares y se corrobora que ninguno está en condiciones de ejercer la guarda. Por tal motivo, se decide incluir a M. G. G. en el hogar constituido por matrimonio B. S. con la intención de facilitar su regreso a la familia de origen. Ambas familias mantenían una relación diaria (cuestiones laborales), de vecindad y de cooperación mutua.

⁹ Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica* ob. cit. Página 109 y siguientes.

¹⁰ Fallo 331:2047.

En el contexto descrito, la Defensora de Menores inicia, en beneficio del niño, un proceso de protección de personas y en el marco de este trámite judicial, el 28 de febrero de 2.006, la jueza de primera instancia le otorga al matrimonio B. S., como medida cautelar, la guarda provisoria de M. G. G.

El proceso sigue su curso y, ante el total desinterés mostrado por la familia biológica, la Jueza de Primera Instancia decide, el 28 de septiembre de 2.006: a) declarar la situación de adoptabilidad de M. G. G.; b) requerir las carpetas de adoptantes al Registro Único; c) notificar al matrimonio B. S. el cese de la guarda provisoria oportunamente concedida. Funda esta última decisión en la siguiente circunstancia: se habían agotado las posibilidades de generar la revinculación y reinserción del niño en el seno de la familia biológica y la guarda provisoria había sido parte de esa estrategia.

Disconforme con esta resolución, el matrimonio B. S. deduce recurso de apelación y solicita que se revoque el cese de la guarda y, además, que se les otorgue la guarda con vistas a la adopción de M. G. G.

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirma la sentencia, entre otras cosas porque, a su juicio, no era posible transformar una guarda provisoria en una guarda con fines de adopción porque el matrimonio B. S. no estaba inscripto en el Registro Único de Adoptantes

Contra este pronunciamiento, el matrimonio B. S. y la Defensora de Menores interponen recurso extraordinario, que es denegado, y mediante una queja, la causa llega a la Corte.

Reconstrucción del silogismo judicial

Si tuviéramos que esquematizar el razonamiento de la Cámara -que confirma la decisión de primera instancia- con un silogismo, diríamos lo siguiente:

Para que una guarda provisoria se transforme en guarda con fines de adopción se exige que los solicitantes estén inscriptos en el Registro Único de Adoptantes (arts. 1 y 16 de la ley 25.684) (*premisa mayor*).

El matrimonio B.S. -guardadores provisorios de M.G.G.- no está inscripto en el Registro de Adoptantes; (*premisa menor*); luego,

El matrimonio de guardadores no puede adoptar al niño M.G.G. porque no cumple con el requisito de la ley 25.684 (*conclusión*).

El fallo de la Corte

La Corte critica este modo de resolver formalista y advierte que los jueces de las instancias inferiores no hicieron una correcta interpretación del ISN ni una adecuada argumentación del caso.

La Dra. Carmen Argibay, por ejemplo, aplica los estándares normativos del siguiente modo: "... la regla del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene – al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias –, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos".

"... en la medida que todo cambio implica un "trauma" para el niño debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un daño mayor o más grave".

La decisión adoptada por el inferior en grado significa que M. G. G. debe ser entregado a un matrimonio distinto del formado por el de los B. S. Sin embargo,

“...ningún argumento se dio para justificar por qué la entrega a la nueva y todavía desconocida familia que adoptaría a M.G.G. sería el mejor modo de satisfacer las necesidades del niño para la formación de su personalidad...”

y tampoco se demostró que

“la permanencia con el matrimonio S.-B. generaría un trauma mayor...”

Es decir,

“... el a quo no cumplió con las directrices sentadas por este Tribunal, pues ratificó una declaración con trascendentes consecuencias para la vida del niño sin brindar razón alguna fundada en el mejoramiento de su situación”.

Por lo tanto,

“... se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada”.

Desde la dimensión formal, entonces, advertimos que la selección de la premisa normativa no puede desentenderse del principio rector del ISN. Ahora veamos cómo se conecta con las otras dimensiones de la argumentación.

Dimensión material: tipos de problemas jurídicos

La Corte utiliza al ISN para resolver, en atención a tipología propuesta por MacCormick-Atienza¹¹, cuestiones de interpretación, procesales y de discrecionalidad.

Cuestiones de interpretación

Alcances de otros derechos.

¿De qué modo se relaciona el ISN con otros derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico al propio niño (permanecer con la familiar de origen) y a terceros (progenitores – guardadores)?

El tribunal responde:

“... la precedencia sanguínea no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada – entre otros extremos – con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata, por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aún mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño”¹².

Requisito de inscripción en el registro de adoptantes

¿Qué alcance debe dársele al requisito de inscripción en el Registro Único de Adoptantes, previsto por la ley nacional 25.854? Sostiene que:

“... la doctrina últimamente enunciada no tiene como destino hacer de la inscripción en el Registro Único una suerte de recaudo carente de todo sentido, o sólo aplicable bajo criterios

¹¹ En relación con este tema, seguimos la clasificación propuesta por Atienza, Manuel. *Curso de argumentación jurídica* ob. cit. página 431 y siguientes.

¹² Fallos:

- 328:2870. Voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay. Considerando 6Y. Página 20.
- 330:642. Voto del Dr. Maqueda. Considerando 17. Páginas 33 y 34.

antojadizos o meramente subjetivos de los magistrados; tampoco desarticular un régimen enderezado al logro de los elevados propósitos anteriormente expresados. Antes bien, de lo que se trata es de que el requisito sea interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, vale decir, el interés superior de éste...¹³.

Cuestiones procesales

Admisibilidad del recurso extraordinario

¿La cuestión planteada habilita la instancia federal? Afirma que:

“...los agravios traídos por la parte recurrente han planteado una cuestión federal que hace procedente el recurso interpuesto, toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional enumerado en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.1) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que el recurrente funda en ella (art. 14.3 de la ley 48). Por otro lado, la cuestionada interpretación del ‘interés superior del niño’ ha sido una premisa concluyente en la sentencia apelada y, por ende, guarda relación directa con el agravio que sirve de fundamento al recurso (art. 15 de la ley 48)”¹⁴.

Temporalidad del planteo formulado por el Sr. Defensor de Menore

¿Puede darse curso a un recurso – queja – presentado en forma extemporánea cuando está involucrado el ISN?

La Corte abre la instancia extraordinaria, a pesar de que el recurso de queja fue presentado fuera del plazo establecido, entre otras cosas porque:

“... cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los tramites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional”¹⁵.

Cuestiones de discrecionalidad

Potestad para declarar la situación de adoptabilidad

A la luz del ISN, ¿qué alcances debe dárseles a la potestad judicial de declarar la situación de adoptabilidad de un niño, contenida en el art. 317 del Código Civil? Sobre este asunto, la Dra. Argibay entiende:

“... cualquiera sea la interpretación que los tribunales competentes otorguen al artículo 317 antes mencionado, ella no puede incluir una regla tal que impida a los jueces llevar a cabo el balance entre el interés superior del niño y otros intereses individuales o colectivos que puedan entrar en juego y que, de acuerdo con la jurisprudencia mencionada en el considerando anterior, debe otorgar neta precedencia al primero”¹⁶.

Es decir, son los jueces los que deben ponderar el ISN con otros intereses en juego y tomar la decisión dando prioridad al ISN.

¹³ Fallo 331:2047. Voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Considerando 4Y. Página 5

¹⁴ Fallos:

- 328:2870. Voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay. Considerando 3Y. Página 18.
- 331:2047. Voto de la Dra. Argibay. Considerando 6Y. Página 15.

¹⁵ Fallo 335:1838. Voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda. Considerando 16. Página 7.

¹⁶ Fallo 331:2047. Voto de la Dra. Argibay. Considerando 8Y. Páginas 15 y 16.

Dimensión pragmática y los argumentos para persuadir al auditorio

La Corte recurre a diferentes tipos de argumentos¹⁷ para sostener las soluciones a las cuestiones controvertidas, que a su vez darán lugar a los estándares de aplicación que más adelante desarrollaremos. Entre ellos, podemos mencionar a los siguientes¹⁸:

Argumento teleológico

Tiene en cuenta la finalidad de las normas. Así, el ISN se constituye como pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional para proteger al menor, ya que esa es la finalidad del art. 3. 1. de la Convención sobre los Derechos del niño¹⁹.

Argumento sistemático

Realiza una lectura sistemática de las diferentes normas que integran el ordenamiento jurídico (arts. 3.1. y 21 de la C. D. N. y 321, inc. 1 del Código Civil) para sostener que el instituto de la adopción debe orientarse a satisfacer el interés del niño y no para colmar expectativas de los adultos.

Argumento de la coherencia

Relacionado con el argumento anterior, utiliza una interpretación armónica de los diferentes derechos en juego (hace hincapié en su carácter relativo) y, a la luz del ISN, les asigna un lugar determinado a cada uno, sin eliminarlos²⁰.

Argumento lógico

Sutilmente, recurre a la lógica para cuestionar aquellas conclusiones que identifican a los derechos del niño con los derechos de los adultos (petición de principios)²¹.

Argumento consecuencialista

Por otra parte, presta especial atención en las consecuencias que puede generar la decisión para indicar que sólo se puede alterar la situación de hecho si dicho cambio genera un contexto menos gravoso para el niño.

Argumento autoritativo

La Corte apela a diferentes soluciones emanadas de prestigiosos órganos para robustecer sus propias conclusiones. Así, por ejemplo, cita a la Corte Interamericana de los Derechos

¹⁷ Hacemos notar que la nómina de argumentos expuesta es sólo enunciativa.

¹⁸ Sobre este punto, seguimos la clasificación propuesta por Vigo, Rodolfo L. (año 2.012). *Cómo argumentar jurídicamente*. Abeledo Perrot. Ciudad de Buenos Aires. Página 30 y siguientes.

¹⁹ Fallo 328:2870. Voto de los Dres. Petracci y Belluscio. Considerando 5Y. Página 9. Voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti. Considerando 5Y. Página 25.

²⁰ Fallo 331:2047. Voto de la Dra. Argibay. Considerando 7Y. Página 15.

- 328:2870. Voto de los Dres. Petracci y Belluscio. Considerando 6Y. Página 10. Voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay. Considerando 6Y. Página 20. Voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti. Considerando 6Y. Páginas 26 y 27.
- 330:642. Voto de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni. Considerando 9Y. Página 24. Voto del Dr. Maqueda. Considerando 17. Páginas 33 y 34.

²¹ Fallo: 328:2870. Voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay. Considerando 4Y. Página 19.

Humanos²², al Comité de los Derechos del Niño²³, a la Corte Europea de Derechos Humanos²⁴ y a sus propios precedentes²⁵.

Los estándares de aplicación

Luego de haber efectuado, bajo el prisma de las tres dimensiones de la argumentación propuestas por Atienza, un somero análisis de la tarea argumentativa desplegada por la Corte en los fallos consultados, es momento ahora de brindar una respuesta a la pregunta que planteamos las primeras páginas de este trabajo y, en consecuencia, de explicar cuáles son los estándares fijados por el citado tribunal para aplicar el ISN.

Muchas de estas pautas aparecen, por primera vez, en la sentencia emitida en la causa caratulada “S., C. s/ adopción”, de fecha 2 de agosto de 2.005 (328:2870), y, luego, se mantienen en otras decisiones que se toman con posterioridad. Entre ellos destacamos los siguientes estándares o criterios:

Obligatoriedad

Lo primero que va a decir la Corte, al respecto, es que todos los jueces están obligados a aplicar el ISN cuando les toca resolver asuntos relacionados con niños, niñas o adolescentes: “... la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 3º.1— impone a toda autoridad nacional en asuntos concernientes a menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos incluyendo a la Corte Suprema [...] a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal le corresponde aplicar – en la medida de su jurisdicción – los tratados internacionales a los que el país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, Ley fundamental)”²⁶.

Pauta de decisión frente un conflicto de intereses

El principio ISN manda a optar por aquella solución que genere mayores beneficios para los niños²⁷ y que dicha labor supone, esencialmente, ubicar al interés del niño, niña o adolescente *por encima* de cualquier otro interés o derecho.

“El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño”²⁸.

²² Fallos:

- 330:642. Voto del Dr. Maqueda. Considerando 4Y. Páginas 18 y 21.
- 331:2047. Voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracci, Maqueda y Zaffaroni. Considerando 5Y. Página 7.
- 335:1838. Voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda. Considerandos 9 y 10. Páginas 5 y 6.

²³ Fallo 331:2047. Voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracci, Maqueda y Zaffaroni. Considerando 4Y. Páginas 5 y 6.

²⁴ Fallo 330:642. Voto del Dr. Maqueda. Considerando 4Y. Página 20.

²⁵ CSJN: “Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela” del 14 de junio de 1.995

²⁶ Fallos:

- 328:2870. Voto de los Dres. Petracci y Belluscio. Considerando 4Y. Páginas 8 y 9. Voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti. Considerando 4Y. Páginas 24 y 25.
- 331:2047. Voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracci, Maqueda y Zaffaroni. Considerando 4Y. Página 5.

²⁷ En este estándar es muy fácil advertir la presencia de una de las notas distintivas de los principios, característica que, por ejemplo, llevó a Robert Alexy llevó a describirlos como “mandatos de optimización”.

²⁸ Fallos:

“El niño tiene pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los menores debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso concreto”²⁹.

“A juicio del Tribunal, esta regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto”³⁰.

Los vínculos biológicos y adoptivos

La aseveración formulada en el punto anterior genera importantes consecuencias prácticas, ya que se hace necesario *redefinir* los alcances de otros derechos que el ordenamiento reconoce al propio niño y a otros sujetos que integran la relación procesal (progenitores, guardadores, pretensos adoptantes, etc.).

La Corte va a hacerse cargo de dicha labor y, luego de aclarar que no hay derechos absolutos, va a precisar, por ejemplo, qué peso tienen, los vínculos biológicos y los adoptivos, a la luz del ISN. En concreto, va a sostener que:

“...el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la ‘verdad biológica’ no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los estados partes firmantes de la citada convención se comprometen a asegurar (conf. art. 8º, 1), y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (art. 9º, 1)³¹.

“... la precedencia sanguínea no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada – entre otros extremos – con el hecho de que la familia biológica es el ámbito

-
- 328:2870. Voto de los Dres. Petracci y Belluscio. Considerando 5Y. Página 9. Voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti. Considerando 5Y. Página 25.
 - 331:2047. Voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracci, Maqueda y Zaffaroni. Considerando 4Y. Página 5.
 - 335:1838. Voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda. Considerando 11. Página 6.

²⁹ Fallo 328:2870. Voto de los Dres. Petracci y Belluscio. Considerando 5Y. Página 9. Voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti. Considerando 5Y. Página 25.

³⁰ Fallos:

- 328:2870. Voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay. Considerando 4Y. Página 18.
- 330:642. Voto de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni. Considerando 5Y. Páginas 21 y 22. Voto del Dr. Maqueda. Considerando 6Y. Páginas 40 y 41.
- 331:2047. Voto de la Dra. Argibay. Considerando 7Y. Páginas 14 y 15.

³¹ Fallos:

- 328:2870. Voto de los Dres. Petracci y Belluscio. Considerando 6Y. Página 10. Voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti. Considerando 6Y. Páginas 26 y 27.
- 330:642. Voto de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni. Considerando 9Y. Página 24.

inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata, por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aún mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño"³².

La adopción

Va a exponer, también, que el instituto de la adopción debe ser pensado como un mecanismo para satisfacer el ISN³³. En relación con este tema, la Corte va a sostener que: "... en el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamento en los valores justicia, solidaridad y paz social. En consecuencia, para una correcta comprensión del delicado problema que se suscita, donde se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, cuestión ésta que es de apreciación ineludible para los jueces"³⁴.

Modificación de situaciones de hecho

Asimismo, va a advertir que el juzgador debe ser muy cuidadoso a la hora de tomar decisiones que generen una modificación de una situación de hecho. Sobre el particular, va a afirmar que:

"Los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de las personas menores de edad y mantener, en consecuencia, aquellas condiciones de equilibrios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles"³⁵.

En relación con este punto, la Corte va a ofrecer valiosas pautas para decidir y va a indicar, por ejemplo, que:

"... es la conveniencia de [del niño] lo que, eventualmente, debe justificar su retorno a su familiar de origen y no, al revés, la preservación del vínculo biológico. Si la entrega [a la familia de origen] supone un daño para [el niño], los jueces [deben] justificar su decisión en que la permanencia con los guardadores que aspiran a su adopción genera un trauma mayor"³⁶.

³² Fallos:

- 328:2870. Voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay. Considerando 6Y. Página 20.
- 330:642. Voto del Dr. Maqueda. Considerando 17. Páginas 33 y 34.

³³ Pensamos que la aclaración brindada por la Corte sobre este punto tiene una explicación histórica. La adopción nació como una respuesta (una ficción jurídica) para aquellos problemas que aquejaban a los mayores de edad que no podían tener hijos. En sus orígenes, fue concebida como una herramienta que, por ejemplo, asegurara la continuación del culto religioso.

La aplicación del ISN obliga, evidentemente, a cambiar el foco de atención y a pensar en la adopción no ya como una solución para los problemas de los adultos sino, por el contrario, como un instrumento para satisfacer los derechos de los niños.

³⁴ Fallo 328:2870. Voto de los Dres. Petracchi y Belluscio. Considerando 7Y. Página 11. Voto de los Dres. Highton de Nolasco y Lorenzetti. Considerando 7Y. Página 27.

³⁵ Fallo 335:1838. Voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda. Considerando 11. Página 6.

³⁶ Fallos:

“... en la medida que todo cambio implica un trauma para el niño debe demostrarse que no llevarlos a cabo le causaría un daño mayor o más grave”³⁷.

Modificación de formas procesales

La Corte va a argumentar que las pautas procesales previstas por las leyes de rito deben aplicarse de una forma tal que no impidan el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento a favor del ISN. En concreto, va a decir que:

“... cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los tramites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional”³⁸.

Labor argumentativa

Por último, la Corte va a sostener, sin demasiados rodeos, que la aplicación del ISN es, en esencia, una tarea argumentativa. El juzgador debe brindar razones y explicar, por lo tanto, porqué la decisión adoptada es la que mejor satisface los derechos de niños. Y sobre este punto, va a realizar una valiosa aclaración: las razones deben encontrar su anclaje en las especiales circunstancias del caso. Es decir, no son suficientes las invocaciones genéricas, se necesita atender a las particularidades concretas de la situación a dilucidar por el tribunal:

“... ante la existencia de derechos en pugna de adultos que se hallan ligados con la persona del niño, la obligación del Tribunal es dar una solución que permita satisfacer las necesidades de este último del mejor modo posible para la formación de su personalidad. Esta decisión corresponde hacerla en función de las particulares circunstancias en que transcurre la vida del niño y no por remisión dogmática a fórmulas preestablecidas, generalmente asociadas a concepciones sustantivas de la vida. Esto último, por más que parezca ‘de acuerdo a derecho’, no lo será”³⁹.

“... lo que es razonable admitir como beneficioso para el niño en general, puede no serlo para ciertos chicos en particular”⁴⁰.

Palabras finales

Hemos intentado, hasta aquí, analizar y describir de qué forma la Corte aplica el ISN en los casos sobre adopción de niños en los que le tocó intervenir. Esta tarea, nos permitió arribar a las siguientes conclusiones (parciales) que, sucintamente, exponemos a continuación:

No es posible establecer, en abstracto, qué debe entenderse por ISN. Los ministros de la Corte son conscientes de dicha circunstancia. Por ello, evitan dar definiciones y optan por ofrecer una serie de pautas orientativas para aplicar el mentado principio en cada caso en concreto.

La utilización de un silogismo judicial de modo estrictamente formal, cuya premisa normativa sea una regla de acción, no siempre resultará suficiente para resolver, de forma adecuada, aquellos casos donde está en juego los derechos de los niños. Los fallos analizados

• 328:2870. Voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay. Considerando 4Y. Página 19.

• 330:642. Voto de la Dra. Argibay. Considerando 7Y. Páginas 41 y 42.

³⁷ Fallo 331:2047. Voto de la Dra. Argibay. Considerando 7Y. Página 15.

³⁸ Fallo 335:1838. Voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda. Considerando 16. Página 7.

³⁹ Fallo 328:2870. Voto de los Dres. Fayt, Zaffaroni y Argibay. Considerando 5Y. Página 20.

⁴⁰ Fallo 331:2047. Voto de la Dra. Argibay. Considerando 9Y. Página 17.

son claros ejemplos de que el uso mecánico de herramientas de este estilo puede generar, paradójicamente, el dictado de soluciones contrarias al ISN.

Las reglas, como tales, ofrecen respuestas generales que no siempre coincidirán con la mejor solución que deba adoptarse. El ISN obliga al juzgador a revisar o redefinir el contenido de las reglas y a tener especialmente en cuenta las particularidades que presenta el caso.

No se trata de un puro voluntarismo judicial, sino que los jueces tienen la obligación de aplicar el ISN y además deben hacerlo respetando determinados estándares que fija el Superior Tribunal.

La puesta en funcionamiento del principio en cuestión supone, asimismo, el desarrollo de una labor argumentativa. No basta con invocar al ISN, los jueces deben, además, ofrecer *buenas razones* que sirvan para justificar por qué la decisión adoptada es la que mejor satisface los intereses de los niños, en el caso en concreto. Si no cumple con dicha labor, no estará haciendo una correcta aplicación del mentado principio.

Cómo citar: González Gómez, L. (2022). Castillo Carina Viviana y otros c/ Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ Amparo. Entre la neutralidad religiosa y la desigualdad estructural de la ley. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

CASTILLO CARINA VIVIANA Y OTROS C/ MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE LA PROVINCIA DE SALTA S/ AMPARO. ENTRE LA NEUTRALIDAD RELIGIOSA Y LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL DE LA LEY

Laura González Gómez¹

En esta ponencia presentaré el análisis argumentativo de uno de los casos más relevantes que dictó la Corte Suprema de la Nación Argentina: “Castillo Carina Viviana y otros c/ Ministerio de Educación de la Provincia de Salta s/ Amparo. “Entre la neutralidad religiosa y la desigualdad estructural de la ley”

Es por ello, que a través del marco teórico de la teoría estándar de la argumentación, mostraré cómo funciona la teoría de la argumentación en acción.

Castillo es un caso relevante desde diversas perspectivas: desde lo *institucional* porque significó tomar una postura clave sobre la educación religiosa en las escuelas públicas del país; desde lo *procesal-constitucional* porque innovó en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de “prácticas contrarias a la Constitución”; desde lo *constitucional-convencional* porque delimitó, precisó y definió principios claves de nuestro sistema de derechos humanos, sobre todo el de igualdad y desde lo *argumentativo* porque el Tribunal desplegó una actividad argumentativa compleja para abordar este caso difícil.

Teniendo presente la célebre clasificación de casos jurídicos entre fáciles y difíciles propuesta por MacCormick, luego, ampliada por Atienza², al incluir los casos trágicos, resulta patente advertir que el caso *Castillo* no constituye un caso fácil, pues, en los casos fáciles solo basta para justificar la decisión judicial adoptada el empleo de una mera inferencia deductiva que se manifiesta acabadamente en el *silogismo judicial* a través de una premisa mayor o normativa, una premisa menor o fáctica y una conclusión subsuntiva que indica al juez las consecuencias jurídicas aplicables al caso³.

Tampoco podría considerarse como un caso trágico, es decir, aquel en el que no cabe vislumbrar una solución correcta, pues, se presenta la situación dilemática de no poder hacer justicia a través del derecho⁴: en un caso trágico cada alternativa supone el sacrificio de algún principio o valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico o moral⁵. Sencillamente, tal situación no se presenta en el caso en cuestión, ya que tanto la mayoría como la minoría sostienen –cada cual según sus razones– haber arribado a una solución correcta y armónica en torno a los valores que inspiran nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, descartadas las categorías de casos fáciles y casos trágicos, podrá apreciarse con mayor claridad que el caso *Castillo* se trata de un *caso difícil*, pues, para su justificación no bastó una mera deducción lógica (justificación interna) sino que hubo un gran despliegue

¹ Universidad Nacional de Tucumán

² Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*; Editorial Trotta, S.A., 2013

³ Atienza, Manuel *Las razones del Derecho*, Lima: Palestra (2016) pág. 220-239

⁴ Atienza, Manuel *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, S.A., 2013 pág. 812-814

⁵ Atienza, Manuel *Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm 1, 1997, pp 245-246

argumental con la finalidad de justificar, fundamentalmente, la premisa normativa (justificación externa).

De hecho, no solo se trata de un caso difícil a secas, sino que importa un caso difícil, pues, el punto controvertido (declarar la inconstitucionalidad de la normativa de educación salteña) es complejo y suscita una multiplicidad de cuestiones, donde es posible distinguir dos niveles de argumentos principales:

Por un lado, se desarrollan aquellos vinculados con la noción de neutralidad religiosa del Estado y el subsiguiente reconocimiento de la libertad de conciencia y de cultos y por el otro lado, aunque relacionados a éstos, se desarrollan el principio o el argumento igualitario y el análisis de las consecuencias de las prácticas discriminatorias encubiertas presentes en el caso.

Las partes de la argumentación: ¿Cómo analizar una argumentación jurídica?

Según Manuel Atienza,⁶ la representación de una argumentación no equivale a su análisis, sino que es un instrumento, una ayuda para entender cabalmente la motivación de un juez frente a un determinado caso.

A partir del modelo que propone, donde se distinguen siete fases fundamentales del razonamiento judicial, examinaré el fallo *Castillo*:

1.- Narración de los hechos

El 28/06/10 un grupo de madres de alumnos de escuelas primarias públicas de la provincia de Salta, encabezadas por Carina Castillo y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) iniciaron una acción de amparo colectiva contra el Estado Provincial de Salta y el Ministerio de Educación de esa provincia. En concreto pidieron que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 49 de la Constitución provincial y de los artículos 27, inciso ñ, y 8, inciso m, de la Ley provincial 7.546.

Justificaron su pedido por considerar violatorias de los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y conciencia, de igualdad, educación libre de discriminación y respeto a las minorías étnicas, religiosas, y de privacidad⁷.

Finalmente, el 12 de diciembre de 2017, cerca de la feria judicial, la Corte publicó su sentencia a cuyo análisis someteré en los siguientes párrafos.

2.- El problema

El problema central que enfrenta la Corte es el siguiente: ¿se debe confirmar o no la sentencia del Superior Tribunal de Salta?

3.- Cuestiones y subcuestiones controvertidas

La Corte para poder resolver el problema debe examinar previamente cada una de las cuestiones planteadas.

En la tipología de casos difíciles propuesta por MacCormick y Atienza se distinguen ocho tipos de cuestiones⁸, en el caso *Castillo* se presentan principalmente las siguientes: **de validez**

⁶ Atienza propone este modelo en *Curso de Argumentación Jurídica*, ob. cit., pp. 429.

⁷ Consid. 1º de la mayoría.

⁸ MacCormick ha clasificado los problemas según se presenten en la premisa normativa o fáctica. Los primeros son problemas de “interpretación” (se conoce cuál es la norma que rige el caso pero se duda cómo ha de interpretarse la misma); problemas de “relevancia” (en los que no está claro cuál es la normativa aplicable); los problemas de la premisa fáctica pueden ser de “prueba” (se duda si un hecho aconteció o si está probado que aconteció); y problemas de “calificación” (se duda si un hecho cae o no dentro de cierta previsión normativa).

Atienza agrega a los problemas otros cuatro: problemas “procesales” (tales como la competencia habilitante del órgano; la legitimación de los intervinientes, etc); de “validez” (confrontación de las normas en el sistema jurídico), de “discrecionalidad” (referidos a los conflictos de las normas de fin); y cuestiones de “ponderación”

normativa, de discrecionalidad, de ponderación de principios y sobre todo de interpretación en sentido estricto. Estas cuestiones están vinculadas entre sí pero para una mejor explicación las trataré por separado:

a.- Cuestiones de validez: En el caso existe lo que Atienza llama un problema de validez que se plantea cuando una norma o varias, en principio aplicables a la situación descrita, no respetan los criterios establecidos en el sistema jurídico de referencia para que puedan considerarse válidas.

En la especie se trata de una inconstitucionalidad sustancial - contenido de la norma – del art. 27 inc. ñ de la Ley de Educación n° 7546 y la disposición 45/2009, que contraría los arts. 14, 16, 19 y 75 inc. 19 de la CN.

Los hechos revisten una importancia primordial, ya que a partir de ellos se realiza un test de constitucionalidad totalmente atípico para nuestro sistema, que es la inconstitucionalidad *onits fase (por la norma misma) o control de constitucionalidad encubierto* como lo ha llamado Gustavo Arballo.

Este control de constitucionalidad no pone la lupa en la norma misma, que a priori parece constitucional sino en las prácticas que se derivan de su aplicación.

Por ello dice la norma en cuestión es inconstitucional porque estamos en presencia de una hipótesis de norma irrazonable por contener discriminación encubierta, lo que provoca un comprobado efecto sistémico de desigualdad⁹.

El ministro Rosatti, por su parte, suscribió una disidencia parcial, en tanto consideró la constitucionalidad tanto de la Constitución salteña como de toda la ley local de educación, pero sostuvo también la antijuridicidad de las condiciones y prácticas conforme a las cuales, en los hechos, se implementaba la educación religiosa actualmente en la provincia.

b.- Cuestiones de Interpretación: Uno de los conflictos principales que surgen en el fallo es la interpretación del art. 2 de la Constitución Nacional.

La Corte recurre a antecedentes históricos y realiza una interpretación evolutiva que ha desarrollado sobre el alcance del mencionado artículo. Primeramente, recuerda que del debate de la Convención Constituyente surge el privilegio que recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 como religión mayoritaria, para luego concluir que el término “sostenimiento” debe entenderse limitado al “sostenimiento económico” del culto católico, siempre en el contexto de una posición neutral del Estado en todo otro aspecto frente a las religiones – consid. 10 de la mayoría.

Surge también la necesidad de determinar cuál es el alcance **del principio de neutralidad del Estado en materia religiosa dentro del ámbito de la educación pública.**

c.- Cuestiones de discrecionalidad: Podría entenderse que el voto de la mayoría enfoca el problema a resolver sobre la constitucionalidad del art. 49 de la Constitución de Salta y del inc. m del art. 8 de la Ley 7546 desde la discrecionalidad. Hace un test de razonabilidad -análisis de medios y fines- para concluir que las normas mencionadas son razonables y replican casi literalmente las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Por eso declara la constitucionalidad de ambas normas de la Constitución salteña.

d.- Cuestiones de ponderación: Los jueces de la mayoría para resolver el conflicto jurídico del caso, eligen ponderar, que no es otra cosa que sopesar los principios en juego.

En el fallo *Castillo* los principios que se destacan son: el de neutralidad religiosa del Estado, la libertad religiosa y de conciencia, el de igualdad y no discriminación y el derecho a la intimidad

(confrontación entre principios). Para un estudio más detallado de estas cuestiones controvertidas ver Atienza, Manuel “*Curso de Argumentación Jurídica*” pág. 431

⁹Consid. 27° de la mayoría.

La Corte Suprema sintonizando los nuevos paradigmas que derivó en la configuración de un modelo secular con tendencia a la laicidad, realiza una ponderación de los principios mencionados, dando preponderancia al principio de neutralidad y la regla de laicidad que debe imperar en el ámbito de la regulación estatal.

4.- Respuestas a esas cuestiones

Como se expuso precedentemente, los jueces de la mayoría admiten que el derecho de recibir una educación religiosa consagrado en el art. 49 de la Constitución de la Provincia de Salta y reglamentado en el inc. m del art. 8 de la Ley 7546 resulta constitucionalmente válido y tutelado en los instrumentos internacionales.

Pero declaran la inconstitucionalidad del inc. ñ del art. 27 de la Ley 7546 y de la disposición 45/2009 que imponía su carácter obligatorio, por ser violatorio de la intimidad personal, del sistema de formularios archivables que requieren una declaración de los padres al respecto.

Rosatti nos dice que la colisión con los principios y garantías de la Const. Nacional debe surgir de la ley misma y no de la aplicación irrazonable que de ella se haga en el caso concreto o de sus resultados, pues, efectuar el análisis de la validez constitucional sobre la base de los resultados obtenidos en su aplicación, importaría valorarlas en mérito a factores extraños a ellas que, por lo demás, no son su consecuencia necesaria.

5.- Razones de esas respuestas

Las razones del caso *Castillo* van más allá, porque la solución, no siempre coincide únicamente con la ley, sino que alude a las *razones propiamente jurídicas*¹⁰ que pudieren dar sustento justificatorio a la resolución del caso.

Así, Rodolfo Vigo¹¹ señala que estas razones pueden ser de validez intrínseca (derechos fundamentales), de validez autoritativa o institucional (leyes, decretos, reglamentos, etc.) o de validez conferida sin que medie exigencia previa (jurisprudencia o doctrina). A partir de esta clasificación, diré que:

En el voto de la mayoría y en la disidencia parcial podemos llegar a observar a.- Razones de validez intrínseca; b.- de validez autoritativa o institucional y por último c.- razones de validez conferida.

6.- Solución a las cuestiones y al problema

Como ya se expuso, los jueces de la mayoría deciden declarar inconstitucional el inc. ñ del art. 27 de la Ley de Educación Provincial n°7546 por el cual se reglamenta el derecho previsto en el art. 49 de la Constitución de Salta y de su aplicación por las autoridades educativas locales y de la disposición 45/2009 de la Dirección General de la Provincia de Salta por considerarla violatoria de la esfera de la individualidad personal contemplada en el art. 19 de la Constitución nacional.

7.- Decisión que asume el Tribunal Superior

Declara procedente el recurso extraordinario y se revoca parcialmente la sentencia apelada. Se declara la inconstitucionalidad del inciso ñ del art. 27 de la Ley 7546 y de la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la Provincia de Salta en las escuelas públicas de la citada provincia.

¹⁰ Vigo, Rodolfo (2015) *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Bs.As. – Editorial Rubinzal – Culzoni, pág. 93 que dice: Las razones propiamente jurídicas coinciden en gran medida con la tradicional cuestión de las fuentes del derecho.

¹¹Vigo, Rodolfo *Idem*, pág. 94. El autor dice: “También las razones propiamente jurídicas pueden clasificarse según su forma en normas con estructura hipotética o en principios con estructura categóricas”. Es válido aclarar que para Atienza las normas pueden ser reglas o principios, por lo que, las normas de Vigo son reglas para Atienza.

Si bien en apariencia, los puntos 6° y 7° son similares, las diferencias que surgen de ambos, es que la solución al problema es el cierre a la pregunta inicial que en el caso es declarar la constitucionalidad del art. 49 de la Constitución de Salta y el art. 8 inc.m de la Ley 7546 y la inconstitucionalidad del inc. ñ del art. 27 de la Ley 7546.

En cambio, la decisión que toma el Tribunal es revocar parcialmente la sentencia apelada de la Corte de Salta.

Los argumentos jurídicos del fallo *Castillo*

Dentro de la concepción material de la argumentación se destaca el descubrimiento y el examen de las premisas. No interesa tanto la estructura del razonamiento -como en la concepción formal- sino el contenido de las premisas.

La línea argumentativa del caso *Castillo* fue cuidadosamente elegida por el Tribunal. Son numerosos los tipos de argumentos que utiliza la Corte, pero centraré el análisis sobre un argumento jurídico que es la interpretación que realiza la Corte sobre el art. 2 de la Constitución Nacional y los argumentos axiológicos que se destacan en el caso:

Argumento jurídico del fallo *Castillo*: La interpretación del Art. 2 CN

En primer lugar, la Corte analiza el artículo 2 de la Constitución Nacional, para ello hace una interpretación de la voluntad del Convencional Constituyente histórico respecto del alcance del término “sostenimiento” del culto católico apostólico romano. En este sentido, expresa el voto mayoritario, que “sostener” no implica establecer como religión del Estado a la religión católica, sino que el término debe entenderse limitado al “sostenimiento económico” del culto católico, ello en el contexto de una posición en todo otro aspecto neutral del Estado frente a las religiones.

Luego de esta interpretación literal, los jueces realizan una interpretación evolutiva¹² respecto del alcance del mencionado art. 2 de la Constitución Nacional, sin dejar de expresar que ya fue señalado en diferentes precedentes¹³ y enfatizar que “ningún culto reviste el carácter de religión

¹²Guastini, Ricardo *Estudios sobre la interpretación jurídica*, ob. cit., pp. 50/51. Sobre la Interpretación evolutiva dice: “...La doctrina Evolutiva por su parte es aquella que trabaja con una interpretación que atribuye a un texto su significado actual. Rechazando o, en todo caso, apartándose de anteriores interpretaciones consolidadas, atribuye a un texto normativo un significado nuevo, distinto del que históricamente había asumido. En general, este tipo de interpretación se basa en la idea de que, al cambiar las circunstancias históricas (sociales, culturales, etc.) en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar (“evolucionar”) asimismo el modo de interpretarla. En suma, la interpretación evolutiva tiende a adaptar viejas (o relativamente viejas) leyes a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico”.

¹³ Sobre el alcance del art. 2 de la Const. Nacional, la CSJN se pronunció en varios precedentes, entre ellos Fallo 53:188, 1893 “Correa” declaró la constitucionalidad de la ley de Matrimonio Civil, en cuanto sometía a sanciones criminales a los ministros, pastores o sacerdotes, que celebrasen un matrimonio religioso sin la acreditación de que los contrayentes había contraído matrimonio civil. En el fallo 151:403, 1928 “Didier Desbarats”, V.E. fue mucho más explícita en cuanto a su visión restringida del art. 2° de la CN, al rechazar el planteo del arzobispo de Buenos Aires conforme al cual la aplicación de esa institución del impuesto a la herencia era incompatible con esa disposición constitucional o, incluidos en su presupuesto y sometidos por consiguiente al poder del Congreso y en consecuencia no podía entenderse que dicha cláusula hubiera instituido al catolicismo como “religión de Estado”. Esta interpretación fue reiterada en el caso “Carbonell” - Fallos 304:1139, 1982, en donde V.E., rechazó el planteo del recurrente de que era inconstitucional el desconocimiento por parte del Estado de efectos legales al matrimonio religioso con el objeto de percibir una pensión derivada del beneficio jubilatorio de que gozaba la persona con la cual había contraído matrimonio religioso. Cabe destacar que en su dictamen el Procurador, con remisión al precedente “Didier Desbarats”, señaló que “si bien las circunstancias señaladas por V.E. en dicho pronunciamiento fueron determinantes para que dentro de la igualdad que establece la ley Fundamental otorgara cierta preeminencia al culto católico, de ninguna manera puede seguirse de ello que el Estado esté obligado a reconocer efectos en el ámbito civil a un matrimonio celebrado exclusivamente según sus normas”. En el caso “Villacampa” - Fallo 312:122; 1989 -, en donde el recurrente había sostenido que la institución del divorcio vincular era contraria, entre otras disposiciones constitucionales, al art. 2° de la CN, V.E. sostuvo, con remisión al dictamen del procurador, rechazó ese planteo al ratificar la doctrina enunciada en los precedentes “Didier

oficial del Estado argentino y que ‘la aludida norma constitucional’. El artículo se limita a privilegiar a la Iglesia Católica en sus relaciones con el Estado coadyuvando, a la vez, al sostén y protección económica de los gastos de ese culto, los cuales serían pagados por el tesoro nacional, incluidos en su presupuesto y sometidos, por consiguiente, al poder del Congreso”¹⁴. Concluye que la cláusula constitucional no implica instituir al catolicismo como “religión oficial”.

El voto de la disidencia parcial, en cambio, remarca que el “sostenimiento” del culto católico apostólico romano, consagrado en el art. 2º de la Constitución Nación, no es óbice para proclamar el respeto a todos los cultos¹⁵. El Dr. Rosatti menciona que la neutralidad religiosa surge de los arts. 14 y 19 de la Ley Fundamental que declara la libertad de culto y la libertad de conciencia. Declara que el art. 27 inc. ñ de la ley provincial 7546 es constitucional porque es acorde con los principios constitucionales y lo que es inconstitucional es la práctica que implique la prevalencia de un culto -como el católico- por sobre las demás religiones.

Argumentos axiológicos del fallo *Castillo*

La Corte declaró la inconstitucionalidad del inc. ñ del art. 27 de la ley de educación salteña nº 7546 y para ello analizó la relación sistemática de esa norma confrontándola con principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Entre esos principios menciona al de neutralidad religiosa, el de igualdad y no discriminación, libertad de culto y de conciencia y por último el derecho a la intimidad.

En esta ponencia sólo examinaré el principio de neutralidad religiosa y el principio de igualdad ante la ley.

a.- Principio de neutralidad religiosa

El primer núcleo argumentativo del fallo está dado por el principio de neutralidad religiosa. La Corte luego de definir el modelo argentino con tendencia hacia la laicidad, utiliza el principio *de neutralidad religiosa* como un eje articulador dentro del ámbito de la educación.

La neutralidad implica que el Estado es imparcial respecto a las convicciones y creencias de sus ciudadanos. Al Estado le debe ser indiferente que sus ciudadanos sean creyentes o no creyentes, que pertenezcan a una confesión religiosa o a otra; de lo contrario se vulneraría el principio de igualdad, dando lugar a la división de los ciudadanos en varias categorías por razón de sus creencias.

El Estado está obligado a dar exactamente el mismo trato a quienes tienen *creencias e ideas religiosas* que a quienes no las tienen y entre quienes tienen creencias religiosas cualesquiera que sean éstas.

Es así que la Corte expresa que el convencional constituyente de 1994 al incorporar el art. 75 inc. 19 persiguió un doble objetivo: consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa ciertos principios básicos que habían caracterizado a la educación pública argentina –su

Desbarats y Carbonell”, que dado que la religión católica no había sido incorporada como “religión de Estado” por el art. 2º de la CN, “pretender que la ley civil coincida con la legislación canónica en esta materia, supone la alteración de los límites de la legislación común sobre el matrimonio, ya que el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso”. Anteriormente, en el precedente “Sejean” - Fallos 308:2268, 1986 - V.E. declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del divorcio vincular prevista en el art. 64 de la ley 2393, y sostuvo que la “libertad de conciencia es incompatible, por ende con la confesionalidad del Estado. El privilegio que, como religión de la mayoría de los habitantes del país, recibió la Iglesia Católica en la Constitución de 1853/1860 no importa, como observara Avellaneda en la declaración antes citada, que aquella sea establecida como religión del Estado. Y aun siendo innegable la preeminencia consagrada en la Constitución Nacional a favor del culto católico apostólico romano, al establecer la libertad de todos los cultos no puede sostenerse con su texto, que la Iglesia Católica constituye un poder político en nuestra organización, con potestad de dictar leyes de carácter civil como son las que estatuyen el régimen del matrimonio”.

¹⁴Consid. 8 de la mayoría.

¹⁵Consid. 10 del voto de la minoría.

carácter neutral y gratuito— y a la vez asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación¹⁶.

La mayoría de la Corte propone que el principio de neutralidad comprende la posibilidad de profesar (o no) libremente un culto *incluso en el ámbito escolar*, fundándolo en el artículo 14 de la Constitución¹⁷. También menciona el derecho internacional de los derechos humanos (conforme el 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) que garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban enseñanza religiosa que esté de acuerdo con sus convicciones o creencias¹⁸.

Señala que la noción de neutralidad comprende no solo la no preferencia respecto de ninguna posición religiosa en particular -incluso de los no creyentes -, sino también una faz de tolerancia hacia *todos aquellos que quieran profesar su culto en el ámbito escolar*¹⁹.

A partir de ello, la Corte remarca la necesidad de que los contenidos sobre *enseñanza religiosa* deben construirse de forma objetiva y neutral. No debe estar orientada a una religión determinada ni sesgada, tampoco debe requerir la adhesión personal del estudiante.

Para la mayoría de la Corte, concebida la enseñanza en estos términos, la provincia – en este caso Salta - tiene un margen de actuación para, o bien incluir tales contenidos dentro del plan de estudios y en horario escolar, o bien prever la enseñanza sólo a quienes lo deseen fuera del horario de clase (lo que a su criterio representaría un esfuerzo menor, es decir, una restricción menor de los derechos a la igualdad y no discriminación)²⁰.

b.- Principio de igualdad y no discriminación: *El nuevo principio de igualdad como no sometimiento.*

El segundo núcleo de argumentación del fallo *Castillo* está conformado por las consideraciones de la Corte sobre el principio de igualdad.

Es por ello, que el voto mayoritario distingue entre el derecho a la igualdad tanto en la “formulación de la ley” como en la “aplicación de la ley”. De este modo, los jueces realizan un desarrollo interesante, donde en forma preliminar reconocen un criterio que es significativo y además trasciende los límites tradicionales sobre el principio de igualdad del art. 16 de la Constitución Nacional²¹ al afirmar que: “...la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación²², sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo.

