

ACTAS DE LAS III JORNADAS
INTERNACIONALES Y IV JORNADAS
NACIONALES

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL SIGLO XXI

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

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



**ACTAS DE LAS III JORNADAS
INTERNACIONALES Y IV JORNADAS
NACIONALES**

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

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

Coorganizadas por la el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad
del Museo Social Argentino y la Facultad de Ciencias Económicas y
Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



Actas de las III Jornadas Internacionales y IV Nacionales Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI : avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica / Helga Lell ... [et al.] ; Compilación de Helga Lell ; Juan Pablo Lionetti de Zorzi. -

1a ed compendiada. - Santa Rosa : Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa, 2024.

Libro digital, PDF - (Actas de eventos académicos ; 15)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-950-863-520-4

1. Actos Jurídicos. I. Lell, Helga II. Lell, Helga, comp. III. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo , comp.

CDD 340

Los editores ni la editorial son responsables por los dichos y los trabajos aquí presentes. Cada autor se responsabiliza por sus opiniones así como por la originalidad de su trabajo.

AUTORIDADES DE LA EDUNLPAM

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Rector: Oscar Daniel Alpa

Vicerrectora a cargo: María Ema Martín

EdUNLPam

Presidente: Lucía Colombato

Director: Rodolfo David Rodríguez

Consejo Editor

- Gustavo Walter Bertotto
- María Marcela Domínguez
- Fernando Colli
- Edith Alvarellos / Julieta Soncini
- Carla Etel Suarez / Daniel Omar Maizon
- Natalia Monge / Agustina Manso
- María Pía Bruno / Laura Noemí Azcona
- Alicia María Vignatti / Oscar Alfredo Testa
- María Angélica Lucero / Marta Soria
- María de los Angeles Bruni / Natalia Cazaux
- María Soledad Mieza / Araceli Elisabet Hernández

ÍNDICE

**LA ARGUMENTACIÓN EN BIODERECHO Y LA AUTONOMÍA
PROGRESIVA EN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES 8**

Gabriel R. Juan

**ANÁLISIS DE LA PERTINENCIA DE LA OBRA DE CICERÓN. EN LA
PRAXIS ARGUMENTATIVA ACTUAL..... 14**

Alain Pierce Samayoa Chavarría

**INSTRUMENTOS JURISDICIONAIS AMBIENTAIS BRASILEIROS PARA A
SALVAGUARDA DO MEIO AMBIENTE E A EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL
PÚBLICA AMBIENTAL DIANTE DA EXISTÊNCIA DO PASSIVO
AMBIENTAL 16**

Cristiane Bortoluzzi Corino

**CONTEXTUALIZACIONES RELATIVAS AL CONSECUENCIALISMO
JURÍDICO EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS DIFÍCILES 33**

Edgar Iván Ortega Peñuelas

**EL PAPEL DE LAS VIRTUDES JUDICIALES EN LA ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA..... 53**

Juan Carlos Rios Yaringaño

**LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE THEODOR VIEHWEG Y CHAIM
PERELMAN 57**

José Anibal López Silva

**A 40 AÑOS DE SPEECH ACTS IN ARGUMENTATIVE DISCUSSIONS:
BREVE RESEÑA DE CUATRO DÉCADAS DE LA PRAGMA-DIALÉCTICA
DE VAN EEMEREN Y GROOTENDORDT 60**

Juan Pablo Lionetti de Zorzi

**LOS ELEMENTOS DE “RAZÓN” EN LA JUSTIFICACIÓN DE LAS
DECISIONES JUDICIALES Y LAS “BUENAS RAZONES” PARA MENTIR EN
LOS ESTRADOS JUDICIALES. EJEMPLIFICACIONES EN CASOS**

JURISPRUDENCIALES DE CONDUCCIÓN IMPRUDENTE Y VIOLENCIA DE GÉNERO 67

José Francisco Oyarzú

Marcela Vigna

OBJECIONES IDEOLÓGICAS A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN CONCIENCIA EN EL FUERO LABORAL BONAERENSE..... 71

Gabriel A. Dos Santos

RELACIONAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE DIGNIDAD E IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN HIPÓTESIS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS LEGISLATIVOS 84

María Elena Rocca Mundín

Mariel Lorenzo Pena

Verónica Saizar Noce

Jean-Paul Tealdi Correa

LA ENCRUCIJADA DE LA INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN MATERIA DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y SEGURIDAD SOCIAL: UNA REFLEXIÓN A PARTIR DE CASO “V. O. E.” (2023)..... 98