El voto mayoritario plantea una nueva versión interpretativa del art. 16 de la Const. Nacional,

¹⁶Consid. 13° de la mayoría.

¹⁷ Art. 14 de la Const. Nacional: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

¹⁸Como contracara de este mismo derecho, rescata lo dispuesto en la *Observación General N° 22 del Comité de Derechos Humanos* en tanto señala que “la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible (con el derecho de los padres citado) a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores”.

¹⁹Consid. 14 *in fine* del voto de la mayoría.

²⁰ Consid. 37 del voto de la mayoría.

²¹Art. 16 de la Const. Nacional: La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: No hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

²²La concepción de igualdad como no discriminación sostiene que el legislador puede hacer distinciones siempre que exista una relación de proporcionalidad entre medios y fines (el medio en general es la distinción utilizada por el legislador y el fin puede ser diverso, por ejemplo, encontrar los mejores docentes, identificar a quienes saben conducir, que ingresen los mejores a las universidades, entre otros). Las diferencias no están prohibidas siempre que cumplan con el principio de legalidad y razonabilidad.

que debe realizarse a la luz de los principios de reconocimiento y no sometimiento, en los que se funda la noción de igualdad real²³ que tiene en cuenta “el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan y de qué modo impactan en los grupos desaventajados, si es que efectivamente lo hacen”²⁴.

Si en lugar de la igualdad de oportunidades, se presenta una situación de trato desigual, sistemático, estructural, dentro de una sociedad, el principio de “igualdad como no discriminación” resulta insuficiente y puede convertirse en una manera de seguir perpetuando o reforzando esas prácticas que generan situaciones de desigualdad estructural.

Esa visión diferente de la igualdad ante la ley, que no se asocia exclusivamente al principio de igualdad como no discriminación, pero que tampoco necesariamente deber ser opuesta, tiene como fundamento revertir la situación de desventaja en la que se encuentran ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

En la igualdad como no sometimiento, lo que torna sospechoso a una categoría, ya no es la irrazonabilidad del criterio elegido, sino la relación con la perpetración de una situación de desigualdad estructural o exclusión que el art. 75 inc. 23 - ordena dismantelar.

A priori no habría categorías sospechosas, sino que habría que analizar cada trato en particular y el impacto de ese trato diferente en la situación del grupo específico del que se trate.

La Corte en *Castillo* toma este andamiaje introductorio para remarcar claramente la insuficiencia del examen tradicional de igualdad como no discriminación ante una norma (la ley provincial educativa) aparentemente neutral, que si bien no contiene una desigualdad directa clara (en tanto no surgía la preferencia de ningún culto respecto de otro), su implementación conllevaba a una desigualdad fáctica intolerable.

De este modo la Corte innova en un control de constitucionalidad respecto de normas y/o prácticas que si bien a primera vista aparentan ser neutras o inocuas (en tanto no contienen una *discriminación directa* fundada en una categoría sospechosa prohibida) sin embargo, por sus “efectos discriminatorios encubiertos”²⁵ o “desequilibrios fácticos”²⁶ *impactan desproporcionadamente* en perjuicio de los individuos o grupos religiosos minoritarios y los no creyentes.

Esto se agrava frente a la preponderancia de la población que profesa el culto católico y las prácticas religiosas (rezos, bendiciones, etc.) que en los hechos se llevan a cabo en la provincia de Salta. Este aspecto es rescatado especialmente por el juez Rosatti quien refiere a una “inconstitucionalidad fáctica” en la implementación de la enseñanza religiosa en la provincia al dictarse casi exclusivamente el catecismo católico²⁷.

Como consecuencia de este argumento, otro aspecto clave del fallo deriva en la exigencia que reconoce la Corte de llevar adelante un examen de la razonabilidad mucho más agravado: el examen de escrutinio estricto²⁸.

²³Reconocida especialmente en el texto constitucional en el artículo 75 inc. 23, y dirigida enfáticamente a la protección de grupos socialmente vulnerables víctimas de desigualdades estructurales.

²⁴Consid. 18° de la mayoría.

²⁵Consid. 23° del voto de la mayoría.

²⁶Consid. 26° del voto de la mayoría.

²⁷Consid. 30 de la disidencia parcial del juez Rosatti

²⁸ Para profundizar sobre el tema del “escrutinio estricto” consultar: <https://www.mpf.gov.ar/dgdh/files/2016/06/Cuadernillo-2-Igualdad-y-no-Discriminaci%C3%B3n.pdf>. Para confrontar el respeto de una norma o de una política pública con el derecho de igualdad ante la ley o con el principio de no discriminación se exigen, en consecuencia, diferentes análisis. En el primero de los casos, se aplica el denominado “escrutinio leve”, mediante el cual el tribunal se debe limitar a verificar que el fin buscado y el medio empleado sean adecuados para alcanzar el propósito no prohibido. En este supuesto, quien cuestiona la constitucionalidad de la norma enfrentará la carga de la prueba. En cambio, la rigurosidad del escrutinio aumenta cuando están involucradas las categorías incluidas en las cláusulas antidiscriminatorias de los instrumentos de protección de derechos humanos (“categorías sospechosas”). En algunos casos, se analiza la norma o práctica mediante un “escrutinio intermedio”, que postula un equilibrio entre las partes en relación con la carga de la

Respecto a este tema el juez Rosatti presenta una disidencia parcial. Comparte y reconoce la “manifiesta improcedencia de las conductas” y la “antijuridicidad de las prácticas”. Sin embargo, entiende que “de ello no puede deducirse, sin más, la inconstitucionalidad” de la ley de educación de Salta, la que puede subsanarse de establecerse las condiciones necesarias para que alcance su plena vigencia conforme las conclusiones que expone en su voto”²⁹.

En definitiva, es en este punto clave del fallo donde se distinguen argumentativamente los votos de la mayoría y de la disidencia. Ambos coinciden en que las prácticas de la enseñanza religiosa en la provincia de Salta son antijurídicas, pero mientras la mayoría declara la inconstitucionalidad de la ley a partir de esas prácticas, el juez Rosatti, en cambio, no declara la inconstitucionalidad de la ley y le otorga un mayor reconocimiento a la provincia para hacer uso de su “margen de apreciación” al regular la educación religiosa en sus escuelas públicas.

Conclusiones

1. En el proceso argumentativo del caso *Castillo*, la Corte utiliza una trama argumentativa compleja donde se destacan la dimensión formal, material y pragmática de la argumentación.
2. En cuanto a la multiplicidad de argumentos axiológicos en los que funda la decisión, la Corte reafirma la *idea de laicidad*, pero desde un enfoque neutral, como una actitud pasiva que debe mantener el Estado en materia religiosa.
3. El voto mayoritario establece al **principio de neutralidad religiosa como un eje de articulación en el ámbito de la educación**, donde logra definir un doble objetivo, por un lado, consagrar expresamente con la máxima jerarquía normativa principios básicos que caracterizan a la educación pública como ser su carácter neutral y gratuito y por otro lado asegurar, mediante nuevos mecanismos, la igualdad real de oportunidades en el acceso a la educación.
4. Otro de los argumentos más importantes del caso *Castillo* es la **inconstitucionalidad de la normativa salteña por irrazonable**, es decir, por contener *discriminación encubierta*. Desde la letra de la norma el texto es neutral, pero el efecto que produce en la práctica genera “un comprobado efecto sistémico de desigualdad”. Se trata de un caso de control de constitucionalidad estructural y no normativo, porque a la idea tradicional de igualdad le agrega la noción de grupo y tiene en cuenta el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas que de ellas se derivan y de qué modo impactan en los grupos desaventajados.
5. La Corte en *Castillo* considera que las diferencias generadas por la ley salteña por un lado configuran una **categoría sospechosa y por el otro dicen que no sería una categoría sospechosa**. No es una categoría sospechosa porque la letra de la ley es en “apariencia neutra”, es decir, el art. 27 inciso ñ de la ley de educación provincial no genera una preferencia de un culto sobre otro, simplemente ordena enseñar religión en horario escolar dentro del plan de estudios de las escuelas primarias públicas. Sin embargo, *sí* es una categoría sospechosa si se analiza los efectos que provoca la ley en el contexto social en el que se aplica.
6. El juez Rosatti presenta una disidencia parcial. Comparte y reconoce la “manifiesta improcedencia de las conductas” y la “antijuridicidad de las prácticas”. Sin embargo, entiende que “de ello no puede deducirse, sin más, la inconstitucionalidad” de la ley de educación de Salta, la que puede subsanarse de establecerse las condiciones necesarias para que alcance su plena vigencia conforme las conclusiones que expone en su voto”³⁰.

prueba, dado que el fin relevante debe ser acreditado por quien defiende la práctica o norma impugnada pero no se presume su inconstitucionalidad. En otros, se utiliza el denominado “escrutinio estricto”: la norma o práctica impugnada se presume inconstitucional y es el demandado quien debe probar que aquella persigue un fin legítimo, relevante e imperioso, y que el medio elegido es idóneo e imprescindible y constituye la alternativa menos lesiva para los derechos de los afectados

²⁹Consid. 33 y 34 de la disidencia parcial del juez Rosatti.

³⁰ Consid. 33 y 34 de la disidencia parcial del juez Rosatti.

Cómo citar: Albano, J. (2022). Análisis argumentativo del caso “Colegio de Abogados de Tucumán vs. Honorable Convención Constituyente de Tucumán s/inconstitucionalidad” Una mirada desde la Corte Suprema de Tucumán. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DEL CASO: “COLEGIO DE ABOGADOS DE TUCUMÁN VS. HONORABLE CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE TUCUMÁN S/INCONSTITUCIONALIDAD”. UNA MIRADA DESDE LA CORTE SUPREMA DE TUCUMÁN

Javier Albano¹

Introducción

El presente trabajo encierra un abordaje analítico de la decisión tomada por la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán a propósito de los cuestionamientos de inconstitucionalidad promovidos por el Colegio de Abogados de Tucumán en contra de la labor reformadora de la Constitución Provincial llevada a cabo por la Honorable Convención Constituyente de 2.006. Entre las principales innovaciones a la Carta Magna Local encontramos: la incorporación del mecanismo de su modificación por enmiendas, la implementación del Consejo Asesor de la Magistratura (en adelante C.A.M) como organismo de selección de magistrados, y el sistema de remoción de éstos últimos y de funcionarios del Poder Judicial a través de un Jurado de Enjuiciamiento.

Enfoque teórico del análisis:

Dentro de las distintas plataformas de estudio de las que se puede partir para el análisis de un fallo, me he propuesto hacerlo en este caso desde la profesada por la teoría estándar de la argumentación jurídica (Robert Alexy, Neil MacCormick y Manuel Atienza sus principales exponentes), a fin de determinar en qué paradigma jurídico se sitúa y valorar la argumentación jurídica realizada por los jueces.

La metodología utilizada será la del análisis argumentativo de los casos jurídicos para reconstruir los planos lógico, axiológico, regulativo, fáctico y lingüístico del razonamiento judicial y evaluar la argumentación y la decisión de la Corte desde diferentes criterios.

En el primer capítulo se analizará el fallo y en el segundo se reunirán las conclusiones del presente trabajo.

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE TUCUMÁN DEL 08/11/08

1.- Presentación del caso

El Colegio de Abogados de la provincia de Tucumán entendió que la Honorable Convención Constituyente que aprobó la reforma de la Constitución Provincial (en adelante CP) el 06/06/2006 había exorbitado las facultades que le fueron conferidas por ley n° 7.469 -declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional y de sus alcances- e interpuso acción de nulidad e inconstitucionalidad en contra de las siguientes normas de la CP: arts. 47, 48, 49, 101 inc. 5°, 113, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 155, 162, 166 de la C.P .

¹ Universidad Nacional de Tucumán.

La causa tramitó ante la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Provincia, Sala II, que dictó la sentencia n° 07 pronunciada el 05 de febrero de 2.008 que, en lo esencial, decidió lo siguiente:

- Declarar la nulidad e inconstitucionalidad de los arts. 155 y 166 de la C.P, referidos al mecanismo de enmiendas.
- Declarar la nulidad e inconstitucionalidad de los arts. 101 inc. 5° segunda parte y 162 de la C.P, y del Dcto. 1820/14, atinentes al C.A.M.
- Declarar la nulidad e inconstitucionalidad del art. 129 de la C.P, inherente al Jurado de Enjuiciamiento.
- Rechazar la inconstitucionalidad de los arts. 47, 48, 49, 113, 124, 125, 126, 127, 128, 130 y 131 de la C.P.
- Efectuar una declaración de certeza acerca de la composición del Jurado de Enjuiciamiento.

Frente a este resultado, la parte demandada dedujo recurso de casación, que fue resuelto por la Sala Laboral y Contencioso Administrativo de la C.S.J.T a través de sentencia de agosto de 2.008 que, en lo puntual, dispuso hacer lugar parcialmente a lo solicitado, dejando sin efecto la declaración de nulidad e inconstitucionalidad del art. 129 C.P, relativo a la constitución del Jurado de Enjuiciamiento. En los demás puntos, rechazó el recurso de casación.

Finalmente, insistió en su postura la Provincia demandada a través del Recurso Extraordinario Federal, el que al ser denegado por la CSJT derivó en la pertinente queja ante la C.S.J.N., órgano éste que emitió la decisión última sobre el tema en fallo del 14 de abril de 2.015, desestimatorio del recurso de hecho, cobrando fundamental relevancia el análisis efectuado en pos de la legitimación activa de la parte actora, en tanto encerraba la protección de un derecho de incidencia colectiva: “la simple condición de ciudadano resultaría suficiente para tener por demostrada la existencia de un interés “especial” o “directo”².

2.- Clasificación del fallo de acuerdo a la tipología de casos y las cuestiones controvertidas

Atendiendo la tipología de casos difíciles enunciada por MacCormick³ y aumentada por Atienza⁴ podemos sostener que el fallo bajo estudio constituye un *caso difícil* por cuanto las cuestiones y subcuestiones controvertidas admitían para su resolución más de una interpretación posible (la disidencia es prueba acabada de ello), y para encontrarla debió recurrirse a la ponderación de las leyes, principios y valores en pugna, a través de una profusa actividad deliberativa y justificativa tendiente a armonizar el sistema jurídico local. Tanto las cuestiones procesales como las de fondo precisaron de recursos retóricos del tribunal en procura de dotar de coherencia a las normas jurídicas y valores en juego, método éste que desde luego nada tiene que ver con el de la subsunción que habría bastado para destrabar la controversia en un *caso fácil*.

El tipo de razonamiento utilizado para su resolución (la ponderación) frente a la situación de inconsistencia normativa obligó al tribunal a llevar adelante una nutrida deliberación práctica (*juris-prudentia*), todo lo que nos da la clara pauta de que estamos en presencia de lo que el paradigma del Estado de Derecho Constitucional se ha dado en llamar *caso difícil*.

El problema jurídico principal del caso es de *validez*, es decir, se controvierte la elección de la premisa normativa que justifica el fallo. Implica precisamente al control de

² Consid. 9 de la mayoría.

³ MacCormick Neil, *Legal reasoning and legal theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978.

⁴ Atienza, Manuel *Curso de Argumentación Jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2013, pag. 431 yss

constitucionalidad de las normas de la propia Constitución Provincial introducidas en 2.006 por la H.C.C, debiendo discernir si se encuentran o no en sintonía con el sistema jurídico al que pertenecen, no sólo con sus reglas, sino también, y por sobre todo, con sus principios. Se deja aclarado que, si bien en una primera mirada podría calificarse al problema como de *interpretación*, más específicamente la cuestión se encasilla dentro de los supuestos de *validez*.

En el caso efectivamente existen otras cuestiones controvertidas que Corte debió zanjar, revistiendo todas ellas la categorización de *procesales* como ser los problemas de legitimación activa; vía recursiva admisible; procedencia o improcedencia de la declaración de certeza efectuada por Cámara a la luz de lo reclamado en la demanda. Así por ejemplo, el voto mayoritario entendió que el actor era competente para accionar respecto de todas las cuestiones sustanciales involucradas, mientras que el voto en disidencia concluyó que no lo era respecto del régimen de enmiendas.

3.- Las materias de la sentencia: el plano regulatorio, las normas que rigen el caso

Se puntualizarán por separado cada una de las cuestiones resueltas en el orden de tratamiento escogido por el fallo analizado, identificando en ellas no sólo las *reglas* sino también los *principios* involucrados en el caso, de acuerdo a la conceptualización que en tal sentido esbozan R. Vigo, Dworkin y R. Alexy⁵:

Vía recursiva admisible (casación vs inconstitucionalidad): involucra las normas que declaran la necesidad y contenido de la reforma (art. 151 de la Constitución Provincial, ex 129; y ley provincial n° 7.469), y resuelve el caso a la luz del principio republicano de gobierno contenido en los arts. 1, 5, 121 y 122 de la Constitución Nacional, y del art. 91 del Código Procesal Constitucional de Tucumán -que regula el recurso de inconstitucionalidad-. En miras de evitar repeticiones redundantes, se deja aquí dicho que aquel *principio* republicano de gobierno subyace en el análisis de todas las pretensiones resueltas, relativas al *desborde* de las labores de la Convención Constituyente.

Legitimación del Colegio de Abogados de Tucumán: resuelve a tenor de los arts. 1, 10, 17, 21 y 53 incs. 6 y 8 de la ley provincial n° 5.233, atribuciones de la actora como persona jurídica pública no estatal; art. 40 inc. 10 C.P, colegiación obligatoria; art. 43 2° párrafo, última parte de la C.N, derechos de incidencia colectiva en general; y arts. 89 y 90 C.P.C.T, como vía procesal para su implementación.

Posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de la propia Constitución Provincial: recurre a los arts. 89, 90 incs. 1, 2 y 4, 92 inc. 1 y 93 del C.P.C.T; y art. 120 C.P.

Inconstitucionalidad del mecanismo de enmiendas: analiza la validez constitucional de los arts. 155 y 166 de la C.P a partir de las facultades conferidas a la Convención Constituyente por la ley 7.469 art. 2 inc. i, que declara la necesidad de la reforma y su contenido. Resuelve el caso armonizando los arts. 2 y 3 de la ley 7.469 con el art. 152 de la C.P.

Inconstitucionalidad relativa a la incorporación del Consejo Asesor de la Magistratura (C.A.M): efectúa el test de constitucionalidad del art. 101, inc. 5, 2° parte y art. 162 de la C.P. , que incorpora a la Carta Magna local el instituto en cuestión, a partir de las facultades conferidas a la Convención Constituyente por la ley 7.469 art. 2, párrafo IV, inc. d, y del Dcto. 1820/14 del Poder Ejecutivo Provincial, reglamentario de la creación y funcionamiento del novel instituto.

⁵ Rodolfo VIGO, op. cit., 108; Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio* (4ª reimpression), Martha Gustavino, Trad., Barcelona, Editorial Ariel S. A, 1999; Robert ALEXY “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en *Revista Doxa*, Alicante, 1988.

Acción declarativa de certeza respecto de la incorporación del Jurado de Enjuiciamiento: revisa la declaración de certeza que efectuó la Excma. Cámara en lo Contencioso Administrativo a propósito del art. 126 de la C.P -que instituye el mecanismo de remoción de los magistrados a través de un Jurado de Enjuiciamiento- partiendo de las facultades otorgadas a la Convención Constituyente por la ley 7.469 art. 2, parágrafo IV, inc. e. También escudriña el art. 129 C.P para sostener su inconstitucionalidad.

4.- La materia fáctica: los hechos reconocidos, controvertidos y probados

Los hechos *reconocidos* que configuran el caso en examen son los siguientes:

- En ejercicio de las prerrogativas emergentes del art. 151 de la C.P, en diciembre de 2.004 se declaró la necesidad de emprender la reforma parcial de la Carta Magna local por ley 7.469.
- La Convención Constituyente llevó adelante su labor, y en junio de 2.006 se introdujeron al texto constitucional una serie de modificaciones y agregados, entre los que destacan por revestir interés en la causa: el mecanismo de reforma constitucional a través de enmiendas (arts. 155 y 166); la creación del Consejo Asesor de la Magistratura como organismo de preselección de los candidatos a jueces de primera instancia, cámaras, defensores y fiscales (arts. 101 inc. 5º, y 162) y la implementación del instituto del Jurado de Enjuiciamiento para la remoción de los miembros del Poder Judicial no sometidos a juicio político (arts. 125 a 131).
- El Colegio de Abogados de Tucumán interpuso acción declarativa de inconstitucionalidad en contra del articulado referido.

5.- La materia lógica: la justificación interna del fallo a través de un silogismo

La justificación interna del resolutorio puede resumirse a través del siguiente silogismo, correspondiendo éste al plano *lógico* de la argumentación sentencial:

Premisa
mayor

La labor constituyente reformadora no puede exorbitar la competencia que le es asignada (conforme ley que declara la necesidad y el alcance de la reforma), so pena de nulidad e inconstitucionalidad.

Premisa
menor

a) La Honorable Convención Constituyente de 2.006 exorbitó su competencia al incorporar a la C.P. el mecanismo de su reforma por **enmiendas** (art. 155 y 166), y al establecer la conformación del **Consejo Asesor de la Magistratura** como “*atribución propia, originaria y discrecional del P.E.*” (105 inc. 5, 2da. parte).

b) La Honorable Convención Constituyente de 2.006 no exorbitó su competencia al haber confiado a la Comisión de Juicio Político de la Legislatura el rol acusatorio ante el **Jurado de Enjuiciamiento** (art. 129). Tampoco al fijar la composición del ente con 5 legisladores (art. 126).

Conclusión

a) El fallo recurrido debe confirmarse, en tanto declara la nulidad e inconstitucionalidad de los arts. 155, 166 y 101 inc. 5, 2da. parte de la C.P (sólo en la sección que autoriza al P.E a constituir y organizar discrecionalmente el C.A.M).

b) El fallo recurrido debe revocarse en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 129 C.P. y a la acción declarativa de certeza del art. 126, y confirmarse en su enunciación interpretativa de esta última norma (indicación de que ellos no pueden formar parte del mismo bloque político ni ostentar la misma extracción política).

a) Clasificación de argumentos

Se esquematizan a continuación los argumentos utilizados por el fallo de acuerdo a la tipología propuesta por Rodolfo L. Vigo en su obra “Tratado de Derecho Judicial”⁶.

Argumento normativo: es recurrente la referencia sentencial a las normas que rigen el caso, es decir, a la autoridad de la que se derivan. Invoca aquellas sobre las que reposa el sistema republicano de gobierno: arts. 1, 5, 30, 121, 122 y cc. de la C.N., las disposiciones constitucionales que prevén el mecanismo de su modificación (arts. 150 a 156 C.P), la ley que declaró la necesidad de la reforma en nuestra provincia (n° 7.469), los textos de la C.N de 1.884, 1907 y 1990; el C.P.C.T, el C.P.C.C.T, y la ley 5.233.

⁶ Rodolfo Luis VIGO, *Tratado de derecho judicial*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 119.

Argumento lingüístico: este tipo de argumento cobra fundamental relevancia, ya que para resolver el problema jurídico principal del caso (si la Honorable Convención Constituyente exorbitó o no sus facultades legisferantes) remite, como punto de partida, a la *letra de la ley*⁷. En este sentido, razona:

Que la Cámara efectuó un prolijo y minucioso análisis *semántico* para determinar el significado y distinción de los términos *modificaciones* y *agregados* que puede abarcar una reforma constitucional (para concluir que el sistema de enmiendas no pudo jamás introducirse como una modificación, por tratarse claramente de la introducción o agregado de un nuevo instituto o régimen). Declara como *impertinente* otorgar alcances conceptuales similares a voces diferentes, cuando el recurrente pretende asimilar el término “modificar” a “agregar” o a “incorporar”. Insiste en que la propia ley distinga en acápites por separado aquello que se podía “agregar” a la C.P, y lo que se podía “modificar”⁸.

Citando a Roberto de Ruggiero invoca que “La primera indagación se dirige, naturalmente, a la significación de las palabras con que viene expresado el precepto”, y que ellas deben ser analizadas no de modo aislado, sino “en su conexión lógica y sintáctica”⁹.

Que, citando jurisprudencia de la C.S.J.N, “a los fines hermenéuticos, conviene recordar que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra”.

Que la circunstancia de que los arts. 89 del CPCT y 120 CP no contengan expresamente el término “constitución” en su texto no es óbice para que de su interpretación gramatical se concluya que la acción de inconstitucionalidad no es pasible de ser deducida en contra de una norma de la propia constitución. Que no es en vano que la constitución sea denominada “ley fundamental”, “ley suprema” o “ley de leyes”, lo que nos da la idea de que no escapa al control de constitucionalidad al que está sometida toda ley¹⁰.

Argumento histórico: también se echa mano a la tradición constitucional provincial cuando remonta al “anterior artículo 129 de la constitución de 1.990” para compararlo al actual 152 -en cuanto al tópico enmiendas-¹¹; cuando esgrime que durante los últimos 126 años el mecanismo de reforma constitucional ha previsto siempre la intervención de una convención constituyente, desde la C.P de 1.884, la de 1.907, y la de 1990¹²; cuando invoca una “continuidad centenaria” en ese sentido; cuando expone que desde 1.864 la C.S.J.T viene sosteniendo que “es el intérprete final de la constitución”; cuando destaca los 12 años de participación del Colegio de Abogados de Tucumán en el funcionamiento del CAM, en la pública prédica de la institución tendiente al mejoramiento de las leyes, su intervención en problemas jurídicos varios, y su participación en el Jurado de Enjuiciamiento¹³.

Argumento genético: hace también alusión a lo acontecido en la deliberación preconstituyente o debates parlamentarios de la ley 7.469 para interpretar los fines de la ley que declara la necesidad y alcance de la reforma constitucional, y concluir así en la inconstitucionalidad de aquellas modificaciones o agregados que reputa no autorizados. Confiere así a la “voluntad del legislador preconstituyente” un rol gravitante.

Argumento pragmático: el Alto Tribunal alude a este tipo de argumento cuando al analizar el Jurado de Enjuiciamiento remata que la pretendida finalidad de conformar un

⁷ Consid. n° VI.3.2 Dr. Goane (mayoría).

⁸ Consid. n° IV. 2. Dr. Goane.

⁹ Consid. n° IV. 2 Dr. Goane.

¹⁰ Consid. n° III.2 Dr. Goane.

¹¹ Consid. n° IV.2 Dr. Goane.

¹² Consid. n° IV.2 Dr. Goane.

¹³ Consid. n° III.2. Dr. Goane.

cuerpo plural que intervenga en el proceso de destitución de magistrados no se alcanzaría en los hechos con la estructura con la que fue diseñado por la reforma de 2.006¹⁴. Lo mismo ocurre en lo que respecta al C.A.M, ya que en la redacción del art. 101, inc. 5 2º parte, ve desnaturalizado el fin práctico (pragmático) del instituto, al encomendar al P.E su constitución y organización. En esa línea esgrime que, si el Gobernador pudiera elegir a los seleccionadores de los jueces, pues indirectamente estaría, en la práctica, eligiendo a éstos por interpósita persona¹⁵.

Argumento empírico: el Dcto. 1820/14 es prueba empírica de lo dicho en el argumento anterior, ya que a través de esa norma el P.E conformó el C.A.M con tres representantes del propio P.E de un total de seis, otorgándole mayoría absoluta y, por ende, preeminencia decisoria en la adopción de las decisiones que competen al ente¹⁶.

Argumento sociológico: utiliza este tipo de argumento cuando razona que el electorado provincial se vería defraudado al haber elegido convencionales constituyentes con determinados fines específicos (pautados claramente por la ley 7.469), y sin embargo la labor de estos desembocó en la incorporación de una institución no autorizada (enmiendas), con la “gravedad institucional” que esto representa para la “convivencia social”¹⁷.

Argumento jurisprudencial: constante es la referencia a precedentes jurisprudenciales, como cuando recurre a la cita de “Fayt, Carlos S. c. Estado Nacional”¹⁸ y de “Recurso de hecho deducido por Antonio Jesús Ríos”¹⁹ para sostener la revisabilidad judicial de la labor constituyente derivada, y para analizar si el constituyente se extralimitó en su cometido.

También cita jurisprudencia de la propia Corte provincial para justificar la revisabilidad en sede judicial de la labor constituyente reformadora.

Al abordar la legitimación activa del actor, recurre a la cita del fallo de la CSJN “Defensor del Pueblo de la Nación c/E.N –P.E.N- s/amparo ley 16.986”²⁰ para inclinarse por el nuevo paradigma de la legitimación, consistente en la ampliación del universo de los sujetos legitimados.

Argumento doctrinario: la sentencia acude a la obra de diversos autores para fundamentarse. Entre ellos se mencionan a Germán J. Bidart Campos con su trabajo “Derecho Constitucional”; a Manuel Gorostiaga con “Facultades de las Convenciones Constituyentes”; a Jorge Joaquín Llambías con el “Tratado de Derecho Civil” y a Roberto de Ruggiero con las “Instituciones de Derecho Civil”.

Argumento principialista: de esencial gravitación en el decisorio resulta el argumento que remite a “los principios de supremacía de la Constitución Nacional” y al “principio republicano de gobierno” consagrados en el art. 1 de la C.N²¹. También echa mano al principio de la “verdad objetiva” -citando a Bidart Campos- cuando se adentra a resolver la legitimación procesal del colegio actor²².

Argumento a fortiori: recurre a este tipo de argumento cuando razona que, si innovaciones introducidas a la C.P de 2.006 como el voto electrónico o el amparo colectivo lo fueron bajo el rótulo de “agregados”, con mayor razón debió serlo entonces

¹⁴ Consid. n° VI.3.2 Dr. Goane.

¹⁵ Consid. n° V.2 Dr. Goane.

¹⁶ Consid. n° V.2 Dr. Goane.

¹⁷ Consind. n° IV.2 Dr. Goane.

¹⁸ Fallos: 322:1616, 19/08/1999.

¹⁹ Fallos: 316:2473, 02/12/1993.

²⁰ CSJN, sentencia del 26/10/2007.

²¹ Consid. n° IV.2 Dr. Goane.

²² Consind. n° III.2 Dr. Goane.

en ese mismo carácter una institución de suma gravitación institucional como lo es el mecanismo de reforma constitucional por “enmiendas”²³.

Argumentos sistemáticos: en suma, todos los argumentos utilizados buscan lograr la cohesión o coherencia del sistema, sobre todo partiendo de la base del respeto por la forma republicana de gobierno consagrada por el art. 1º de la C.N como regla suprema (argumento jerárquico, como subtipo dentro de esta categoría). Lo dice llanamente cuando al resolver lo atinente a la interpretación efectuada por la Excma. Cámara en relación al art. 126 C.P, enseña que “si existen varias interpretaciones posibles de una norma, debe escogerse aquella que sea congruente con la constitución, y desechar las que entran en colisión con ella”²⁴. También cuando recuerda que el ejercicio de poderes que desborden los que al cuerpo le competen, “no tardaría en echarse por tierra todo el aludido equilibrio de la constitución”. En todo momento se procura mantener incólume la supremacía de la Ley Fundamental (nuevamente, principio de jerarquía).

Al encarar el agravio referido a la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma de la propia constitución, decreta que si se pretende alcanzar la *congruencia* del sistema regido por supremacía de la Constitución, la labor de la Convención Constituyente no puede escapar a dicho test de validez, y que sólo así se logra la “interpretación integradora” del ordenamiento jurídico.

Argumento consecuencialista: apela a este cuando concluye que la legitimación es “la puerta de acceso al proceso”, y que de nada serviría reconocer al Colegio de Abogados actor ciertos derechos o intereses, si en la práctica se le impide plantearlos en un proceso judicial concreto²⁵.

Argumento analógico: al abordar el análisis del Jurado de Enjuiciamiento, utiliza la analogía para cimentar su posición. Invoca el “derecho comparado nacional y provincial” para justificar la necesidad de integrar el ente con representantes del Poder Judicial y del estamento de los abogados²⁶.

6.- La materia axiológica: los valores o principios que fundamentan el caso

En el caso en todo momento subyace a la solución del caso el “*principio republicano de gobierno*” consagrado por la C.N en sus artículos 1, 5, 121, 122 y cc, impuesto de manera obligatoria a las provincias.

El conflicto se presenta entre dicho principio y el propio texto de las normas incorporadas por la H.C.C de 2.006 tachadas de inconstitucionales por la parte actora: art. 155 y 166 -régimen de enmiendas-; art. 101 inc. 5º segunda parte -C.A.M-, art. 162 y Dcto. 1820/14 del P.E -también referidos al instituto del C.A.M-; y art. 129 (Jurado de Enjuiciamiento-

En términos generales, se dirime el caso otorgándole preeminencia o mayor *peso* al principio republicano de gobierno, por resultar uno de los pilares básicos de nuestro sistema democrático representativo de gobierno. Se entiende que la labor de la H.C.C exorbitó o extralimitó las facultades que como tal le fueron conferidas, y que por ello se produjo una alteración sustancial de principio republicano de gobierno, arrogándose funciones que nunca tuvo.

En lo específico, esta alteración se patentiza aún más cuando al idear el instituto del C.A.M, la convención reformadora confiere al Poder Ejecutivo la potestad de organizarlo. De hecho, el P.E ejercita ese señorío a través del Dcto. 1820/14, conformándolo con tres representantes del mismo P.E.: Ministro de Gobierno; Fiscal de Estado y Secretario Gral.

²³ Consind. nº IV.2 Dr. Goane.

²⁴ Consid. nº VI.2 Dr. Goane.

²⁵ Consid. nº III.2 Dr. Goane.

²⁶ Consind. nº VI.3.2 Dr. Goane.

de la Gobernación. Concluye que, en el modo que fue concebido, el instituto echa por tierra el sistema de frenos y contrapesos que inspira nuestro régimen republicano de gobierno, por cuanto la esencia del instituto consistía precisamente en el fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial respecto de los poderes políticos, reduciendo la injerencia y discrecionalidad que en el régimen anterior practicaba del Gobernador de la Provincia. La necesidad de menguar dicha incidencia no se deduce sino del principio republicano de gobierno.

Lo mismo sucede con el tratamiento dado por la H.C.C al Jurado de Enjuiciamiento, cuando estipula la integración del ente con seis representantes del estamento político, de un total de ocho (art. 126). Razona que ello no contribuye a *despolitizar* el mecanismo de remoción de magistrados, apartándose así de los esenciales fines republicanos de independencia de poderes que inspiraron la necesidad de su reforma, es decir, el sistema de frenos y contrapesos.

También se presenta una aparente contraposición entre el mismo principio que se viene enunciando y el de *supremacía de la Constitución*, que también dimana de igual art. 1 C.N, con los arts. 89 CPCT y 120 C.P, cuando se debate si resulta factible petitionar la inconstitucionalidad de una norma de la propia constitución. Luego de recurrir a argumentos lingüísticos para descartar que la confrontación sea tal, al aclarar que cuando los arts. 89 CPCT y 120 CP refieren a leyes, debe allí entenderse también comprendida la Ley Fundamental, la C.S.J.T zanja el caso a favor de la *justiciabilidad* de la labor del Convencional Constituyente, a partir de los alegados principios.

7.- La materia lingüística: la redacción y el lenguaje utilizado en el fallo

Lo concerniente al tipo de redacción o lenguaje de la sentencia se identifica con el plano lingüístico de la argumentación. Para resolver gran parte de las cuestiones llevadas a sus estrados la Corte ha debido realizar una tarea hermenéutica profunda, despejando el significado de vocablos o expresiones idiomáticas contenidas en la normativa en juego. Así, encaró la labor de distinguir los términos “agregar” y “modificar”, para arribar a la conclusión de que el régimen de enmiendas no debió incluirse a la C.P. como una “modificación”, sino como un “agregado”. Determinó, asimismo, el alcance del término “ley” inserto en los arts. 89 CPCT y 120 C.P. inclinándose por su acepción *lata*, debiendo entenderse cobijada dentro de aquel a la Carta Magna local.

También resuelve el conflicto suscitado en derredor de la expresión contenida en el art. 17 de la ley 5.233, cuando esgrime que el Colegio de Abogados de Tucumán es un “organismo de la administración de justicia”, definiendo que efectivamente lo es, y que aquella no es una expresión meramente dogmática.

En cuanto al tipo de lenguaje utilizado y la posibilidad de su comprensión por parte de la sociedad en general, entiendo que, si bien no se recurre a formulas barrocas ni a otras construcciones dialécticas complejizadas o innecesarias, sí resulta de todas maneras ser una obra prácticamente ininteligible para un lego, lo que es esperable en este tipo de casos ya que absolutamente todas las cuestiones que debe resolver resultan ser netamente jurídicas y complejas, relativas a la validez o invalidez constitucional de institutos jurídicos como lo son el mecanismo de preselección de jueces -Consejo Asesor de la Magistratura-; de destitución de magistrados -Jurado de Enjuiciamiento-; de reforma de la C.P a través de enmiendas; la legitimación procesal del Colegio actor; el carácter de justiciable o no justiciable de la labor desplegada por la H.C.C; la admisibilidad del recurso de casación o el de inconstitucionalidad frente al fallo de Cámara, etc.

Siendo ello así, el grado de tecnicismo de las temáticas abordadas torna muy dificultosa la tarea de exponer y resolver la multiplicidad de cuestiones debatidas con lenguaje corriente. Desde esta perspectiva, me inclino por afirmar que el tipo de lenguaje

utilizado resulta acorde a la índole de las cuestiones debatidas y al público interesado en su lectura. Se trata de un lenguaje *funcional* al fin que persigue, que no procura la estética de su diagrama.

8.- Conclusiones

Limitándome al análisis de las *cuestiones principales* resueltas por el fallo y dejando de lado el tratamiento de las sub cuestiones, por cuanto esto excedería la extensión dispuesta para el presente trabajo, entiendo personalmente que sí hubiese arribado a una decisión acorde a lo resuelto por la CSJT en lo atinente a sistema de enmiendas y al C.A.M, y no así con relación al art 129 -Jurado de Enjuiciamiento-, por lo siguiente:

Al respecto de la incorporación del sistema de reforma constitucional a través de enmiendas, coincido en que desde cualquier flanco que se analice la atribución competencial efectuada por la ley 7.469 a la H.C.C, no podría arribarse jamás a una solución que admita la legalidad de su actuación. En efecto, una interpretación literal de la norma habilitadora permite apreciar que entre los agregados previstos no se cuenta el concerniente al sistema de reforma de la Constitución; y tampoco podría ser considerado tamaño instituto como mera una modificación del texto fundamental, por ser, en esencia, un verdadero agregado de vital trascendencia institucional. Por su parte, la *voluntad del legislador* no hace más que refrendar lo antedicho. A su turno, la jurisprudencia nacional y provincial evoca iguales postulados.

Con relación al C.A.M, y con basamento en los objetivos de su creación -limitar la injerencia del P.E en el mecanismo de selección de magistrados-, no podría abogar jamás a favor de la conformación del ente con funcionarios del Poder Ejecutivo en posición preeminente sobre el resto de sus miembros, ya que esto desnaturizaría al instituto.

En lo que personalmente hubiese adoptado una decisión diferente, es en lo relativo a la validez constitucional del art. 129 -que asigna a la Comisión de Juicio Político de la Legislatura el rol acusatorio en el proceso de destitución de jueces ante el Jurado de Enjuiciamiento-. Apropiándome de los mismos argumentos cortesianos utilizados para justificar la declaración de inconstitucionalidad del art. 101, inc. 5 2da. parte y definir el alcance que debe darse al art. 126 -aludiendo al principio republicano de gobierno; al sistema de frenos y contrapesos; al fortalecimiento de la autonomía del Poder Judicial, etc-, interpreto que el art. 129 desarticula de raíz el instituto del Jurado de Enjuiciamiento al conferir al Poder Legislativo -a través de su Comisión de Juicio Político- la posibilidad de decidir si se dará curso o no a la acusación en contra de un magistrado. Es que todo el esfuerzo argumental con el que la sentencia llega a justificar la necesidad de integración plural del organismo -que comparto plenamente- deviene en letra muerta si en definitiva es el Poder Legislativo quien, unilateralmente, decide si una denuncia contra un magistrado merece o no transformarse en una acusación formal ante el Jurado de Enjuiciamiento.

Si bien la CSJT analiza este punto para abogar por la constitucionalidad de la norma, lo hace sólo de manera parcial o incompleta. En efecto, el Máximo Tribunal sostiene que sin bien lo ideal sería que el rol acusador recayese en estamento no político, la sola circunstancia de que ello así no sea no desnaturiza el mecanismo destituyente, ya que por más que la Comisión de Juicio Político de la Legislatura entienda que existe mérito para apartar a un magistrado de su cargo, en definitiva, la última decisión la tiene el J.E. Pero lo que Corte ha omitido analizar es la situación contraria: el Jurado de Enjuiciamiento no tendrá la posibilidad de expedirse sobre la necesidad de destituir o no a un magistrado si la Comisión de Juicio Político decide no dar curso a la acusación.

Es por ello que entiendo que el razonamiento de la CSJT es parcialmente correcto, dejando subsistente la falencia del régimen republicano en la hipótesis señalada.

Por su parte, el estudio pormenorizado de la sentencia escogida en el presente trabajo de investigación arrojó como primera certeza que la Corte Suprema de Justicia de Tucumán efectivamente se han alineado con las concepciones postpositivistas del derecho, y dentro de estas con la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica, recurriendo a principios varios para justificar un sinnúmero de argumentos de variada índole que buscan en todo momento dotar de razonabilidad al decisorio, impregnándole el sentido de justicia mucho más allá de lo que la norma escrita prevé, procurando el convencimiento del auditorio a través de una fórmula armonizadora del sistema jurídico argentino.

Asimismo, es constante la preocupación por el impacto sociológico de su decisión, encontrando aquí otro punto de coincidencia argumental propia de la teoría escogida como marco teórico de esta labor investigativa. La Corte analiza siempre el funcionamiento de los institutos jurídicos sobre los que deben expedirse -C.A.M, Jurado de Enjuiciamiento- y de los efectos que tal o cual decisión tendría en la comunidad, verbigracia, cuando justifica la legitimación del Colegio de Abogados actor considerando la actuaciones que dicho ente viene desplegando desde hace años en la vida institucional del CAM y en el J.E, cuando invoca el interés de la comunidad toda en el tratamiento de tamaños asuntos, cuando demuestra preocupación por el desaire que implicaría para la sociedad votar convencionales constituyentes con un fin específico y obtener un resultado distinto.

La apelabilidad a los principios sobre los que está inspirado nuestro régimen democrático de gobierno y la necesidad de armonizar el Estado de Derecho alrededor de los mismos es otro factor determinante, derivándose de allí la actividad deliberativa por la que se sopesan aquellos principios con otros y con las normas involucradas en el caso para arribar a una solución cohesiva del ordenamiento jurídico. Los principios de la jerarquía de la Constitución y de la forma republicana de gobierno son traídos a colación para justificar el control judicial respecto de la labor de las Honorables Convenciones Constituyentes y para abogar por la legitimación activa de la institución actora.

La labor creadora de derecho por parte de la CSJN es también evidente, cuando para resolver lo relativo a la configuración de un caso federal no se encorseta en el texto del art. 14 de la ley 48 sino que recurre también a los institutos de la gravedad institucional y de la arbitrariedad, cimentándose en precedentes de la propia CSJN para justificar el razonamiento al que arriba.

Es por todo que puede responderse afirmativamente al interrogante relativo a la alineación de la CSJT con el dogma de la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica. La tarea justificativa puesta de manifiesto en la sentencia analizada excede largamente el método silogístico que habría bastado para resolver el caso dentro de la corriente normativista, fortaleciendo la noción de *justicia* más allá del sentido de la norma, procurado brindar a la comunidad en general buenas razones desde la función jurisdiccional del Estado.

Cómo citar: Ortega Peñuelas, E.I. (2022). La relación entre hechos y enunciados en el razonamiento jurídico. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

PLURALISMO PRINCIPIALISTA Y HETEROGENEIDAD EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Edgar Iván Ortega Peñuelas¹

I. Introducción

En la actualidad, el Derecho está orientado hacia la recepción de expresiones morales que son difundidas por medio de principios de justicia. Estos elementos se encuentran tendencialmente dirigidos a lograr la consolidación del proyecto denominado como “Estado constitucional”. Por lo que la dinámica en su elaboración normativa instruye una tarea relevante dentro de la función judicial.

Sin embargo, esta no es una enmienda asequible para el juez debido al amplio cúmulo de revelaciones valorativas y de un creciente catálogo de principios que arriban como derivaciones de las más altas aspiraciones de justicia. Ante ello, el jurista se encuentra condicionado a dar respuesta a las incógnitas planteadas en relación a los posibles escenarios de materialización que pueden llegar a formularse.

Ante esta amplia gama de elementos valorativos y principialistas, la argumentación jurídica juega un aliado importante en la función que el juez debe realizar para superar las complicaciones que la confluencia de dichos factores puede ocasionar. Es así que mediante el razonamiento justificado, el empleo de técnicas de medición y de armonización de los principios y valores morales se podrá dar un tratamiento oportuno a dicha problemática judicial.

II. Pluralismo de principios

1. Los principios jurídicos

En primer término, sería conveniente formular una acepción en cuanto al término de principio. En este sentido, Ronald Dworkin ha sugerido de manera oportuna que se puede entender como “un estándar que ha de ser observado, (...) porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.² Esta referencia precisa que todo principio encuentra su fundamento en parámetros éticos y jurídicos.

De esta idea se desprende que todo principio muestra una cualidad de modelación en relación a todos aquellos valores o prerrogativas morales que deben ser observados y cumplidos. Por ende, con la finalidad de lograr mejores condiciones de vitalidad en la esfera de derechos, se convierten en referencias requeribles dentro de la sociedad que pretenden formar parte.

Por esta razón, dada la evolución de la vida en común al interior de los Estados actuales, los principios “pueden entenderse como pactos en los que a lo largo del tiempo se han ido integrando a los ideales de justicia de las sociedades, que han adquirido la calidad de

¹ Universidad Autónoma de Sinaloa

² Dworkin, R., *Los Derechos en Serio*, España: Ariel, 1989, p. 72.

jurídicos, por lo que se consideran plenamente alcanzables, como los intereses que se integran en los convenios jurídicos”.³

De esta forma, la concepción de los principios aspira a logros compatibles con los más altos valores de la sociedad, en este caso la justicia como rector de todos ellos. Ahora bien, para lograr este fin es necesario su debido reconocimiento jurídico para estar en aptitudes de ser exigibles, plenamente materializables en términos prácticos. Dado que la finalidad esencial de los mismos no podrá cumplirse si no existe una debida integración en los textos normativos.

En este punto, autores como Antonio Enrique Pérez Luño han establecido que:

Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de «deber ser». Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significado, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, lo que conforma el otro polo de su concepto.⁴

Podemos inferir que la fuerza de los principios -aunque no hayan sido plenamente expresados en un sistema de normas- muestra una clara tendencia de consumación. Reclamando para sí la retribución de los valores que han dejado de observarse o la realización de acciones que se traduzcan en su consolidación. Por lo que, más allá de su concepción ideal es menester llevar a acabo formas o procesos de asimilación, integración y aseguramiento tanto políticas, sociales como jurídicas.

En este escenario se puede precisar que “nos encontramos ante principios cuando se trate de normas que a la vez que modulan la comprensión de otras orientándolas en determinado sentido- se trata de cláusulas que requieren de complementación (...), se imponen en la interpretación del ordenamiento –leyes y reglamentos- a jueces y tribunales (...)”.⁵

Por ende, el carácter de los principios conlleva una labor de perfeccionamiento de los materiales jurídicos. Esto es, aquellas normas que necesariamente requieren de nuevos indicadores de entendimiento y apreciación se verán condicionadas por las máximas que dichos preceptos buscan alcanzar. De igual forma, la fuerza vertiginosa de los principios influye notablemente en toda esfera de actuación política y jurídica.

Cuando dichas prerrogativas legales vinculadas a los ideales principialistas, adquieren además la cualidad normativa –sobre todo en la Ley Fundamental- nos encontramos en su dimensión de mayor fortaleza jurídica. Es por ello que “hablamos de principios constitucionales, (...) aquellos incluidos en el texto constitucional, sean de orden axiológico o estructural, los unos preferentemente de contenido ético-político, necesitados de mediación política, o intervención del legislador (...)”⁶

De ello se advierte que al expresarse dentro de los textos constitucionales, los principios contraen una fuerte carga de cumplimiento y garantización que redimensiona el ejercicio político y jurídico. Dentro de esta situación se genera un nuevo marco de actuación estatal

³ Romero Martínez, J. M., *Estudios sobre argumentación jurídica principialista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México: UNAM, 2016, p. 28.

⁴ Pérez Luño, A.E., “Estado constitucional y derechos de la tercera generación”, *Anuario en Filosofía del Derecho*, no. XIV, 1997, pp. 564-565.

⁵ Solozábal, J.J., “Pluralismo y orden constitucional”, consultado el día 12 de agosto del 2022 en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/15059.pdf>, p. 29

⁶ *Ibidem*, p. 30.

en donde las medidas que se lleven a cabo para lograr las exigencias requeridas, deberán acreditar la debida diligenciación.

Esto es así por el hecho de que “cuando esos principios son de carácter constitucional, en cuyo caso actúan no solo como criterios de interpretación y aplicación del Derecho Constitucional (que no es poca cosa), sino también como verdaderos parámetros de constitucionalidad. Esto es, conceptos o ideas que articulan y dan sentido al sistema constitucional y desde los que se juzga, interpreta y aplica el ordenamiento jurídico y el comportamiento de los poderes, de los órganos y de las personas sujetas al “Derecho de la Constitución”.⁷

2. Los principios como nociones de contenido variable

Por otro lado, en su esencialidad, los principios han sido asociados con una composición dinámica de difícil precisión. Esta idea ya había sido de alguna forma analizada por Chaim Perelman, Nicole Lahaye, Jacques Verhaegen y Guy Haarscher⁸ quienes han revelado el carácter genérico e incierto, comúnmente confrontativo dentro del plano axiológico de tales preceptos.

De ello, -como lo afirma Zagrebelsky- se desprende que “el contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte. Tales principios expresan importantes y muy valorados conceptos, (...) pero el contenido de estos conceptos, es decir, su <<concepción>>, es objeto de inagotables discusiones”.⁹

La importancia en la concepción de los principios no solo depende de su definición, sino que también muestran relación con su aspecto característico. Dichas enmiendas se encuentran directamente ligadas a potenciales ideas de creación, es decir, existen múltiples posibilidades que buscan lograr una traducción material. En este sentido, el progreso y desarrollo de cada Estado es pieza clave para lograr dicho propósito, como se verá en líneas posteriores.

De modo que “las concepciones ejercen su influencia sobre cada aplicación de los principios, porque las declaraciones constitucionales al respecto no son más que esbozos cuyo alcance concreto se mueve en el sentido de la evolución de las ideas”.¹⁰ De ahí se desprende la importancia en el entendimiento integral de los principios como fuentes de creación en el Derecho.

La idea expresada por el jurista italiano muestra gran relevancia en virtud de que resulta vital la adaptación que un juez o un legislador pueda elaborar en relación a un principio -y por supuesto su esencialidad-. El constante flujo de aprehensiones cognitivas resulta un ejercicio fundamental para determinar los múltiples contenidos esenciales de los cuales están compuestos los principios.

En esta tesitura se puede sostener que “tales principios consisten fundamentalmente en <<nociones de contenido variable>> y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica-, se comprenderá entonces que se ha introducido en el ordenamiento una fuerza permanentemente orientada al cambio”.¹¹ Tal es la apreciación de estos preceptos jurídicos que han venido a redefinir la forma en la que concebimos el Derecho en nuestros días.

⁷ Barberis, M., “Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 39, 2016, p. 177.

⁸ Cfr. Perelman, et. al., *Les notions à contenu variable en Droit*, Bruselas: Bruylant, 1984.

⁹ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Garzón, M., Madrid: Trotta, 2003, p. 124.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ *Ibidem*, p, 146.

En este punto, el dinamismo que caracteriza a los principios como fuentes inagotables de construcción racional, así como el hecho de su multiplicidad de contenidos ha contribuido a las nuevas dimensiones de los derechos fundamentales. Un redireccionamiento de las determinaciones constitucionales que exigen constantes adecuaciones que sean compatibles con los intereses sociales.

Por consiguiente, “las ideas y normas jurídicas derivadas de las exigencias de los derechos humanos están comprometidas con el problema de que sus contenidos, y por ende, su normatividad, dependen en gran medida de su grado de contacto con la realidad, es decir, que tienen que realizar la universalidad de su validez, bajo las condiciones de la particularidad y pluralidad de los esquemas mentales y de comportamiento de los destinatarios de las normas”.¹²

De esta forma, se puede identificar el grado de complejidad en relación a establecer de manera exhaustiva el contenido de estos derechos. Los principios –en este escenario- se encuentran sometidos a relaciones de sujeción, las cuales dependen de factores de entendimiento que los operadores jurídicos desarrollan a través de distintos grados de racionalidad y comprensión de la realidad. Mismos que se encuentran sometidos a los parámetros de efectividad práctica dentro de la sociedad.

Por lo tanto, se puede precisar que “así planteados los derechos humanos, se podría definir su estructura como compuesta de un núcleo cuyo contenido es común a todos, y una zona periférica que admite diversas manifestaciones del contenido común. En otras palabras, los derechos humanos admitirían múltiples manifestaciones producto de la diversidad individual y cultural en la que los individuos desarrollan sus propias concepciones morales”.¹³

Por lo demás, es importante concientizar que la conformación de los principios obedece a una fórmula enriquecida de contenidos, los cuales demuestran con claridad la multiplicidad de formas que pueden ser derivadas de sus componentes elementales. No hay que dejar de lado el aspecto relativo a que nos encontramos con una transfiguración extensiva que requiere una clara, justa y definitiva determinación dentro del Derecho.

3. La pluralidad de los principios

En cuanto al tema de la pluralidad de los principios, es oportuno considerar lo que Zagrebelsky ha reflexionado, en este sentido su visión habla de entender el derecho como “un incesante <<hacerse>> donde confluyen múltiples exigencias planteadas por numerosos y a veces contradictorios principios que pretenden venir realizados en el contacto con la realidad viva de las experiencias sociales”.¹⁴

En adhesión a este punto, claramente se puede identificar al Derecho en su carácter dinámico, en donde la concurrencia de demandas sociales y culturales marca la pauta de las prioridades que sin duda encuentran un cauce mediante los principios y valores. Pero estas prerrogativas no siempre convergen en la misma dirección, en ocasiones el conflicto entre ellas genera escenarios de tensión tanto política como jurídica.

Esto se puede explicar en razón a la integración o multiculturalidad de la que toda sociedad está compuesta. “Por lo general, los principios no se estructuran según una <<jerarquía de valores>>. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter

¹² García Fong, G. “Pluralismo, estado de derecho y derechos humanos”, en Ordoñez Cifuentes, J. E. R., (coord.), *La construcción del estado nacional: democracia, justicia, paz y estado de derecho*, México: UNAM, 2004, p. 64.

¹³ Álvarez, S., “La interpretación contextualizada de los derechos humanos: Multiculturalismo, cosmopolitismo y pluralismo de valores”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, no. 36, abril 2012, p. 60.

¹⁴ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, óp. cit., p. 123.

pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad”.¹⁵

Al no fomentarse o articularse una jerarquización de los valores dentro de la sociedad se proliferan una serie de posibilidades de apreciación en cuanto a la materialidad principialista. Esto es, si existiera un rango axiológico *a priori* se dejarían de lado la multiplicidad de relaciones existentes –o que llegasen a existir- entre los principios. Ello dejaría en estado de inaplicación una diversidad de contenidos especiales.

En una sociedad de distintas fuerzas de composición o formación la pauta de los intereses viene dada mas no articulada. Por estas razones es que “existe un pluralismo de principios por la simple razón de que éstos surgen de la sociedad y su cultura, la importancia del derechos será determinada por el reconocimiento o no de los principios”.¹⁶

Por consiguiente, el pluralismo de los principios es producto de las apreciaciones y el reconocimiento de los más altos estándares de valores, costumbres y necesidades que deben ser aplicados en una sociedad, de donde surgen y adquieren vida mediante su aceptación y respeto. Como poder soberano, dicho ente exige de los instrumentos normativos –y de los operadores jurídicos- la incorporación dentro del ordenamiento legal para dar paso a su ejercicio y cumplimiento.

Sin embargo, dicha tendencia también abre el camino a que una multiplicidad de principios confluya dentro de los criterios de apreciación. Por ende, la realización de unos por encima de otros podrá sugerirse de acuerdo a los razonamientos vertidos en la actividad judicial. Por lo que el pluralismo de principios no solo nos habla de su reconocimiento sino al mismo tiempo de su posible condición mediante la realización de unos sobre otros.

Aunado a ello, es de gran importancia el hecho de que los principios se muestran bajo el lente de distintas posibilidades de identificación. “Derechos como el de libertad, igualdad o educación, consentirían distintas concepciones sobre los mismos o instancias específicas de los valores que subyacen a dichos derechos, que en los casos de conflicto dan lugar a un ámbito de indeterminación”.¹⁷

Es por esto que la pluralidad de principios no solo se muestra en una esfera de exterioridad sino al mismo tiempo de interioridad. La primera denota la variedad de valores y derechos que son de distinta conformación –educación, libertad, igualdad, etc.-, la segunda –y es el punto al que nos interesa llegar- ve la pluridimensionalidad de cada uno de ellos, es decir, un principio, derecho o valor, puede tener diferentes ángulos de apreciación y por consiguiente de estimación.

4. Hacia la consolidación de una Constitución plural principialista

Dicha pluralidad busca lograr una dimensión jurídica que predomine sobre las demás de conformidad con los intereses temporales de la sociedad. En este escenario, “las leyes pactadas, para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que –para conseguir el acuerdo- todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles”.¹⁸

Es dable precisar que la materialización normativa de los principios y valores sociales, puede encontrar una limitación en cuanto a su inclusión dentro del ordenamiento jurídico. Este tipo de barreras genera escenarios de incertidumbre que deben ser superadas sin

¹⁵ *Ibidem*, p. 124.

¹⁶ Romero Martínez, J. M., *Estudios sobre argumentación jurídica principialista*, *óp. cit.*, p. 30.

¹⁷ Álvarez, S., “La interpretación contextualizada de los derechos humanos: multiculturalismo, cosmopolitismo y pluralismo de valores”, *óp. cit.*, p. 60.

¹⁸ Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *óp. cit.*, p. 38.

excepción alguna, más aun tratándose de preceptos que encierran las más esenciales estimaciones sociales.

Bajo este orden de ideas, podemos advertir que “estamos frente a una concepción que asume la existencia de una frontera moral que define la legalidad de la actuación del Estado Constitucional y por tanto –siguiendo a Rawls- establece una profunda y necesaria articulación entre razón jurídica y razón pública a partir de la cual una comunidad determinada asienta sus valores democráticos”.¹⁹

Los multicitados principios si bien pueden representarse como fuerzas de conformación indefinida, imprecisa o incluso conflictiva, también lo es que la capacidad de reacción, recepción y conducción de un Estado es indispensable. El equilibrio entre la actuación política y jurídica en relación con las demandas sociales que manifiestan su deseo de reconocimiento de ciertas convicciones es lo que forja la integración democrática.

Ante esta situación “el Estado Constitucional debe procurar ceñir su actuación a los principios democráticos, lo cual supone que el mismo es una entidad moral colectiva tanto en garantía como en limitación de sus propias acciones, aspiraciones y medidas”.²⁰ Por ende, se torna fundamental la articulación de los estándares sociales que precisan las direcciones de los derechos que necesitan ser incluidos en el sistema de normas.

La idea de la esencialidad de los principios denota la participación de un Estado en cuanto a la forma de reconocimiento y garantización. Es dable que las actuaciones legislativas y judiciales deben permitir en la mayor medida de lo posible un ejercicio de correspondencia que debe ser expresada en las normas fundamentales. Hoy en día los niveles de medición ya no son los entes públicos sino los más caros intereses sociales.

No obstante, “no se trata, pues, de sustituir al constituyente (originario o derivado), sino de aplicar y, por lo mismo, de interpretar, matizar o adecuar la Constitución a la sociedad que rige, de acuerdo con los principios implícitos en ella o que de ella se derivan y en cuanto a esos principios no contradigan su texto, pero sin limitarse al mismo”.²¹

En el constitucionalismo actual la incorporación de los principios al sistema normativo ha sido considerada como una necesidad fundamental. En este supuesto, la Constitución como el más alto grado normativo del ordenamiento jurídico representa el instrumento idóneo y capaz para garantizar los valores y necesidades sociales. Esto no limita al poder constituyente sino que representa su más amplia manifestación de voluntad. Puesto que los preceptos principialistas surgen de la sociedad como fuente del poder soberano.

Esta situación explica el hecho de que “la Constitución pluralista presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponden con sus ideales de justicia. De este modo, dichos principios vienen rescatados del ámbito de lo prejurídico e insertados plenamente como tales en el derecho”.²²

Por estas razones, las constituciones vigentes deben ser los mecanismos propensos a la incorporación de los valores y principios que los distintos grupos sociales buscan integrar al pacto democrático. Como una expresión clara de justicia, los legisladores y jueces tienen la encomienda de descifrar los verdaderos alcances y limitaciones de los mismos. Todo ello bajo la debida armonización de las distintas fuerzas principialistas que buscan lograr su materialidad.

¹⁹ Flores Muñoz, D. E., “El principialismo como espíritu de la teoría neoconstitucional. Una aproximación a la obra iusfilosofica de Ronald Dworkin”, Revista jurídica Mario Alario D Filippo, no. 8, julio-diciembre de 2012, p. 138.

²⁰ *Ibidem*, p. 142.

²¹ Piza Escalante, R. E., *Principios constitucionales*, Costa Rica: Investigaciones jurídicas, 2008, p. 209.

²² Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, óp. cit.*, p. 97.

Por añadidura, autores como Pérez Luño han manifestado que “la concepción generacional de los derechos humanos implica reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos”.²³

En correspondencia a este pensamiento, claramente se advierte que la multiplicidad de enfoques que provienen de los principios deja abierta la puerta a nuevas implicaciones en cuanto a sus contenidos. Por lo que dentro de los textos fundamentales debe existir ese carácter abierto, moldeable y participe de las dinámicas principialistas que seguramente seguirán produciendo relaciones de incorporación.

Por último, es de precisarse que “las actuales Constituciones principialistas asumen de forma resuelta la función de modelar el conjunto de la vida social, (...) La jurisprudencia ya no bebe en las fuentes constitucionales a través de la ley, sino que lo hace directamente, sobre todo en aquellas fuentes que incorporan los principios sustantivos y derechos fundamentales”.²⁴

III. Heterogeneidad

1. Diversidad social, política y cultural

Incorporado al hecho de reconocer que existe una pluralidad de principios que tienden a reclamar un mejor ejercicio jurídico y político dentro del sistema democrático constitucional, también lo es que estos derechos se desarrollan dentro de un ámbito de diversidad social. No siempre las sociedades se encuentran bajo un mismo enfoque de pensamiento o de intereses afines.

En esta guisa, se puede iniciar acentuando que “el pluralismo de las fuerzas políticas y sociales en liza, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes”.²⁵

Estas fuerzas sociales y políticas de distinta conformación buscan plasmar los intereses que les son propios. Dichas pretensiones en ocasiones compiten con las estructuras políticas y normativas e incluso con los valores previamente reconocidos que van en contraposición a su interés. Es así como surge la diversidad de intenciones que confluye en un Estado a lo que se le puede identificar como heterogeneidad cultural.

Bajo esta apreciación, mucho se ha cuestionado en relación a la manera de como receptor las más propias injerencias sociales y su debido tratamiento por la disciplina jurídica, es por eso que “la dimensión del derecho por principios es la más idónea para la supervivencia de una sociedad pluralista, cuya característica es el continuo reequilibrio a través de transacciones de valores”.²⁶

De especial pronunciamiento es la situación referente a la pertinencia de la doctrina principialista como conducto para lograr un tratamiento adecuado de las exigencias de los diferentes grupos sociales, culturales y políticos. La apreciación de los valores propios de los distintos entes que conforman la sociedad y una oportuna readecuación de los mismos es parte de las encomiendas que intenta lograr la teoría de los principios.

Pero esta enmienda no resulta fácil de sostener dentro de un sistema de conformación plurinominal debido a que “la heterogeneidad cultural se encuentra protegida sólo en tanto y en cuanto no sea inconsistente con los valores promovidos por los intereses

²³ Pérez Luño, A.E., “Estado constitucional y derechos de la tercera generación”, *óp. cit.*, p. 564.

²⁴ Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003, p. 121.

²⁵ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *óp. cit.*, p. 37.

²⁶ Zagrebelsky G., citado en Romero Martínez, J. M., *Estudios sobre argumentación jurídica principialista*, *óp. cit.*, p. 30.

individuales que justifican el derecho, y la heterogeneidad cultural no está a salvo de los efectos de la hegemonía cultural en las decisiones individuales”.²⁷

Por lo tanto, la diversidad de fuerzas heterogéneas tendrá una limitación clara para ser privada de sus intereses, ello es así por el hecho de que los mismos no pueden atentar contra los más altos valores que protegen los principios supremos, sea que provengan de agentes colectivos o individuales. Al mismo tiempo, el ejercicio de sus propuestas se podría ver afectado por las determinaciones de los entes públicos que sosiegan o tratan de homologar los criterios de adaptación.

2. Heterogeneidad de valores

Existen dentro de la sociedad distintas apreciaciones sobre los contenidos morales que deben prevalecer en relación a los derechos. Esto se puede explicar en razón a la variedad de interpretaciones y deducciones que tanto el legislador como el juez pueden sustraer de cada uno de los principios. Así, cada grupo social, político o cultural busca la prevalencia de sus propias convicciones e interés de acuerdo a un esquema valorativo que le es conveniente.

Por ello se afirma que “el mismo pluralismo de las fuerzas políticas y sociales conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes. (...) las normas jurídicas no pueden ser actualmente la expresión pacífica de los ideales de las sociedades, (...) son instrumentos y manifestaciones de conflicto y enfrentamiento social”.²⁸

La lucha por la prevalencia de valores que corresponden a los distintos entes colectivos es una constante que forja el esquema normativo. Como es de advertirse, la heterogeneidad produce relaciones de fricción entre los grupos sociales que consideran violentado un derecho o su falta de reconocimiento por las autoridades públicas. Siendo posible su obtención mediante mecanismos de negociación política –que pudieran dar solución a las tensiones en el mejor de los casos- o por vía de resolución judicial.

Es por esto que “el papel conflictivo, divergente, cambiante e inacabado del derecho surge por las características de las actuales piezas que lo integran, principalmente los principios, los cuales no son la expresión de un solo objetivo convergente con los demás intereses existentes en las sociedades pluralistas, sino más bien expresiones que representan la misma heterogeneidad”.²⁹

En parte, el carácter dinámico del Derecho se representa mediante las formas de posibilidad de materialización de los principios. Las aspiraciones que son propias de los valores –los cuales llegan a operar por medio de los principios- son muchas y en repetidas ocasiones insuficientes del ser solventadas. Por lo que, la constante contienda en el plano político y jurídico da muestra de una viva heterogeneidad que permanece afluyente en el terreno del nuevo constitucionalismo.

Al mismo tiempo, es destacable el hecho de que “los derechos individuales que buscan crear esferas de autonomía personal lo hacen con el objeto de promover cualquiera de los valores sociales que hayan sido adoptados por la institución del Derecho. (...) Esto implica que los derechos individuales no protegerán la autonomía individual cuando dicha protección sea inconsistente con los valores sociales que el Derecho reconoce como justificación de los derechos”.³⁰

Todo principio –como punto de partida- toma como fuente de realización los valores que previamente han sido reconocidos dentro del orden legal. Sin embargo, estos preceptos

²⁷ Post, R. C., “Constitucionalismo democrático y heterogeneidad cultural”, Saldivia, L. y Blanco, C., (trads.), *Australian Journal of Legal Philosophy*, no. 2, agosto 1999, p. 14.

²⁸ Romero Martínez, J. M., *Estudios sobre argumentación jurídica principalista*, *óp. cit.*, p. 27.

²⁹ *Ídem.*

³⁰ Post, R. C., “Constitucionalismo democrático y heterogeneidad cultural”, *óp. cit.*, p. 11.

normativos en muchas ocasiones pueden llegar a ser enunciativos e indeterminados. Por consiguiente, si los valores que intentan acreditar su oportuna precisión en los textos legales no son correspondientes con dichos enunciamientos jurídicos, conducirán a escenarios de confrontación.

De ello se explica la situación de que “las personas no pueden realizar completamente algunos valores en la medida en que se encuentran en un escenario en el que los valores son plurales en lo que respecta a su contenido y los agentes morales que reivindican tales valores comparten un espacio y un tiempo comunes que a menudo se transforma en un límite para su realización”.³¹

La consumación de los valores heterogéneos no podrá verse cumplida si los mismos no son correspondientes con los alcances o logros que estiman oportunos las demás esferas sociales o políticas. De ahí el conflicto y la afluencia heterogénea, un mecanismo natural de reacción a los más caros costos de derechos que cuando privilegian a unos actúan en detrimento de otros.

Por estas razones se puede sostener que “el derecho por principios de valor constituye una relativización de la ética. Puede parecer una renuncia pero, en la época del pluralismo, <<relativizar>> una ética no significa renunciar a tener una visión del mundo, sino que significa considerar que la supervivencia del mundo es condición necesaria para la realización del propio proyecto ético”.³²

3. Hacia una fórmula para la heterogeneidad

Una vía para entender la heterogeneidad –más no necesariamente la única- es mediante la afirmación que Alexy ha desarrollado en relación a la fórmula sobre un “derecho a algo”. En ella claramente se establece la relación entre un peticionario, un otorgante y un derecho. En donde de ello se deriva una situación de vinculación entre tres partes o unidades. El enunciado se expresa así:

a tiene frente a *b* un derecho a *G*³³

En el presente razonamiento se puede establecer que el grupo social, político o cultural podría representarse mediante el indicativo (*a*). La autoridad pública o el Estado claramente se encontraría vinculado con el nomenclador (*b*). De lo que se deriva un derecho determinado, tangible y especializado que busca ser reconocido o cumplido, plenamente asociado a la letra (*G*). Esta fórmula se traduce como sigue:

Una fuerza social, política o cultural (*a*) tiene frente al Estado o autoridad pública (*b*) un derecho (*G*).

Bajo este esquema se puede explicar que “el objeto de un derecho a algo es siempre una acción del destinatario. Esto resulta de su estructura como relación triádica entre un titular, un destinatario y un objeto. Si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario no tendría sentido incluir al destinatario en la relación”.³⁴ Lo cual resulta un componente esencial de la articulación propuesta.

Ante ello, habría que agregar que no siempre se espera una acción por parte del otorgante, sino que en muchos de los casos lo conducente sería una abstención. Es decir, el Estado está obligado a otorgar o reconocer algún derecho que es conveniente a un grupo en particular, no obstante debido a la injerencia del poder público en detrimento de ciertos derechos, lo conducente será que toda autoridad estatal no realice una conducta agravante.

³¹ Álvarez, S., “Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, no. 31, 2008, p.p. 24-25.

³² Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *óp. cit.*, p. 125.

³³ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Garzón Valdez, E., (trad.), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 186.

³⁴ *Ibidem*, p. 187.

Por esta razón se expresa que “los derechos presentados se diferencian exclusivamente por lo que respecta a su objeto. Uno de estos derechos tiene como objeto una acción negativa (omisión): el otro una acción positiva (un hacer) del destinatario. La diferencia entre acciones negativas y positivas es el criterio principal para la división de los derechos a algo según sus objetos”.³⁵

De esta forma se debe entender que las pretensiones de las fuerzas heterogéneas giran en torno a convicciones que son fundamentadas en principios o valores. La forma de identificar en qué consiste dicha pretensión es a través del fin que buscan lograr. En cualquiera de los escenarios posibles la autoridad estatal se encuentra sometida a la realización de una conducta acorde a las finalidades descritas por los grupos heterogéneos. Para precisar este punto, cabe tomar en cuenta que:

Los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones negativas del Estado (derechos de defensa) pueden dividirse en tres grupos. El primero está constituido por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas *acciones* del titular del derecho; el segundo, por derechos a que el Estado no afecte determinadas *propiedades* o *situaciones* del titular del derecho; y el tercero, por derechos a que el Estado no elimine determinadas *posiciones jurídicas* del titular del derecho”.³⁶

Esto se puede puntualizar de la siguiente manera: 1. Una fuerza social, política o cultural (a) tiene frente al Estado o autoridad pública (b) un derecho (de defensa) a que no se le impidan u obstaculicen acciones. 2. Una fuerza social, política o cultural (a) tiene frente al Estado o autoridad pública (b) un derecho (de defensa) a que no se le afecten determinadas propiedades o situaciones. 3. Una fuerza social, política o cultural (a) tiene frente al Estado o autoridad pública (b) un derecho (de defensa) a que no se le eliminen determinadas situaciones jurídicas.

Por otro lado, en relación a las acciones que conllevan un despliegue de actuación por parte de las autoridades estatales, estas pueden contener el siguiente indicativo: “los derechos del ciudadano frente al Estado a acciones positivas del Estado pueden dividirse en dos grupos, el del aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa”.³⁷

En los supuestos de las acciones positivas fácticas –interpretando a Alexy- se puede asociar con aquellas encaminadas a una conducta jurídica del Estado para la realización de una tarea o un cierto fin, el cual se encuentra expresado dentro de la norma y que es necesario para satisfacer alguna demanda social. En el segundo punto, -acciones positivas normativas- la intervención de la autoridad pública será aquella tendiente a establecer una conducta que debe ser regulada por la norma y que el mismo Estado deberá cumplir.

Siguiendo el esquema del jurista alemán, la fórmula aplicada al fenómeno de la heterogeneidad puede ser entendida de la siguiente manera: 1. Una fuerza social, política o cultural (a) tiene frente al Estado o autoridad pública (b) un derecho a que este realice una acción positiva fáctica; y 2. Una fuerza social, política o cultural (a) tiene frente al Estado o autoridad pública (b) un derecho a que este realice una acción positiva normativa.

Pero el esquema de Alexy solamente hace referencia a un aspecto singular de la heterogeneidad. Es decir, toma como ejemplo únicamente una fuerza heterogénea, entonces, ¿Cuál es el esquema correspondiente cuando existe un choque o confluencia de dos o más grupos discrepantes? Ante ello, una posibilidad sería la de agregar a la fórmula del filósofo alemán el siguiente indicativo:

³⁵ *Ibidem*, p. 188.

³⁶ *Ibidem*, p. 189.

³⁷ *Ibidem*, p. 194-195.

a tiene frente a *b* y *c* un derecho a *G*

En donde se puede traducir para efectos de entender lo concerniente a la heterogeneidad que: una fuerza social, política o cultural (*a*) tiene frente al Estado o autoridad pública (*b*) y frente a otra fuerza social, política o cultural (*c*) un derecho a una acción negativa (no impedimento, afectación o eliminación) y/o una acción positiva (fáctica o normativa) (*G*). En conclusión, la finalidad esencial en el presente análisis desarrollado es fijar una estructura básica de las relaciones entre la heterogeneidad y los supuestos en que la misma se puede llegar a presentar. Del mismo modo, apreciar cómo ello puede ser de gran utilidad para el jurista que enfrenta situaciones asociadas con estos factores dentro de las decisiones judiciales. Todo ello sin la limitación de que el presente tema pueda ser desarrollado en posteriores manuscritos.

IV. Decisiones judiciales

1. Inestabilidad, conflictividad e inconmensurabilidad de los principios y valores

En relación a como la diversidad de principios y el factor de la heterogeneidad social influyen dentro de las determinaciones que dictan los jueces conlleva un arduo camino de exploración. No son pocas las circunstancias que un jurista debe considerar al momento de analizar -y por consiguiente de justificar mediante la argumentación jurídica- los problemas que se presentan mediante los casos de gran relevancia.

En ciertas ocasiones, las críticas en cuanto a la recepción de los principios por parte de los jueces ha dado cabida a considerar que se produce cierta inestabilidad o falta de certeza en su aplicación. “El enfoque de Dworkin con respecto al papel de los principios en el derecho, resulta superfluo para todo examen en profundidad sobre las funciones argumentativas reales que la heterogénea multiplicidad de los criterios ubicables bajo dicha etiqueta desempeñan en la práctica misma de los razonamientos jurídicos”.³⁸

Un aspecto interesante en relación a la pluralidad de los principios y de los valores no solo estriba en el hecho de la existencia de su variedad dentro del contexto jurídico. Al mismo tiempo, el contenido singular de cada uno de ellos conlleva una fuerte dimensión compositiva que puede ser inoportunamente discernida por el juez dentro de su resolución, dejando de lado otras posibles conformaciones que pueden tener un mayor grado de aplicabilidad.

Por consiguiente “los principios, ya sean del derecho natural o del constitucional, abren el camino al arbitrio de los juzgadores, pues les permite utilizar puntos de vista inestables en la aplicación del derecho”.³⁹ Lo cual, alimenta la sensación de que dentro del Derecho por principios se promueven prácticas argumentativas inciertas e inconsistentes.

No obstante, esta situación no es extraña para Zagrebelsky quien afronta el reto de la incertidumbre e inestabilidad al proponer que existe un escenario propenso a ello. La característica de esta situación estriba –según el jurista italiano- en el hecho de que los principios han llegado sin más ni más al Derecho y ello representa un nuevo camino de cómo hacer el derecho, en especial al otorgarles un sentido valorativo.

Es por ello que resulta importante identificar el elemento heterogéneo de fuerzas con el múltiple catálogo de principios y valores que se encuentran inmersos en los sistemas constitucionales. Es así como “el pluralismo nos enfrenta con (1) el hecho de la diversidad de valores (2) el conflicto entre valores distintos o entre perspectivas o instancias diversas de realización de un mismo valor (3) el desafío del entendimiento y la solución”.⁴⁰

El trabajo del jurista –en el constitucionalismo actual- se orienta hacia el discernimiento de un nuevo catálogo de derechos y de su debido enfoque individual. El factor de la

³⁸ Haba, P. E., citado en Piza Escalante, R. E., *Principios constitucionales*, *óp. cit.*, p. 197.

³⁹ Zagrebelsky, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, *óp. cit.*, p. 30.

⁴⁰ Álvarez, S., “Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales”, *óp. cit.*, p. 28.

heterogeneidad contiene un elemento adicional de criterios de apreciación, en donde los grupos sociales intentan demostrar la primacía que debe imperar en los casos particulares. Ante ello, los razonamientos judiciales deben justificar de manera exhaustiva el procedimiento relativo a la recepción, el tratamiento y resolución de dichos componentes. Pero esto representa una difícil labor para el jurista quien maneja el conocimiento y examen de los preceptos valorativos, ello se explica en razón de que “la presencia de principios o derechos plurales que expresan un contenido valorativo idéntico en cuanto a su importancia, hace que detenten todos ellos el mismo rango y que por tanto no sea posible establecer un orden constante o abstracto de prioridades”.⁴¹

En este punto el elemento de gradación es fundamental para reconocer la prioridad de los principios y los valores. Empero, ello no es suficiente para establecer un orden de preceptos o significados, dada la variedad de posibilidades en su interpretación y aplicación. Lo conducente más bien sería el reconocimiento de prerrogativas que deben ser cumplidas en favor de los derechos acreditados mediante la justificación argumentativa del juez.

De lo anteriormente mencionado se desprende que “las listas de derechos humanos son así expresión del pluralismo de valores en la medida en que revelan la coexistencia de valores diversos. Esto hace que cuando se trata de aplicar derechos humanos nos encontremos a veces -como sucede en el ámbito de la moral- con conflictos, es decir con situaciones en las que dos derechos no pueden ser realizados conjuntamente”.⁴²

La asimilación de la idea concerniente a que los derechos humanos actúan como una fuente de revelación de la heterogeneidad de valores resulta propia de los contenidos que deben ser abordados por el juez constitucional. No obstante, la afluencia de nuevos escenarios valorativos conduce a desacuerdos y luchas de prevalencia en los sistemas democráticos. Ante esto, la función del jurista se vuelve esencial para dirimir las controversias asociadas a ello.

Expuesto lo anterior, cobra relevancia la cuestión concerniente a la inconmensurabilidad de los principios y los valores. “Este problema es dejado abierto por el pluralismo de los valores y afrontado por el derecho del nuevo constitucionalismo. Este instituye autoridades normativas que conmensuran valores inconmensurables en los dos sentidos, como libertad y seguridad; el nuevo constitucionalismo, en particular, confía el control de sus decisiones a cortes supremas, constitucionales e internacionales”.⁴³

2. Razonamiento judicial por principios y valores

Dichas percepciones plurales de los valores y los derechos ha propiciado un escenario inmensurable en el Derecho. Esta emblemática tarea de definición, acotación y materialización es una de las labores más complicadas confiadas al juez constitucional. El enfoque del razonamiento judicial se torna en dirección a desarrollar nuevas formas de apreciación de los elementos principialistas que exigen fiables fuentes argumentativas de complementación.

El problema de la recepción de dichos contenidos valorativos y su debida formulación dentro de los textos resolutivos opera en razón a circunstancias que no solamente son producto de la incapacidad judicial. Es por esto que “la causa de la falta de certeza en los procesos de aplicación del derecho no radica en una mala disposición mental de los

⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

⁴² Álvarez, S., “La interpretación contextualizada de los derechos humanos”, *óp. cit.*, p. 63.

⁴³ Barberis, M., “Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad”, *óp. cit.*, p. 271.

juristas, sino en el agotamiento de un cuadro de principios de sentido y de valor compartidos por la generalidad”.⁴⁴

El problema de la inconmensurabilidad de los principios y los valores va más allá de la libre disponibilidad de los razonamientos mentales producidos por los juristas. Aunque en ocasiones pueda llegar a cuestionarse la forma en la cual un juez ha fijado su postura argumentativa dentro de la resolución, lo cierto es que nos encontramos ante un nuevo campo de acción de principios que exige mayores elementos de discernimiento y complementación.

Es por estas razones que “el pluralismo de los principios presenta un desafío en la actividad de los jueces constitucionales, los cuales deben tomar posición frente a colisiones entre principios, de manera que se permita la realización de la diversidad de los principios, (...) el pluralismo de los principios ha desplazado el conformismo y simplismo del razonamiento jurídico”.⁴⁵

Es por ello que la actividad argumentativa define los alcances de la recepción de los ideales principialistas y axiológicos. En donde el juez de primer jerarquía se encuentra condicionado a desarrollar mejores técnicas y métodos argumentales que conduzcan a la apropiada integración de las necesidades y postulados morales que conforman la sociedad en donde ejerce su función judicial.

Ante este escenario “Dworkin considerará que el juez está en la capacidad de explorar al interior de la evolución de los principios morales de la ciudadanía en búsqueda de los elementos que le permita satisfacer de la mejor manera posible los ideales de justicia requeridos al interior del sistema judicial como parte del diseño institucional del Estado”.⁴⁶

Por ende, la función judicial ha labrado los mecanismos propicios de la argumentación para dar tratamiento a los efectos que producen los principios y valores. La precisión del pensamiento racional es el elemento principal para una debida función de disolución de controversias principialistas y axiológicas. No obstante, las exigencias argumentativas son cada vez mayores en atención al dinamismo y el desarrollo de las formas de manifestación de los principios.

Con todo lo expresado con anterioridad, esto da lugar a que “signifique un avance decisivo del Estado de Derecho, de manera que en lugar de decidir el legislador simplemente <<lo que quiere>> ahora decida el juez <<lo que debe>>, es algo que en buena parte depende de nuestra confianza en las posibilidades y alcance de la argumentación jurídica”.⁴⁷

3. Ponderación, integración y valoración

Uno de los mecanismos de la argumentación para dar cuenta de los efectos producidos por la inflexión de los principios y valores dentro de las conflictividades sociales es la ponderación. Con la finalidad de proponer una dimensión de racionalidad, se ha convertido en el método mayormente aceptado –y utilizado– en la función judicial de carácter principialista.

Esto se explica en razón de que “la pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación”.⁴⁸ Ello demuestra la premura en el requerimiento de una

⁴⁴ Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *óp. cit.*, p. 146.

⁴⁵ Romero Martínez, J. M., *Estudios sobre argumentación jurídica principialista*, *óp. cit.*, p.p. 29-30.

⁴⁶ Flores Muñoz, D. E., “El principialismo como espíritu de la teoría neoconstitucional”, *óp. cit.*, p. 141.

⁴⁷ Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *óp. cit.*, p. 132.

⁴⁸ Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *óp. cit.*, p. 125.

herramienta eficaz que permita dar un tratamiento adecuado a las problemáticas derivadas de las relaciones plurales principialistas.

Como lo afirma Zagrebelsky, toda colectividad cuyo atributo característico es la heterogeneidad es propensa a reconocer los valores más propios y apreciados que la distinguen. De esta forma, la armonización de dichas estimaciones solamente puede ser posible mediante el uso de la técnica ponderativa que busca lograr la moderación entre estos distintos componentes.

Por ende “no cabe hablar en tales condiciones de un orden o sistema de valores, cerrado y jerarquizado, sino más bien de un pluralismo o <<desorden>> de principios que entran en juego simultáneamente y que, en la medida en que hallen presentes o sean relevantes en los discursos de aplicación –y no solo en los juicios de validez abstracta- han de ser irremediablemente ponderados por el juez”.⁴⁹

La confluencia de principios dentro del ordenamiento democrático se muestra como una manifestación irradiante proveniente de las más variables expresiones de la sociedad. En ocasiones sirven como un conducto mediante el cual se muestran ciertos valores morales, declaraciones de derechos, concurrencias sociales o culturales que no siempre siguen un estándar de gradación. Por lo que al momento de adaptarse dentro de las exigencias materiales necesariamente deben someterse a una regla de medición para lograr su efectividad.

Es por estas razones que autores como Bruno Celano infieren que “los valores, por hipótesis objetivos, son múltiples, conflictivos, inconmensurables e indeterminados. Su determinación exige, pues, ponderación, resolución de conflictos, conmensuración de lo inconmensurable, determinación de lo indeterminado”.⁵⁰ Formando así parte de la nueva integración que busca lograrse dentro del Estado constitucional.

Lo cual nos permite inferir que una de las principales enmiendas de la ponderación no es solo la de lograr la prevalencia de un principio o valor sobre otro. Al mismo tiempo su finalidad debe orientarse a provocar un equilibrio entre puntos distantes (inconmensurabilidad por conmensurabilidad, indeterminación por determinación, incertidumbre por certeza), que otorgue un mayor grado de incorporación justificada –en términos argumentativos- de los contenidos principialistas dentro del sistema democrático.

En este orden de ideas “lo que hay son <<principios universales, uno junto a otro según las pretensiones de cada parte, pero faltando la regulación de su compatibilidad, la solución de las “colisiones” y la fijación de los puntos de equilibrio>>; se produce, pues, lo que pudiéramos llamar una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles”.⁵¹

Ante ello, la función del juez se debe encaminar a crear procesos inferenciales que provean de una debida singularización de las manifestaciones abstractas de los principios. Creando factores de adecuación mediante las resoluciones judiciales respaldadas por una fuerte carga argumentativa. Produciendo así relaciones de concordancia entre las diversas manifestaciones posibles.

Por ende se abre el camino hacia la construcción e incorporación tangible de los postulados principialistas. “De ahí que se estime que se pueda hablar de un mejoramiento o fortalecimiento de la certeza en el derecho, la cual no debe solo relacionarse con el conocimiento *a priori* de los alcances y consecuencias del derecho, sino con el esquema de argumentación y justificación maximalista en el derecho”.⁵²

⁴⁹ Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, óp. cit., p. 125.

⁵⁰ Celano, B., citado en Barberis, M., “Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad”, óp. cit., p. 267.

⁵¹ Prieto Sanchís, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, óp. cit., p. 123.

⁵² Romero Martínez, J. M., *Estudios sobre argumentación jurídica principialista*, óp. cit., p. 131.

El punto a desarrollar por medio de la argumentación jurídica sería la de focalizar las posibles manifestaciones principialistas que se presentan por medio de las fuerzas sociales, dándole un adecuado, exhaustivo y racional tratamiento a las demandas planteadas. En virtud de que –en palabras de Prieto Sanchís- aunque las expresiones heterogéneas sean discordes todas tienden hacia una pretensión de validez y conformación social.

En adición a las ideas planteadas “los principios del nuevo constitucionalismo parecen ser la formulación jurídica de los valores del pluralismo, una suerte de equilibrio reflexivo en la que metaética e instituciones constitucionales se enriquecen recíprocamente”.⁵³ Por consiguiente, dichos preceptos contienen fuertes cargas axiológicas que pueden ser materializadas en razón a su reconocimiento jurídico mediante la doctrina principialista. En este punto Prieto Sanchís ha sostenido que aunque los principios sean fórmulas vagas e imprecisas lo cierto es que aportan nuevas exigencias de racionalidad al Derecho, apelando en contra del factor discrecional de la actividad judicial o el proselitismo sinsentido del quehacer político. Lo que conlleva a que el jurista trace un camino de adecuación por medio de la argumentación jurídica.

No obstante, el “valorar, calibrar la calidad moral de una acción, es una compleja empresa que las personas abordan haciendo uso de su racionalidad pero enfrentándose a su vez con los límites que la realidad impone a sus aspiraciones normativas. (...) el pluralismo «es más verdadero porque, por lo menos, reconoce el hecho de que los fines humanos son múltiples, no todos ellos conmensurables, y están en perpetua rivalidad unos con otros”.⁵⁴ Por lo tanto, dentro del constitucionalismo de nuestros días la comprensión de la argumentación por principios se encuentra ligada a su entendimiento y recepción de los amplios significados o posturas heterogéneas que puedan presentarse mediante los principios y valores morales. El juez constitucional debe reconocer esta situación para poder dar un resultado acorde a los parámetros de razonabilidad que le son impuestos como requisito esencial para validar de sus resoluciones.

Asimismo, el jurista debe ser consiente sobre el carácter disyuntivo que juegan los valores dentro del ordenamiento democrático. Pero a pesar de ello debe comprender que “sus conflictos son conciliables. Es siempre posible llegar a *trade-offs*, compromisos o balances que, sin embargo, pueden exigir elecciones trágicas; esta es la idea distintiva del pluralismo”.⁵⁵

En definitiva, la conflictividad proveniente de los principios y valores producto de las fuerzas sociales, políticas o culturales en discordancia son la nueva materia del constitucionalismo actual. Las vías esenciales que el juez constitucional tiene a su alcance para su tratamiento y resolución provienen de métodos o técnicas que promuevan la armonización y debida valoración de las múltiples manifestaciones existentes.

Conclusiones

El constitucionalismo moderno revela una serie de nuevas formas de entender el Derecho que son expresadas mediante los principios y valores. Estos elementos si bien pueden llegar a ser indeterminados e imprecisos son consecuencia de las exigencias sociales, políticas y culturales que a través del tiempo han reflejado su necesidad de reconocimiento, respeto y garantía dentro del ordenamiento jurídico.

⁵³ Barberis, M., “Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad”, *óp. cit.*, p. 268.

⁵⁴ Álvarez, S., “Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales”, *óp. cit.*, p. 26.

⁵⁵ Barberis, M., “Pluralismo de los valores, nuevo constitucionalismo y balance libertad-seguridad”, *óp. cit.*, p. 270.

La heterogeneidad entendida como la confluencia de fuerzas sociales de distinta composición dentro del sistema democrático, reclama la realización de valores morales que aún no han sido reconocidos o que se encuentran restringidos por el Estado bajo una postura de incompatibilidad con sus ideales e intereses. Dichos valores pueden llegar a ser discordantes con otras manifestaciones heterogéneas que intentan lograr la prevalencia de distintas determinaciones.

El juez constitucional juega un rol indispensable en la recepción, tratamiento y solución de los conflictos provenientes de la pluralidad de principios y valores. La efectividad de su labor racional mediante métodos, técnicas y recursos provenientes de la argumentación jurídica será fundamental para dotar de mayor claridad a dichos componentes principialistas y axiológicos.

Cómo citar: Encinas Duarte, G.A. (2022). Coordinadas para la argumentación interjurídica a partir de N. MacCormick, K. Günther, y R. Alexy. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

COORDENADAS PARA LA ARGUMENTACIÓN INTERJURÍDICA A PARTIR DE N. MACCORMICK, K. GÜNTHER Y R. ALEXY

Gabriel Alejandro Encinas Duarte¹

Las teorías sobre la argumentación jurídica ya no pueden referirse a un solo sistema jurídico, impermeabilizado bajo axiomas de ‘completitud’, ‘clausura’ y ‘exclusividad’. Nuestro mundo cambió. Requerimos dar cuenta de reenvíos, interfaces, diálogos, referencias, contradicciones, recepciones condicionadas, ponderaciones, y una multitud de razonamientos sobre normas con orígenes en más de un solo ordenamiento o espacio jurídico. El razonamiento jurídico hoy es tanto singular como plural. La argumentación ya no se ciñe a un solo sistema, la argumentación es *interjurídica*.

Este escrito busca atender a las bases teóricas disponibles para ello, con la estrategia de acudir ante tres grandes autores, Neil MacCormick, Klaus Günther, y Robert Alexy, anotando tanto sus ideas como, acaso, sus silencios, sobre la condición interlegal.

1. Introducción: La condición interlegal

Parece que los pluralistas jurídicos tienen toda la razón cuando afirman que lo jurídico no se dice de una sola manera, sino de muchas maneras.² Además del derecho del Estado y el derecho internacional, hay multitud de *espacios jurídicos*³ que no permanecen ignotos: el derecho indígena, el derecho regional y supranacional, el derecho transnacional, las *leges* posmodernas (como la *lex mercatoria*, la *lex digitalis*, la *lex sportiva*, entre otras), la justicia de las plataformas digitales, la revitalización del derecho religioso, o regulaciones cuasijurídicas y basadas en la *expertise*. Lo jurídico es diverso en sus formatos y en sus elementos constitutivos. Al mismo tiempo, lo plural del derecho no implica aislamiento. Los distintos espacios jurídicos no son mónadas sin ventanas e incomunicados entre sí. En este sentido, lo jurídico es pluralidad, pero también es unidad. La enorme diferencia estriba en que, mientras que los autores del siglo XX consagraban la unidad directamente en la construcción conceptual misma

¹ Universidad Autónoma de Baja California, México

² Al respecto, véase sobre todo Seinecke, R., *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. Son también muy provechosos los textos en Guevara Gil, A. y Gálvez Rivas, A. (comps.), *Pluralismo jurídico e interlegalidad: Textos esenciales*, Lima: CICAJ, DARS, PUCP, 2014; Berman, P. S. (ed.), *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford: Oxford University Press, 2020; y la monografía reciente Tamanaha, B. Z., *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences*, Oxford: Oxford University Press, 2021.

³ Incluso la terminología más básica está impugnada. Se plantean serias dudas sobre la adecuación de términos como ‘sistema jurídico’, o, en su lugar, ‘ordenamiento jurídico’. Véase Culver, K. y Giudice, M., “Not a System but an Order: An Inter-Institutional View of European Union Law”, en Dickson, J. y Eleftheriadis, P. (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford: Oxford University Press; Taekema, S. “Between or Beyond Legal Orders: Questioning the Concept of Legal Order”, en Klabbers, J. y Palombella, G. (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019. En este escrito, utilizaré las expresiones ‘legalidades’ o ‘espacio jurídico’. Sobre esta última expresión, véase Burchardt, D. “The Concept of Legal Space: A Topological Approach to Addressing Multiple Legalities”, *Global Constitutionalism*, firstview, 2022, pp. 1-30, doi:10.1017/S2045381722000041.

del ordenamiento jurídico, en el siglo XXI la unidad sólo ha de postularse intersticial, dialógica, y reiteradamente: en el razonamiento jurídico mismo.⁴

Ahora conviene hacer un brevísimo recuento de casos paradigmáticos de esta nueva condición de pluralidad en el derecho:

- La saga judicial *Weiss-PSPP*⁵ no sólo versó sobre la legalidad y legitimidad (proporcionalidad) de la emisión de medidas extraordinarias por parte del Banco Central Europeo, que podrían o no tener efectos sobre la política económica (es decir, sobre una materia reservada a los Estados miembros de la Unión Europea).⁶ Incluso se impugnaron los estándares mismos del análisis de proporcionalidad para dilucidar sobre la cuestión. Así, se enfrentaron concepciones distintas del derecho público, concepciones distintas de la relación entre el derecho público y diversos intereses económicos, y concepciones distintas de la ponderación. Además, dichas concepciones concurrentes versaban sobre la ponderación entre normas de más de un sólo espacio jurídico, es decir, *ponderación interlegal*.⁷
- La saga judicial *Kadi*⁸ versó sobre el conflicto entre las obligaciones derivadas del régimen de seguridad antiterrorista de Naciones Unidas y las obligaciones fundamentales de debido proceso y acceso a la justicia garantizadas por el derecho de la Unión Europea.⁹ En los distintos pronunciamientos y recomendaciones, resonaron con grandes efectos prácticos las teorías del monismo internacionalista, el dualismo, y el pluralismo. De nuevo, la ponderación interlegal, aunque también la delimitación e incorporación de normas ‘externas’ estuvieron al centro de la controversia.
- La saga *Fábrica Mox*¹⁰ conoció de suspensiones y reencuadres de un caso sobre contaminación, entre Reino Unido e Irlanda, donde colisionaban legalidades del derecho del mar, y derecho europeo, en las cuales no se logró que se considerasen sustantivamente las normas jurídicas ‘externas’.

⁴ Es muy claro en este sentido Scarcello, O. “Overcoming the Legal System? The Perspective of Inter-Legality”, *Rivista di filosofia del diritto*, n° 11, vol. 1, pp. 59-74.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2018, *Weiss y otros*, C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000; Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 5 de mayo de 2020, 2 BvR 859/15, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915.

⁶ Para un análisis del trasfondo político-económico de la controversia, véase Dani, M., Mendes, J., Menendez, A. J., Wilkinson, M., Schepel, H., y Chiti, E., “At the End of the Law: A Moment of Truth for the Eurozone and the EU”, *Verfassungsblog*, entrada de 15 de mayo de 2020, disponible en <https://verfassungsblog.de/at-the-end-of-the-law/>, DOI: [10.17176/20200515-133713-0](https://doi.org/10.17176/20200515-133713-0).

⁷ Al respecto, pido licencia para remitir al lector a dos trabajos anteriores: Encinas, G. “Ponderación interlegal, ¿argumentación interjurídica?” en Lionetti de Zorzi, J. P. y Lell, H. M. (eds.). *I Jornadas Internacionales y II Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam, 2021; Encinas, G. “Interlegal Balancing: A Concept, Two Contexts, Some Circumstances”, *Rivista di filosofia del diritto*, n° 11, vol. 1, 2022, pp. 75-90.

⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 21 de septiembre de 2005, *Kadi* contra Consejo y Comisión, T-315/01, ECLI:EU:T:2005:332; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, *Kadi* y otro contra Consejo y Comisión, C-402/05 P y C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de julio de 2013, Comisión Europea y otros contra Yassin Abdullah Kadi, C-584/10 P, ECLI:EU:C:2013:518.

⁹ Véase un excelente análisis en Avbelj, M. y Roth-Isigkeit, D., “The UN, the EU, and the Kadi Case: A New Appeal for Genuine Institutional Cooperation”, *German Law Journal* vol. 17, n° 2, 2016, pp. 153-178.

¹⁰ Laudo final de la Corte Permanente de Arbitraje de 2 de julio de 2003, Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, disponible en <https://pcacases.com/web/sendAttach/121>; Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de mayo de 2006, Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda, C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345; Orden número 6 de la Corte Permanente de Arbitraje de 6 de junio de 2008, disponible en <https://pcacases.com/web/sendAttach/870>

- Más recientemente, el diálogo jurisdiccional ha demostrado no sólo ser multinivel sino también “multiformato”,¹¹ con nuevos actores como la llamada “Suprema Corte de Facebook”¹² (su Consejo Asesor) efectuando armonizaciones, referencias e interpretación conforme con los informes y las resoluciones de órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, así como con planes de acción e instrumentos de naturaleza novedosa.

Suelen ser legítimamente aplicables múltiples normas con diversas fuentes a una misma controversia. Aunque esta situación de hecho se presupone por los practicantes y operadores jurídicos, se contradice con doctrinas más tradicionales que, basándose en alguna concepción del ‘sistema jurídico’ afirman que el problema se agotaría en el análisis de validez o pertenencia de una norma a un ordenamiento dado según sus criterios internos. Por el contrario, nuestra condición interlegal consiste en que el derecho y las interconexiones entre distintos espacios jurídicos no se agota por soluciones formales ni criterios jerárquicos. Cuando están en juego los derechos humanos, la relación entre las normas de distintos espacios jurídicos es mucho más compleja, pues depende de la argumentación a la luz de cada caso particular, integrando todas las normas y consideraciones planteadas por las partes afectadas en una decisión integral. ¿Cómo afrontar esta ardua labor? En otro trabajo he dado un primer paso proponiendo la *ponderación interlegal* como el establecimiento de preferencias condicionadas entre normas y consideraciones emanadas de legalidades diversas, enfatizando la interconexión de aspectos sustantivos y jurisdiccionales, así como una alternatividad con doctrinas sobre los estándares de escrutinio apropiados.¹³ Así también queda pendiente conceptualizar una amplia variedad de tipos de argumentación interjurídica, como lo son los reenvíos, diálogos, armonizaciones, analogías, referencias, entre otros. Aquí, se intenta recabar algunas coordinadas teóricas para una argumentación interjurídica desde teorías de la argumentación jurídica.

2. Neil MacCormick: Razonamiento jurídico, pluralismo constitucional, y su “reconciliación”

En una entrevista con Manuel Atienza, Neil MacCormick reconoció tres etapas en su obra: calificó su actividad de 1965 a 1981 como un periodo “estrechísimamente vinculado a la obra de Hart”, de 1981 a 1995 como un periodo de distanciamiento de Hart y reconsideración de temas centrales, y de 1995 en adelante como el desarrollo global de un institucionalismo postpositivista en el derecho.¹⁴ Efectivamente, la obra de MacCormick es diversa, tanto así que Neil Walker, su sucesor en la *Regius Chair of Public Law and the Law of Nature and Nations*, aventuró la necesidad de “reconciliar a MacCormick” refiriéndose a sus frecuentes dualidades, con compromisos tanto locales como cosmopolitas, enfatizando tanto la integridad del razonamiento práctico y jurídico como el pluralismo constitucional.¹⁵

Aquí sólo es dable un balance muy acotado de dos contribuciones principales de MacCormick al razonamiento jurídico (2.1), seguido por su contribución a la idea del *pluralismo constitucional* (2.2).

2.1. El punto de vista interno y la integridad del razonamiento práctico

¹¹ Así lo formula Clérico, L. “Diálogo judicial multinivel y la tutela de derechos en América Latina”, ponencia impartida en el Seminario García Pelayo (online) de 9 de febrero de 2022, CEPC, Madrid.

¹² Véase Klonick, K. “The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression” *The Yale Law Journal* vol. 129 n° 8, 2020, pp. 2418-2499.

¹³ Véase *supra* nota 7 al pie.

¹⁴ Véase Atienza, M. “Entrevista a Neil MacCormick” *Doxa* n° 29, 2006, pp. 479-489, especialmente a pp. 485-486.

¹⁵ Walker, N. “Reconciling MacCormick: Constitutional Pluralism and the Unity of Practical Reason” *Ratio Juris* vol. 24 n° 4, 2011, pp. 369-385.

Aunque la obra de Neil MacCormick es vasta, sería un error pensar que sus distintas contribuciones estaban desarticuladas entre sí. Por el contrario, la mejor lectura de MacCormick es armónica entre sus distintos objetos de referencia. Esto resulta especialmente patente en pasajes como el siguiente:

“La perspectiva institucionalista sobre el ordenamiento jurídico y político abre posibilidades sobre el pluralismo. Hace posible, aunque no necesario, cierto grado de oposición ante las teorías tradicionales y centralizadoras sobre la soberanía, su absolutéz, y su esencialidad para el derecho establecido con seguridad. Podemos reemplazarlas por ideas sobre subsidiariedad, negociación, y ponderación entre las distintas formas y niveles de gobierno y autogobierno.”¹⁶

Maksymilian del Mar ha ofrecido un enriquecedor análisis de la obra de Neil MacCormick a la luz de su ‘difusionismo’, o pluralismo, sobre el poder político y jurídico.¹⁷ Se basaba en una teoría sobre la formalidad y la legalidad tal que permitía constreñir la argumentación a la vez que difundir dicho poder.¹⁸ De esta forma, el notorio institucionalismo de Neil MacCormick versaría en que el derecho es una especie de los ordenamientos normativos, a saber, un ordenamiento normativo institucionalizado, ya sea en mayor o menor grado. En esta diferencia de grado reside la relativización de la identidad entre derecho y Estado para MacCormick. También el derecho transnacional y otras legalidades menormente institucionalizadas se pueden teorizar fértilmente a través de esta óptica.

Otro punto clave que merece destacarse sobre la teoría del derecho de MacCormick es su enfoque en el ‘usuario’ de las normas, y no exclusivamente en sus creadores o aplicadores. Y esto es fundamental para una perspectiva de la interlegalidad, sobre lo cual se volverá.¹⁹ La primacía que MacCormick le concedía a la perspectiva del usuario consistía en un desarrollo de lo que Hart llamaba el ‘aspecto interno’ de las reglas.²⁰ Ahora bien, MacCormick enriquece la teoría Hartiana en tanto que no se ciñe únicamente a las reglas, sino que también incluye a los hábitos sobre tales reglas, como parte de la “infraestructura necesaria”²¹ en las prácticas institucionales en general, así como en el derecho en particular. En tal sentido, MacCormick invoca las investigaciones enmarcadas en el pluralismo jurídico de Brian Tamanaha sobre la mediación del derecho estatal a través de diversos ordenamientos normativos en la práctica.²² Esta dimensión de los hábitos jurídicos que MacCormick releva es indispensable para dar cuenta de la posibilidad de interacción de múltiples y diversas normas. A pesar de resultar problemático para las doctrinas tradicionalmente basadas en la noción de sistemas jurídicos exclusivos, esta situación se presupone en la búsqueda de coordinación entre los agentes prácticos, lo que MacCormick caracteriza como fundamental para todo proceso de institucionalización de normas.²³

Esto conduce hacia el otro gran punto de MacCormick, a saber, la unidad del razonamiento práctico. En efecto, para Neil MacCormick:

¹⁶ MacCormick, N. “The Dialectic of Might and Right: Legal Positivism and Constitutional Change” *Current Legal Problems*, n° 51, 1998, pp. 37-63, p. 62.

¹⁷ Del Mar, M. “Legality as Relative Institutionalisation: MacCormick’s Diffusionism and Transnational Legal Theory”, *Transnational Legal Theory* vol. 5 n° 2, 2015, pp. 177-217. Cabe mencionar que Del Mar reformula la postura de MacCormick como ‘difusionista’ en lugar de ‘pluralista’ con el fin de incitar a una revaloración más profunda de su trabajo. Véase *ibid.*, p. 181, nota 12 al pie.

¹⁸ *Ibid.*, p. 180, nota 9 al pie.

¹⁹ Debo agradecer asimismo a Juan Pablo Lionetti de Zorzi por sus valiosos comentarios, haciéndome ver la centralidad de los *hábitos jurídicos* en la perspectiva interlegal.

²⁰ MacCormick, N. *Institutions of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 61.

²¹ *Ibid.*, p. 67.

²² *Ibid.*, pp. 69-70, citando a Tamanaha, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001, pp. 145-146.

²³ MacCormick, N. *Institutions of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 303-304.

“(…) por todo lo que el razonamiento práctico y el derecho tengan en común, deben compartir lo siguiente: la gente común debe pensar sobre cómo se introduce el derecho en su conducta y en sus planes de sus asuntos personales, sus asuntos colectivos con amigos y socios, y, efectivamente, en sus asuntos corporativos y comunales en general”.²⁴

Neil Walker recurre precisamente a las discusiones de Neil MacCormick sobre la unidad del razonamiento práctico para afrontar los conflictos interjurídicos. Para Walker, el punto clave de MacCormick es su defensa de la universalización, tanto Kantiana (el *imperativo categórico*) como Smithiana (el *espectador imparcial*) a la vez.²⁵ MacCormick formula así un “imperativo categórico Smithiano”:

“Entra tan plenamente como sea posible en los sentimientos de todos los que están directamente involucrados o afectados por algún incidente o relación, y forma imparcialmente una máxima del juicio sobre lo correcto que todos pudiesen aceptar si estuvieran comprometidos a mantener creencias comunes que establecen un estándar común de aprobación y desaprobación entre sí mismos.”²⁶

Como se sabe, tanto el imperativo categórico, como el espectador imparcial, son métodos o argumentos que operan al nivel fundacional del razonamiento práctico y moral. Buscan distinguir los argumentos moralmente aceptables de los que no lo son. Walker propone recuperar una metodología similar para el nivel interjurídico:

“(…) si cada cual se compromete a la universalizabilidad del razonamiento que aduce en el caso concreto, así como a la defensa de dicho razonamiento universal ante una audiencia (implícita) de otros significativos y que incluye a todos en la comunidad de intercambio relevante, entonces es dable imaginar una dinámica normativa productiva.”²⁷

Similarmente, Maksymilian del Mar apunta que la concepción institucionalista del derecho de MacCormick tiene tres ventajas para el ámbito transnacional: Primero, que disocia al concepto de derecho del poder; segundo, que reconoce la importancia de las formas de legalidad en vías de desarrollo; tercero, que al recuperar el razonamiento práctico de la gente común, lo que suele ser decisivo para el ámbito transnacional donde suele desdibujarse el límite entre quiénes son funcionarios y quiénes gente común.²⁸

2.2. Pluralismo constitucional

Se señala, y con razón, que Neil MacCormick es pionero y *maître à penser* de todos los teóricos del *pluralismo constitucional*, incluyendo figuras tan influyentes como lo son Neil Walker, Miguel Poiaras Maduro, y Mattias Kumm.²⁹ Mientras que la idea de pluralismo *jurídico* surgió en los debates antropológico-jurídicos de finales de la década de 1960 (buscando explicar la coexistencia e interacción entre el ordenamiento jurídico ‘oficial’ impuesto por las potencias colonizadoras y los ordenamientos jurídicos ‘no-oficiales’ o autóctonos), el pluralismo

²⁴ MacCormick, N. “Citizens’ Legal Reasoning and its Importance for Jurisprudence” *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* n° 40, 1991, pp. 15-21, p. 15.

²⁵ Véase sobre todo MacCormick, N. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 63 y ss.

²⁶ *Ibid.*, p. 64.

²⁷ Walker, N. “Reconciling MacCormick: Constitutional Pluralism and the Unity of Practical Reason” *Ratio Juris* vol. 24 n° 4, 2011, pp. 369-385, p. 382.

²⁸ Del Mar, M. “Legality as Relative Institutionalisation: MacCormick’s Diffusionism and Transnational Legal Theory”, *Transnational Legal Theory* vol. 5 n° 2, 2015, pp. 177-217, pp. 215-216.

²⁹ Baquero Cruz, J., “Another Look at Constitutional Pluralism in the European Union”, *European Law Journal*, vol. 22, n° 3, mayo de 2016, pp. 356-374.

constitucional, por su parte,³⁰ se basa en la falta de una “última palabra” (judicial) entre la jurisdicción constitucional de los Estados parte y la de la Unión Europea.

MacCormick matizó bastante su postura. Al inicio,³¹ su planteamiento pluralista era más bien “radical”.³² Partiendo de una crítica de la concepción tradicional de la soberanía como indivisible, MacCormick también negaba la necesidad de sostener una fuente suprema y única de autoridad para el derecho, admitiendo más bien que “distintos sistemas pueden superponerse e interactuar sin requerir necesariamente que uno sea subordinado o jerárquicamente inferior al otro, o a algún tercer sistema”.³³ He ahí la dimensión pluralista que negaba la necesidad de una jerarquía entre distintos ordenamientos jurídicos. Pero MacCormick también llegó a afirmar que, ante los casos de conflictos de jurisdicciones, la solución bien podría quedar en manos de la política (y ya no del derecho).³⁴ He ahí la dimensión radical: el pluralismo agotaría la posibilidad de fundamentación jurídica racional y sería necesario buscar un arreglo práctico trascendiendo esa esfera.

En cambio, su posterior planteamiento pluralista estaría “bajo el derecho internacional” y, en dicha concepción, “no necesariamente agotaremos el derecho (y pasaremos a la política) tan pronto como nos lo sugiere el pluralismo radical”, sino que, dado que los conflictos “no ocurren en un vacío legal”, sería decisiva la referencia al derecho internacional y sus obligaciones, incluyendo la de *pacta sunt servanda*.³⁵ El pluralismo radical, originalmente formulado por MacCormick en clave de cooperación horizontal y de mutuo reconocimiento entre los Estados miembros y la Unión Europea, llegó a utilizarse para el propósito contrario: reivindicar la soberanía absoluta de los Estados.³⁶ Ante ello, MacCormick revisó y matizó sus tesis para precluir las pretensiones unilaterales, tanto de los Estados como de las legalidades más allá del Estado.

A esta última postura, caracterizada en términos de “pluralismo bajo el derecho internacional” y la invocación de la regla *pacta sunt servanda*, se le reprocha que iría encaminada a reintroducir una jerarquía: la del derecho internacional, y, por ende, encaminada a desplazar la construcción de argumentos mutuos, abiertos, entre legalidades. Si esta interpretación es justa, es una cuestión que aquí no podrá debatirse como lo amerita.

³⁰ El *quid* se precisa en Jaklic, K., *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford University Press, 2014, p. 20: “[...] la concurrencia entre ambos ordenamientos tiene naturaleza *constitucional*. El ordenamiento de la UE afirma vincularse directamente con la propia población europea y su constitución, por ende, es representación directa de dicha fuente de autoridad. Simultáneamente, los Estados parte también afirman su vínculo directo de legitimación para sí y sus constituciones, excepto que para sus respectivos *demoi*. Así, aunque MacCormick suela emplear una retórica de confrontación entre sistemas jurídicos independientes, lo que busca expresar en realidad es una confrontación entre ordenamientos constitucionales. Su pluralismo, en otras palabras, no es sólo un pluralismo de sistemas jurídicos o un pluralismo jurídico: es un pluralismo constitucional.”

³¹ Véase MacCormick, N. “Beyond the Sovereign State”, *Modern Law Review*, vol. 56, núm. 1, enero de 1993, pp. 1-18.

³² Para la distinción entre pluralismo radical y pluralismo bajo el derecho internacional, véase MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 118-121.

³³ MacCormick, N. “Beyond the Sovereign State”, *Modern Law Review*, vol. 56, núm. 1, enero de 1993, pp. 1-18, p. 8.

³⁴ MacCormick, N., *Questioning Sovereignty*, Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 74: “Pero esta teoría puede admitir plenamente la calidad normativa del derecho a la vez que un pluralismo radical conforme al cual los ordenamientos objetivamente válidos puedan sostener respuestas contradictorias sobre un mismo punto. Siendo así, no necesariamente habrá algún método específicamente jurídico para eliminar el conflicto – es perfectamente posible que los conflictos simplemente queden sin resolver o que su resolución sea cuestión de procesos políticos en vez de jurídicos.” De forma similar, véase *ibid.*, p. 120.

³⁵ *Ibid.*, 1999, p. 120.

³⁶ En este sentido, véase Krisch, N. “Who is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space” *Ratio Juris* vol. 24 n° 4, 2011, pp. 386-412, p. 392-393; Del Mar, M. “Legality as Relative Institutionalisation: MacCormick’s Diffusionism and Transnational Legal Theory”, *Transnational Legal Theory* vol. 5 n° 2, 2015, pp. 177-217, p. 183.

En esta minimalista exposición, cabe reivindicar la visión de MacCormick con respecto a su intuición de la aplicabilidad de ciertas técnicas de razonamiento jurídico para las cuestiones más ásperas del pluralismo constitucional. Ya desde 1993, MacCormick proyectaba que la elaboración de los principios de proporcionalidad y (de forma más embrionaria) subsidiariedad serían esenciales para “comprender cada sistema particular en una comunidad parcial de pensamiento, y para asegurar su compatibilidad con otros sistemas parcialmente superpuestos”³⁷

3. Klaus Günther: Discursos de aplicación y código universal de la legalidad

Klaus Günther es el principal discípulo y colaborador de Jürgen Habermas en el ámbito jurídico. Como Robert Alexy, Günther reconoce la aplicabilidad fundamental de la teoría del discurso a lo jurídico. A diferencia de Alexy, Günther defiende el positivismo jurídico y, lo que es más relevante para nosotros, propone una alternativa a la ponderación y a los análisis de proporcionalidad.³⁸

3.1. Coherencia y discursos de aplicación en las colisiones

En lugar de la ponderación, Klaus Günther elaboró una teoría de la coherencia basada sobre todo en distinguir entre *discursos de fundamentación* (o de justificación) y *discursos de aplicación*.³⁹ Notablemente, Jürgen Habermas suscribió y popularizó esta teoría en su *Facticidad y validez*.⁴⁰ En pocas palabras, la cuestión estribaría en que los discursos de justificación son estrictamente universalizables, por lo que dos normas incompatibles entre sí no podrían generalizarse, es decir, no podrían pertenecer al mismo sistema jurídico. En los discursos de justificación se analiza el posible comportamiento colisivo interno. En cambio, los discursos de aplicación sí contemplan la concurrencia entre normas a la luz de algún caso práctico (en principio imprevisible), ya que es en tal momento cuando se toma en consideración no sólo la validez de las normas, sino también el contexto conducente a la aplicabilidad de una norma para el caso concreto tomando un juicio *all-things-considered*. En los discursos de aplicación se analiza el comportamiento colisivo externo.

Así, Günther no basa su distinción sobre la estructura de las reglas o principios, y esto es un punto en el cual teorías como la de Günther nos ofrecen una clara ventaja con miras a la condición interlegal.⁴¹ En la inmensa variedad del derecho internacional, así como entre las distintas legalidades, regulaciones y espacios jurídicos, conviene mantener cierta flexibilidad en nuestros conceptos. Günther admite variabilidad en los métodos, entre aquellos conflictos que exigen subsumir y aquellos conflictos que exigen establecer relaciones condicionadas de prioridad en el caso concreto, Günther disocia esta cuestión de la teoría de las normas:

“La distinción entre colisiones normativas internas y externas desplaza a la distinción de Robert Alexy entre reglas y principios desde la dimensión de la estructura normativa a la de la aplicación: el comportamiento colisivo de reglas vale para todas

³⁷ MacCormick, N. “Beyond the Sovereign State”, *Modern Law Review*, vol. 56, núm. 1, enero de 1993, pp. 1-18, p. 18.

³⁸ Esto no ha de interpretarse en el sentido de que el positivismo jurídico sea intrínsecamente incompatible con la ponderación o los análisis de proporcionalidad.

³⁹ Véase Günther, K. *The Sense of Appropriateness: Application Discourses in Morality and Law*, Nueva York: SUNY Press, 1993; Günther, K. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica” *Doxa* n° 17-18, 1995, pp. 271-302.

⁴⁰ Habermas, J. *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta, 1998, pp. 289 y ss.

⁴¹ Una teoría relevante en ese sentido, que por razones de espacio no podrá ser discutida aquí, es la de Jan-Reinard Sieckmann, quien revisa la teoría Alexiana y sustituye la distinción de reglas y principios por una distinción entre aserciones normativas y argumentos normativos. Véase Sieckmann, J.-R. “Autonomía moral y legitimidad democrática” *Discusiones* n° 17, 2016, pp. 21-71, p. 39 y ss.

las normas si se atiende al tipo de colisión interna; el comportamiento colisivo de principios vale para todas las normas si se atiende al tipo de colisión externa.”⁴²

3.2. El código universal de la legalidad

Klaus Günther ha propuesto una idea de utilidad insoslayable para el derecho más allá del Estado. Günther habla de un *código universal de la legalidad*⁴³ como presupuesto necesario para la inteligibilidad de las demandas y pretensiones jurídicas en cuanto jurídicas. Es decir, hay un código o una gramática implícita en cualquiera que pretenda acceder a la justicia en la condición interlegal, a pesar de lo variegadas que puedan ser las distintas legalidades en este contexto. De otra forma, dejarían de ser identificables como *jurídicas*.

Este código es deliberadamente ‘tenue’. En ello radica su brillantez. Günther lo caracteriza con dos capas, en la siguiente forma:⁴⁴

- Es un meta-lenguaje que contiene reglas y conceptos jurídicos básicos como el concepto de derechos y de debido proceso, así como los conceptos de sanción y competencia.
- Dicho meta-lenguaje está compenetrado por experiencias jurídicas históricas, como las distintas revoluciones de derechos humanos o la lucha por procesos democráticos de legislación legítima.

A una capa analítica, compuesta por conceptos básicos, se va sumando paulatinamente otra capa de exigencias emancipatorias y logros históricos. La pregunta abierta sería dónde ubicar, por ejemplo, la ponderación y los análisis de proporcionalidad, la dogmática de los derechos fundamentales y sus restricciones, las doctrinas sobre la subsidiariedad, la deferencia, los estándares de revisión. Ante preguntas del tipo, Günther apunta:

“(…) este código estará caracterizado sobre todo por una *radical indeterminación*. (…) Por ello, se pueden referir al Código de la legalidad, *al mismo tiempo*, diversos grupos, organizaciones, grupos, asociaciones de intereses o sistemas sociales parciales con los correspondientes intereses y funciones diferentes y con frecuencia incluso contrapuestos y ello a fin de articular sus pretensiones. Sólo por ello es identificable y tratable su conflicto también como un conflicto *jurídico* antes que nada.”⁴⁵

En todo caso, es evidente que la experiencia jurídica es global y cumulativa, y para muchos resuena en el horizonte de la progresividad de los derechos humanos lo que sostenía Gustav Radbruch en su quinto minuto de filosofía del derecho:

“Hay principios del derecho que tienen un peso mayor a cualquier promulgación jurídica, de forma tal que una ley que les contravenga pierde su validez. Esos principios se conocen como ley natural o ley de la razón. Ciertamente, sus detalles siguen abiertos a la discusión, pero el trabajo de los siglos efectivamente ha establecido un núcleo sólido de ellos (…)”⁴⁶

4. Robert Alexy: Pretensión de corrección, ponderación, principios y silencio sobre derecho más allá del Estado

⁴² Günther, K. “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica” *Doxa* n° 17-18, 1995, p. 281, nota 12 al pie.

⁴³ Günther, K. “Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: La globalización como problema de Teoría del Derecho” *Anuario de Derechos Humanos* vol. 4, 2003, pp. 225-257, Günther, K. “Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory” *No Foundations* n° 5, 2008, pp. 5-21.

⁴⁴ Günther, K. “Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory” *No Foundations* n° 5, 2008, pp. 5-21, p. 16.

⁴⁵ Günther, K. “Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: La globalización como problema de Teoría del Derecho” *Anuario de Derechos Humanos* vol. 4, 2003, pp. 225-257, p. 252.

⁴⁶ Radbruch, G. “Five Minutes of Legal Philosophy (1945)” *Oxford Journal of Legal Studies* vol. 26 n° 1, 2006, pp. 13-15, p. 14.

Robert Alexy es, a todas luces, la principal figura de la argumentación jurídica en la actualidad, por lo que daré por entendido que en este espacio no hace falta una descripción pormenorizada de su obra.⁴⁷

A continuación, se aludirá a un par de vestigios de la elusiva postura de Alexy sobre el derecho más allá del Estado, mediante cierto deslinde (4.1). No obstante, se recabarán dos ideas alexianas indispensables para una argumentación interjurídica (4.2): la pretensión de corrección y sus matices; y las discusiones en torno a los principios formales con relación a los distintos estándares de escrutinio y deferencia razonada.

4.1. El deslinde sobre el derecho más allá del Estado

Alexy dejó patente su convicción de que “la mejor concepción de los derechos humanos puede ser realizada a nivel nacional de la mejor manera en un Estado constitucional democrático” y, si bien, el tema repercutiría en “el problema del cumplimiento internacional de los derechos humanos, el cual no ha de ser tratado aquí”, inmediatamente agregaba que “las mejores condiciones” para solucionar dicho problema residirían en alcanzar “Estados constitucionales democráticos bien organizados”.⁴⁸ Más recientemente, Alexy abordó el razonamiento jurídico en plataformas y otros servicios digitales al discutir la “fórmula del peso de internet” elaborada por Mart Susi.⁴⁹ En este contexto, Alexy se deslinda comparablemente respecto de la cuestión sobre el derecho no estatal de las empresas *online* en los siguientes términos:

“Pero el efecto horizontal clásico u *offline* implica un triángulo con dos sujetos privados en la base y el Estado en la cima. La concepción no-clásica u *online* de dicho efecto horizontal sustituiría un tercer sujeto privado, la empresa privada *online*, en la cima del triángulo del efecto horizontal. Deviene en un triángulo completamente privado. Es muy controvertido si tales triángulos completamente privados serían siquiera compatibles con los principios de un Estado constitucional democrático, y, de ser así, en qué punto debería reintroducirse el Estado de una u otra forma. Pero esta cuestión sobre la distribución constitucional de las competencias o de los poderes no nos ocupará aquí.”⁵⁰

4.2. Ideas Alexianas indispensables para una argumentación interjurídica

Nada de ello, sin embargo, puede negar que las ideas de Alexy sean muy útiles para nuestra condición interlegal. Para Alexy, el derecho implica una pretensión de corrección. Y esto lo demuestra mediante argumentos *ad absurdum*: Sería absurda una constitución que se declarase como injusta, y también sería absurda una sentencia que declarase que se trata de una interpretación incorrecta del derecho vigente. Pero ¿dicha corrección implica que se trate de la única respuesta (moral, jurídica) correcta para cierta cuestión práctica?⁵¹ Aunque así parecería en un primer momento, fue en virtud de una discusión con Jan Reinard Sieckmann que Alexy llegó a conceder que la pretensión de corrección sólo implica que se pueden ofrecer argumentos

⁴⁷ Véanse excelentes exposiciones en Borowski, M. “Discourse, Principles, and the Problem of Law and Morality: Robert Alexy’s Three Main Works” *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought* vol. 2 n° 2, 2011, pp. 575-595; Klatt, M. “La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema” *Doxa* n° 43, 2021, pp. 219-252.

⁴⁸ Alexy, R. “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático” *Derechos y libertades*, vol. 8, 2000, pp. 21-42, 21.

⁴⁹ Alexy, R. “Mart Susi’s Internet Balancing Formula” *European Law Journal* n° 25, 2019, pp. 213-220.

⁵⁰ *Ibid*, 213.

⁵¹ Sobre la única respuesta correcta, véase Aarnio, A. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa* n° 8, 1990, pp. 23-38.

sólidos para defender la propia postura, sin perjuicio de que exista una pluralidad de respuestas defendibles por igual.⁵²

Poco a poco, Alexy fue matizando su postura, decantándose en pos de la dimensión institucional, de apoyo a las decisiones autoritativas tomadas con arreglo a procedimientos legítimos. No todo es deliberación práctica general en el derecho, sino que además existen razones de autoridad y de certeza jurídica en la argumentación jurídica. Para ello, Alexy desarrolló la idea de *principios formales*.⁵³ Aunque Alexy los define como mandatos que requieren optimizar “la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces”,⁵⁴ hasta la fecha no hay acuerdo completo sobre la naturaleza de tales principios.⁵⁵ Más allá de las dudas, sin embargo, las discusiones sobre los principios formales sistematizan las arduas cuestiones sobre las relaciones entre autoridades. Originalmente desarrollados en torno a las instituciones estatales, los principios formales ofrecen una explicación integradora para las doctrinas de ‘deferencia’, márgenes de discreción (o apreciación), subsidiariedad, y estándares flexibles o procedimentales de escrutinio.

Todo ello corresponde a incorporar, en el razonamiento jurídico mismo, las doctrinas sobre los estándares legítimos de toma de decisión que subyacen a las autoridades. En este sentido, se entiende que la autoridad no lo es tal con total *independencia del contenido* de sus decisiones, sino que ambas dimensiones, material y formal, se entrelazan. Esto hace el tema tan complejo, pero a la vez tan fértil. Es ello mismo lo que resulta especialmente prometedor para afrontar la cuestión sobre las colisiones de autoridades más allá de una misma legalidad.⁵⁶

5. Conclusión

Primera coordenada (MacCormick): Partamos desde el punto de vista interno, el razonamiento jurídico no sólo de los jueces, sino de los hábitos jurídicos de los diversos públicos. Ahí se revela la interdependencia de todo tipo de normas y razones. Así, partir desde los casos en concreto es analizar los reclamos planteados para evitar la injusticia epistémica y judicial, incorporando las normas relevantes sin recurrir a criterios formales de clausura y exclusión.⁵⁷ Recurramos a la universalizabilidad empática, aquella que MacCormick caracterizaba como el ‘imperativo categórico Smithiano’ ya que no incorpora premisas morales robustas y particularistas, sino métodos de mutuo respeto y rendición de cuentas aun en condiciones de disenso.

Segunda coordenada (Günther): Hagamos explícito el contexto de aplicación, si las colisiones surgen por características externas, cabe distinguir y puntualizar una nueva norma aplicable para el caso en concreto, tomando todas las circunstancias en consideración. Navegamos un código universal de interlegalidad compuesto de conceptos jurídicos básicos pero también conquistas históricas y culturales que no pueden soslayarse en la búsqueda de la justicia a través de nuestros derechos.

Tercera coordenada (Alexy): Mantengamos el ideal regulativo de corrección también a la luz del pluralismo epistémico, incorporando en su caso consideraciones sobre la legitimidad de las

⁵² Alexy, R. “Thirteen Replies” en Pavlakos, G. (ed) *Law, Rights and Discourse* Oxford/Portland: Hart, 2007, pp. 348-349.

⁵³ Alexy, R. “Principios Formales” *Doxa* n° 37, 2014, pp. 15-29.

⁵⁴ *Ibid*, p. 20.

⁵⁵ Sobre el tema, véase Portocarrero Quispe, J. A. “El problema de los principios formales en la doctrina de la ponderación de Robert Alexy: Del in dubio pro libertate al in dubio pro legislatore” en Portocarrero Quispe, J. A. (coord.), *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

⁵⁶ Véase Kleinlein, T. “Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law” en Von Bogdandy, A. y Venzke, I. (eds) *International Judicial Lawmaking*, Heidelberg: Springer, 2012.

⁵⁷ Véase Palombella, G. “Exploring the Rationale of Inter-Legality” *Rivista di filosofia del diritto* vol. 11 n° 1, 2022, pp. 9-26.

autoridades y sus interrelaciones como cuestión susceptible de hacerse explícita en un juicio, demostrando así la adecuación de incorporar estándares tanto laxos como estrictos para el escrutinio y para el diálogo entre legalidades y sus autoridades, y exponiéndolo todo al escrutinio público.

Cómo citar: Barrionuevo, M.E. (2022). El iter argumental desandado por la Corte Suprema en “Itzcovich” en torno a la garantía de los derechos fundamentales de personas de la tercera edad. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

EL ITER ARGUMENTAL DESANDADO POR LA CORTE SUPREMA EN “ITZCOVICH” EN TORNO A LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS DE LA TERCERA EDAD

Maximiliano Esteban Barrionuevo¹

Introducción

Nadie duda que la ancianidad constituye una característica respecto a la que tanto el derecho, cuánto los órganos del Estado deben prestar especial protección, mediante la implementación de políticas públicas y leyes que hagan plenamente efectivos los derechos fundamentales de los adultos mayores. Sin embargo, no siempre es el caso pues muchas veces la aplicación de una determinada normativa configura un auténtico perjuicio para aquéllos, al obstaculizar el acceso a la justicia vía institucionalización de vallas procesales que les impiden percibir sus haberes jubilatorios. Precisamente, esto es lo que ocurrió en el fallo “*Itzcovich*”, en el cual la CSJN tuvo que determinar si el recurso ordinario estatuido por el art.19 de la ley 24.463, a más de alterar reglamentariamente su competencia, vulneró esenciales derechos de la actora.

A nuestro modo de ver, el precedente jurisprudencial ejemplifica lo que viene a ser un caso difícil, es decir, aquél que genera duda en la premisa normativa o en la fáctica, razón por la cual la justificación de la resolución judicial no puede restringirse a una mera deducción lógica, sino que a más de ésta, debe incorporar principios de la “razón práctica” como la universalidad o la coherencia²;o, bien cuando(como en el supuesto presentado) colisionan dos o más derechos fundamentales(seguridad jurídica, por una parte y derecho a un recurso rápido igualdad y acceso a justicia por la otra)que en lo subyacente no es sino el enfrentamiento de exigencias derivadas de valores que poseen similar jerarquía³. Con ésta inteligencia, la presente ponencia persigue desandar el camino argumentativo transitado por el Alto Tribunal en su sentencia, conforme a una matriz de análisis cuyo punto de partida será su aspecto formal, recorrerá la cuestión material, señalará algunas razones claves para la decisión, para culminar en la evaluación de ésta a la luz de ciertos criterios esbozados por la teoría de la argumentación diseñada por Manuel Atienza.

Quien escribe confía que el trabajo ofrecido, permita reflexionar respecto al mecanismo con el que los tribunales llamados a ejercer el control de constitucionalidad y

¹ Universidad Nacional de Tucumán. Integrante del proyecto de investigación PIUNT 2020 denominado “*La Argumentación Jurídica en los Casos Difíciles de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Suprema de Tucumán en el período 2004/2014*”.

² ATIENZA, M., *Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los Casos Trágicos*, Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, N°.6, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, <https://www.cervantesvirtual.com/obra/los-lmites-de-la-interpretacin-constitucional-de-nuevo-sobre-los-casos-trgicos-0/> p. 9

³ RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, *Miradas argumentativas y filosóficas ante casos difíciles*, Revista de Derecho, UCUDAL, 2da época. Año 15. N° 19, 2019 recuperado de <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1775> pp. 89 y 90.

convencional confeccionan sus razonamientos con miras a la salvaguarda de uno de los estamentos más vulnerables de la sociedad.

Construcción silogística y justificación interna de la sentencia

Toda decisión jurisdiccional se estructura básicamente a partir de un silogismo, esto es, una inferencia compuesta de ciertas premisas y una conclusión, aspecto necesario pero no suficiente a efectos de una adecuada argumentación. Enfocar ésta última con dicha lente consiste en entenderla no como una actividad, sino como un resultado, en el cual lo importante es determinar si el paso de las premisas a la conclusión, es formalmente admisible; razón por la cual el acto de argumentar se mide con base a la certeza jurídica y no respecto al contenido de los enunciados.⁴ En definitiva, vista así la argumentación “...siempre se tratará de una relación formal, es decir, lo que garantiza el paso de las premisas a la conclusión son reglas de carácter formal, en el sentido de que su aplicación no exige entrar a considerar el contenido de verdad o la corrección de las premisas...”⁵ Tal como se expresó más arriba, el primer elemento a tener cuenta a la hora de analizar la sentencia que ocupa, es precisamente su justificación interna, referida según Wroblewski a una cuestión de lógica deductiva, que no es otra cosa sino la clásica teoría del silogismo judicial⁶ ya mencionado. Ahora bien, en “*Itzcovich*” el razonamiento lógico como todo esquema deductivo se compone de una premisa mayor, una menor y una conclusión, cuyas particularidades serán desarrolladas en el párrafo siguiente.

Para confeccionar la premisa normativa la CSJN considera un conjunto de disposiciones entre las que se destacan, por un lado, el art. 19 de la ley 24.463 (que instituía una vía recursiva ordinaria de apelación) y, por el otro, los arts. 14 bis, 16, 17, 18 y 28 de la Carta Fundamental y también el art. 8 de la CADH.⁷ En éste punto, es menester remarcar que los caracteres de las normas que integran dicha premisa es considerablemente diferente. En efecto, el mentado artículo de la ley de Solidaridad Previsional, en cuanto transforma a la Corte casi en un tribunal de tercera instancia de causas en las que se ventilan los DESC de los ancianos, es en sí mismo una norma constitutiva. Bueno es recordar, que en las normas de tal naturaleza, lo calificado deónticamente es el ejercicio del poder, de carácter privado o público, pero siempre se trata de reglas que no obligan, prohíben o permiten, sino que habilitan a alguien el ejercicio de una potestad.⁸ Mientras que los enunciados contenidos en la Constitución Nacional tales como el art. 16, el 18 o el 8 de la Convención Interamericana, constituyen principios en sentido estricto y no reglas.

Rasgo saliente de aquéllos, es el de ser expresión de un valor superior de un determinado sistema jurídico, de una porción de él o de una institución⁹; como efectivamente reflejan las referidas normas en torno a la igualdad, legalidad y acceso a justicia, respectivamente.

Por su lado, premisa fáctica es aquella que se refiere a hechos, o con mayor precisión a narraciones que sostienen o niegan la ocurrencia de ciertos acontecimientos que involucran a las partes del proceso y que el juez debe depurar, constatar y evaluar para atribuir a las primeras determinadas consecuencias. Dicha premisa, al igual que la normativa, constituye un enunciado integrativo del silogismo judicial y es el resultado de las denominadas inferencias probatorias¹⁰ en las que los magistrados argumentan con base a las pruebas aportadas al caso. A decir de Vigo, “...la premisa menor del macrosilogismo

⁴ LARA CHAGOYAN, R., *Manual Mínimo de Argumentación Jurídica. La Razón en la Práctica*, México, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 22 y 23.

⁵ ATIENZA, M., *El Derecho como argumentación*, ISEGORIA, n°21, 1999, p.41

⁶ *Ibid.*, p. 43.

⁷ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Mayoría, considerados 3 y 4.

⁸ ATIENZA, M., *El Sentido del Derecho*, Barcelona, España, Ariel, 2017, pp. 93 y 94.

⁹ ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. *Sobre Principios y Reglas*, DOXA, n° 10, 1991, p. 104.

¹⁰ LARA CHAGOYAN, Ob. Cit., p. 78.

decisorio, tiene por objeto establecer un cierto enunciado fáctico, o sea, que ciertos hechos alegados por las partes y en base a la prueba aportada por las mismas, aquellos han sucedido en un espacio y tiempo determinados, y tienen una especial significación jurídica en orden a la litis planteada..."¹¹ En la causa examinada, el mentado enunciado se halla representado por la actitud del organismo previsional que frente a la sentencia desfavorable de la Sala III° de la Cámara Federal de la Seguridad Social interpuso el recurso de apelación ordinaria previsto en el art.19, por concebir a aquél como el mecanismo más idóneo para excitar la competencia del Alto Tribunal y, sea éste último, quien establezca el monto exacto del beneficio a percibir por la Sra. Itzcovich.¹²

Finalmente, corresponde mencionar la conclusión a la que arriba el Alto Tribunal en la causa y que da cierre al procedimiento interno de justificación de la sentencia. Algunos autores entienden que si bien suele denominarse sentencia a todo el razonamiento desplegado en una resolución, sería más apropiado reservar dicha noción para referir a la conclusión del fallo, esto es, al enunciado normativo particular con el cual el juzgador soluciona la controversia entre las partes atribuyendo carácter deóntico a ciertas conductas.¹³ En el supuesto estudiado, la conclusión del silogismo de la mayoría está dada por la determinación de invalidez de la norma infraconstitucional con más la deserción del recurso impetrado por la demandada. Dicha consecuencia se sustentó en la carencia de razonabilidad del art 19, que al establecer una vía de apelación ordinaria ante la Corte, alteró su rol de último intérprete de la Constitución Nacional y, además, desconoció el carácter alimentario de las prestaciones debidas a la actora, cuya satisfacción exigía especial tutela por tratarse de una anciana mujer.¹⁴

Hasta ahora pudo apreciarse la importancia que reviste el aspecto formal para la construcción de la argumentación de la Corte, pero aquella no es sólo lógica, pues a la justificación interna de la decisión cabe añadir la externa, aspecto abordado por las concepciones material y pragmática, cuyos pormenores serán tratados en los acápites siguientes.

Lo procesal, lo válido y lo ponderativo como cuestiones controvertidas en *Itzcovich*

Tratar las cuestiones controvertidas en un caso no es sino centrar la atención en las situaciones problemáticas que aquél presenta y que el órgano jurisdiccional debe abordar en su proceso de decisión. Y, esto, es justamente el aspecto que le interesa a la concepción material de la argumentación, la cual ya no se preocupa por la forma de los enunciados sino por el contenido de verdad o corrección presente en ellos.¹⁵ Para éste enfoque, lo importante son las premisas en tanto razones para creer u obrar y la conclusión, puesto que toma en cuenta criterios sustantivos que exceden lo formal como por ejemplo la teoría de las fuentes del derecho, de la interpretación o de la prueba.¹⁶ En éste sentido, puede sostenerse que los problemas jurídicos que atañen a una sentencia aparecen en los ya mentados casos difíciles y que su clasificación depende del tipo de premisa afectada por los primeros. Ahora bien, conforme a lo enseñado por Atienza el fallo que nos ocupa presenta como cuestiones destacables las procesales, de validez y ponderación.

Respecto a la cuestión procesal, la mayoría de la CSJN se pregunta si el recurso ordinario de apelación instituido por el art. 19 de la ley 24.463 configura un legítimo mecanismo de atribución de competencia para habilitar en su sede una amplia revisión de sentencias

¹¹ VIGO, R. L., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, México, Tirant Lo Blanch, 2017, p.97.

¹² CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Mayoría, considerando 1.

¹³ VIGO, R.L., Ob. Cit., pp. 98 y 99.

¹⁴ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Mayoría, resuelvo, p. 8.

¹⁵ ATIENZA, M., *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, España, Trotta, 2013, p. 110.

¹⁶ *Ibíd.*, pp.110 y 111.

definitivas dictadas en materia de seguridad social. Esta clase de problema si bien primero en términos de aparición, es quizás el menos relevante, pues su destino ésta atado a la solución dada por el Máximo Tribunal al problema de validez de la propia norma frente a todo el ordenamiento constitucional y convencional. Dicha cuestión es calificable de procesal pues lo que los magistrados deben en primer término determinar, antes de resolver el fondo del asunto es si están llamados a decidirlo, o sea, si son competentes para ello, y, si el impugnante ha observado el procedimiento apropiado para requerir su intervención.¹⁷ El problema jurídico mencionado, es resuelto por el voto mayoritario, apelando a un interpretación literal del art. 19, cuyo texto dispone: “...*La sentencia definitiva de la Cámara Federal de la Seguridad Social será apelable ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por recurso ordinario, cualquiera fuere el monto del juicio...*”¹⁸; con lo cual consideró habilitada su competencia y se avocó al tratamiento de la causa.

Distinto temperamento evidencian Belluscio y Boggiano para quienes la cuestión controvertida principal es de naturaleza procesal, a punto tal que el primero restringe su análisis a la admisibilidad del recurso sin detenerse en la validez constitucional¹⁹. Mientras que el segundo, no se limita a rechazar la vía aplicando el art. 280 del CPCCN, sino que efectúa una pormenorizada consideración del juicio de trascendencia por el cual se habilita a la Corte a invocar la doctrina de los poderes implícitos para denegar el medio impugnativo interpuesto.²⁰

Sin perjuicio de lo anterior, desde nuestra perspectiva el problema jurídico principal ventilado en “*Itzcovich*” adopta la forma de una cuestión de validez, en torno a la cual gira además una dificultad de carácter ponderativo. Comencemos pues con el tema de la validez normativa planteada en el caso, para lo cual resulta pertinente establecer, a que se hace referencia cuando se habla de una dificultad de tal clase. Pues bien, cuestión de validez es aquella que se origina cuando el tribunal debe especificar si una norma en principio aplicable al caso conforma las exigencias establecidas por el sistema jurídico.²¹ Si lo hace, dicha disposición será válida y por tanto útil para la decisión judicial, caso contrario, aquél deberá descartarla y formar su juicio con el auxilio de otras prescripciones. Las exigencias señaladas integran normas constitutivas, razón por la cual la declaración de invalidez usualmente atiende a la constitucionalidad de las mismas, por ejemplo cuando la ley reputada inválida vulnera algún derecho fundamental.²² Precisamente esto fue lo que ocurrió en el fallo, porque la Corte debió dilucidar si el art. 19 de la ley de Solidaridad Previsional configuró una razonable atribución reglamentaria de su competencia por parte del Congreso, a la luz de lo preceptuado por los arts. 75 inc.32, 117 y 28 de la Carta Fundamental. Así lo entendieron Maqueda y Zaffaroni, cuando sostuvieron que si bien el art. 117 de la Constitución establece como regla general que la jurisdicción en apelación del Alto Tribunal se ejerce conforme a lo prescripto por el Poder Legislativo, pues se entiende a éste asignada la exclusiva potestad de establecer por vía reglamentaria el acceso a sus estrados, facultad en principio no revisable judicialmente. Ello no significa que la CSJN, conforme a lo dispuesto por el art. 28 constitucional no pueda valorar la racionalidad de la norma reglamentaria, entendido dicho requisito como la adecuación entre el medio elegido y el fin propuesto.²³ Esto

¹⁷ ATIENZA, M., Ob. Cit. pp. 432 y 433.

¹⁸ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/ reajustes varios*, 2005, Maqueda-Zaffaroni, considerando 7.

¹⁹ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/ reajustes varios*, 2005, Belluscio, resuelvo, p. 36.

²⁰ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/ reajustes varios*, 2005, Boggiano, considerandos 8 y 12.

²¹ ATIENZA, M., *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, España, Trotta, 2013, p. 436.

²² Ídem.

²³ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/ reajustes varios*, 2005, Maqueda y Zaffaroni, considerandos 7, 9 y 10.

implica que, si el recurso ordinario de apelación en materia de seguridad previsional fue instituido con el objetivo de posibilitar a los jubilados o pensionados acceder con mayor rapidez al Máximo Tribunal a fin de obtener un pronunciamiento definitivo respecto al monto de su haber; devendría contrario a la finalidad protectoria de la ley, que la ANSES empleara dicho medio impugnativo para obstaculizar el cobro del beneficio a los pasivos forzándoles a transitar una tercera instancia judicial, no prevista para cuestiones de índole civil, laboral o comercial.²⁴ Con criterio similar, la mayoría sostuvo que si bien hasta “*Izcovich*”, la Corte venía acatando la jurisdicción reglada asignada por el Legislativo mediante el recurso en cuestión, nada le impedía declarar que la respectiva normativa, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, devino indefendible, en tanto no se adecuaba a los objetivos propuestos con su sanción, transformaba al Alto Tribunal en un estrado ordinario y originaba irreparables perjuicios a los justiciables en una etapa de su vida en la que la tutela del Estado resulta imprescindible.²⁵ Los referidos motivos, condujeron a la mayoría a determinar que el art. 19 de la ley 24.463 colisionaba con enunciados de superior jerarquía, tales como aquellos que consagran la supremacía de la Constitución Nacional, dado que la función moderadora de la Corte constituye un fin supremo del Poder Judicial y una de las mayores garantías que éste posee para proteger los derechos individuales frente al abuso del poder público.²⁶ Boggiano al abordar el problema de la validez del art. 19 hace propios los fundamentos vertidos por Maqueda y Zaffaroni, al sostener que la atribución competencial originada en dicha norma, constituiría un mecanismo no deliberado para debilitar la función de contralor de constitucionalidad de la Corte, lo que a la postre significa una ruptura del equilibrio institucional representado por la división de poderes.²⁷ Pese a esto, el citado vocal de manera algo confusa afirmó que sin desconocer la cuestión de constitucionalidad debatida, el problema debía zanjarse declarando inadmisibile el recurso a tenor de lo dispuesto por el art. 280 CPCCN, mostrando que para aquél el problema jurídico principal del caso es de carácter procesal y no de validez; por esto, culmina sosteniendo que si el Alto Tribunal dispusiera resolver las cuestiones por separado y desestimara la aplicación del *writ of certiorari*, entonces si correspondería fallar conforme a lo dispuesto por la mayoría.²⁸ Por último, Argibay para determinar la invalidez de la norma infraconstitucional evalúa si la implementación de una tercera instancia ordinaria de apelación ante la Corte en casos de seguridad social conforma o no los criterios referidos al plazo razonable consagrado en el art. 8 párrafo primero de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁹

Como se mencionó más arriba, además de las referidas problemáticas subyace en el precedente tratado una cuestión de ponderación, en la que el foco se coloca no ya en la validez constitucional o convencional de las reglas aplicables, sino en el juego de principios cuya colisión obliga al intérprete a efectuar respecto a ellos un balanceo, que posibilite establecer cuál tiene primacía. A fin de saber qué se pondera es conveniente primero comprender a que se alude con el término ponderación, dejando salvo que se trata de un concepto muy discutido por los expertos en la teoría de la argumentación jurídica, pues sus alcances no presentan unívoco sentido.

Alexy, afirma que para ponderar: “...*deben considerarse una serie de factores: el grado de afectación de cada uno de los principios en el caso concreto; el peso abstracto de los*

²⁴ CSJN, *Izcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Maqueda y Zaffaroni, considerando 12.

²⁵ CSJN, *Izcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Mayoría, considerando 10.

²⁶ CSJN, *Izcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Mayoría, considerando 13.

²⁷ CSJN, *Izcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Boggiano, considerando 8.

²⁸ CSJN, *Izcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Boggiano, considerando, 12.

²⁹ CSJN, *Izcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Argibay, considerando 7.

principios; la mayor o menor certeza que se tenga en relación con las apreciaciones empíricas;...”³⁰ Por lo cual, el razonamiento básicamente consiste en sopesar, balancear dos enunciados cuyo contenido no sólo refiere a valores jurídicamente importantes receptados por un determinado sistema de derecho, sino que además aquéllos suelen coincidir con derechos o libertades fundamentales. Y, es quizás, el voto confeccionado por Lorenzetti el que mejor resume la cuestión aludida, al sostener que: “...*el conflicto constitucional queda configurado por la colisión entre la tercera instancia ordinaria como un instrumento para la seguridad jurídica en litigios contra el Estado invocada como fundamento por el legislador, por un lado, y la duración razonable del proceso, el acceso a la justicia, y los derechos de la ancianidad por el otro...*”³¹ Asimismo, Argibay refiere a la existencia en la causa de un problema ponderativo, y en sentido semejante al de Lorenzetti, coloca también el acento en la dualidad conformada por la seguridad jurídica esgrimida por la ANSES y el principio del plazo razonable, que opera a favor de toda persona involucrada en un proceso; extremo que en el caso de los adultos mayores debe ser cuidadosamente considerado por los funcionarios judiciales.

Abordaje pragmático de la “*ratio decidendi*”

Considerar la *ratio decidendi* de la sentencia, no es sino tener presente las razones con las cuales la CSJN, elabora la respuesta jurídica al caso debatido y sienta un criterio de interpretación para futuras situaciones de similar contenido. Ahora bien, frente a la imposibilidad de efectuar un detallado análisis de cada uno de los fundamentos vertidos por dicho tribunal en el decisorio de *Itzcovich*; éste apartado se limitará a enunciar los argumentos que aquél utiliza para delimitar las cuestiones de validez y ponderación previamente aludidas, pues como se mencionó éstas últimas constituyen los problemas principales del caso.

Previo a todo ello, es menester esbozar de modo breve a qué se alude cuando se habla de la dimensión pragmática de una resolución judicial. Y, en éste sentido, dicho enfoque concibe a la argumentación como una estructura seriada de actos de lenguaje cuyo último propósito es la persuasión de un determinado auditorio.³² Según ésta perspectiva, la argumentación es un proceso, en el que lo esencial es el uso que los sujetos hacen de los argumentos y el grado de aceptación que los mismos producen en sus destinatarios.

En primer término, al pasar revista a las razones empleadas por el Alto Tribunal para circunscribir la cuestión de validez del art. 19 de la ley 24.463, puede apreciarse que ellas adoptan la forma de argumentos teleológicos, genéticos, de coherencia y jurisprudenciales.

Argumento teleológico, es aquél en el cual la fuerza justificativa del discurso está sujeta a la búsqueda de un cierto fin.³³ Claro ejemplo de una razón de dicho tipo, es la que sostuvo que al momento de confeccionar el recurso ordinario de apelación, se había tenido muy en cuenta la conveniencia de morigerar el alto índice de casos de seguridad social y la necesidad de evitar el dispendio jurisdiccional.³⁴

Por su lado, manifestación de un argumento genético es la alusión a los antecedentes parlamentarios que precedieron a la sanción del art. 19, en los que la principal preocupación del Congreso era, por una parte, asegurar la solvencia del régimen de reparto y, por la otra, la idea de que una tercera instancia ordinaria de apelación otorgaría mayor seguridad de acierto a fallos que podrían comprometer el patrimonio

³⁰ ATIENZA, M., *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, España, Trotta, 2013, p. 185.

³¹ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Lorenzetti, considerando 10.

³² LARA CHAGOYAN, R., Ob. Cit., p. 23.

³³ VIGO, R. L., *Como Argumentar Jurídicamente*, C.A.B.A., Abeledo Perrot, 2019, p. 40.

³⁴ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Mayoría, considerando 6.

estatal.³⁵Dicha razón, configura un argumento genético, porque al referir al debate parlamentario anterior a la ley de solidaridad previsional y expresar los motivos perseguidos con su creación, no hace sino apelar al origen de dicha norma. A su vez, el argumento de coherencia parte del concepto del derecho como un sistema jurídico en el cual sus elementos no son contradictorios, y, sí en el caso concreto, el operador jurídico constata la existencia de una antinomia en aquéllos, está llamado a resolverla bien eliminando uno de los extremos, o bien, buscando armonizarlos.³⁶ Apropiado ejemplo de una razón de ésta clase, es la afirmación de que el art. 19, en tanto carece del grado de razonabilidad exigido por la Constitución Nacional, está en franca contradicción con reglas de superior jerarquía del ordenamiento jurídico argentino, y, por lo tanto, corresponde declarar su invalidez. De éste modo, a efectos de mantener la coherencia de todo el sistema de derecho, la Corte elimina la solución jurídica propuesta por la norma infraconstitucional y privilegia las disposiciones de la Carta Magna. Finalmente en el abordaje de la cuestión de validez, también el Alto Tribunal hace uso de algunos argumentos jurisprudenciales, cuya principal característica es que en ellos la fuerza justificativa proviene de una autoridad institucional superior, como lo es un juez o un tribunal³⁷, representado en éste caso por la propia Corte. Un ejemplo, puede encontrarse en la alusión que ésta hace del fallo “*Las Palmeras*”, en el que la Corte IDH sostuvo que si la práctica demuestra la inutilidad de una vía procesal por cualquier situación que pueda implicar una denegación de justicia, como por ejemplo el retardo injustificado de una decisión, ello vulnera el derecho a un recurso efectivo garantizado por el art. 25 de la Convención Interamericana.³⁸

En torno a la cuestión de ponderación, gran parte de las razones utilizadas por la Corte responden a la categoría de argumentos de tipo principialista. Aquí, corresponde tener presente, que emplear un argumento de dicha clase “...*consiste en justificar invocando un principio que forma parte del derecho vigente per se o propio vigore desde el cual se puede inferir la exigibilidad jurídica de una cierta conducta como la mejor según las posibilidades jurídicas o fácticas implicadas en el caso...*”³⁹Pues bien, para llevar a cabo la operación de balanceo mencionada, el Máximo Tribunal, como se dijo, recurre a principios, los cuales son en realidad valores o exigencias morales receptadas por el ordenamiento jurídico bajo la forma de artículos. Manifestaciones de razones de dicha clase son, la invocación al principio de igualdad al que la legislación y los jueces deben dar vigencia efectiva, evitando “...*la discriminación etaria contra los adultos mayores de la población, que asocia a éstos al estereotipo negativo de la incapacidad física, intelectual y afectiva, y, que, como toda discriminación excluyente, bajo el manto de la piedad hacia el “inferior” postula una “tutela” que no es más que la consagración de la marginación y la exclusión social...*”⁴⁰O cuando alude al plazo razonable, al afirmar que el acceso a justicia incluye en su interior la limitación temporal de las decisiones finales en conflictos de carácter previsional; requisito receptado tanto en nuestra Constitución Nacional como en instrumentos internacionales de derechos humanos y desconocido por la ley de solidaridad previsional, en tanto amplía notablemente la duración de los procesos sin razonable justificación.⁴¹Igualmente Argibay, esgrime el principio de acceso a justicia al argüir que: “...*la naturaleza previsional de las prestaciones no se compadece con la*

³⁵ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Mayoría, considerando, 7.

³⁶ VIGO, R. L., *Como Argumentar Jurídicamente*, C.A.B.A., Abeledo Perrot, 2019, p. 39.

³⁷ VIGO, R.L., Ob. Cit., p. 35.

³⁸ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Maqueda y Zaffaroni, considerando 17.

³⁹ VIGO, R. L., Ob. Cit., p. 32.

⁴⁰ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Maqueda y Zaffaroni, considerando 13.

⁴¹ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Lorenzetti, considerando 12.

posibilidad de que las sentencias se dilaten, máxime cuando existe una jurisdicción especializada que garantiza que las cuestiones puedan ser revisadas en dos instancias judiciales y resguarda las reglas del debido proceso al permitir que las partes tengan suficiente oportunidad de ser oídas... ”⁴²También, la Corte recurre al principio de justicia rawlsiana, representado a criterio de Lorenzetti en la igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva, que en tanto califican a los ancianos como grupo particularmente vulnerable, sienta un criterio interpretativo que no admite la introducción legislativa de diferencias; que en vez de protegerles, conduce a desmejorar su status jurídico.⁴³ Para concluir dicho ministro que el art. 19 de la ley 24.463, en cuanto transforma a los adultos mayores en una categoría sospechosa, genera respecto a ellos una diferencia negativa que perjudica el ejercicio de sus derechos fundamentales en el ámbito de las acciones judiciales.⁴⁴

Las razones hasta aquí expuestas, configuran como se dijo sólo una pequeña parte de la riqueza del plexo argumental contenido en la sentencia, pero se considera sintetizan de un modo suficientemente adecuado, los fundamentos con los cuales la Corte Suprema justificó la solución jurídica arribada en la causa.

Evaluación de la argumentación judicial elaborada por la Corte

Analizar y evaluar una argumentación constituyen operaciones diferentes, pues la primera suele ser el paso previo de la segunda. Para poder evaluar si una determinada justificación es aceptable o persuasiva, primero se debe entender como decidió el sujeto argumentador, es decir, conocer las partes en las que dividió su discurso y el contenido de las mismas. Precisamente, todos los apartados anteriores de éste trabajo han sido dedicados al análisis de la argumentación confeccionada por la Corte en “*Itzcovich*” y, ahora, es el momento de proceder a su evaluación. Atienza concibe a ésta como una cuestión contextual consistente en establecer su calidad, que puede ser “buena” o “mala” desde dos sentidos diferentes, uno técnico y otro moral.⁴⁵En efecto, hacer hincapié en el sentido técnico de una argumentación, implica reconocerla como hábil en tanto se basa en razones eficaces al logro de un cierto propósito, sin embargo, dicha argumentación puede ser moralmente mala al ocultar aspectos que podrían ser útiles para su refutación.⁴⁶

Pese a que la doctrina no acepta pacíficamente la posibilidad de llevar a cabo evaluaciones de argumentaciones sobre bases firmes e indubitables, el profesor alicantino, si admite la existencia de determinados criterios que permitan establecer con cierta objetividad, cuando se está frente a una adecuada argumentación. Uno de ellos es el de universalidad, conforme al cual las pautas empleadas por el tribunal para la elaboración de la *ratio decidendi*, no puede ser *ad hoc*, sino que deben servir como regla de interpretación para futuros casos en los que se planteen similares controversias. En éste sentido, determinar que la atribución reglamentaria de competencia por parte del Congreso es susceptible de revisión por parte del Alto Tribunal en ejercicio del supremo rol de último intérprete del texto constitucional, como así también la manda de que resulta contrario a los principios del ordenamiento denegar el acceso a justicia a los ancianos mediante la creación de una tercera instancia procesal, ciertamente configuran un criterio universal a observar tanto por los tribunales inferiores, como por los poderes políticos del Estado.

⁴² CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Argibay, considerando 6.

⁴³ CSJN, *Itzcovich Mabel c/ANSES s/reajustes varios*, 2005, Lorenzetti, considerando 11.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ ATIENZA, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, España, Trotta, 2013, p. 547.

⁴⁶ ATIENZA, M., Ob. Cit., pp. 547 y 548.

Por su lado, la coherencia referida a “...la compatibilidad (de una decisión, de una norma, o de la narración de unos hechos) en relación con valores, principios y teorías...”⁴⁷, es también un criterio objetivo de evaluación argumentativa.

Según Aienza, para qué una norma sea tenida por coherente debe poder ser subsumida en el conjunto de principios y valores que distinguen a un determinado ordenamiento jurídico.⁴⁸ Con ésta inteligencia, puede afirmarse que el uso de dicha pauta se patentiza particularmente en aquellos pasajes en los que el Cívero Tribunal, contrasta la adecuación de la regla contenida en el art. 19 de la ley 24.463 a lo dispuesto por los arts. 16, 75 inc. 32, 117 y 28 de la Carta Magna, como así también a lo estatuido en las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (arts. 8 y 25); para concluir que en tanto la norma debatida no respeta tales preceptos es incoherente y a la postre susceptible de ser declarada inconstitucional.

Otro importante criterio de evaluación es la denominada adecuación de las consecuencias y consiste fundamentalmente en tomar en cuenta los efectos que pueden producir los argumentos contenidos en la justificación. Por tanto, se trata de un extremo que mira hacia el futuro y, que en el razonamiento judicial, generalmente atiende a razones de fin; es decir, objetivos valiosos que pueden ser alcanzados gracias a la decisión adoptada. En éste orden de ideas, la negativa del tribunal a admitir la operatividad de la apelación ordinaria ante sus estrados como medio impugnativo idóneo para excitar su competencia, produce dos importantes consecuencias. Por una parte, aliviana la carga de trabajo del Alto Tribunal, al mantener que el único mecanismo admitido para provocar su intervención es el recurso extraordinario federal, siempre que la pretensión esgrimida contenga los requisitos previstos en la ley 48. Y, por la otra, garantiza fundamentales derechos de la ancianidad como el plazo razonable, la no discriminación y el acceso a justicia, al determinar que en tanto los haberes previsionales revisten carácter alimentario, corresponde a la justicia ordinaria la cuantificación de su monto, resultando inhumano obligar a los pasivos a esperar una resolución de la Corte, para la percepción de aquéllos. Esto es así, pues bien podría ocurrir (de hecho sucede con frecuencia) que la indefinida espera beneficie al organismo previsional y en el camino se produzca el fallecimiento de los ancianos, quienes abandonan éste mundo, sin poder cobrar los exiguos dineros a que tienen derecho por haber trabajado toda su vida.

Palabras finales

A partir de un caso difícil, éste trabajo ha intentado mostrar la estructura argumental elaborada por la Corte, para lo cual consideró conveniente ir disecándole poco a poco. Primero, reconstruyó el silogismo judicial, señalando que reglas y enunciados fácticos fueron útiles a aquélla para arribar a la conclusión. Acto seguido, abordó los problemas de validez y ponderación, destacando que tanto la carencia de razonabilidad del art. 19 de la ley de Solidaridad Previsional, cuanto su desconocimiento de principios jurídicos como la igualdad, el plazo razonable o el acceso a la justicia, coloca a los ancianos en una situación desventajosa, inaceptable para la Constitución Nacional y los estándares de derechos humanos. Luego, seleccionó y clasificó argumentos considerados gravitantes al tratamiento de las mentadas problemáticas, como los de corte teleológico, principialista o de coherencia. Por último, sometió dicha argumentación a ciertas pautas con el fin de establecer entre otros aspectos su universalidad y los efectos que el pronunciamiento pudiese ocasionar.

Todo lo expresado en estas páginas conduce a creer que la justificación brindada en “*Itzcovich*” no es sólo un extraordinario ejemplo de un proceso argumentativo en

⁴⁷ ATIENZA, M., Ob. Cit. p. 556.

⁴⁸ Ídem.

cuestiones complejas, sino un precedente a ser considerado al momento de velar por los derechos fundamentales de los ancianos. Pues sus fundamentos devienen útiles para el diseño de mecanismos que no sólo faciliten a aquéllos el trámite procesal, sino que con base al carácter alimentario de sus prestaciones previsionales, les ofrezcan apropiada respuesta en tiempo razonable.

Cómo citar: Noble Tabarez, C. (2022). El concepto de estereotipos de género en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

EL CONCEPTO DE ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY

Carlos Noble Tabarez

1. 1. INTRODUCCIÓN

Una justicia de calidad y respetuosa del Estado de Derecho debe desvelarse constantemente por la suficiente fundamentación de sus decisiones. Esto incluye las diferencias interpretativas en torno a las reglas aplicables, la elección misma de esas reglas y otras fuentes que puedan utilizarse en el caso, y en general la argumentación vinculada a lo normativo. Pero también incluye la debida fundamentación de los hechos que se den por ciertos en un proceso mediante procesos racionales de decisión.

La atención por la argumentación sobre hechos en el marco de la argumentación jurídica y del razonamiento probatorio ha ido en aumento, prestándose cada vez más atención al razonamiento por el cual se llega a categorizar un hecho como debidamente probado.

Por otra parte, cobran cada vez más relevancia académica los estudios que buscan evidenciar y corregir la desigualdad de género en los distintos ámbitos. Relevancia lograda en gran parte debido al accionar de movimientos sociales y políticos incluidos en el espectro de teorías feministas, así como los de la igualdad material en general, a través de sus influencias en las teorías y prácticas jurídicas.

Los dos avances teóricos mencionados, la argumentación sobre hechos por un lado y la perspectiva de género por otro, me llevan a plantear este trabajo. Un juez al decidir sobre hechos, y darlos por probados, debe necesariamente realizar una serie de razonamientos susceptibles del control externo de su racionalidad. Ese control de racionalidad exige, entre otras cosas, que la decisión no esté basada en sesgos y estereotipos de género injustificados.

En Uruguay en el año 2017 se aprobó la ley 19.580 de Violencia hacia las mujeres basada en género. Esta ley reflejó un avance doctrinario y jurisprudencial en la protección, prevención y erradicación de la violencia basada en género, y la discriminación a la mujer. Estos avances además son acordes a las convenciones CEDAW y Belem do Pará ratificadas por Uruguay, así como a diversas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia. Desde su aplicación, en los últimos años se ha avanzado en la profundización de la perspectiva de género en la decisión judicial.

La perspectiva de género ha sido tratada en diversas ocasiones por la Suprema Corte de Justicia, principalmente al resolver inconstitucionalidades sobre la mencionada ley, y a sentencias de casación en materia penal de femicidios y abusos sexuales.

En este trabajo me propongo conceptualizar los estereotipos de género y a partir de ello, hacer un análisis descriptivo de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia con el fin de determinar el sentido en que el máximo órgano de justicia utiliza esos conceptos, como tópicos en la argumentación y justificación de sus decisiones. Habiéndose aprobado la ley 19580 en diciembre de 2017, realizaré el presente análisis de jurisprudencia desde enero de 2018 a la actualidad, tomando como referencia todas las decisiones donde se

hayan usados términos claves como género o estereotipos y que surjan publicadas en la Base de Jurisprudencia Nacional.

2. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO

2.1. Concepto de estereotipos y sus diferentes tipos

Siguiendo a Gimeno Presa, podemos definir a los estereotipos como “*generalizaciones injustificadas sobre las características de los miembros de un grupo (o sobre los roles que deberían cumplir) que se aplican a todos ellos con independencia de las circunstancias específicas de cada individuo*”¹. Los estereotipos conllevan necesariamente la categorización y generalización previa de un determinado grupo o clase, para luego extender esas conclusiones en forma individual a cualquier miembro de ese grupo ignorando sus particularidades personales.

Sin embargo, es posible cuestionar el mencionado carácter injustificado de las generalizaciones, al menos como afirmación absoluta. Como veremos, existen casos donde la generalización se basa en un respaldo estadístico, por lo que aun pudiendo configurar un estereotipo nocivo, es posible admitir la debida justificación en la construcción de esa generalización.

Si bien los estereotipos en ciertos casos conllevan un germen de verdad, aun cuando nuestra creencia respecto al grupo o algunos de sus miembros es cierta, el estereotipo será incapaz de describir cabalmente cualquier categoría ². De hecho, la descripción cabal de todos los miembros de un grupo se opone a la definición misma de generalizaciones, las que sin dudas tienen otras funciones cognitivas y prácticas, pero no la de descripción exhaustiva.

Más allá de la evidencia estadística que los pudieran validar, los estereotipos existen como creencias generalizadas de las características asignadas a un grupo. Esas creencias tienen una doble función: por un lado, buscan brindar información—cierta o no—sobre ese grupo, pero por otro generan en toda la sociedad expectativas sobre el comportamiento de los miembros del grupo, los que deberían confirmarlas con sus conductas. Los estereotipos incluyen, por lo tanto, una cantidad sustancial de información sobre otras personas que no solo refieren a sus características y cualidades aparentes, sino que generan expectativas sobre su comportamiento ³.

Para que exista un estereotipo, es indispensable la categorización social previa de un determinado grupo. Según Cardoso, podemos entender a la categorización como “*el proceso de ordenar el ambiente a través de categorías, agrupando personas, objetos y eventos como similares o equivalentes unos a otros de una manera que sea relevante a las acciones, intenciones y actitudes de un individuo*” ⁴.

Pero no todo es negativo en relación con la categorización, ya que desempeñan un rol cognitivo esencial. La categorización social cumple una función sistematizadora de los contextos sociales para facilitar la acción, y apoyan expectativas acerca de las personas con las que interactuamos sin mayor información previa, funciones indispensables en las sociedades modernas y masivas. Lo que es cuestionable es la forma en que se categoriza, principalmente a través de estereotipos. La categorización social se relaciona

¹ C. GIMENO PRESA, *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, Aranzadi, Pamplona, 2020, p. 24.

² M. P. RÍOS RÍOS, «Los estereotipos de género como una vulneración a los derechos humanos. Análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», 2018, Universidad de Chile, Santiago de Chile, p. 73.

³ E. CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, «Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, vol. 9, 2015, p. 29.

⁴ *Ibid.*, p. 28.

estrechamente con aspectos sensibles como la construcción de identidades, la autopercepción de los individuos o las actitudes discriminatorias ⁵.

La categorización, por su forma de operar, no permite considerar aspectos individuales, y las generalizaciones en ocasiones pueden invisibilizar diferencias, perpetuar los estereotipos mediante la prescripción de conductas al grupo, e incurrir en afirmaciones discriminatorias.

2.2. Los estereotipos nocivos de género

Hasta este punto nos hemos familiarizado con los conceptos de género, por un lado, y de estereotipos en general por otro. Los estereotipos, como ya fue explicado, pueden referir a cualquier categoría social que se esté haciendo referencia, siendo los vinculados al género una categoría más dentro del universo de estereotipos.

Los estereotipos de género son las creencias y expectativas generalizadas sobre hombres y mujeres en relación con su género. Cook y Cusack los definen como la “*construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales.*” ⁶. Por su parte, Cardoso entiende que tienen una estructura compleja e “*incluyen diferentes componentes, como, por ejemplo, los rasgos de personalidad, los comportamientos, las ocupaciones, los papeles sociales, la apariencia física y las creencias acerca de la orientación sexual*” ⁷.

Al igual que los estereotipos en general, los estereotipos de género no son necesariamente problemáticos. Sin embargo, ignorando características, habilidades, y particularidades de algunas personas dentro de un grupo, algunos estereotipos sirven para menoscabar los derechos y libertades fundamentales a través de la creación de jerarquías de género ⁸. Cuando lo hacen, son denominados como estereotipos nocivos de género.

Si bien en teoría los estereotipos de género—al igual que los estereotipos en general—no son necesariamente nocivos, la concepción de género imperante en nuestras comunidades hace que habitualmente sirvan para menoscabar y desvalorar lo femenino. Los estereotipos de género suelen responder a la asociación de la mujer con lo irracional, emocional, dependiente, privado. Lo masculino en cambio suele asociarse a lo racional, científico, independencia, lo público. Esas características ponen a las mujeres “*a merced del cuerpo y las emociones; los hombres, en cambio, representan la superación de esos aspectos básicos; ellos son a la mente lo que las mujeres al cuerpo. Como ya han demostrado muchas estudiosas feministas, la diferencia categorial, que es binaria y jerárquica, crea una mujer inferior al hombre, y valora menos los atributos de la feminidad.*” ⁹.

Tanto los estereotipos con utilidad cognitiva como los nocivos son de difícil identificación y corrección, ya que se encuentran integrados a nuestra percepción del mundo. Estereotipar es una acción que se construye a través del aprendizaje observacional desde su origen social, y posteriormente se integra a nuestra forma de percibir la realidad

⁵ F. J. ARENA, «Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual.», *Revista de Derecho*, vol. 29, 1, 2016, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, p. 52.

⁶ R. J. COOK; S. CUSACK, *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*, Profamilia, Bogotá, 2010, p. 23.

⁷ E. CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, «Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», cit., p. 33.

⁸ R. J. COOK; S. CUSACK, *Estereotipos de género*, cit., p. 23.

⁹ L. MCDOWELL, «La definición del género», en *El género en el derecho: ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos : Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Quito, 2009.

hasta el punto de no ser conscientes de ello. Lo que nos vuelve incapaces de identificarlo como un problema que amerite una corrección legal o epistémica ¹⁰.

El Derecho juega un rol preponderante como regulador de conductas y como legitimador de discursos. En ese sentido, los estereotipos de género son socialmente dominantes y persistentes, y esas condiciones se fortalecen “*cuando los estereotipos se reflejan o se encuentran inmersos en el derecho, como en las premisas implícitas en la legislación y las implicancias del razonamiento y lenguaje usados por jueces y juezas*” ¹¹.

2.3. Estereotipos y decisión judicial

Los estereotipos de género, con todas las características y consecuencias nocivas que acabamos de ver, se cuelan en las decisiones que adoptan los tribunales. Podemos identificar dos razones principales que determinan la utilización de estereotipos de género por parte de los tribunales.

Por un lado, es consecuencia del androcentrismo y sexismo del Derecho como vimos en la sección anterior. El Derecho, y las normas aplicables a los casos ya traen consigo una carga de estereotipos implícitos que se traslada a la formación jurídica y a las decisiones judiciales. Como ejemplo de ello, Chiarotti recurre al análisis de los códigos penales, los que según la autora demuestran que especialmente en los delitos contra la integridad y libertad sexual incluyen estereotipos de género en su tipificación o la ausencia de regulación de algunas conductas. Como ejemplo de ello menciona que en muchos países aún no se penaliza la violación dentro del matrimonio ¹².

Por otro, los profesionales del Derecho llevan interiorizados estereotipos propios de la comunidad en que vivieron su proceso de socialización, y que luego incorporan a su razonamiento. Mantilla, luego de reseñar normas y jurisprudencia con argumentos estereotipados, sostiene que “*es lógico pensar entonces que, si los y las estudiantes de Derecho se forman con documentos y normativa de este tipo, en el ejercicio de su carrera profesional, seguirán repitiendo estos estereotipos, afectando gravemente el acceso a la justicia de las mujeres*” ¹³.

Los jueces no solamente aplican los estereotipos que aprendieron en su vida, sino que a través de sus decisiones también pueden contribuir a naturalizarlos y perpetuarlos. Para Cardoso, esto ocurre de dos formas: “*a) cuando deciden a partir de ideas pre-concebidas, lo que les dificulta analizar con rigor los hechos relevantes y las pruebas y realizar una interpretación de la ley libre de estereotipos; y b) cuando no logran identificar, nombrar y cuestionar los estereotipos asumidos por jueces de instancias inferiores o por las partes en el proceso.*” ¹⁴. Esto implica la utilización de la situación de poder en tanto intérpretes—y creadores—de la norma para fortalecer y legitimar los estereotipos, y en definitiva perpetuar esa situación.

En el razonamiento judicial orientado a la determinación de los hechos probados también entran en juego los estereotipos. El vínculo entre prueba judicial y estereotipos de género ha sido poco abordado, pero los trabajos desde el feminismo jurídico y de teóricos del razonamiento probatorio han ido poniendo en relevancia el vínculo. Gama señala que “*La aplicación de la perspectiva de género en la prueba es aún incipiente en la tradición continental, particularmente en Latinoamérica y España. Han sido principalmente los*

¹⁰ G. POYATOS MATAS, «Justicia con perspectiva de género», *Asociación Mujeres Juezas de España*.

¹¹ R. J. COOK; S. CUSACK, *Estereotipos de género*, cit., p. 26.

¹² S. CHIAROTTI, «Aportes al derecho desde la teoría de género.», *Otras Miradas*, vol. 6, 1, 2006, SABER ULA, p. 15.

¹³ J. MANTILLA FALCÓN, «La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos», *THEMIS: Revista de Derecho*, 63, 2013, p. 135.

¹⁴ E. CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, «Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», cit., p. 40.

órganos jurisdiccionales, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Mujeres, la Corte Penal Internacional y el comité de la CEDAW quienes han establecido la incorporación de la prueba con perspectiva de género”¹⁵.

3. VALORACIÓN DE LA PRUEBA, PRESUNCIONES Y GENERALIZACIONES

Presumir implica aceptar. En el razonamiento probatorio podríamos concebir a las presunciones como los mecanismos que nos permiten aceptar la ocurrencia de un hecho, a partir del conocimiento—en términos procesales probatorios—de otro hecho. Si bien es posible establecer el proceso de aceptación como un mandato legal, tanto las presunciones legales como las judiciales obedecen en gran parte a un contexto, dado por el razonamiento empleado más que por el mandato legal o epistémico de su adopción¹⁶. Y en ese contexto justificatorio determinante para la aplicación del razonamiento, los estereotipos ganan terreno.

Las presunciones a partir de sus tres elementos típicos: (i) una afirmación base, (ii) una afirmación presumida, y (iii) un enlace. El funcionamiento de los tres elementos se podría resumir en que dada la afirmación base, el enlace permite asumir—aceptar, presumir—la afirmación presumida¹⁷. En las presunciones judiciales, el enlace está dado por razones epistémicas, y por lo tanto surgen del razonamiento del juzgador a través de la aplicación de las máximas de la experiencia.

La utilización de presunciones judiciales, y particularmente de las basadas en máximas de la experiencia “*tienen un papel destacado en la adquisición de nuevo conocimiento*”¹⁸. Por lo tanto, y a pesar de las dificultades que generan, como la falta de fundamentación del enlace debido al uso de prejuicios de género, recurrir a ese modo de razonar sobre hechos no solo es útil, es necesario¹⁹. De lo contrario, la tarea de determinación de hechos relevantes para el proceso sería un imposible.

3.1. Las máximas de la experiencia

El origen del estudio de las máximas de la experiencia en la decisión judicial es ubicado en la obra de Stein del año 1893²⁰. Esa obra señera entiende a las máximas de la experiencia como: “*definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que juzgan el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”²¹.

Nutrirse de conceptos y experiencias de la vida en sociedad, y volcarlas al momento de decidir judicialmente un caso es deseable y necesario. Sirve como garantía para las partes de un uso racional de la prueba, y permite avanzar en decisiones sobre hechos²². Pero no

¹⁵ R. GAMA LEYVA, «Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico», *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 1, 2020, p. 289.

¹⁶ D. MENDONCA, «Presunciones», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21-v1, 1998, p. 86.

¹⁷ R. GAMA LEYVA, *Las presunciones en el derecho: entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 56; D. MENDONCA, «Presunciones», cit., p. 92.

¹⁸ D. GONZÁLEZ LAGIER, «Tres modos de razonar sobre hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos)», en Carmen Vázquez (ed.) *Hechos y razonamiento probatorio*, Zela, Puno, 2019, p. 18.

¹⁹ R. GAMA LEYVA, *Las presunciones en el derecho: entre la perplejidad y la fascinación de los juristas*, cit., p. 133.

²⁰ F. STEIN, *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*, 2da, Temis, Bogotá, 1999.

²¹ *Ibid.*, p. 27.

²² C. GIMENO PRESA, *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 127.

solo es deseable, sino que es inevitable. Como enseñó Couture, “*El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que lo rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales.*”²³.

Solemos estar tan seguros de una máxima de experiencia—incluyendo las generalizaciones y sesgos cognitivos que le den origen—que la adoptamos como regla autoimpuesta de decisión, “*como normalmente hemos obtenido resultados satisfactorios aplicando esa máxima de experiencia, la consideramos como una regla que debemos seguir siempre y no nos planteamos su fundamento cada vez que tenemos la oportunidad de aplicarla*”.²⁴

Los problemas de las generalizaciones en relación con el fundamento estadístico de las mismas, y la invisibilización de las excepciones del grupo, se ven agravados cuando se trata de una mujer. En ese sentido, Gama entiende que “*muchas de las generalizaciones de sentido común que se emplean habitualmente en el razonamiento probatorio operan silenciando las experiencias de aquellas personas cuyo comportamiento no se adecua a la regla general.*”²⁵.

Y en lo jurídico, las que no se adecúan a la regla general son las mujeres. El carácter androcéntrico del Derecho, de las instituciones que lo aplican, y de las sociedades de las cuales extraemos esas experiencias, operan más fuertemente frente a una mujer para silenciar las particularidades del caso que escapan a la regla epistémica creada por el decisor. Gran parte de esa operación se da en la determinación de hechos del proceso, al momento de valorar la prueba, mediante la inclusión de estereotipos nocivos de género en las presunciones judiciales.

3.2. La perspectiva de género y las máximas de la experiencia

En relación con las máximas de la experiencia y las reglas de la sana crítica en general, en tanto surgen de generalizaciones extraídas de la experiencia social del juzgador, es muy probable que incorporen los prejuicios y sesgos contenidos en el razonamiento generalmente aceptado de esa comunidad de donde se extrae la experiencia. En ese sentido, Gimeno reseña distintas posiciones que dan cuenta de que las máximas de la experiencia “*son una vía de entrada rápida de estereotipos de género, al fin de cuentas estos tienen un mismo origen y pueden incluso hasta formar parte del contenido de aquellas.*”²⁶.

Sin embargo, que sean una puerta de entrada para el uso de estereotipos nocivos de género no permite negar la importancia de las máximas de la experiencia para lograr un razonamiento judicial conducente. La función cognitiva que cumplen es indispensable, por lo que la tarea no es eliminar el uso de las máximas de la experiencia, sino exigir un correcto uso de las mismas. Y ello solo es posible si se descartan las que no cuentan con una función cognitiva útil, entre las que se encuentran las basadas en prejuicios y sesgos de género ²⁷.

Los reclamos por incluir la perspectiva de género en el Derecho han permitido repensar la actividad probatoria procurando disminuir la discriminación y la vulneración de derechos de las mujeres en el proceso judicial ²⁸. La perspectiva de género ha sido

²³ E. COUTURE, *Fundamentos de Derecho procesal civil*, 4ta, BdeF, Montevideo, 2002, p. 223.

²⁴ *Ibid*

²⁵ R. GAMA LEYVA, «Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico», cit., p. 294.

²⁶ C. GIMENO PRESA, *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, cit., p. 129.

²⁷ *Ibid.*, p. 130.

²⁸ M. P. ARAYA NOVOA, «Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal», *Revista de Estudios de la Justicia*, 32, 2020, p. 37.

aplicada para repensar todas las etapas de la actividad probatoria, lo que incluye a la valoración de la prueba y, dentro de ella, la debida justificación de las máximas de la experiencia.

Cuestionarnos el carácter androcéntrico del Derecho y, por lo tanto, del desarrollo de la actividad probatoria, es esencial para identificar máximas de la experiencia basadas en prejuicios machistas, que sirven para incorporar sesgos y estereotipos al proceso sin ninguna función cognitiva útil. La identificación de esos razonamientos, evidenciarlos, y exigir una justificación debida es parte de la tarea asumida por la perspectiva de género en el ámbito probatorio.

La perspectiva de género cumple una doble función en relación con las máximas de la experiencia. Por un lado, sirve para identificar y rebatir máximas de la experiencia con base machistas, y por otro sirve para generar nuevas máximas de la experiencia.

Las máximas con perspectiva de género son capaces de aportar a la valoración probatoria “*criterios cognoscitivos sobre la base de los cuales realizar inferencias, sin reproducir los roles inherentes a la distribución asimétrica de poder existente entre hombres y mujeres.*”²⁹. Por lo tanto, máximas de la experiencia con un gran valor epistémico.

Afirmar esto implica otorgarle a la valoración de la prueba con perspectiva de género un estatus epistemológico adecuado. La función superadora y racionalista que cumplen desactivando máximas de la experiencia defectuosas no puede volverse un generador de nuevas máximas de la experiencia igual de defectuosas y basadas en prejuicios, sino que deben generar un razonamiento de alta calidad epistémica.

4. LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay (en delante “SCJ”) se ha referido a los estereotipos de género en algunas de sus decisiones, tanto como tribunal de casación, como en su rol de tribunal constitucional. Como hemos visto, el concepto de estereotipos en general, los de género en particular, y sobre todo la función que estos cumplen en el razonamiento judicial sobre hechos puede ser problemático.

Para el análisis del presente trabajo se toma como referencia la aprobación de la ley 19.580, ley integral contra la violencia basada en género, en tanto su aprobación significó la concreción legislativa de diversas normas internacionales y diversos conceptos sobre el género que tienen gran influencia en la función que cumplen los estereotipos en el razonamiento judicial. Dicha ley se aprobó en diciembre del año 2017, por lo que el relevamiento jurisprudencial se limitó a sentencias de la Suprema Corte de Justicia entre enero de 2018 y la actualidad, en la que se refieran expresamente al concepto de “estereotipos de género”. Sin perjuicio de ello, en algunas sentencias relevadas se hace referencia a jurisprudencia del mismo órgano anterior a la aprobación de la ley 19.580.

La SCJ en su Sentencia 509/2021 del 26/10/2021 analizó la inconstitucionalidad del art. 8 lit. H de la ley 19.580. Dicha disposición es clave en lo que refiere a la valoración de la prueba con perspectiva de género, y más concretamente en relación a la declaración de la mujer víctima de violencia de género, en tanto dispone que las mujeres víctimas de violencia, durante los procedimientos administrativos o judiciales, deberán tener garantizado su derecho a que “*su testimonio no sea desvalorizado en base a estereotipos de género sustentados en la inferioridad o sometimiento de las mujeres, o en otros factores de discriminación tales como la edad, la situación de discapacidad, la orientación o identidad de género, el origen étnico racial, la pertenencia territorial, las creencias o la identidad cultural*”.

²⁹ J. L. RAMÍREZ ORTIZ, «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género», *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, vol. 1, 2019, p. 30.

Al resolver sobre la inconstitucionalidad de la mencionada disposición, la SCJ entendió que la norma no obliga a hacer fe del testimonio de la denunciante, ni tampoco impide su refutación. Por el contrario, sostuvo que la limitación a la desvalorización de los testimonios de la víctima únicamente refiere a las que tengan por base estereotipos o factores de discriminación. Esta sentencia marca claramente una función que cumplirán los estereotipos en la valoración de la prueba, en tanto la identificación de su uso permite invalidar un argumento sobre hechos sostenido por las partes o por el tribunal. Sin embargo, no se profundiza en esa decisión sobre qué es un estereotipo y como es posible su identificación, siendo necesario recurrir a otras decisiones.

En ese sentido, en el año 2016, en su sentencia No. 122/2016 la SCJ manifestó la importancia de poner de manifiesto los estereotipos y sesgos que se detecten en la pretensión de las partes, en el relato de hechos aportado por éstas, en la valoración de la prueba e incluso en las normas aplicables a un caso. En dicha Sentencia, la SCJ sostuvo que *“La argumentación jurídica con perspectiva de género implica considerar determinadas acciones dentro del proceso que lleva a la resolución o sentencia, siendo de destacar –como aplicable al caso de autos-: evidenciar los estereotipos y los sexismos detectados en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y pretensiones de las partes, o en normas que podrían haber resultado aplicables; así como reconocer y evidenciar en los puntos resolutorios de la sentencia los sesgos de género encontrados a lo largo del proceso”* (Sentencia No. 122/2016 la SCJ). Es esta la primera sentencia³⁰ de la SCJ en la que el máximo órgano judicial uruguayo se refiere expresamente a los estereotipos de género en la decisión judicial de un caso, y es ampliamente referenciada en las sentencias posteriores.

En las sentencias relevadas en el período indicado, las referencias a estereotipos de género y a la perspectiva de género suelen estar enfocadas a determinar su alcance en el razonamiento judicial, descartando agravios que pretenden basarse en dichos conceptos pero que a criterio de la SCJ no corresponde con su función en el proceso. Esto se da tanto en agravios que reclaman la aplicación de la perspectiva de género (Sent. 299/2020 del 05/10/2020, Sent. 113/2021 del 27/05/2021) como en los que sostienen que una supuesta aplicación de dicha perspectiva llevó a una decisión errónea (Sent. 296/2021 del 14/09/2021).

En la sentencia 299/2020 la SCJ sostuvo que, en un proceso penal, la condición de mujer de la víctima no puede significar *“que el razonamiento probatorio se base en prejuicios, suposiciones, creencias <<generales>> sin anclaje empírico, que justifiquen una condena penal.”*³¹. En dicha sentencia se destaca la protección de los colectivos vulnerados y discriminados, pero entiende que esa protección *“no puede operar como un correctivo para suplir manifiestas carencias probatorias que justifiquen la premisa fáctica que cimienta la acusación fiscal.”* Así la SCJ descarta cualquier idea que entienda que la perspectiva de género implica una vulneración al principio de inocencia o una disminución del estándar probatorio en materia penal (concepto que se reitera en la Sent. 296/2021).

Sin embargo, en la misma sentencia se pone de manifiesto la posibilidad de que se dé una valoración de la prueba con base en estereotipos o máximas de la experiencia *“de corte machista”*, para descartar que ello haya ocurrido en el caso. Se destaca la relevancia de que la SCJ admita la necesidad de evidenciar y controlar la valoración de la prueba con base en estereotipos nocivos para la mujer, y en ese sentido machistas, así cómo que los

³⁰ La primera sentencia en la que se hace referencia a la “perspectiva de género” es la No. 55/2014 del 10 de marzo de 2014. Luego también se vuelve a hacer referencia a la perspectiva de género en las Sentencias 512/2014 y 243/2015, todas redactadas por el Dr. Ricardo Pérez Manrique.

³¹ El mismo concepto es reiterado en la Sent. 296/2021 del 14/09/2021.

mismos suelen ingresar al razonamiento a través de las máximas de la experiencia. Éstas, en su calidad de generalizaciones empíricas, deben ser empleadas “con mucho rigor” a criterio de la SCJ, y se deberán “descartar aquellas que encubran meros prejuicios, arquetipos, y preconcepciones sobre el rol de la mujer en la sociedad”. Para ello, la Corte entiende a la perspectiva de género “como una de las principales herramientas para incorporar este análisis al juzgamiento en beneficio de la no discriminación de la mujer”³². Se pone así de relieve a la perspectiva de género como una herramienta metodológica de gran calidad epistémica.

El máximo órgano judicial uruguayo enmarca la valoración de la prueba con perspectiva de género en una valoración racional, guiada por “pautas básicas de racionalidad epistemológica”³³ y no como una forma de escapar a esos criterios de racionalidad. En ese sentido, en la Sent. 113/2021 se aboga por una racionalidad intersubjetivamente controlable, y se sostiene que la perspectiva de género “no puede servir de expediente para abandonar estas pautas de racionalidad y evaluación de los razonamientos inferenciales en materia de hechos; máxime cuando lo que está en juego es la imputación de un delito y el quebrantamiento del estado de inocencia que beneficia al imputado.” (Sent. 113/2021 del 27/05/2021). En esta sentencia se reafirma una vez más la idea de que la perspectiva de género es necesaria para una valoración racional y que por lo tanto no puede implicar un menoscabo al principio de inocencia y al estándar probatorio en materia penal.

Lo expresado en cuanto a la vulneración del estándar probatorio en materia penal vuelve a reiterarse en la Sentencia 296/2021 del 14/09/2021. Recurriendo al Prof. Nieva Fenoll³⁴, la SCJ sostiene que “existe el riesgo de que los jueces no partan, en ocasiones, de la existencia del “dubium”, sino que éste sea eliminado “a priori” por motivos ideológicos”.

En definitiva, la Suprema Corte de Justicia reitera en las sentencias relevadas que la perspectiva de género reclama un tratamiento riguroso y protector de las mujeres, en tanto “conforman un grupo vulnerable, dando el Estado, a través de herramientas normativas y orgánicas, respuestas ante el flagelo de la violencia instalada en el país.” (Sent. 296/2021). La perspectiva de género es una garantía de no discriminación de las mujeres, permitiendo la identificación y exclusión de razonamientos estereotipados sin fundamento epistémico. Sin embargo, el mayor esfuerzo de la SCJ se encuentra en descartar que la perspectiva de género permita disminuir las garantías procesales, o afectas el principio de inocencia y el estándar probatorio en materia penal.

5. CONCLUSIONES

Las máximas de la experiencia, como mecanismo de incorporación de conceptos y experiencias de la vida social al proceso judicial son deseables e indispensables. Permiten a los tribunales tomar decisiones operativas y sirve como garantía en la racionalidad de la valoración probatoria. En tanto regla condicional derrotable, es posible someter la generalización del fundamento empírico empleado a los controles intersubjetivos que determinen el valor cognitivo de esa regla epistémica.

³² A esos efectos, la SCJ recurre a la siguiente referencia: ARAYA NOVOA, M. <<Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal>> en Revista de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile, No. 32, Santiago de Chile, 2020, pág. 47.

³³ En la Sent. 113/2021 se entiende a la racionalidad epistemológica de la valoración probatoria recurriendo a los siguientes textos de referencia: Gascón Abellán, M.: “La prueba de los hechos”, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 221/223; y González Lagier, D.: “Quaestio facti (Ensayos sobre prueba causalidad y acción)”, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005, págs. 90 y ss.).

³⁴ La Sentencia 296/2021 recurre a la siguiente referencia bibliográfica del mencionado autor: NIEVA FENOLL, J.: “La duda en el proceso penal”, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 127.

Es indudable que las máximas de la experiencia son muy funcionales a la inclusión, no siempre explícita, de estereotipos nocivos de género en el razonamiento judicial. Pero esto no permite excluirlas, en tanto cumplen una función cognitiva indispensable que permite un razonamiento judicial conducente a un resultado eficaz. No se trata entonces de erradicarlas, sino de optimizar su uso, buscando alcanzar su mayor valor cognitivo.

Para ello, la valoración de la prueba con perspectiva de género cumple un rol fundamental. Por un lado, permite la identificación y cuestionamiento de las máximas de la experiencia basadas en estereotipos nocivos de género, y por otro permite la creación de nuevas máximas de la experiencia de gran valor cognitivo que no reproduzcan prejuicios y sesgos de género. Pero para lograr esto, la perspectiva de género no puede reproducir el razonamiento estereotipado que pretende cuestionar.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia recoge satisfactoriamente estos conceptos. Da cuenta de la necesidad de adoptar una perspectiva de género en el proceso, pero a su vez es muy cuidadosa en advertir que la función de esa metodología debe enmarcarse en la valoración racional de la prueba y en la protección del principio de inocencia y del debido proceso en materia penal.

A partir del estudio descriptivo de los estereotipos de género y las máximas de la experiencia, y en función de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, es posible plantear dos propuestas para un uso racional de las máximas de la experiencia que priorice su valor epistémico a la vez que permita la inclusión de la perspectiva de género en la determinación judicial de hechos probados.

En primer lugar, es necesario explicitar todas las premisas utilizadas en el razonamiento probatorio, incluyendo la mención expresa a la máxima de la experiencia a la que se recurre. Es habitual que las máximas de la experiencia sean presentadas en modo entimemático, omitiendo la premisa que contiene el estereotipo o prejuicio en el que se basa el razonamiento. Solamente explicitando esa premisa es posible la valoración de su contenido, tanto para la determinación de la validez lógica del razonamiento, como para la determinación de su calidad cognitiva. Esa explicitación es además carga del tribunal que recurre a ese razonamiento, dentro de su carga general de justificar sus decisiones.

En segundo lugar, se requiere trabajar en la construcción de máximas de la experiencia con valor cognitivo como forma de erradicar el uso nocivo de estereotipos de género en la valoración de la prueba. La explicitación de las premisas estereotipadas permite la exclusión de esas máximas de la experiencia por su escaso valor cognitivo racional. Pero dicha exclusión dejará un espacio en el razonamiento probatorio que, de no existir prueba suficiente, deberá ser completado por otra máxima de la experiencia. No se está erradicando el uso de las máximas de la experiencia, sino únicamente las que se basan en estereotipos nocivos de género, debiendo ser sustituidas por otras de mayor calidad epistémica.

Sin embargo, siendo la aceptabilidad de un razonamiento por criterios epistémicos de valoración gradual, la elección entre una máxima basada en un estereotipo nocivo de género y una basada en la perspectiva de género de igual calidad epistémica será una opción política del tribunal. Estando ambas en el espectro de aceptables epistémicamente, los dos razonamientos podrán ser igualmente válidos en términos epistémicos (sin perjuicio de la corrección moral de los argumentos). En ese caso entiendo que deberá preferirse siempre la que favorezca la erradicación de la discriminación hacia la mujer con base en su género, pero siendo conscientes que se ejerce una decisión propia de la valoración moral de los argumentos y no en base a fundamentos epistémicos.

Cómo citar: Magoja, E. (2022). (Re)pensar el valor de las emociones en la argumentación jurídica actual. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

(RE)PENSAR EL VALOR DE LAS EMOCIONES EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ACTUAL

Eduardo Esteban Magoja¹

1. Introducción

En la historia jurídica moderna, y aún en la actualidad, se ha considerado lo emocional como algo irracional o que, al menos, perjudica la elaboración de un juicio racional y virtuoso: incompatible con la buena función judicial. Hobbes, por citar un autor representativo de esta mirada, decía que un buen juez debe “ser capaz de despojarse a sí mismo, en el juicio, de todo temor, miedo, amor, odio y compasión”.²

Sin embargo, un sector de la literatura no cree que lo afectivo sea por sí mismo negativo ni tampoco que se encuentre en una situación de completa oposición con la razón³. En los últimos años, tal como señala Huppés-Cluysenaer, esta mirada fue ganando muchos adeptos, quienes han alzado como bandera la afirmación de que las emociones son una parte indispensable del proceso cognitivo del juez.⁴ Solomon y Nussbaum, por ejemplo, son algunos de los autores más representativos de este tipo de enfoque.⁵

Esta discusión, que se centra en la decisión judicial, es solo uno de los aspectos sobre los cuales se pueden estudiar las emociones en materia de interpretación y argumentación. La otra cara del asunto gira en torno al discurso argumentativo que las partes dirigen al juez (o jurado). Si se adopta esta perspectiva, que es la que sigue Aristóteles en su tratado de retórica,⁶ la cuestión pasa por discutir, entre otras cosas, si el uso de argumentos que muevan emocionalmente al juzgador constituye o no una buena estrategia de persuasión, qué tanto lugar pueden las emociones tener junto a la argumentación racional, y si ellas permiten ofrecer un discurso más completo que podría ayudar epistemológicamente al juez en su búsqueda de una buena respuesta al caso.

Focalizado en esta temática, nuestro trabajo tiene el propósito de (re)pensar el valor de las emociones en la argumentación jurídica actual, tomando como punto de partida la retórica clásica aristotélica y desarrollando las ideas mediante algunas propuestas contemporáneas. La idea es mostrar cómo su uso permite la elaboración de un discurso con mayor capacidad persuasiva, aunque también presenta algunos riesgos. El planteo,

¹ Universidad de Buenos Aires

² Hobbes, T. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Buenos Aires: FCE, 2007, pp. 231-232.

³ McCormack, K. C. “Ethos, Pathos, and Logos: The Benefits of Aristotelian Rhetoric in the Courtroom”, *Washington University Jurisprudence Review*, 7(1), 2014, p. 142.

⁴ Huppés-Cluysenaer, L. “The Debate About Emotion in Law and Politics”, en Huppés-Cluysenaer, L. & Coelho, N. M. (eds.), *Aristotle on Emotions in Law and Politics*, Dordrecht: Springer, 2018, p. 3.

⁵ Solomon, R. *The Passions: Emotions and the Meaning of Life*, Nueva York: Anchor Press/Doubleday, 1976; Nussbaum, M. “Emotion in the Language of Judging”, *St. John’s Law Review*, 70(1), 1996, pp. 23-30; Nussbaum, M. *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge: University Press, 2001.

⁶ Esto se debe a que, de acuerdo con el sistema jurídico ático y el procedimiento de las cortes atenienses, todo el protagonismo argumentativo lo tenían las partes; los jueces se limitaban a emitir un voto a favor del actor o del demandado y no argumentaban una interpretación del caso o la ley.

vale aclarar, no es del todo novedoso, pero sirve para insistir sobre un tema que durante mucho tiempo fue descuidado y que ha sido recuperado por parte de la literatura en las últimas décadas.⁷

2. El modo de persuasión del *páthos*

Al comienzo del libro I de *Retórica* (1354a16-25), Aristóteles dice que no es adecuado inducir al juez “a la ira, la envidia o la piedad” y otras pasiones que afectan el alma, pues ello haría torcer la propia regla de la que uno se sirve. Incluso, llega a decir que la apelación a lo emocional es algo meramente accesorio y no constituye una parte esencial de las pruebas retóricas. Sin embargo, más adelante en su obra el Estagirita sostiene que la habilidad de mover al auditorio a una pasión (*páthos*) por medio del discurso constituye uno de los tres modos de persuasión junto con el razonamiento lógico (*lógos*) y los argumentos referidos al carácter (*êthos*) (*Rh.* 1356a1-4). Al margen de este contraste, que ha llevado a algunos autores a afirmar la existencia de una contradicción,⁸ lo que está claro es que Aristóteles no expresa ninguna reserva acerca de que las emociones tienen una influencia decisiva en la decisión judicial⁹. El propio filósofo reconoce que “las pasiones son la causa de que [los hombres] difieran en sus juicios” (*Rh.* 1378a20-21), de manera que, por ejemplo, en un juicio penal despertar en quien juzga ira sobre el acusado puede contribuir en que aquel tome la decisión de dictar un veredicto condenatorio.

En la retórica aristotélica no solo la credibilidad del orador o los argumentos lógicos, sino también las reacciones afectivas que el discurso genera en el auditorio son sumamente relevantes. En función de la importancia que tiene lo emocional en la configuración de un buen discurso argumentativo, Aristóteles se ocupa de llevar adelante un acercamiento teórico acerca de cada una de las emociones, sus cualidades y las condiciones de producción. Son varias las emociones que el Estagirita desarrolla en su tratado: la ira (*orgê*) y la calma (*práÿnsis*); la amistad (*philia*) y el odio (*mîsos*); el miedo (*phôbos*) y la confianza (*thársos*); la vergüenza (*aiskhýne*) y la desvergüenza (*anaiskhyntía*); la gratitud (*kháris*) y la ingratitud (*ákharis*); la piedad (*éleos*), la indignación (*némesis*), la envidia (*phthónos*), la emulación (*zêlos*) y el desprecio (*kataphrónesis*); y otras emociones menores. En lo que respecta a las relaciones que pueden mantener entre sí, varias de ellas colisionan. Así, por ejemplo, el miedo excluye la ira y viceversa (*Rh.* 1380a33-34); la envidia excluye la piedad (*Rh.* 1388a25-28); y la ira y el odio son emociones que se definen por su oposición a la amistad, pero mientras en la ira puede haber compasión, en el odio esto no es posible (*Rh.* 1382a1-15). También las emociones se pueden complementar entre sí y superponerse, como sucede con la calma, la cual se suele dar respecto a quienes sienten miedo o vergüenza (*Rh.* 1380a31-32).

A la luz de estas precisiones, entonces, un orador astuto debe estar atento a las emociones que debe mover, de forma estratégica, para hacerle perder credibilidad y poder persuasivo a los argumentos de la contraparte o para ganarse la simpatía del jurado. Un pedido por piedad, por ejemplo, —que incluso puede resultar legítimo y ameritaría compasión— no tendría mucho efecto si el orador logra despertar indignación en quien juzga. El manejo del *páthos*, pues, es esencial en los discursos y tiene una potencia innegable en la persuasión. Muy probablemente en razón de esta capacidad que tiene lo emocional,

⁷ Así, por ejemplo, Plantin, C. *Las buenas razones de las emociones*, Buenos Aires: Universidad Nacional de Moreno, 2014.

⁸ Barnes, J. “Rhetoric and Poetics”, en Barnes, J. (ed.), *The Cambridge Companion to Aristotle*, Cambridge, University Press, 1995, p. 262;

⁹ Brinton, A. “Pathos and the ‘Appeal to Emotion’: An Aristotelian Analysis”, *History of Philosophy Quarterly*, 5(3), 1988, p. 208.

Aristóteles diga —supuestamente—¹⁰ que “determinadas pasiones, si se utilizan bien, sirven como armas” (fr. 105).

3. El lugar del *páthos*: de Aristóteles a la actualidad

El desarrollo teórico de Aristóteles se gestó y estaba pensado dentro de un contexto jurídico particular, con cortes masivas de ciudadanos y que ni siquiera eran profesionales del derecho¹¹. Los litigios actuales, aunque en esencia tienen la misma naturaleza y fin que los juicios en la Antigua Grecia, presentan diferencias importantes que hacen que la tarea argumentativa, y el uso del medio de persuasión del *páthos* en particular, tenga otra dinámica. La diferencia que nos interesa marcar aquí es que en las cortes populares atenienses la argumentación, y la forma de desplegarla, no estaba sujeta a reglas fijas y precisas. Había, es cierto, algunos mecanismos destinados a limitar la argumentación y evitar manipulaciones. Sabemos, según atestigua Aristóteles en *Constitución de los Atenienses* (67.1-2), que se solicitaba a las partes antes de iniciar el juicio que juraran hablar solo respecto al asunto que se juzgaba. Además, se utilizaba un reloj de agua (*klepsýdra*) para limitar el tiempo de los discursos. Sin embargo, como ha demostrado Lanni, no existía una regla de relevancia que limitara a los litigantes con respecto a la información y argumentos que podrían formular en el juicio.¹² En realidad, el discurso era sumamente libre y, por lo general, la estrategia de los litigantes era sobre todo alcanzar una justicia discrecional e individualizada a través de todos los medios retóricos. Basta con darle una breve ojeada a los discursos de los grandes oradores, tales como Lisias, Demóstenes o Antifonte, para ver este punto.

En un debate oral y público actual los contrincantes tienen mayores limitaciones, que hacen que el recurso a las emociones no tenga tanto lugar. Incluso, la dinámica le da mucha más primacía al *lógos* que al *êthos* y el *páthos*. Estos últimos están sumamente relegados y hasta en cierto punto rechazados. Un ejemplo bastará para ilustrar esta cuestión. Según la regla 403 de las Reglas Federales de Evidencia de Estados Unidos, “[e]l tribunal puede excluir evidencia relevante si su valor probatorio se ve sustancialmente superado por el peligro de uno o más de los siguientes: perjuicio injusto, confusión de los asuntos, engaño al jurado, demora indebida, pérdida de tiempo o presentación innecesaria de evidencia acumulada”. Según las notas del Comité Asesor, ““prejuicio injusto” en su contexto significa una tendencia indebida a sugerir una decisión sobre una base inapropiada, comúnmente, aunque no necesariamente, emocional”.

En el derecho actual, entonces, se suele tildar como negativo que las partes apelen a las emociones de los miembros del jurado. Se dice que no es conducente o concerniente al objeto concreto del pleito (impertinencia) y además puede crear confusión en el juzgador. Esto puede ser en parte cierto —veremos que no del todo—; pero el problema es que se ha llevado la tesis al nivel exagerado y generalizado de rechazar lo emocional en su totalidad. Semejante actitud tiene un motivo, que anticipamos en la introducción: la mirada de lo emocional como algo que “degrada el discurso; [un] instrumento de los sofistas o los demagogos”¹³. Sin ir más lejos, apelar a emociones (*argumentum ad passiones*) se suele considerar un argumento irrelevante y falaz que desplaza una

¹⁰ Decimos supuestamente porque existe un fuerte disenso en la literatura especializada acerca de la autenticidad de los fragmentos aristotélicos.

¹¹ Johnstone, S. *Disputes and Democracy: The Consequences of Litigation in Ancient Athens*, Austin: University of Texas Press, 1999, pp. 18-19.

¹² Lanni, A. *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge: University Press, 2006.

¹³ Plantin, C. *Las buenas razones de las emociones*, Buenos Aires: Universidad Nacional de Moreno, 2014, p. 17.

verdadera argumentación, esto es, aquella basada en una justificación sólida, lógica y objetiva.¹⁴

Las consideraciones realizadas plantean una serie de preguntas. ¿Debemos, como dicen Scalia & Garner, rechazar la idea de que los abogados apelen a emociones ante los jueces?¹⁵ ¿Lo esencial es apelar, al contrario, solo al “sentido de justicia” del juez? ¿Significa ello que haya un destierro de lo emocional en el terreno de la argumentación judicial actual? La respuesta evidente es que no se puede evitar lo inevitable. No se puede, como dice McCormack, llevar adelante un ostracismo de las emociones; no es una alternativa realista.¹⁶

4. ¿Apelar a las emociones para presentar un caso?

La afirmación de que la emoción no es posible de desterrar no dice nada acerca de su conveniencia. Hasta ahora, solo hemos visto que en la visión de Aristóteles lo emocional puede volverse un arma eficaz para la persuasión y, de hecho, constituye uno de los grandes medios de persuasión. Pero nuestra reflexión se puede enriquecer complementándola con algunas cuestiones más de índole normativa. En tal sentido, emitir un juicio acerca de si es negativo o no apelar a las emociones exige, primero, decidir si ellas pueden tener valor epistémico, esto es, si contribuyen a la búsqueda de la “verdad” en el proceso y a una decisión justa. Esto nos conduce a tener que presentar, aunque sea muy brevemente, aquella postura en la literatura que considera que la emoción cumple una función muy importante a nivel cognitivo. A tal fin, será suficiente recurrir a Nussbaum, quien es una de los exponentes más representativos de ese tipo de teoría. El objeto de su tesis es hacer frente a la idea de que las emociones se oponen irreflexivamente a la razón de una manera muy fuerte y primitiva, como si fueran algo simplemente sobrecargado de un afecto sin sentido alguno, movimientos sin razonamiento o energías irreflexivas que empujan a una persona a actuar de cierto modo¹⁷. Su propuesta es que las emociones son complejos estados mentales que presentan cuatro elementos constitutivos: en primer lugar, las emociones son acerca de algo, esto es, tienen un objeto; en segundo término, dicho objeto es intencional, lo que quiere decir que figura en la emoción como algo ya visto o interpretado por el agente; en tercer lugar, las emociones encarnan no solo una forma de ver un objeto, sino creencias acerca de este objeto, las cuales a veces son complejas; por último, las percepciones intencionales y las creencias se dirigen a un objeto que es visto como valioso o importante¹⁸.

Si se rechaza la idea de las emociones como movimientos impulsivos y sin razonamiento, y se acepta que involucran juicios o pensamientos acerca de cosas importantes, se da lugar para hablar, antes que de “emoción contra razón” o de “razón o emoción”, de “razón y emoción” como dos elementos que van de la mano. Si las emociones están acopladas a otros procesos cognoscitivos y ellas mismas encarnan creencias sobre el mundo, proveen

¹⁴ Hamblin, por ejemplo, se pronuncia a este respecto y se ocupó de ofrecer un listado de tales argumentos, a su juicio, sofisticados. Solo a título ilustrativo mencionaremos algunos de ellos: *argumentum ad hominem* (contra el hombre), *miserordiam* (misericordia), *invidiam* (envidia), *metum* (miedo), *fidem* (fe), *superbiam* (orgullo), *odium* (odio), *amicitiam* (amistad), *baculum* (amenaza de guerra), y *populom* (al pueblo), entre otros. Al respecto, ver Hamblin, C. L. *Fallacies*, Londres: Methuen & Co., 1970.

¹⁵ Scalia, A. & Garner, B. A. *Making Your Case: The Art of Persuading Judges*, St. Paul: West Publishing Company, 2008, pp. 31-32.

¹⁶ McCormack, K. C. “Ethos, Pathos, and Logos: The Benefits of Aristotelian Rhetoric in the Courtroom”, *Washington University Jurisprudence Review*, 7(1), 2014, p. 142.

¹⁷ Nussbaum, M. “Emotion in the Language of Judging”, *St. John’s Law Review*, 70(1), 1996, pp. 23-25; Nussbaum, M. *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge: University Press, 2001, p. 24.

¹⁸ Nussbaum, M. *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge: University Press, 2001, pp. 27-30

juicios de valor y suponen la apreciación de aquello que se percibe y es interpretado en un contexto social definido, entonces se puede afirmar que constituirían una herramienta apropiada para lograr una mayor y mejor comprensión de lo que se quiere demostrar. En efecto, las emociones adecuadas permiten que el juzgador tenga una perspectiva completa del discurso, una en la cual, antes que creer que actúa desde un enfoque abstracto y calculador, tenga en cuenta la complejidad de la realidad humana y empatice con el otro. Sin tal acercamiento empático se analizaría solo una parte del problema, y no su totalidad, y se corre el riesgo de llegar a decisiones judiciales insuficientes.

Es necesario, vale aclarar, mantener un grado razonable de distanciamiento para que el juicio sea imparcial y justo; pero prescindir totalmente de las emociones —lo cual, de todos modos, no parece ser posible— puede acarrear resultados indeseados¹⁹. Imaginemos, por ejemplo, delitos que ya de por sí tienen una fuerte capacidad de generar emociones en un juez o un jurado: trata de personas, abusos sexuales, parricidio, infanticidio y femicidio, entre muchos otros. No hay que, por un lado, estallar emocionalmente frente a situaciones de este tipo, pero tampoco, por el otro, actuar como una fría máquina. Se debe encontrar, más bien, un virtuoso punto intermedio y garantizar una posición de un observador juicioso.

En función de la exigencia de la pertinencia en la argumentación que rige los juicios y las demás reglas esenciales de la litigación, parece ser que apelar a emociones debe ser una estrategia que en especial acompañe argumentos basados en la razón (el *lógos*) y la discusión del objeto del debate. El trabajo de un buen orador —y esto es lo que pretendía mostrar Aristóteles— es integrar a ambos, junto con el *êthos*, de forma tal de general un argumento más elaborado, que permita convencer mediante todos los medios eficaces disponibles. Esto es lo que explican muy bien Caldwell *et al.* de la siguiente manera:

En la sala del tribunal, el abogado debe informar y persuadir; debe respetar las engorrosas reglas de la corte, pero aun así presentar los hechos de una manera memorable y convincente. Es decir, el mensaje del defensor debe ser preciso, fáctico y legalmente adecuado, pero también absorbente, cautivador y emocionalmente contundente. De manera similar, el abogado, como mensajero, no solo debe ser legalista, asegurándose de que todas las “i” estén con los puntos y las “t” cruzadas, sino también creíble y simpático. Tanto el mensaje como el mensajero juegan un papel crítico en el proceso de comunicación.²⁰

Una vez destacada la importancia de lo emocional en la configuración de un buen discurso, que incluso pueda ayudar al juzgador a decidir de acuerdo con un mejor acercamiento a la complejidad de la realidad humana, quedará la pregunta acerca de cómo lograr la producción de las emociones. En la literatura se han ofrecido diferentes explicaciones y estrategias retóricas, a cuyo desarrollo nos remitimos.²¹ Nos interesa aquí, antes que desviarnos sobre tal temática, realizar unas consideraciones sobre la argumentación que apela a emociones.

Lo primero es dejar en claro que no siempre está garantizada la producción de la emoción. Hay que tener presente, para aprovechar el poder persuasivo de las emociones, ciertos componentes que en una determinada situación hacen posible su aparición. En segundo lugar, vale aclarar que no todas las emociones tienen el mismo valor ni participación en el campo institucional de resolución de conflictos. En tercer lugar, el recurso a las emociones no garantiza en modo alguno que se logre el efecto deseado, esto es, persuadir

¹⁹ Sotomayor, J. E. “Emoción, racionalidad y argumentación en la decisión judicial”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 79, 2017, p. 163.

²⁰ Caldwell, H. M. *et al.* “Primacy, Regency, Ethos, and Pathos: Integrating Principles of Communication into the Direct Examination”, *Notre Dame Law Review*, 76(2), 2001, p. 435.

²¹ Lausberg, H. *Manual de retórica literaria*, Tomo 2, Madrid: Gredos, 1984, pp. 223-258; Plantin, C. *Las buenas razones de las emociones*, Buenos Aires: Universidad Nacional de Moreno, 2014.

al oyente de decidir a nuestro favor o, al menos, generar cierta influencia en su decisión. Muchas veces invocar emociones puede hacer que un discurso, aun bien argumentado racionalmente, termine generando en el juzgador rechazo. Esto lo marca el propio Aristóteles, cuando en el libro I de *Retórica* (1354a16-25) considera que no es adecuado inducir al juez a ciertas emociones, pues se corre el riesgo de torcer la propia regla de la que uno se sirve. La cuarta consideración es que con las reflexiones realizadas no hay que caer, en modo alguno, en una exageración de lo emocional o en la moda sentimentalista —la cual se ha ocupado de criticar con cierto detalle González Lagier— de que con las emociones todo es mejor.²² En efecto, no debemos pensar que con las emociones todo parece más claro y que con ellas prima lo real, legítimo y positivo. El recurso a lo emocional es una estrategia que el orador deberá decidir si conviene o no hacer uso. No siempre se puede aprovechar el valor epistémico de las emociones en la búsqueda de que el juzgador adopte una decisión correcta; pero sin duda, si se logran generar las emociones adecuadas, y evitar las inadecuadas, las posibilidades se maximizan.

Por último, y muy vinculado con lo señalado en el punto anterior, vale dejar en claro que lo emocional puede ser utilizado —y muchas veces lo es— para torcer la razón: si bien puede tener valor epistémico, también puede distorsionar la realidad. Dicho de otro modo, constituye una herramienta que puede estar al servicio de la injusticia.²³

5. Conclusiones

Atienza dice que el derecho es una práctica en la cual la tarea argumentativa ocupa un rol esencial. La mayor parte del quehacer jurídico consiste en formar ideas y manejar argumentos con habilidad, al punto tal que esto es lo que define a cualquier juez, abogado o fiscal como un buen jurista.²⁴ Nadie, nos animaríamos a decir, discutiría el acierto de esta posición. Sin embargo, sí es discutible si todo se reduce o debería reducirse a una argumentación “racional” o si además en esa tarea el uso de otros tipos de argumentos constituye una estrategia ineludible en la litigación oral no solo para conseguir la adhesión del juez o el jurado, sino para elaborar un discurso más completo. Hemos visto que, en la versión de la retórica clásica aristotélica, el *páthos* como modo de persuasión está a un nivel de importancia semejante que al de la razón (el *lógos*), y que esta perspectiva tiene un indudable valor en los contextos procesales de argumentación actual, en especial aquellos de carácter adversarial.

Las consideraciones formuladas a lo largo de este trabajo nos permiten apoyar, como balance conclusivo, las siguientes afirmaciones. En primer lugar, el uso de argumentos que muevan emocionalmente al juzgador se presenta *prima facie* como una buena estrategia de persuasión. Decimos *prima facie*, por cierto, porque puede ser que al final, consideradas todas las cosas, no sea así, por diferentes motivos. En segundo lugar, en virtud de ello todo orador debería darles un espacio a las emociones en sus producciones, y no solo limitarse a la argumentación basada en la razón. Por último, las emociones permiten ofrecer un discurso que podría ayudar epistemológicamente al juzgador a alcanzar una decisión más adecuada al caso que debe resolver, pues lo acerca a la complejidad de la realidad humana y a empatizar con el otro.

La decisión de hacer uso o no del recurso de lo emocional depende del arte del orador. Ciertamente, reflexionamos no sobre un campo en el que rige la ciencia, sino la *poésis*,

²² González Lagier, D. *Emociones sin sentimentalismo. Sobre las emociones y las decisiones judiciales*, Lima: Palestra, 2020.

²³ Aristóteles es consciente de este problema, en *Retórica* (1354a31-b16).

²⁴ Atienza, M. *Las razones del derecho*, México: UNAM, 2015, p. 1.

esto es, la producción que, bajo un conocimiento técnico, genera cosas útiles: en nuestro caso, la elaboración de un discurso apropiado para persuadir.

Cómo citar: Oyarzú, F. J. y Vigna, M.. (2022). Algunas consideraciones sobre verdad, verosimilitud, falacias y sofismos. Reflexiones en casos jurisprudenciales relativos a violencia de género. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE VERDAD, VEROSIMILITUD, FALACIAS Y SOFISMOS. REFLEXIONES EN CASOS JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A VIOLENCIA DE GÉNERO

Francisco José Oyarzú y Marcela Vigna¹

1. Introducción

La verdad, en tanto valor absoluto, no puede ser seriamente considerada en el ámbito de los tribunales judiciales, dado que allí nos conformamos con lo que puede ser probado respetando determinadas reglas previamente establecidas por el sistema normativo de referencia, donde regula la toma de decisiones jurisdiccionales.

Los razonamientos que sirven de fundamento a la justificación de las decisiones jurisdiccionales ponen en acto las estructuras argumentales y sus variantes: razonamientos válidos, falacias y sofismos; y además comprometen la verdad o falsedad de los enunciados que los constituyen.

No debemos dejar de mencionar que la teoría más tradicional— o “estándar” como la llama Atienza— parte de diferenciar el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación” en relación a las decisiones judiciales, considerando que el estudio de las últimas refiere al segundo de los contextos. O cómo lo señalan algunos más genéricamente, es necesario diferenciar los “motivos” en que se funda la decisión y las “razones” que la justifican.

Aún cuando muchos sistemas normativos dicen que la sentencias deben estar “motivadas”, lo que se está exigiendo es que sean “justificadas”, de acuerdo a lo que exige el propio sistema de referencia. Aunque esta distinción ya no es de recibo— al menos en esta perspectiva tan diferenciadora— en muchas teorías de la argumentación jurídica actuales, entendiendo que no son niveles que puedan distinguirse nítidamente².

Algunos de los relatos que llegan a las sedes judiciales, como los de las mujeres que sufren violencia de género, nos interpelan sobre la verdad o falsedad en términos fácticos y su correlativo procesal, surgiendo categorías como la “verdad procesal”.

Este trabajo pretende abordar algunos de los problemas argumentales señalados y ejemplificarlos usando casos judiciales relativos a la temática referida.

2. La argumentación sobre hechos

Si bien autores como MacCormick han asumido los problemas que pueden generarse en las premisas fácticas, se ha descuidado la búsqueda o construcción de la verdad y su vinculación con la falsedad o el error.

¹Universidad Austral/Universidad de la República

² Atienza, M., “Argumentación y falacias” en *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta. 2013. pp. 115-116.

Como nos dice Wróblewski³, si bien la tesis de Bentham de que “el arte del proceso judicial es de hecho una habilidad para usar evidencia” parece una exageración; no podemos dudar que la determinación de los hechos constituye una de las actividades necesarias (aunque no suficientes) para preparar la decisión judicial, ya que esta siempre tendrá una base fáctica sobre las que se determinarán las consecuencias legales.

2.1. *Presupuestos*

En un texto sobre la relación entre verdad y prueba (Taruffo, 2003a: 15-18) establece una serie de condicionantes que deben reunir las proposiciones constitutivas de los “enunciados fácticos”, que pueden sintetizarse en lo siguiente: a) son declarativas, por lo que pueden ser verdaderas o falsas, teniendo como objeto circunstancias social y culturalmente construidas, con implicaciones valorativas, que pueden suceder o no en el mundo de experiencias concretas; b) las situaciones referidas poseen relevancia para algunas personas en la medida que se han producido (importa no su enunciación sino su acaecimiento y dependiendo de su verdad o falsedad⁴, tendremos consecuencias diversas); c) los sujetos interesados tratarán de establecer su verdad o falsedad, siendo además que esta circunstancia puede plantearse y resolverse en un marco de experiencia; d) podrían tener relevancia en un procedimiento judicial, dependiendo justamente de su verdad o falsedad y, e) la determinación de su significado es siempre relativa a contextos específicos (especiales y complejos, en el caso de aquellos con relevancia jurídica).

Taruffo⁵ diferencia cuatro niveles en la construcción de los enunciados fácticos: selectivo, semántico, cultural y social.

Nosotros nos detendremos particularmente en algunas consideraciones que hace sobre el primero y en relación al segundo nos interesa destacar lo que él señala sobre la necesidad de considerar especialmente los “términos descriptivos y (...) valorativos”.

2.2. *Contexto procesal*⁶

Taruffo⁷ marca una serie de particularidades que tiene el “contexto procesal”, que nos parecen de gran importancia para delimitar nuestro propio contexto de consideración de esta temática.

Señala, que el significado de los enunciados sólo puede ser determinado de manera contextual. Indica que para entenderlos es necesario conocer o al menos presuponer contextos específicos y complejos incluyendo también contextos jurídicos que determinan su significado.

Continúa señalando que el contexto es importante para entender la naturaleza del enunciado y para definir los parámetros que se deben tener en cuenta para establecer la verdad o falsedad de los mismos.

Esto último es importante ya que los enunciados dados en un proceso judicial cualquiera, sólo tienen relevancia jurídica en tanto se haya determinado su verdad o falsedad; es decir, que los enunciados no generan consecuencias por el solo hecho de haber sido formulados, sino que adquieren importancia cuando sobre ellos se predica verdad o falsedad en ese específico marco de relevancia.

³ Wróblewski, J., “Determination of Facts and Decisions on Evidence” en *The Judicial Application of Law*. Springer: Dordrecht. 1992. p. 131.

⁴ Consideraciones de similares características podríamos hacer en relación a aquellos casos en los cuales nos enfrentamos a errores en lugar de a cuestiones de falsedad.

⁵ Taruffo, M., “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. *Discusiones*, No. 3, 2003. pp. 18-21.

⁶ Debemos aclarar que el análisis que realizamos en este trabajo hace referencia a procesos contradictorios y de conocimiento, por lo que siguiendo a Taruffo reafirmamos que el proceso es un “lugar” dialéctico, de desencuentro y conflictivo.

⁷ Taruffo, *op. cit.* pp. 23-30.

En el contexto procesal los enunciados que se refieren al hecho objeto del proceso presentan importancia jurídica y lógica. La importancia lógica viene dada por la posibilidad de crear inferencias que permitan arribar a conclusiones sobre la verdad o falsedad del enunciado.

La determinación de la relevancia jurídica se fija en función de la calificación del hecho contenida en la norma potencialmente aplicable como fundamento de la decisión, mientras que la relevancia lógica nos remite a la consideración de aquellos hechos no presentes en el supuesto normativo pero que se presentan como necesarios para establecer la verdad o falsedad de aquellos⁸.

Estos últimos— considerados secundarios, simples, indiciarios o circunstanciales— se presentan como parte de una inferencia, relacionados con los principales (o tipificados en la norma), generando la premisa fáctica necesaria para llegar a la conclusión; sobre la que se establecerá el carácter de verdad o falsedad⁹.

Todo hecho puede ser objeto de enunciados diferentes y contradictorios, donde la función del juez es determinar cuál de ellos es el verdadero y en consecuencia, subsumible en la norma a fin de que produzca los efectos jurídicos por ella previstos.

No obstante ello y dependiendo de diversas posiciones filosóficas del tema, puede considerarse que la función jurisdiccional no se agota en la elección de uno de los enunciados propuestos, sino que a partir de las probanzas puede construir uno distinto al propuesto por las partes.

3. Los hechos probados

3.1. Significado de “hecho probado” a nivel jurisdiccional

El hecho probado constituye la premisa menor del silogismo jurídico clásico, donde el *modus ponens* implica que la conclusión en un razonamiento válido se deriva de las premisas; y el juicio de verdad o verosimilitud corresponde hacerlo en relación a la referida premisa.

En cambio, la premisa mayor solo puede ser analizada en términos de validez normativa y su eventual acatamiento o desobediencia (eficacia).

Por lo tanto, todas las referencias a cuestiones de verdad, falsedad o error siempre tendrán como objeto discursivo a los enunciados fácticos, cuya comprobación empírica se pretende tener por probada.

3.2. Elementos configuradores de la “prueba”

Taruffo¹⁰ coincide con Andrés Ibáñez y Gascón Abellán en que no es posible sustentar que dada la inmediatez del juez con la prueba, este formaría una convicción íntima de tipo subjetivo, que no podría ser racionalizada ni justificada, al momento de exponer la motivación de la sentencia.

Los argumentos a favor de esta posición que entra en contradicción con una forma bastante canónica de presentar el tema son— según el propio Taruffo— al menos los siguientes.

No puede hacerse coincidir la discrecionalidad inevitable, que tendrá el juez al momento de valorar la prueba con la existencia de un “arbitrio subjetivo, irracional e incontrolable”. Esto tiene como antecedentes algunas tendencias de corte francés que hablaban de la “intime conviction”, vinculada a elementos intuitivos, psicológicos y emotivos presentes en la decisión judicial.

⁸ Cómo dijimos más arriba, esto también puede considerarse cuando se suscita un error.

⁹ Taruffo, *op. cit.* p. 19.

¹⁰ Taruffo, M., "Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba". *Discusiones: Prueba y conocimiento*, N° 3, 2003. pp. 82-86.

Tanto la “libre convicción” como la “sana crítica”, pueden conectarse con elementos de convencimiento racional que el juez se formará a partir de la apreciación de la prueba puesta a su disposición; pero no deben necesariamente quedar ligadas a subjetivismos. El juez deberá colocarse en una posición de distanciamiento epistémico, basándose en criterios que sean intersubjetivamente aceptados o aceptables. A partir de ahí, deberá procurar la elaboración de inferencias racionales, basadas en reglas o estándares valorativos identificables e igualmente justificables intersubjetivamente.

3.3. Relación entre “probado” y “verdadero”

Taruffo¹¹ señala que “el proceso no es un contexto donde se alcancen verdades absolutas e incontrovertibles (...), mucho menos si se pretende que estas verdades se funden en estados de conciencia del juez personales e irracionales. Por el contrario, el proceso es un ámbito en el cual, en el mejor de los casos, se obtienen verdades (...) contextuales (...) derivadas racionalmente de las pruebas que están a disposición en cada caso particular...”.

Y en este aspecto señala coincidir con planteamientos hechos por Ferrer Beltrán en el sentido de que se considera “tenido por verdadero” solamente aquello y solo en la medida que es probado; o sea, tendremos un nivel de aproximación menor o mayor a la verdad según lo que epistémicamente resulte de las pruebas disponibles.

Esto nos pone de frente a la distinción tan manida por los procesalistas entre “verdad formal o legal” y “verdad empírica, histórica o material”; ya que su aceptación implicaría desconocer directamente la existencia de algo así como “la verdad” de los hechos acaecidos y en todo caso nos llevaría a un relativismo de tal nivel, que sería igual a no considerar ni siquiera el tema de la verdad en estos contextos.

3.4. Las falacias en el razonamiento

En este punto seguiremos lo planteado por Atienza¹² quien postula que los argumentos—según las perspectivas o concepciones de la argumentación asumidas—, pueden ser catalogados como válidos/inválidos, más o menos sólidos o más o menos persuasivos; pero esto no contempla aquellos argumentos que aparentando ser “buenos” en realidad no lo son: las falacias.

Y continúa señalando que “el que usa una falacia puede hacerlo a sabiendas de que es un mal argumento, con el propósito de engañar (... *sofisma*), o bien de buena fe, sin ser consciente del engaño que supone (*paralogismo*)...”.

Si retomamos las diversas perspectivas argumentales, podremos diferenciar tres tipos de falacias: formales o lógicas, materiales y pragmáticas.

Las primeras se dan “cuando parece que se ha utilizado una regla de inferencia válida, pero en realidad no ha sido así; por ejemplo, la falacia de la afirmación del consecuente (que iría contra una regla de la lógica deductiva) o de la generalización precipitada (contra una regla de inducción)”.

Las segundas son aquellas en las que “la construcción de las premisas se ha llevado a cabo utilizando un criterio sólo aparentemente correcto; ejemplos típicos podrían ser la falacia de la ambigüedad o de la falsa analogía”.

Y las terceras son aquellas en las que “el engaño se produce por haber infringido, en forma más o menos oculta, alguna de las reglas que rigen el comportamiento de quienes argumentan, en el marco de un discurso dialéctico o retórico; pero no tiene que ser una regla técnica en sentido estricto (un argumento pragmáticamente falaz no es un argumento

¹¹ *Idem*, pp. 85-86.

¹² Atienza, *op. cit.*, p. 116.

no persuasivo: eso sería un mal argumento, sin más), sino una regla moral en sentido amplio”¹³.

Debemos concluir, dice el autor, que las falacias son siempre contextuales y que por lo tanto, una clasificación a priori poco nos puede aportar; importa poder establecer un método para detectarlas, según el tipo de que se trate.

4. Estructura del silogismo jurídico clásico.

Como anticipáramos, el método o al menos la forma clásica de presentación de la justificación de las resoluciones de casos jurídicos, es el silogismo, donde la premisa mayor está dada por la normatividad¹⁴ y la premisa menor se encuentra constituida por el hecho (que se reputa probado)¹⁵.

La discusión respecto de la premisa mayor o normativa gira en torno a su aplicabilidad al caso o no y a la interpretación de la misma; en tanto que la determinación de la premisa menor gira alrededor del hecho acreditado sobre el cual actúa la norma, en la medida que alcance el estándar probatorio exigido por el sistema de que se trate. Por ello es sobre esta premisa sobre la que se puede predicar verdad o falsedad o al menos “no probado”. Más allá de las propias limitaciones y exigencias procesales respecto de la determinación de la verdad, lo cierto es que en el ámbito penal aún subyace la idea de verdad real por sobre la verdad procesal que campea en el ámbito no penal.

Sin embargo, dado el creciente auge de los sistemas de enjuiciamiento adversariales, tal pretensión debe necesariamente decaer.

Ahora bien, la pregunta es: ¿se puede descubrir o construir lo verdadero de la premisa menor a partir de una proposición falsa?

No podemos olvidar que poseemos en general condicionamientos éticos respecto de la finalidad de los procesos judiciales, que casi naturalmente nos predispondrían a responder de manera negativa a esta pregunta.

Sin embargo, conforme lo hemos expresado, la construcción de la premisa menor se realiza de manera predominantemente inductiva; por lo que el método no garantiza que la verdad de las proposiciones conduzca necesariamente a la verdad de la conclusión.

Ahora bien, el caso que va a proponerse difiere de esta última cuestión toda vez que inevitablemente una de las dos proposiciones sobre las que se realiza la inferencia es falsa. Por ello, podemos teorizar respecto a si la verdad de las preposiciones es condición necesaria pero no suficiente para la pretensión de corrección de la conclusión o si la verdad de aquellas no es necesaria a fin de arribar a una conclusión no solo válida jurídicamente sino con pretensión de verdad epistémica.

5. Los alegatos

En todos los tipos de procesos judiciales se prevé una etapa a fin de valorar, de argumentar sobre el valor convictivo de la prueba producida; es decir, que previo a que el Juez emita su decisión las partes alegan sobre la evidencia o probanzas incorporadas al proceso.

En este momento procesal los litigantes que asisten a las partes del conflicto formulan sus alegatos, explicando porque sus pruebas prueban la verdad y las de la contraria al menos son insuficientes a fin de dar crédito a su pretensión.

En el caso de los testigos, se les exige promesa de decir verdad, siendo advertidos sobre la penalización del falso testimonio.

¹³ *Idem* p. 117.

¹⁴ Sea que se entienda este concepto en su versión positivista o en otras variantes que consideran la existencia de un universo normativo más amplio.

¹⁵ El conocido *modus ponens*.

El juramento permite valorar el testimonio desde dos puntos de vista: uno desde la sinceridad (el testigo jura ser sincero y decir la verdad) y desde la veracidad, como adecuación del relato a la realidad.

El auditorio destinatario del relato del testigo está compuesto por: la parte acusadora, el binomio imputado-defensor y el juez.

Conforme lo venimos expresando el testimonio de la víctima debe ser valorado por las partes y por el juez. Sobre este relato es sobre el cual debemos predicar respecto de su veracidad o mendacidad.

Para componer tal carácter del predicado, indefectiblemente debemos recurrir a aspectos internos y externos del relato y confrontar ello con otros saberes y constataciones realizadas en la causa.

De lo contrario, es decir si no realizamos este proceso de validación del testimonio, su valor convictivo sería solamente una preferencia y como tal discrecional, cuando no arbitraria, y en consecuencia incompatible con un sistema democrático de gobierno donde las decisiones deben ser explicitadas y sobre todo fundamentadas.

Intrínsecamente, debe ser valorado en cuanto a su coherencia interna; se debe verificar la existencia o no de saltos o quiebres lógicos en el relato, se debe indagar respecto de las motivaciones de ese testimonio. Esta operación brindará herramientas a fin de valorar su credibilidad.

Extrínsecamente, el testimonio debe ser confrontado con otros elementos de convicción, respecto de los cuales individualmente se debe decidir sobre su credibilidad a fin de determinar su compatibilidad con el testimonio de la víctima.

Si del proceso inductivo no se puede concluir razonablemente sobre la veracidad de la conclusión, tal proposición debe ser descartada del sistema inductivo y utilizar otra proposición fáctica, que será sometida a ese mismo proceso de verificación de veracidad para iniciar nuevamente el proceso inductivo.

Esto es así debido a que, en nuestra concepción, solo premisas verdaderas permiten la posibilidad de veracidad de la conclusión.

Ello es así aún cuando el juez, por ejemplo, conoce la máxima de experiencia que indica que en los casos de violencia de género, las mujeres en algún momento atraviesan la fase de “Luna de Miel”.

Ahora bien, en los casos en los cuales existen otros medios de prueba y dado el cotejo que se debe hacer entre ellos, se podría concluir respecto de la mendacidad del testimonio, pero ello sería posible en tanto se le asigne valor convictivo contrario a los otros elementos de convicción presentes en el proceso.

En el ejemplo a ser analizado, la mujer (víctima-testigo) al brindar su testimonio niega haber sido agredida y no explica el origen de sus lesiones o las explicaciones que da son incompatibles con lo indicado en el certificado médico como mecanismo idóneo de producción de dichas lesiones. Se podría prescindir de este testimonio, pero no se puede concluir que su falsedad convierte en verdad los extremos de la acusación por aplicación directa de la máxima de la experiencia de la fase de “Luna de Miel”.

También puede ocurrir que se produzca una traslación de la figura del autor, por lo que se deberán tener presente las mismas consideraciones ya referidas, a su respecto.

En cuanto a la utilización de las máximas de experiencia debemos ser cuidadosos, toda vez que sus postulados se cimentan en estadísticas, en altas probabilidades, pero nunca en términos indefectibles o absolutos. Es decir, las máximas de la experiencia no constituyen reglas. Y es por ello que no pueden suplir a la prueba sobre aquello que se pretende acreditar.

Por lo que en el caso a analizar la circunstancia de la negación del hecho o la matización que del mismo realiza la mujer, si obedece a estar atravesando esa fase particular del ciclo de violencia, debe en el caso ser acreditado (probado).

Así, el mensaje que el juez debe decodificar, no es solamente la expresión verbal que la testigo hace del hecho y de sus circunstancias, teniendo en cuenta el “ruido”, sino que el mensaje como tal puede venir dado por otros canales de información distintos al verbal, como por ejemplo informes psicológicos, declaraciones de otros testigos, informes ambientales, etc.

6. La verdad y la verosimilitud en las temáticas de género

6.1. Presentación del caso

Para trabajar las ideas y conceptos abordados proponemos el siguiente caso penal: una mujer denuncia que su pareja en una fecha y en un lugar determinados le ha propinado golpes de puño en el rostro.

Al momento de la “audiencia de debate” la mujer refiere que en esa fecha no fue tomada a golpes de puño por parte de su pareja.

Este último relato puede asumir dos formas o variantes: en la “variante 1” la mujer refiere que ese día su pareja solamente la empujó y los hematomas que presenta se los hizo al impactar contra la puerta del armario; en la “variante 2” la mujer refiere que fue golpeada, pero no por su pareja, sino por un tercero (extraño).

6.2. Consideraciones de género

De manera bastante reciente las cuestiones de género han puesto sobre el tapete estas cuestiones, colocando en la agenda de los temas de teoría del Derecho una idea que ha sido sembrada desde hace muchos siglos y se ilustra con el juicio del Rey Salomón; en el cual la verdadera madre del niño en disputa, protege la integridad física del mismo a través de una falsedad: diciendo que el niño era hijo de la otra mujer que lo reclama como suyo.

Como se advierte, y porque sabemos el final de la historia, la verdad en ese caso pudo ser corroborada a partir de un proceso de razonamiento que realizara el Rey Salomón mediante estereotipos que lo llevaron a concluir que el amor de madre le permitió decir esa mentira en pos de salvaguardar la vida del niño. Es decir, utilizó lo que conocemos como “máximas de la experiencia” o presunciones, adoptando una regla de decisión.

Pero ¿realmente existe algún motivo metodológicamente válido para pensar que el Rey Salomón tomó la decisión correcta? ¿Descubrió realmente la verdad? ¿Podemos válidamente pensar qué a quien le atribuimos la característica de verdadera madre, en realidad no lo era?

Creo que podemos pensar que su expresión fue verdadera respecto a que el niño no era su hijo, después de todo, cuál es el valor de un cadáver partido a la mitad.

A su vez, también podemos considerar que la mujer que guardó silencio (la verdadera madre en el supuesto contrario) estaba en estado de *shock* y por eso nada pudo decir, ni siquiera reclamar al Rey que revise su decisión.

Como vemos y como no podría ser de otra manera, el juzgador construyó la premisa fáctica utilizando el método inductivo: la mujer miente sobre su no maternidad; y concluyó que esa mujer era la madre.

Pero como ya señalamos, en los procesos inductivos solo las premisas asignadas con valor de verdad pueden arrojar conclusiones posiblemente verdaderas; por lo que debemos concluir que el Rey Salomón hizo un salto lógico ya que no pudo metodológicamente hablando, concluir con pretensión de verdad a partir de una premisa falsa.

Por ello, si bien logró concluir la verdad, su esquema de razonamiento no brindó la garantía del método, por lo que en un proceso judicial moderno no habría alcanzado la demostración de la verdad— requerida por casi todos los sistemas normativos; al menos desde un punto de vista de su debida fundamentación lógico-normativa.

Esto evidencia que la pretensión de certeza como sinónimo de la verdad es solo una pretensión bien intencionada pero imposible de alcanzar en todos los casos.

Retomando la cuestión de género, la retractación razonada es algo habitual de ver en las diferentes causas que tramitan en nuestros estrados judiciales, lo que dificulta la toma de decisiones jurisdiccionales.

Esto se ha explicado a partir del esquema del círculo de violencia desarrollado por la psicóloga norteamericana Lenore E. Walker, en particular cuando introduce el concepto de lo que denomina etapa de “Luna de Miel”, ya mencionado.

En el caso propuesto, la máxima de experiencia indica que todas las mujeres que sufren situaciones de violencia de género atraviesan esa etapa, lo que genera esa modificación en el relato.

Por ello los usuarios del sistema judicial, se preguntan: ¿cuál es la verdad?, ¿lo es el hecho denunciado o el cambio de versión de los hechos en la declaración testimonial?

No debemos olvidar que para condenar a alguien se debe generar en la mente del juez una certeza positiva (con los límites que impone el propio sistema) sobre el hecho objeto del proceso; en tanto que para dictar una medida cautelar basta con tener por probada la probabilidad de haber participado en aquel.

De igual modo debemos recordar que, al menos en Argentina, se juzga un hecho típico que prevé una calificante para algunos tipos, en tanto que otros delitos son enmarcados en un contexto de violencia de género. Es decir, que no se juzga la situación de violencia de género por sí sola, por lo que el órgano acusador debe probar ese hecho base y su calificante y la circunstancia de violencia de género que lo acompaña.

Entonces la negación del hecho o su nuevo relato matizado versan sobre el hecho típico, es decir sobre lo que el juez debe decidir, ya sea a título cautelar o definitivo.

7. Algunas conclusiones preliminares

Debemos poner mayor énfasis en el desarrollo teórico de la construcción de la premisa menor del silogismo jurídico, toda vez que sobre el sustrato fáctico probado es donde la norma jurídica debe actuar imponiendo las consecuencias previstas por ella.

Esta conclusión se elabora a partir de la idea de que los sistemas judiciales no son sistemas de justicia, en su sentido filosófico, sino que son sistemas institucionalizados de resolución de conflictos.

La conclusión a la que arribó el Rey Salomón es metodológicamente incorrecta al haber realizado un salto lógico incurriendo en una falacia.

La retractación de la mujer en los casos de delitos vinculados a cuestiones de violencia de género se enmarca en sofismos (como sinónimo de mentira) y no en falacias (en el sentido de errores).

Se puede construir la verdad de la premisa menor a partir de un sofisma, a condición que esa proposición sea excluida de los componentes del proceso inductivo; toda vez que la conclusión del proceso inductivo debe partir de la aceptación de la verdad de las premisas ya valoradas respecto de las cuales se ha predicado su veracidad.

Las máximas de la experiencia en cuestiones de género no habilitan a prescindir de la prueba del hecho constitutivo de la premisa menor.

Como podrá apreciar el lector nuestra pretensión con este trabajo no es arribar a conclusiones definitivas, sino visibilizar una serie de dilemas teóricos y prácticos que se presentan en general cuando se aborda el tratamiento de la construcción o determinación

de la premisa menor del silogismo jurídico, es decir el aspecto fáctico del razonamiento o silogismo.

En este trabajo advertimos los peligros que generan determinadas temáticas que son llevadas a proceso en las que solapadamente se prefiere prescindir de la garantía del método, lo que puede en definitiva repercutir en la vulneración de “garantías constitucionales y convencionales”, en pos de favorecer la posición de una parte en situaciones de vulnerabilidad o posiciones débiles en distintas relaciones.

Cómo citar: Virginis, J.A. (2022). El lenguaje en la sentencia. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

EL LENGUAJE CLARO EN LA SENTENCIA

José Antonio Virginis¹

1.- Objetivo central de la ponencia

En primer lugar, se analizará el vínculo entre: 1) El lenguaje claro, concreto, sencillo y breve y 2) La argumentación de las decisiones judiciales.

En cuanto al lenguaje se explicará: (a) El lenguaje, su contenido y funciones; (b) Los destinatarios de las sentencias; (c) El deber de hablar claro de los jueces (d) El lenguaje claro; (e) La normativa relacionada con el tema de la ponencia.

Respecto a la argumentación de las decisiones judiciales se estudiará: (a) El lenguaje en el marco del Estado de Derecho Constitucional; (b) El plano lingüístico; (c) El argumento lingüístico; (d) Las falacias sobre el lenguaje.

En segundo lugar, se analizarán: (a) los problemas actuales sobre el lenguaje utilizado por los operadores jurídicos, (b) las razones para usar el lenguaje claro, (c) el diseño y contenido de los textos.

En tercer lugar, se postularán las diferentes propuestas de solución y el aporte de la utilización de esquemas o diagramas argumentativos.

Ahora bien, para aclarar como concebimos la relación entre el lenguaje claro y la argumentación, es necesario dejar ya asentado el rol en que cada uno opera.

La argumentación de las decisiones judiciales entendida como garantía y exigencia constitucional aparece como el medio o el vehículo; y el lenguaje claro es el carril en el que se mueve la argumentación, o sea, la ruta que facilita su tránsito.

Así las cosas, una sentencia mal redactada con un lenguaje críptico, oscuro, complicado y difícil de entender produce: a) el debilitamiento de la argumentación utilizada, b) la alteración y el desorden del razonamiento, c) el impedimento de saber con exactitud cómo y porque se ha resuelto el fondo de la cuestión.

2.- El lenguaje, contenido y funciones

Las sentencias son textos jurídicos que contienen datos complejos y, asimismo, son actos de razonamiento y de comunicación.

El lenguaje es la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres, pero no siempre funciona bien. Una comunicación lingüística puede resultar frustrante: el destinatario de ella puede sentirse perplejo ante el alcance de las expresiones que ha escuchado o leído². Ello ocurre, por ejemplo, cuando el ciudadano de a pie lee una sentencia de la que fue parte, o cuando un abogado explica en términos técnicos jurídicos la respuesta a una consulta de un cliente o cuando el jurista en general (abogados, jueces, fiscales, defensores) expone en cualquier medio de prensa (radio, televisión) sobre un tema sin procesarlo y en modo de clave.

El lenguaje es un instrumento tan sutil y complicado que a menudo se pierde de vista la multiplicidad de sus usos. Sin perjuicio de ello, el primer uso del lenguaje es comunicar

¹ Universidad Austral

² Carrió, G R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, quinta edición, Buenos Aires: Abeledo Perrot, reimpresión, 2011, p. 17.

información que por lo común se realiza mediante la formulación y la afirmación (o negación) de proposiciones. El segundo uso es para expresar ciertas emociones que por ejemplo un poeta experimenta para despertar en el lector sentimientos similares, y en tal sentido tiene una función expresiva cuando se lo usa para dar expansión a sentimientos y emociones y para comunicarlos³.

El lenguaje también cumple una función directiva cuando se lo usa con el propósito de originar (o impedir) una acción manifiesta, siendo los ejemplos más claros de discursos directivos las órdenes y los pedidos⁴.

Las personas hacen uso del lenguaje de formas innumerables y para propósitos innumerables, y no todos ellos implican ofrecer y evaluar “razones”. Usamos razones para influir, persuadir o convencernos unos a los otros; para intercambiar y comparar percepciones, información o reacciones; para dar órdenes, saludar, seducir o insultarnos unos a otros; para demandar y exigir indemnizaciones, o para negociar y llegar a acuerdos unos con otros; para desahogar nuestros propios corazones o deleitarnos los oídos unos a otros, etc.⁵.

En el uso corriente del lenguaje es común que se tomen como sinónimas expresiones tales como “enunciado” y “proposición”, y la propia gramática española suele usar con el mismo significado los vocablos “proposición”, “enunciado”, “ración”, “aserción”⁶.

3.- Los destinatarios de las sentencias

Los destinatarios de las sentencias son las partes como los principales interesados, y por extensión, la ciudadanía en general. Es por ello que, en la actualidad, la ciudadanía demanda que, al igual que otros documentos de carácter público, las decisiones judiciales no solo estén fundamentadas, sino que sean comprensibles para destinatarios ajenos al mundo del Derecho.

Earl Warren, el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos entre 1953 y 1969, fue el redactor de la sentencia más importante de la historia reciente del tribunal: el caso *Brown vs. Board of Education of Topeca* (1954)⁷.

El juez Warren decidió que la motivación del fallo Brown sería corta y escrita en un inglés simple y fácil de entender. Deseaba que el texto completo de la motivación fuera lo suficientemente corto como para que pudiera publicarse en todos los periódicos del país de manera completa y deseaba que todos los ciudadanos fueran capaces de leer y entender la sentencia, dado que la misma afectaría a sus vidas.

4.- El deber de hablar claro de los jueces

A tenor de las disposiciones del CPCCN, el “hablar claro” para los litigantes en el proceso, en determinadas situaciones inviste una carga procesal, ya sea para el accionante

³ Copi I. M., *Introducción a la lógica*, Título original: *Introduction to logic*. Mcmillan Publishing Co. Inc. Nueva York, 1953, 1961, Traducción: Néstor Alberto Míguez de la cuarta edición inglesa. 4° edición, 3° reimpresión, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires Sociedad de Economía Mixta, 2010, pp. 47-49.

⁴ *Ibidem.*, p. 50.

⁵ Toulmin S, Rieke R. y Janik A., *Una introducción al razonamiento*, Traducción de la obra original *An introduction to reasoning*, Macmillan Publishing Co., Inc, segunda edición, Nueva York, 1984 por José Gascón, Lima: Palestra Editores, p. 29.

⁶ Echave D.T., Urquijo M. E. y Guibourg R. A., *Lógica, proposición y norma*, 7° reimpresión, Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2008, p. 35.

⁷ Significaba el final de la segregación racial en las escuelas, y, con ello, un cambio radical de la doctrina establecida hasta entonces por el tribunal. El juez Warren logró –después de una compleja y larga deliberación– que el fallo fuera por unanimidad y él fue el redactor de la sentencia. Ver Atienza, M., *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid: Editorial Trotta S.A., 3° reimpresión, 2013, p. 692.

como para el accionado en sus respectivas presentaciones. Se tratan de situaciones procesales en que el ordenamiento ritual impone a las partes expresarse con claridad⁸. Va de suyo entonces, la relevancia de la comunicación semántica en el cumplimiento de ciertas y determinadas cargas procesales, cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables; como asimismo de la utilización adecuada del lenguaje evitando palabras generales, ambigüedad y vaguedad en los términos que se emplea, tanto en los escritos como en las declaraciones, a fin de dar debido cumplimiento a las imposiciones procesales⁹.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 3 establece el deber de resolver en los siguientes términos: "...*El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada...*". De lo antedicho surge la obligación del juez de explicarse, y la forma de medir su legitimidad es por la calidad y claridad de las sentencias que dictan.

Estas razones han de ser entendidas, en primer lugar, por las personas a las que van dirigidas. Pero, además, por la sociedad toda, que así podrá ejercer un control democrático sobre estos actos públicos, como son las sentencias¹⁰.

Para los funcionarios judiciales y magistrados el *clare loqui* constituye un deber jurisdiccional inherente a la redacción de sus resoluciones, más aún cuando su incumplimiento violenta el derecho de defensa de alguna de las partes. Es que, para satisfacer cabalmente con el deber de fundar, es menester que el magistrado exponga claramente en su pronunciamiento las razones de hecho y derecho que sirven de soporte del mismo.

Los funcionarios y jueces tienen el deber de que sus providencias, resoluciones y sentencias reflejen con claridad la labor intelectual llevada a cabo como basamento de sus argumentos, a fin de que las partes y especialmente los letrados que intervienen en el litigio no tengan dudas acerca del contenido, alcance y efectos de aquellas.

Los términos de las mismas no deben contener sobreentendidos, ambigüedades ni vaguedades, ni generar confusión ni desorientación a sus destinatarios. No se trata de la cantidad o extensión de lo invocado como motivos o fundamentación, sino de que, con lo expuesto, razonablemente se entienda bien justificada, lógica y argumentativamente lo resuelto en la sentencia.

Por ejemplo, el Código General del Proceso de Colombia sancionado en el año 2012 en el primer párrafo del artículo 280 exige para la sentencia "*La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas...*".

El juez debe brindar "*al justiciable un limpio y fresco lenguaje despojado de innecesarios ornamentos, saber narrar directamente, de manera concisa, sin omitir nada de lo que*

⁸ Así, el artículo 330 del CPCCN dispone que la demanda será deducida por escrito y contendrá la cosa demandada, designándola con toda exactitud, los hechos en que se funde, explicados claramente, el derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias y la petición en términos claros y positivos. Por su lado, el artículo 337 establece que los jueces podrán rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas precedentemente, expresando el defecto que contengan. Si no resultare claramente de ellas que son de su competencia, mandarán que el actor exprese lo necesario a ese respecto. Para cerrar el punto, el artículo 347 en el inciso 5) admite como una de las excepciones la de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

⁹ Masciotra M., *Hablar claro: una carga procesal y un deber jurisdiccional*, Buenos Aires: El Derecho, Id SAJ: DACF 160381, 4 de mayo de 2015.

¹⁰ González Zurro, G. D., *Sentencias en lenguaje claro*: Buenos Aires: La Ley 26/12/2018, 1, Cita Online: AR/DOC/2608/2018.

con ajuste a la congruencia haya de considerarse, pero, igualmente, sin excesos, porque la erudición (como el relleno de los almohadones) debe quedar en el interior del juzgador equilibrado"¹¹.

Existen todavía resabios en el dictado de sentencias con el uso de arcaísmos, latinazgos, frases rebuscadas, ya que, por el contrario, la mejor sentencia que se entiende es aquella que en términos claros y sencillos y en la menor extensión resuelve casos en forma entendible para las partes.

Los magistrados en sus pronunciamientos deben rejuvenecer y simplificar el estilo forense a tenor de nuestro buen y exquisito lenguaje, que muchas veces queda sofocado bajo la maraña curialesca de la jerga arcaizante, misteriosa e inútil, como las fórmulas de la magia¹².

Si una sentencia está escrita de tal forma que solo pueda ser entendida, con mucha dificultad por quienes sean abogados, se afecta un principio básico, cual es el del acceso a toda la población a los actos de gobierno y a su publicidad.

Existen dos recomendaciones para tener en cuenta: a) evitar dispersiones sobre temas que no interesa directamente al juzgamiento, toda vez que hay jueces que se permiten discursos, enunciar consideraciones filosóficas, sociales, políticas o económicas, criticando directrices administrativas; b) evitar el exceso de adjetivos, pues una sentencia debe contener principalmente sustantivos, debe abstenerse de adjetivar peyorativamente, sin necesidad, el comportamiento de cualquiera de las partes. Se trata de evitar el uso de calificaciones innecesarias.

5.- ¿Qué es el lenguaje claro?

El lenguaje claro –también llamado sencillo o ciudadano- es un estilo de escritura simple que permite a los lectores entender con facilidad lo escrito, pues su estructura, vocabulario y contenido facilitan la comprensión.

Es la expresión simple, clara y directa de la información que los ciudadanos y los servidores públicos necesitan conocer¹³.

“Una comunicación está en lenguaje claro si su estilo, su estructura y su diseño son tan claros que el público al que está destinada puede encontrar fácilmente lo que necesita, entiende lo que encuentra y usa esa información”.

Ya se había dicho que una sentencia mal redactada con un lenguaje críptico, oscuro, complicado y difícil de entender debilita los argumentos utilizados. Asimismo, altera y desordena el razonamiento e impide saber con exactitud cómo y por qué se ha resuelto el fondo de la cuestión¹⁴.

La sentencia dictada en lenguaje claro facilita el “Derecho a comprender” que es una parte esencial del debido proceso que incluye dos aspectos: a) una buena argumentación jurídica, b) el uso de un lenguaje jurídico escrito y oral que sea comprendido por el usuario.

6.- Normativa vinculada con la ponencia

¹¹ Masciotra, *ob. cit.*, El autor rememora las sabias reflexiones de Augusto Morello y agrega que este deber de "hablar claro", resulta más exigente aún, cuando la sociedad toda le reclama a los jueces una imprescindible tarea formativa y docente en sus pronunciamientos en pos de una nueva cultura jurídica que sea asumida por el pueblo y sus gobernantes, al comprenderla y participar de sus contenidos y fines.

¹² *Ibidem*, una reflexión de Augusto Morello citada por el autor.

¹³ *Manual de Lenguaje Claro*, Secretaría de la Función Pública, Tercera edición ISBN 970-653-085-1, México D.F., 2007, p.11.

¹⁴ Malem Seña, J. F., “*El error judicial en la formación de los jueces*”, Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2008, p. 79.

A continuación, se enumeran las principales normas que incluyen referencias a la necesidad de la claridad en la comunicación con la ciudadanía y, de esa manera, aunque sea de manera implícita, reconocen el derecho a comprender.

6.1.- Iberoamérica

- Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Ámbito Judicial Iberoamericano, aprobada durante la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia (Cancún, México, 2002), punto 6: *“Todas las personas tienen derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico”*.

- Reglas de Brasilia, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia, marzo de 2008), consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Regla N° 58: *“Toda persona en condición de vulnerabilidad tiene el derecho a entender y ser entendida”*.

Regla N° 59: *“En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad”*.

Regla N° 60: *“En las resoluciones judiciales “se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico”*.

- Código Iberoamericano de Ética Judicial (Reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Iberoamericana, Santiago, Chile).

Artículo 27: *“Las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas”*.

Artículo 50: *“El juez debe brindar las explicaciones y aclaraciones que le sean pedidas, en la medida en que sean procedentes y oportunas y no supongan la vulneración de alguna norma jurídica”*.

Artículo 57: *“El juez ha de procurar ofrecer, sin infringir el Derecho vigente, información útil, pertinente, comprensible y fiable”*.

- XV Cumbre Judicial Iberoamericana (Montevideo, Uruguay, 2010).

Regla 7: *“Las autoridades judiciales deben exponer las razones que justifican sus decisiones jurisdiccionales y esta motivación deberá ser expresada de modo claro, preciso y completo. La fundamentación de las decisiones judiciales constituye una garantía del correcto ejercicio del poder conferido a las instituciones judiciales y será expuesta en términos comprensibles y concisos, sin recurrir a tecnicismos innecesarios”*.

- Declaración de Asunción del Paraguay del año 2016: *“Es esencial el uso de un lenguaje claro e inclusivo y no discriminatorio en las resoluciones judiciales, y una argumentación fácilmente comprensible”*. Allí se aprobó el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico.

6.2.- Argentina

- El Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 891/2017, que prevé *“la reducción de los trámites excesivos, la simplificación de procesos y la elaboración de normas de manera tal que nos lleve a un Estado eficiente, predecible, capaz de responder a las necesidades ciudadanas”*.

Entre el listado de las *“buenas prácticas”* figuran la simplificación en el dictado de normas, que *“deberán ser simples, claras, precisas y de fácil comprensión”*. Además, se propone una *“mejora continua de procesos a través de la utilización de las nuevas*

tecnologías y herramientas informáticas” con el fin de “agilizar procedimientos administrativos, reducir tiempos que afectan a los administrados y eliminar regulaciones cuya aplicación genere costos innecesarios”.

- Ley 27.446 va en línea con la iniciativa de simplificación y desburocratización de la Administración Pública Nacional. Regula ciertos aspectos relacionados a la firma digital, tales como el reconocimiento del valor probatorio de los documentos electrónicos oficiales firmados digitalmente en los Sistemas de Gestión Documental Electrónica y en el Sistema de Administración de Documentación Electrónica, determinando que es innecesario el requerimiento de legalización.
- Los artículos 1100 y 1063 del Código Civil y Comercial de la Nación se refieren a la obligación que pesa sobre quien elabora un contrato, en el sentido de que este debe ser hecho de forma cierta y detallada, con el objetivo de disminuir la asimetría existente entre las partes.
- El artículo 15 del Código de Procedimiento del Fuero de Familia de la Provincia de Córdoba puntualiza que *“los actos y resoluciones judiciales deben redactarse mediante construcciones sintácticas sencillas y comprensibles que respondan a la situación particular de las partes, sin perjuicio de su rigor técnico”.*
- El Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en su artículo 161, establece que cuando el fiscal considere que una persona ha sido autor o partícipe de un delito deberá notificarle mediante acta los hechos que se le imputen en forma clara, precisa y circunstanciada.

6.3.- Aporte de la Constitución Nacional

Nuestra Carta Magna en el art. 18 al consagrar el "debido proceso" dispone: *"es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos"*. Mal podría hablarse entonces del acceso a la justicia como derecho fundamental, si la persona involucrada desconoce cuáles son sus derechos y obligaciones, cómo obtener su "tutela efectiva", qué puede esperar de la tramitación de un juicio. El acceso a la justicia comprende el derecho a la información en lenguaje claro¹⁵.

7.- El lenguaje en el marco del Estado de Derecho Constitucional

En el marco del Estado de Derecho Legal predominaba una visión ingenua o “mágica” del lenguaje en tanto se confiaba que una palabra equivalía a un solo y único significado, y ello era lo que habilitaba el recurso al método gramatical o lingüístico respecto a la interpretación de la ley¹⁶.

La preocupación por el lenguaje ha quedado receptada en documentos como la Carta de las Personas ante la Justicia en el espacio judicial iberoamericano aprobada por la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2002, donde se reconoce a favor de los justiciables en aras de una “justicia comprensible” derechos tales como: *“...a que los actos de comunicación contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios [...] a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructuras sencillas...”*¹⁷.

¹⁵ González Zurro, *ob. cit.*

¹⁶ Vigo, R. L., *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores, 2015, p. 17. Agrega el autor que la problemática del lenguaje del derecho y del lenguaje de los juristas es una enorme complejidad y variedad; por eso no se pueden ignorar las dificultades semánticas, sintácticas y pragmáticas que la práctica profesional conlleva.

¹⁷ *Ibidem*, p. 15.

Los juristas a fin de lograr comunicar lo que pretenden por medio del lenguaje, deben hacerse cargo de las dificultades que suponen los lenguajes que usan en su trabajo profesional, tanto el lenguaje científico jurídico (por ej. “hipoteca”), del lenguaje juridizado (por ej. “cosa”), del lenguaje provisto por otros saberes no jurídicos (por ej. “ADN”) y del lenguaje corriente u ordinario.

8.- El plano lingüístico

Cabe recordar que en las sentencias del Estado de Derecho Constitucional confluyen cinco planos o niveles: a) fáctico, b) normativo, c) axiológico, d) lógico, y e) lingüístico. Éste último, se vincula con el adecuado uso del lenguaje.

Cuando nos referimos a los planos de la sentencia, nos ubicamos en el momento en que el juez organiza el proceso de pensamiento para apreciar los hechos que fueron probados en el juicio compuesto por distintos materiales o elementos.

Se trata de una guía o mapa que usa el magistrado para dictar la sentencia definitiva que pone fin al litigio donde la resolución (decisión) debe ser fundada, justificada expresamente y tiene el deber de dar razón de su decisión.

Alude a la semiótica, que es la ciencia que estudia los problemas propios del lenguaje, es decir los semánticos (la relación de las cosas con las palabras, refiere a como las palabras pueden tener más de un significado y según en el contexto en que se presentan podemos deducir a que refieren), pragmáticos (relación entre personas y palabras), y sintácticos (la relación que guardan los signos entre sí).

En efecto, la sentencia es una conjunción de relatos, que las partes presentan al juez como su “verdad”. Esos relatos son extraídos por el juez para la construcción de la sentencia, en ella se revela el plano lingüístico como un elemento integrador y relevante.

El lenguaje de la sentencia se clasifica en¹⁸:

a) El lenguaje natural: lenguaje que en lo que aquí respecta comprende al que se habla en una sociedad y en un tiempo determinado en el que la sentencia que hace uso de él se dicta.

b) El lenguaje jurídico: está integrado por dos clases diferentes de lenguajes o, más específicamente, por un lenguaje y su metalenguaje: el de las normas y el discurso sobre las normas (metalenguaje de las normas) de la jurisprudencia y de la llamada “ciencia del derecho”.

c) El lenguaje axiológico: es decir, aquel que refiere a ciertos bienes que en razón de su “valor” aparecen en todo discurso dirigido por la razón práctica a solucionar problemas.

d) El lenguaje científico no-jurídico, que es el específico de otras disciplinas científicas que se incluirá cuando la ciencia en cuestión tenga algún punto de contacto con el mundo del derecho.

En síntesis, el juez debe tener en cuenta en la sentencia, cuatro tipos distintos de lenguajes, todos con distintas características y modos de determinación del significado de sus términos. Por consiguiente, se enfrenta a una perspectiva lingüística interrelacionada y compleja de la que debe extraer significados razonablemente aceptables¹⁹.

En el mundo jurídico coexisten tanto el lenguaje natural, propio de la sociedad y un tiempo de terminado, el jurídico, integrado por las normas y el discurso sobre las normas (metalenguaje), así como el axiológico, que refiere a ciertos bienes que por su valor

¹⁸ Del Carril, E. H., “La sentencia como conjunción de relatos” en *El Lenguaje de los Jueces: criterios para la delimitación de significados lingüísticos en el razonamiento judicial*, 68/69, en Cuadernillo de la materia Razonamiento judicial aplicado a la correcta estructuración de la sentencia – Plano Lingüístico, Maestría en Magistratura y Derecho Judicial de la Universidad Austral, 2014.

¹⁹ Del Carril, *ob. cit.*, p.60.

aparecen en el discurso, y el lenguaje científico no-jurídico, propio de otros saberes a los que deba recurrir el juez²⁰.

El juez al momento de dictar la sentencia debe emplear un lenguaje claro, sencillo y comprensible, explicando el alcance de los conceptos utilizados, recurriendo para ello tanto al lenguaje común como a conceptos jurídicos.

Asimismo, debe utilizar un discurso ordenado, estableciendo en primer lugar los hechos en cuestión para luego valorarlos a la luz del ordenamiento jurídico, aspecto en el que se debe seguir un orden jerárquico.

9.- El argumento lingüístico

Cuando hablamos de nóminas de argumentos nos referimos a los materiales disponibles para el juez en el derecho vigente que constituyen los argumentos (o las razones) que soportarán sus decisiones o respuestas racionales. Es evidente que los argumentos pueden utilizarse en un aspecto positivo o negativo, pues se los puede usar para justificar o para descalificar un discurso sobre la base de que los viola o los ignora²¹.

Cuando argumentamos necesitamos respaldar un enunciado y a veces lo hacemos invocando el lenguaje en sus diferentes dimensiones: semántica, sintáctica o pragmática. La calidad de una narración depende del correcto uso del lenguaje con el que se relate: una historia mal escrita, salpicada de errores de gramática²² y de sintaxis²³, puede resultar imposible de entender²⁴.

Reiteramos que el aspecto lingüístico, esto es la estructura y corrección del lenguaje utilizado en el documento jurídico -la sentencia-, a los fines de comunicar efectivamente la decisión, el contenido del mensaje debe llegar al destinatario, asumiéndose las complejidades lingüísticas. Dichas complicaciones consisten, no solamente en la ambigüedad o textura abierta del lenguaje, que contradice el sentido de unívoco -o gramatical-, sino en las dificultades semánticas, sintácticas y pragmáticas de su utilización.

Se analiza a modo de ejemplo los significados de “trabajo decente”, de “condiciones seguras del trabajo, de “*safe working conditions*”, “*work safety*”, “prevención”, todos términos vinculados con las condiciones de trabajo seguro y del ambiente de trabajo sin riesgos para el trabajador²⁵.

10.- Falacias dependientes del lenguaje (Equivocidad, Ambigüedad, Anfibología, Composición y División, Acento, Figura de dición)

Los argumentos sirven, para sostener la verdad (verosimilitud, conveniencia) de una conclusión, pero con frecuencia, los construimos mal, con lo que su finalidad no se

²⁰ *Ibidem*, pp. 68-70.

²¹ Vigo, *ob. cit.*, p. 228.

²² Parte de la lingüística que estudia los elementos de una lengua, así como la forma en que estos se organizan y se combinan. Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. Actualización 2018. [en línea] Dirección URL: <<https://dle.rae.es/?id=HffwSqE>>. [Consulta: 29 de agosto de 2022].

²³ Es la parte de la Gramática que estudia el modo en que se combinan las palabras y los grupos que éstas forman para expresar significados, así como las relaciones que se establecen en todas las unidades. Diccionario de la lengua española. Edición del Tricentenario. Actualización 2018. [en línea] Dirección URL: <<https://dle.rae.es/?id=HffwSqE>>. [Consulta: 29 de agosto de 2022].

²⁴ Taruffo, M., *Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos*, Título original: *La semplice verita. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari: Latenza, 2009, Traducción de Daniela Accatino Scagliotti, Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 69.

²⁵ CSJN, 31/3/2009. “Torrillo Atilio y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro”. CSJN-Fallos, 332:709.

alcanza, y también empleamos argumentos aparentes con el fin de engañar, distraer al adversario o descalificarlo²⁶.

Tradicionalmente se suelen definir las falacias como aquellos argumentos que resultan psicológicamente persuasivos pero que un análisis más detallado revela como incorrectos desde el punto de vista lógico.

Todos tienen una cosa en común: adoptan la apariencia de un argumento e inducen a aceptar una proposición que no está debidamente justificada. Unas veces nos engaña nuestro juicio y otras las mañas de nuestro interlocutor.

Una falacia es un argumento falaz. Quien se limita a decir enunciados falsos, por absurdos que sean, no comete ninguna falacia, a no ser que los enunciados constituyan o expresen un argumento²⁷.

Aristóteles clasificaba las falacias en las que dependen del lenguaje y las que no. Las falacias de la primera categoría son las que surgen de la ambigüedad de las palabras o las frases con las que se expresan. En el caso más simple de falacia dependiente del lenguaje, la ambigüedad puede retrotraerse al significado doble de una palabra. Es la falacia de equívocidad²⁸.

Anfibología es el mismo tipo de cosa de equívocidad, excepto que el doble significado ocurre en una construcción que envuelve varias palabras que no son ambiguas en sí misma²⁹.

La falacia de la composición es aquella en la cual lo que es verdad de una parte es por ello afirmado como verdadero del conjunto, y la de división supone el reverso de la primera³⁰.

La falacia del acento se supone que surge de la confusión de palabras que tienen las mismas letras, pero difieren en la acentuación hablada.

La falacia de dicción consiste en ser engañado por la estructura o etimología engañosa de una palabra³¹.

11.- Problemas actuales sobre el lenguaje utilizado por los operadores jurídicos

- 1.- La formación de los abogados en las carreras de grado.
- 2.- Viejos vicios en el uso de lenguaje arcaico, latinazgos y abuso de tecnicismo.
- 3.- Exceso de información (*copy and paste*) y por ende, información innecesaria.
- 4.- Incorrecto uso de los gerundios y exceso en el uso de la voz pasiva.
- 5.- Errores de ortografía, semántica, gramática, sintaxis y léxico.
- 6.- No se tiene en cuenta el auditorio.
- 7.- Extensión desmesurada de oraciones y párrafos.
- 8.- El lenguaje judicial es parasitario del lenguaje del legislador (mala praxis legislativa).
- 9.- Falsa creencia que escribir mucho es argumentar.

²⁶ García Damboronea, R., *Uso de la razón. El arte de razonar, persuadir, refutar, Edición corregida y ampliada*, Madrid: Editorial Uso de la razón, p. 331.

²⁷ Hamblin, C. L., *Falacias*, Traducción de la obra original: “*Fallacies*”, Methuen & Co. Ltd., primera edición, Londres, 1970, Lima: Palestra Editores, 2018, p. 243.

²⁸ *Ibidem*, p. 20. Explica el autor que la palabra “equívoco” literalmente hace referencia a pares de palabras con la misma pronunciación.

²⁹ *Ibidem*, p. 23.

³⁰ *Ibidem*, p.25. El autor cita a Max Black que describe la falacia de composición como aquella en la que “se afirma que algo es verdadero de una totalidad porque verdadero de una parte”. Sus ejemplos, sin embargo, no se refieren a argumentos de “una parte” al “todo”, sino a argumentos de lo que llama “las partes” al todo”. Así: En esta ciudad todos pagan sus deudas. Por tanto, puede estar seguro de que la ciudad pagará sus deudas.

³¹ *Ibidem*, p.32. El autor destaca que es la última de las seis falacias dependientes del lenguaje de Aristóteles y que muy pocos autores modernos se molestan en mencionarla. Si lo hacen, les resulta difícil encontrar un buen ejemplo.

- 10.- Falsa creencia que escribir difícil es argumentar.
- 11.- Uso de adverbios y calificaciones innecesarias.
- 12.- Alusión a cuestiones personales.

12.- Razones para preferir el lenguaje claro

- 1.- Permite comunicar mejor, en forma clara, precisa, contundente y sin fisuras una sentencia.
- 2.- Es un arma poderosa para argumentar. Uso de ejemplos.
- 3.- Las sentencias son más cortas y claras.
- 4.- Las sentencias son agradables a la lectura.
- 5.- Hay un mejor orden.
- 6.- Efectividad e impacto del mensaje.
- 7.- Se destaca la seguridad frente a la ambigüedad.
- 8.- Se localiza mejor la información.
- 9.- Se reduce el tiempo y costes de los conflictos.
- 10.- Hay reducción de la discrecionalidad.
- 11.- Se impulsa la transparencia.
- 11.-Se genera confianza.

13.- Diseño de los textos

- 1.- Usar una fuente y un cuerpo de letra fáciles de leer.
- 2.- Dejar espacios en blanco (sangrías, interlineados).
- 3.- Evitar los grandes bloques de texto.
- 4.- Recurrir a títulos y subtítulos.
- 5.- Usar listas, tablas y otros recursos gráficos para expresar contenidos sintéticamente.

14.- Contenido de los textos

- 1.- No dar por hecho que el lector conoce el tema.
- 2.- Omitir lo irrelevante.
- 3.- Usar un vocabulario que el lector conozca.
- 4.- Cuando no exista un sinónimo más general, define y explica el tecnicismo.
- 5.- Usar ejemplos para explicar ideas complejas.

15.- Algunas propuestas de solución

- 1.- Concientizar en diferentes estamentos el actual problema como por ejemplo en universidades, colegios de abogados, Poder Judicial, escuelas judiciales, consejos de la magistratura, etc.
- 2.- Usar frases cortas.
- 3.- Respetar la estructura de sujeto, verbo y predicado.
- 4.- Huir de frases subordinadas y de la voz pasiva.
- 5.- Limitar a 30 palabras por oración y a 10 líneas por párrafo.
- 6.- Usar una idea por párrafo.
- 7.- Ser claro y preciso para la descripción de los hechos y la aplicación del derecho que sirven de fundamentos para que la sentencia esté debidamente sistematizada.
- 8.- El texto debe presentar un esquema ordenado y coherente.
- 9.- Evitar las repeticiones, las muletillas, los clichés y los comodines porque ensucian la prosa y la vacía de significado.
- 10.- Preferir las palabras cortas a las largas, las sencillas a las complicadas, las populares a las cultas, y las concretas a las abstractas. Un vocabulario llano y vivo ayuda a comprender el texto.

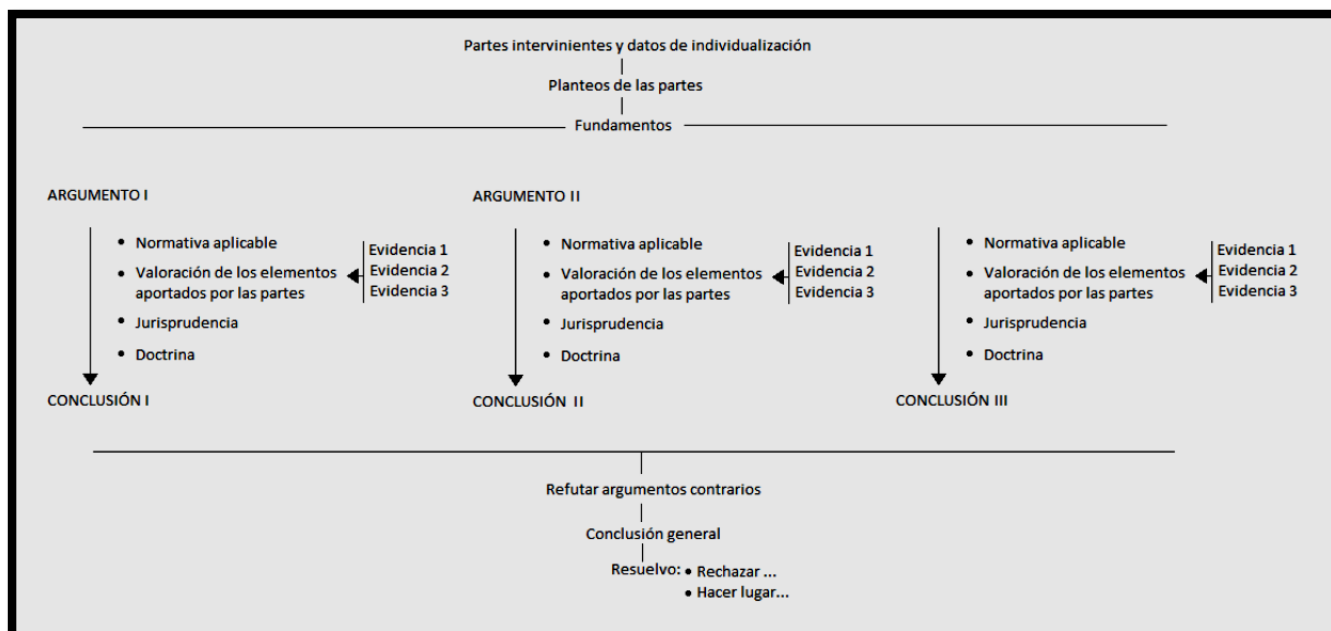
- 11.- Sustituir los verbos “*ser*” o “*estar*” por palabras con más fuerza o significado.
- 12.- Atención a los adverbios en –mente-.
- 13.- La concisión y la cortesía.
- 14.- Usar término no discriminatorio del lenguaje.
- 15.- Cambiar el viejo uso de “Considerandos”, “Resultandos” y “Fallo” por el de “Antecedentes del caso”, “Prueba producida”, “Hechos probados” y “Decido”.
- 16.- Aclarar términos técnicos con nota al pie de página.
- 17.- Propiciar el uso de una carátula, índice, resumen o *abstract* de la sentencia.
- 18.- Para casos especiales aplicar la “Lectura fácil”.

16.- La inclusión de diagramas argumentativos

Una idea innovadora en los textos de las sentencias es incluir cuadros, esquemas o diagramas argumentativos o de argumentación para explicar, clarificar y detallar el contenido de las resoluciones. La inclusión de tales diagramas sirve para analizar los casos, permiten ver las diversas partes de una argumentación, y es un instrumento, una ayuda para llevarlo a cabo.

Manuel Atienza sostiene que, para entender cabalmente la motivación de un juez frente a un determinado caso, se deben distinguir una serie de elementos. Los fundamentos parecen ser los siete siguientes³²: 1) La narración, los hechos del caso, 2) El problema o los problemas de donde arranca la argumentación, 3) Las cuestiones o sub-cuestiones de las que depende la solución del problema, 4) Las respuestas a esas cuestiones, 5) Las razones en las que se basan las anteriores respuestas, 6) La solución del problema, 7) La decisión.

Tales esquemas se utilizan en la Justicia Penal y Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como parte integrante de las sentencias conforme el diagrama que seguidamente se expone.



33

³² Atienza, *ob. cit.*, pp.429-431.

³³ Diagrama de flujo del Manual de Lenguaje Claro y Estilo, Juzgado Penal Contravencional y de Faltas N° 13 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 26.

Cómo citar: De Rosa, E. y Juri, Y. (2022). Teorías de la inteligibilidad del discurso jurídico: contribuciones para la superación del problema de la indeterminación del derecho. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *II Jornadas Internacionales y III Jornadas Nacionales “Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”*. Santa Rosa: EdUNLPam.

TEORÍAS DE LA INTELIGIBILIDAD DEL DISCURSO JURÍDICO: CONTRIBUCIONES PARA LA SUPERACIÓN DEL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO¹

Eliana De Rosa²
Yamila Juri³

INTRODUCCIÓN

EL MODELO DE ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA DIMENSIÓN DISCURSIVA DEL DERECHO

Hace algunos años el jurista español Pedro Serna hacía referencia a la aparición en el ámbito de la filosofía jurídica, de las corrientes de inspiración hermenéutica por un lado, que han profundizado en el estudio de las dimensiones subjetivas del conocimiento y aplicación del derecho, y por otro lado, las teorías de la argumentación, que han diseñado modelos para la justificación o el control de racionalidad de los juicios de valor y, en general de las decisiones jurídicas, sobre todo las judiciales⁴.

De este modo, se vería definitivamente superada la concepción positivista admitiendo una noción integral de derecho que no agota su objeto en sus dimensiones formales y abstractas sino que se ve comprometida por los resultados de la Teoría de la aplicación⁵. “Y es que el derecho contemporáneo –apunta Serna- se configura en buena medida, e inevitablemente a través de un proceso discursivo”⁶. La traslación de la llamada Nueva Retórica en el ámbito de la Teoría del derecho constituyó el punto de partida del actual paradigma de la argumentación de la mano de los aportes de Perelman, Toulmin, Aarnio, entre otros. Pero no es sino en la propuesta iusfilosófica de Robert Alexy donde se termina de delinear el modelo discursivo del fenómeno jurídico.

El discurso jurídico es para Alexy un caso especial del discurso práctico en general⁷. Este discurso tiene la particularidad de que entraña una pretensión de corrección en torno a sus premisas normativas. La especialidad en cuanto a discurso práctico se explica en el sentido en que el discurso jurídico delimita la discusión jurídica en una serie de

¹ La presente ponencia se enmarca en un proyecto de investigación que me encuentro dirigiendo actualmente en la Universidad Juan Agustín Maza, titulado “*inteligibilidad del discurso jurídico. Hacia la búsqueda de criterios de superación de la indeterminación del derecho*”, bajo la codirección y colaboración valiosísima de la Dra. Yamila Eliana Juri, a quien agradezco especialmente. Asimismo, quiero manifestar especial agradecimiento a mi maestra y codirectora de tesis, la Dra. Pilar Zambrano, quien ha contribuido a identificar y emprender mi itinerario filosófico.

² Universidad Nacional de Cuyo y Universidad Agustín Maza

³ Conicet; Universidad Nacional de Cuyo y Universidad Agustín Maza

⁴ SERNA, Pedro, Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. *De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, Ed. Purrúa, México, 2066, pp. 61-62.

⁵ *Ibid.*, p. 62.

⁶ *Ibid.*

⁷ Como es sabido, Alexy toma como base de su tesis la teoría de la acción comunicativa de J. Habermas y la tesis de la verdad consensuada.

condiciones, a saber: la sujeción a la ley, los precedentes, la dogmática y las reglas procesales.

La racionalidad jurídico-discursiva se funda en las llamadas reglas fundamentales que son aquellas que garantizan condiciones elementales de racionalidad, a saber (principio de no contradicción, coherencia, comunidad del lenguaje) y reglas de razón, que son las que postulan directivas de máxima racionalidad, las cuales solo se pueden cumplir de manera aproximada dado que responden a un esquema ideal.

Se advierte de este modo, una tentativa en Alexy de postular un verdadero tratado sobre la razón práctica, en el que las cuestiones prácticas se resuelven atendiendo exclusivamente al aspecto procedimental, esto es, a las reglas del discurso. Así, el consenso equivale a corrección y la corrección tiene un carácter estrictamente formal, y por lo tanto, en lo sustancial siempre será meramente relativa. Esto implica que, aún cuando se respeten estrictamente las reglas del discurso, el resultado final puede significar una elección cuya única virtud sea la de haber respetado el procedimiento, pero cuyo contenido puede devenir en absolutamente ininteligible para el auditorio o parte de él.

Analizada esta cuestión en el ámbito de las prácticas jurídicas el tránsito al paradigma de la argumentación se ha traducido en un desconfinamiento y complejización de la labor judicial configurando una operatoria que se desenvuelve en el marco ‘espacio jurídico’⁸ caracterizado por la desestructuración y pluralismo de fuentes. En este contexto, la agencia judicial se legitima mediante su actividad argumentativa para cuya corrección solo bastaría –en el esquema alexyano– cumplir con las reglas del discurso. Si a ello se le añade la tecnicidad y especificidad propia del lenguaje jurídico, el resultado de la adjudicación puede devenir en una producción discursiva sumamente indeterminada en la que sea imposible vislumbrar las conexiones entre enunciados que han integrado el entimema judicial.

UN ANALISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LAS TEORÍAS CRÍTICAS

La naturaleza discursiva del derecho constituye el núcleo central de cuestionamientos y objeciones de las llamadas Teorías Críticas del derecho, tanto a la idea de derecho al que califica como indeterminado, como a los valores que pretende sustentar esa idea, a los cuales se les adscribe carácter ideológico. Esta indeterminación deriva en primer término de los problemas del lenguaje con la que se formulan los enunciados jurídicos, todo lo cual contribuye a la configuración de una narrativa que sirve a los operadores jurídicos para la legitimación de ciertas relaciones de poder. Sostiene Núñez Vaquero que “la tesis de la indeterminación afirma algo bastante familiar a muchos teóricos del derecho: de los mismos enunciados normativos o precedentes judiciales es posible derivar varias interpretaciones, incluso antinómicas, todas ellas igualmente válidas”⁹. En un sentido similar, el jurista argentino Carlos Cárcova dirá, a propósito del lenguaje jurídico que “el poder asentado en el conocimiento del modo de operar el derecho se ejerce en parte a través del desconocimiento generalizado de ese modo de operar. La preservación de ese poder requiere la reproducción del efecto del desconocimiento. Requiere, en fin, opacidad”¹⁰.

Dentro de las versiones más radicalizadas de este movimiento se destaca el profesor de Harvard Duncan Kennedy, quien denuncia lo que considera como el proyecto ideológico predominante que es el liberalismo y el conservadorismo tanto en la praxis legislativa

⁸ VIOLA, F., “Il futuro del diritto”, en *Persona y Derecho*, Vol. 79, N° 2, 2018, pp. 9-36.

⁹ NUÑEZ VAQUERO, Á., *Teorías Críticas del derecho. Observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica*. Università degli Studi di Genova, 2010, pp- 413-434

¹⁰ CARCOVA; Carlos, *La opacidad del derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 164.

como la jurídica¹¹. De este modo, el formato discursivo impregna otras disciplinas directamente vinculadas con el fenómeno jurídico¹², como la dogmática jurídica, alcanzando también a conceptos claves de la cultura jurídica contemporánea como el de “derechos humanos”, los que no escapan de denuncias y objeciones por ser funcionales a la dinámica de un determinado discurso e ideología¹³ impugnando el carácter categórico, así la pretensión de universalidad propia de su narrativa.

Por su parte Guastinni ha enfatizado el impacto que produce la indeterminación del derecho en el campo de la hermenéutica judicial, apuntando cuatro niveles de problematización por ambigüedad de la noción de ‘interpretación’: (i) el proceso vs el producto, por la cual se distingue actividad cognitiva frente a resultado (discurso); (ii) la segunda ambigüedad: abstracto vs concreto, que lleva a distinguir entre la operación de interpretar como atribución de significado a un texto normativo de la calificación que luego da fundamento a la solución (o propuesta de solución) de una controversia específica¹⁴, y (iii) la tercera ambigüedad, cognición vs decisión, lo que implica conocimiento y creación jurídica respectivamente. En el primero de los casos, la operación cognitiva es científica mientras que, en el segundo, dadas sus proyecciones prácticas, es política. Finalmente, la cuarta ambigüedad, que se da entre interpretación en sentido estricto y construcción jurídica.

Indudablemente la implicancia práctica más relevante que tiene la reflexión del derecho en su dimensión discursiva y desde el paradigma de la argumentación se ubica en el ámbito de la adjudicación judicial, como acto último de concreción del derecho en su dimensión normativa en general, y particularmente, porque es éste acto el que tiene una proyección particular en la vida de un ‘alguien’ concreto, es decir, de un justiciable.

ALGUNAS PROPUESTAS: LA EXPLICACIÓN COMO HERRAMIENTA DE RECUPERACIÓN DE INTELEGIBILIDAD

A partir del problema descrito, nos proponemos recoger algunas herramientas teórico-metodológicas con miras a recuperar inteligibilidad en las prácticas jurídicas a partir de los aportes del iusfilósofo australiano Jonathan Crowe, a saber (i) la explicación como operación integrante del razonamiento judicial y (ii) la contextualidad como herramienta hermenéutica.

A partir de la taxonomía hartiana entre casos fáciles y difíciles¹⁵, según la claridad u obscuridad del lenguaje jurídico normativo respectivamente y cuya lectura ya ha sido ampliamente cuestionada y observada por autores como Dworkin y Fuller¹⁶, Crowe se propone brindar un complemento a las explicaciones que fundan la distinción recogiendo aportes de la psicología social, reconociendo explícitamente la presencia del elemento subjetivo en el proceso de adjudicación. Lo que determina que un caso sea fácil no es solo la claridad del texto normativo que rige el caso, sino también que en ellos los jueces resuelven confiando en juicios intuitivos holísticos sobre los contextos legales y fácticos

¹¹ KENNEDY, D. (2010) *Izquierda y derecho*. Ensayos de teoría jurídica crítica. Trad. Guillermo Moro, Buenos Aires, Ed. Siglo Veintiuno, p. 27.

¹² COURTIS, C. & BOVINO, A (2001) “Por una dogmática conscientemente política”, En: C. Courtis (ed.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires, Ed. Eudeba, pp. 183-222.p.

¹³ KENNEDY, D. (2006), ‘La crítica de los derechos’ en la *Critical Legal Studies*, 2006. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo 7(1), 2006, pp. 47-90.

¹⁴ GUATINI, Ricardo, ‘Interpretación y construcción jurídica’, en *Isonomía* N° 43, 2015, pp. 11-48.

¹⁵ Véase, HART, Herbert, L, A., *The concept of Law*, 2° Edition, Clarendon Press, 1994.

¹⁶ Véase en este punto, DWORKIN, R. *Law’s Empire*, Belknap Press, 1986, p. 353 y FULLER, L., “Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart”, en *Harvard Law Review*, N° 71, 1958, pp. 630-663.

de la decisión. Un caso es fácil porque la evaluación del juez en el caso rinde un claro y determinado resultado en un nivel intuitivo o pre-reflexivo¹⁷.

Según el autor, tal es el tipo de evaluaciones que tienen lugar en escenarios cargados de contenido ético y que configuran un tipo de razonamiento en el que confluyen premisas fácticas y normativas en el que el juicio de incorrección se desenvuelve en una secuencia que se origina a partir de una reacción inicial frente al hecho. En este orden de ideas, afirma Crowe que en los casos fáciles “los juicios intuitivos formados por los magistrados serán holísticos en el sentido en que incorporan evaluaciones tanto de los hechos del caso como del derecho aplicable”¹⁸.

En lo que respecta a los casos difíciles, en principio, Hart solo considera los supuestos en los que las reglas jurídicas aplicables no arrojan un resultado claro (aun cuando sean interpretadas en un sentido teleológico o contextual) por un lado, y por otro, aquellos supuestos en los que las reglas jurídicas aplicables establecen un resultado claro pero el mismo es insostenible si se toma en consideración el contexto o propósito de la regla¹⁹. Crowe sugiere que la categoría de casos difíciles es extensible también a los casos de tensión entre la regla jurídica aplicable y la moral, “porque el proceso decisorio judicial comienza con un juicio intuitivo sobre el caso y a partir de allí, busca explicarlo por referencia a la estructura legal. Los juicios intuitivos son holísticos en la medida en que incorporan el entendimiento del juez sobre el derecho aplicable pero también son propensos a ser influenciados por factores extrajurídicos (...) Los jueces pueden ser orientados en su razonamiento por factores externos al derecho positivo, incluyendo cuestiones morales, económicas y culturales”²⁰.

Cabe la identificación de una categoría intermedia en la taxonomía de casos, a la que Crowe designa como ‘casos no tan fáciles’, a la que caracteriza como aquella en la que la secuencia del razonamiento se origina en un nivel intuitivo, pero sin producción de resultado evidente, de modo que requiere avanzar hacia niveles de razonamiento explicativo que estén en condiciones de dar cuenta del proceso evaluativo, con el fin de que el resultado se torne en transparente para otros. En estos casos el juicio intuitivo, provee de una especie de línea de base o anclaje (*baseline*) que opera como marco de referencia para la determinación del resultado en el nivel reflexivo posterior²¹. “En los casos no tan fáciles –escribe Crowe– “es probable, por lo tanto, que el razonamiento reflexivo del juez (...) tome la forma de una investigación de las razones para su juicio intuitivo”²².

El rol del juicio intuitivo constituye un recurso para arribar a un equilibrio dialéctico que luego permita desencadenar el razonamiento en el nivel reflexivo. En el caso del razonamiento jurídico, nuestro autor identifica tres niveles: (i) El primero designado como ‘juicios basados en casos’, referente a los aludidos juicios holísticos pre-reflexivos (ii) el segundo nivel, designado como nivel medio de reglas y principios que explican los primeros (tales como los propósitos de los estatutos o *rationis decidendi* de los casos) y (iii) Un nivel elevado de principios y teorías que justifican aquellos estándares.

En esta taxonomía y teniendo en cuenta las complejidades que se desencadenan en los últimos dos tipos de casos, Crowe propone una aproximación al razonamiento jurídico a partir de la noción de Rawls de ‘equilibrio dialéctico’, el cual puede ser amplio o restringido. El equilibrio dialéctico restringido –explica Crowe– “se focaliza en

¹⁷ CROWE, J., ‘Not so easy cases’, en *Statute Law Review*, 2019, Vol 40, N° 1, pp. 75-86.

¹⁸ *Ibid.*, p. 79.

¹⁹ *Ibid.*, p. 82.

²⁰ *Ibid.*, p. 83.

²¹ *Ibid.*, 80.

²² *Ibid.*, 81.

reconciliar juicios sobre casos particulares con estándares explicativos (tales como las reglas o principios explicativos de nivel medio) mientras que el equilibrio amplio también considera teorías normativas generales”²³ .

El razonamiento jurídico también puede concebirse como un equilibrio reflexivo, que se desenvuelve desde una sede intuitiva o pre-reflexiva hacia una sede reflexiva que consistirá en conciliar los propios juicios intuitivos con los estándares jurídicos existentes (incluyendo tanto reglas positivas como principios que sustentan el sistema). La actividad propia de este dialogo con miras a lograr este equilibrio consiste generalmente en explicar, más que en justificar, y la actividad explicativa consiste en dar cuenta del modo en el que los juicios intuitivos de los jueces se han articulado con los marcos de referencia jurídico-normativos disponibles y aplicables como garantía de transparencia y apertura de la práctica adjudicativa judicial. En ese orden de ideas, Crowe cuestiona la consideración de la argumentación judicial en términos de una excesiva atención a la actividad justificativa, que elude la relevancia de la explicación como función conectiva de los juicios intuitivos y las evaluaciones posteriores a partir del contexto jurídico normativo, de la dimensión teleológica que inspira al sistema y de los valores morales sobre los cuales se sustenta.

Considerar el razonamiento judicial por exclusiva referencia a su dimensión justificativa conlleva el riesgo de pasar por alto la influencia que esos juicios intuitivos tienen en la formación del resultado final procurando una apariencia de racionalización *est post facto* que puede resultar ininteligible para los destinatarios del acto adjudicativo. Esto torna oportuno plantear la asignación de un rol igualmente relevante a la dimensión explicativa dentro de la adjudicación. “El conocimiento que obtenemos –explica Crowe- cuando el juez busca explicar sus decisiones nos provee de equipamiento para comprometernos críticamente con los juicios legales y con la tradición dentro de los cuales tienen lugar. Se revela al razonamiento judicial como una empresa diacrónica que se extiende más allá del caso particular. Esta imagen sirve como una invitación a los miembros de la comunidad a comprometerse hermenéuticamente con las decisiones de los jueces y desde allí hacer su propia contribución crítica y constructiva a la expansión del conocimiento jurídico”²⁴.

De este modo, la identificación de la relevancia de la actividad explicativa como instancia necesaria dentro del razonamiento jurídico permite dotar de inteligibilidad la decisión judicial, en la medida en que la misma no se concibe aisladamente, sino enmarcada en un proceso diacrónico en el cual “el derecho adquiere la forma de una narrativa social e históricamente extendida donde tanto jueces como ciudadanos ordinarios se encuentran comprometidos interactuando en la formación de material jurídico y de las instituciones configurando el contexto subyacente que influye en el resultado de la decisión.

La relevancia de la actividad explicativa se funda en la posibilidad de poder dar cuenta de ese contexto holístico cargado de sentido y compartido por jueces y demás miembros de la comunidad.

EL SIGNIFICADO CONTEXTUAL COMO HERRAMIENTA DE RECUPERACIÓN DE INTELIGIBILIDAD

La segunda herramienta de recuperación de inteligibilidad está vinculada al reconocimiento de la relevancia de la agencia judicial en la coordinación de la acción social en general, y en esa dinámica, Crowe desarrolla la cuestión relativa a la interpretación jurídica explicitando su horizonte teleológico performativo, en términos de corrección de la defectuosidad del derecho con miras a la promoción del bien común.

²³ CROWE, J., ‘Not so easy cases’, op. cit., p. 83.

²⁴ Ibid.

Esta finalidad es garantía de su prominencia, y requiere – en el marco de la labor hermenéutica- asignar a los textos jurídico-normativos su significado ordinario contemporáneo, lo que el autor denomina *contextual meaning*²⁵, de donde extrae la base para una teoría de interpretación judicial a la que denomina ‘contextualismo amplio’. En líneas generales, el autor propone un abordaje de la hermenéutica judicial prestando atención al significado contextual del material jurídico que debe ser tanto holístico como dinámico²⁶.

En el desarrollo de su teoría, Crowe emprende un itinerario consistente en examinar las conexiones entre intenciones originales de los textos y los significados contextuales, y en esa inteligencia afirma que el significado contextual debe entenderse como en significado ordinario, es decir, aquel en el que jueces y demás operadores jurídicos naturalmente entienden en la totalidad del contexto circundante. Esta es una característica específica de la interpretación jurídica, en donde el sentido literal o gramatical de los términos resulta insuficiente para su realización. La interpretación jurídica requiere, como cualquier otra clase de interpretación, que el intérprete encuentre en el texto aquello que necesita para formar una concepción de su significado²⁷.

“Cuando inicialmente aprehendemos –escribe Crowe- un tipo particular de objeto, lo vemos en un contexto que posibilita entender su significado y su función. No aprehendemos primero una colección innominada de material físico y luego le asignamos un nivel. De otro modo, la percepción humana sería una forma de mirada en blanco, sin sentido, seguida solo después de un periodo de confusa reflexión por comprensión del material sensorial. Más bien, el verdadero acto de aprehensión involucra percibir tanto la identidad del objeto como sus posibles aplicaciones...”²⁸.

Esta premisa, que provisoriamente denominaremos ‘principio de aprehensión’ constituye el punto de partida para delinear un concepto de inteligibilidad que Crowe aplica a la cuestión de la interpretación en sentido amplio, pero que aporta herramientas para superar problemas derivados de la complejización de las prácticas jurídicas actuales. Lo que se quiere explicitar en este punto, es que la primera operación que se verifica en los procesos implicados en las prácticas jurídicas consiste en aprehender objetos, siendo la aprehensión la operación o acción inicial consistente en la asimilación o comprensión que el intelecto realiza frente a su encuentro con un fenómeno sensorial.

Se entabla así un proceso de interacción y articulación de objetos existentes en la realidad sensible, y operaciones intelectuales que tienen distintas finalidades. Ya se dijo que el punto de partida de este proceso es la aprehensión, a la cual le siguen otras operaciones que pueden tener lugar en forma yuxtapuesta o sucesiva. Crowe, en este punto, señala la diferencia que se da entre el entendimiento (*understanding*) y la interpretación. En el planteo del autor, el entendimiento se identifica con la aprehensión en la medida en que se define como aquel tipo de conocimiento que surge simultáneamente a nuestro encuentro inicial con el fenómeno sensorial²⁹, y en tal sentido, tiene carácter pre-reflexivo o intuitivo.

La operación posterior al entendimiento es la interpretación, y ambas operaciones se vinculan de modo necesario ya que esta última no resulta posible sin la primera. La interpretación tiene un carácter reflexivo e “involucra un compromiso con nuestras

²⁵ CROWE, Jonathan, *Natural Law and the Nature of Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 196.

²⁶ *Ibid.*, p. 197

²⁷ *Ibid.*, p. 198.

²⁸ *Ibid.* 198.

²⁹ CROWE, Jonathan, *Natural Law and the Nature of Law*, op. cit., p. 199.

intuiciones preexistentes sobre el significado del material sensorial”³⁰. Sin embargo, el paso del entendimiento a la interpretación no se produce de modo automático, sino que incluye una instancia de ‘reajuste’, en el cual el agente reacomoda el significado del objeto interpretado al contexto en el cual interpreta³¹

A su vez, la categoría de ‘significado contextual’ reviste naturaleza holística, lo que implica que la interpretación requiere colocar el objeto (en este caso, el texto jurídico) en todo su contexto circundante. Esta afirmación, a simple vista puede resultar obvia. Sin embargo, Crowe profundiza esta idea explicando que lo que esta condición exige supone confrontar el objeto a interpretar con aquellos aspectos de la realidad que son *externos* al objeto, y que no obstante, le dan sentido. “La razón (...) –explica Crowe- es que un texto invariablemente refiere a un ‘*afuera en sí mismo*’, no diseña su significado completamente desde dentro, sino que invoca, para un lector competente una red extensiva de información externa (...) Su significado, como en cualquier otro documento, no se encuentra solo en el texto”³².

La indagación que realiza el intérprete es a la vez lingüística y a la vez referencial, lo que exige necesariamente identificar la realidad que le da sentido a los enunciados lingüísticos. Y aún cuando un determinado enunciado lingüístico remita –en una primera aproximación- a un determinado objeto de la realidad, la operación de interpretar queda inconclusa si el objeto remitido no se analiza en su contexto, que es lo que al fin y al cabo, le termina de asignar la totalidad de su sentido³³. Más adelante, el iusfilósofo australiano profundiza la idea del carácter holístico del entendimiento lingüístico y lo traslada al ámbito de la interpretación jurídica. “La implicancia de este análisis para la interpretación jurídica –explica Crowe- es que cualquier compromiso con un texto legal se basa en compleja y extensiva red de significados lingüísticos y otros. Un lector competente de un texto se basa en este contexto de fondo en un nivel pre-reflexivo”³⁴. En otras palabras, quien se sitúa frente a un texto jurídico, no se sitúa frente a un texto aislado, se sitúa frente a texto enmarcado en un contexto de referencia el cual, a su vez se encuentra definido por el sistema de pensamiento que carga de sentido cada término lingüístico.

Dentro de ese sistema, cada componente o cada elemento es implícitamente entendido según su rol funcional en la conducta humana³⁵, incluyendo tanto asunciones sobre las intenciones y motivaciones de los redactores del texto como de los juicios respecto a cómo el texto puede emplearse en nuestros propios planes y proyectos. “El contexto para interpretar un texto –enfatisa Crowe- en otras palabras, es el campo de la intencionalidad humana”³⁶. En consecuencia, toda exploración sobre la intencionalidad humana requiere una necesaria remisión y análisis de los procesos de racionalidad práctica que le han dado forma, con el fin de identificar los bienes-fines humanos que han constituido el horizonte teleológico de los distintos cursos de acción.

³⁰ Ibid., p. 199.

³¹ Cfr. P. 199. Esta idea es tomada por Crowe de Martin Heidegger, en *Being and Time* (Harper and Row, trad. John Macquarrie and Eduard Robinson, 1962, p. 192.

³² CROWE, Jonathan, *Natural Law and the Nature of Law*, op. cit., p. 201.

³³ Esta noción es tomada por Crowe del lingüista Ferdinand de Saussure, quien explica que en lingüística las relaciones entre significantes y significados, son en cierto sentido, arbitrarias, esto es, no guarda relación con alguna realidad subyacente, sino que no puede ser apartada de la interacción entre términos y conceptos dentro de un sistema de pensamiento circundante (...) Los términos lingüísticos sostienen su significado específico solo porque están en contraste unos con otros (...) En analizar un significado lingüístico, lo que encontramos en lugar de ideas determinadas de antemano, son valores emanando de un sistema lingüístico”, en SASSURE, Ferdinand, *Course in General Linguistics* (Open Court, trans. Roy Harris, 1986), p. 114.

³⁴ CROWE, Jonathan, *Natural Law and the Nature of Law*, op. cit., p. 202.

³⁵ Ibid., p. 203.

³⁶ Ibid.

“Los bienes básicos –escribe Crowe- capturan los fines que guían las acciones humanas intencionales, mientras que los principios de razonabilidad práctica describen los límites deónticos que empleamos para estructurar nuestra interacción con esos bienes y evaluar críticamente tanto nuestras propias acciones como las de otros”³⁷.

Así, el concepto de inteligibilidad que el autor pretende proyectar sobre las prácticas jurídicas, se define como posibilidad de captura e intelección (*capture*) aquellas condiciones que dan sentido a las acciones humanas, esto es, los bienes humanos. “Ellos son los objetivos que hacen nuestras acciones inteligibles a otros (...) Por tanto, una teoría de los bienes básicos es precisamente, una explicación de las asunciones básicas normativas que utilizamos característicamente para dar sentido a los planes e intenciones humanas- incluyendo aquellas intenciones expresadas en estatutos, constituciones y decisiones judiciales”³⁸.

El derecho en sus diversas dimensiones no resulta ajeno a esta dinámica, y dado que su finalidad en cuanto a práctica social es la de proveer límites deónticos a nuestro comportamiento social, el contexto de inteligibilidad se perfila mediante la interacción y articulación tanto de elementos institucionales como de principios de racionalidad práctica compartida por los agentes sociales. Todos estos elementos confluyen para dar un horizonte de sentido a las prácticas sociales.

En otras palabras, si el derecho como instrumento de coordinación de la acción social colectiva se opera en distintos niveles, el límite a la operatividad multinivel viene dado por la identificación del bien que carga de sentido la práctica en cuestión.

CONCLUSIÓN

En estas líneas se ha intentado analizar el problema de la indeterminación del derecho como implicancia devenida del paradigma de la argumentación y del reconocimiento de la dimensión discursiva del derecho. La pretensión ha sido la de recoger algunas herramientas teóricas propuestas por el iusfilósofo australiano Jonathan Crowe, que pueden resultar útiles para dotar de inteligibilidad a las prácticas jurídicas, habida cuenta de la proyección de las mismas en la vida de sujetos concretos. En esa lógica, la argumentación como modo de dar cuenta del razonamiento jurídico, resulta insuficiente si se lo considera aisladamente o como actividad consistente en vincular premisas normativas y fácticas, a lo que se añade la dificultad proveniente del lenguaje jurídico altamente tecnificado.

Entendemos que las dificultades apuntadas en las líneas precedentes son reales y objetivas, y nos colocan frente al desafío de reconocerlas, pero también de proponer algún horizonte de determinación teniendo en consideración que siempre hay un *telos* que delimita cada práctica social. Las prácticas jurídicas no son ajenas a esta dinámica. De todos modos, el reconocimiento de la dimensión discursiva no importa claudicar de la pretensión de generalidad y objetividad que integran la noción de derecho en su dimensión autoritativa, pero también es conveniente recordar que la aproximación al fenómeno jurídico como caso especial del discurso práctico comprende una racionalidad compartida por los participantes del discurso. Esta exigencia se traslada a las agencias jurídicas prácticas que, como instancias institucionales, se enfrentan a la tensión que surge entre la aproximación discursiva y la autoritativa.

La conciliación de ambos aspectos en la configuración del mapa jurídico actual torna racionalmente exigible una plataforma axiológica común que permita la aceptación de los

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

resultados de las prácticas en términos de cumplimiento, pero también en términos de adhesión racional al contenido.

Una de las objeciones más contundentes que enfrenta la agencia judicial en la actualidad es la falta de neutralidad, lo que al final del día, termina significando un cuestionamiento a la agencia misma. Si la judicatura no puede explicitar los valores sobre los que se asienta el sistema desde el que opera, se expone a la pérdida de legitimidad. El modo de apropiación de esos valores que hacen inteligibles las prácticas por parte de los destinatarios de actos de adjudicación impone una operatoria adicional a la enumeración de razones. En línea con esta idea, resulta pertinente la afirmación del profesor de Oxford John Finnis a propósito del modo en que la razón práctica se articula con la legislación positiva. Partiendo del axioma formulado por el jurista inglés St. German que postula que ‘en toda ley positiva bien hecha hay alguna cosa de ley de razón’, Finnis entiende que esto requiere comprender la relación (las relaciones) entre leyes particulares de sociedades particulares y principios permanentemente relevantes de la razonabilidad práctica³⁹. Análoga idea puede proponerse respecto a los actos comprendidos dentro de la agencia judicial.

Entendemos que esto es posible si la práctica discurre en un marco referencial, que sea cognitivamente compartido por todos los participantes. En esta modesta contribución, hemos pretendido proponer algunas herramientas teórico- conceptuales aportadas por Crowe. Las mismas son insuficientes, habida cuenta de complejidad del problema. Pero entendemos que el aporte es valioso, aunque requiere una complementación con otras contribuciones referentes a la inteligibilidad del discurso jurídico, tales como las que realizó la jurista argentina Pilar Zambrano, que por su relevancia requieren tratamiento en un trabajo posterior.

³⁹ FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2º Ed. Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 281.

ISBN 978-950-863-470-2



9 789508 634702