Eduardo Esteban Magoja

EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DURANTE LOS AÑOS 2001-2007. CONSTRUCCIONES ARGUMENTALES EN CONTEXTOS DE EMERGENCIA ECONÓMICA 108

Natalia Leonor Monge

MÍNIMO ARGUMENTATIVO REQUERIDO PARA ROMPER LA UNIDAD DE TIPO ENTRE AUTOR Y DETERMINADOR EN LOS EVENTOS EN QUE UN DETERMINADOR – POR MOTIVOS DE IDENTIDAD DE GÉNERO – LE PAGUE A UN SICARIO PARA QUE LE CAUSE LA MUERTE A SU PAREJA, Y ÉSTE ÚLTIMO EFECTIVAMENTE REALICE DICHA ACCIÓN, MOTIVADO POR EL ÁNIMO DE LUCRO 120

Laura Andrea Escolar Galofre

RELACIONES INFERENCIALES COMPLEJAS AL INTERIOR DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO. UN ENSAYO SOBRE LA MAL LLAMADA PRUEBA INDICIARIA O POR INDICIOS. UN ÉNFASIS ESPECIAL EN LA JURISPRUDENCIA PENAL COLOMBIANA..... 125

David Modesto Güette Hernández

PROPUESTAS PARA EL RECLAMO JURÍDICO AMBIENTAL DE ASPECTOS MARÍTIMO PORTUARIOS EN EL PROCESO JUDICIAL..... 138

Adriana Angélica Hernández

INSTRUMENTOS APTOS PARA EVALUAR Y CONSTRUIR ARGUMENTOS JURÍDICOS 146

José Antonio Virginis

HOLISMO SEMÁNTICO Y DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE DERECHOS HUMANOS EN LA ADJUDICACIÓN. PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS DESDE LAS TEORÍAS SUSTANCIALISTAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA 160

Eliana De Rosa

LA ARGUMENTACIÓN EN BIODERECHO Y LA AUTONOMÍA PROGRESIVA EN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES¹

Gabriel R. Juan²

I. UN CASO DIFÍCIL BIOÉTICO³

A pocos meses de alcanzar la mayoría de edad, un adolescente con madurez suficiente recibe el diagnóstico temido: padece un tipo raro de leucemia, cuyo tratamiento requiere no solo la ingesta de medicación específica, sino también el sometimiento a transfusiones de sangre. Pero, por respeto al dogma de fe que profesa (testigo de Jehová), el joven anticipa a los médicos tratantes su oposición expresa a dichas prácticas, aún a sabiendas, ya que en forma previa había sido debidamente informado, que con ellas salvaría su vida o cuanto menos le evitarían sufrir secuelas gravísimas y permanentes.

Tal como se presenta, el caso difícil bioético abre el análisis de la autonomía progresiva de NNA y del entendimiento relativo a cuándo el paternalismo jurídico puede considerarse justificado. Dicho de otra forma, la decisión de respetar la voluntad del adolescente o de no hacerlo pone en cuestión el problema de cómo se construye una decisión razonablemente fundada ante problemáticas que involucran derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes (NNA).

En una rápida aproximación, se puede afirmar que la noción caso difícil bioético evidencia dos rasgos relevantes. En primer lugar, que no solo lo es para el derecho, sino también para la medicina y la ética, de modo que el razonamiento destinado a elaborar una solución o propuesta de solución no debe ceñirse exclusivamente a lo jurídico. En segundo término, que en este marco los problemas específicos de cada una de estas disciplinas se entrelazan y operan en forma conjunta. En efecto, el conflicto involucra: (i) la indeterminación⁴ del concepto jurídico “autonomía progresiva” (grado de madurez suficiente en nuestra legislación interna); (ii) la identificación de los medios idóneos, tendientes a verificar la aptitud de la persona menor de edad para comprender en qué consiste el tratamiento médico y cuáles serían las consecuencias de aceptarlo o rechazarlo (“competencia Gillick”⁵); y (iii) cierta consideración de lo que es bueno o justo. Puesto en términos de argumentación jurídica, esto es, de la actividad tendiente a dar razones justificadas de las decisiones o propuestas de decisiones, se impone al actor jurídico un

¹ Lo consignado en esta ponencia se basa en estudios más amplios enmarcados en el Proyecto de investigación “Decisiones sobre vida, salud y muerte en las relaciones familiares. Estudios de Bioética y Bioderecho desde el Derecho de las familias constitucionalizado”, vinculado a la carrera de “Especialización y Maestría en Derecho de las Familias” de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo (fecha de inicio: 1° de julio de 2023).

² Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UM); abogado especialista en Derecho de Daños (UNL) y en Derecho Constitucional (U. Salamanca). Docente de grado y posgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Docente de posgrado e investigador en la Facultad de Derecho, UNCuyo. Director del Proyecto de investigación: “Decisiones sobre vida, salud y muerte en las relaciones familiares. Estudios de Bioética y Bioderecho desde el Derecho de las familias constitucionalizado” (FD. UNCuyo). Presidente de la Comisión de Filosofía del derecho y ética del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD). A cargo de la sección “Arte, literatura y derecho de familia” en la Revista de Derecho de Familia, editorial Abeledo-Perrot (La Ley). Abogado en ejercicio de la profesión. Correo electrónico: gabrieljuan@estudiojuan.com.ar

³ El caso que se presenta es ficcional; es el que sustenta la trama visible de la novela “La ley del menor”, de Ian McEwan (McEWAN, I., *La ley del menor*, trad. Jaime Zulaika, Anagrama, Barcelona, 2015).

⁴ Para ampliar sobre las diferencias entre los problemas de ambigüedad, vaguedad y textura abierta se puede ver: MORESO, J.J. y VILAJOSANA, J. M., *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 152 y sig.

⁵ “Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority”, [1986], 1 AC 112 (“Gillick”).

plus en su razonamiento, una justificación adicional o “argumentación subordinada” (“de segundo orden”⁶).

De manera que, al estar involucrados distintos saberes y problemáticas interrelacionadas, la resolución correcta del “caso” requerirá de un abordaje totalizador y transdisciplinario (o, cuanto menos, de una interdisciplinariedad no reductivista), en tanto es el que mejor recepta el paradigma de la complejidad.⁷ Esta metodología, que se basa en la colaboración activa de diferentes disciplinas es la forma apropiada de razonar en el Bioderecho, entendiendo por tal a la nueva rama jurídica que surge como una síntesis (no una confrontación) del cruce entre Bioética y Derecho.

Desde esta visión resultará insuficiente entonces un abordaje unidisciplinar, por caso, aquel que se base exclusivamente en el principialismo bioético o en la casuística o tópica. Lo será también el enfoque excluyente de los problemas éticos que se presentan en la práctica médica pediátrica (modelo paternalista versus modelo autonomista), como asimismo si se opta por la mera aplicación rígida de la regla jurídica de capacidad por mayoría de edad, en situaciones donde ésta colisiona –como sucede en el caso planteado– con el principio convencional “autonomía progresiva”.⁸

Por lo dicho, la presente ponencia propone que la resolución de los casos difíciles bioéticos, en el contexto del bioderecho, debería asumir como punto de partida el narrativismo, sea éste directo (escuchar la propia voz del involucrado en un caso real) o indirecto (analizar otros supuestos análogos, reales o ficcionales, como por ejemplo el proporcionado por la literatura a la que cabe otorgar la condición de insumo metodológico), sin que ello implique prescindir del análisis de los principios bioéticos ni de la casuística o tópica, en tanto modos habituales de razonar en bioética. Y, desde luego, teniendo en miras el aspecto técnico médico (lo que se puede hacer con la salud del paciente). Así, a partir de esa historia “única” narrada, que implica asumir una actitud comunicativa (no meramente informativa) y empática del decisor, se puede delimitar el ámbito de aplicación al caso concreto de la autonomía progresiva del adolescente, y con ella los consecuentes límites de la intervención de terceros en las decisiones relativas a su salud.

II. BIODERECHO Y AUTONOMÍA PROGRESIVA

Se enseña que la manera de abordar un conflicto bioético comienza con la evaluación del aspecto técnico médico (qué podemos hacer por el paciente), continúa con el aspecto ético (qué debemos hacer) y culmina con el jurídico (qué es lo permitido, obligado o prohibido).⁹ En el caso que nos ocupa, el primero de los pasos parece resuelto: la enfermedad del adolescente posee un tratamiento médico concreto (transfusión de sangre). El segundo y el tercero, en cambio, se presentan problemáticos, puesto que en

⁶ VAN EEMEREN, F., *La teoría de la argumentación: una perspectiva pragmatológica*, trad. Karina Wolf y Cristián Santibáñez, Palestra editores, Lima, 2019, pág. 232.

⁷ MORIN, E., *Ciencia con conciencia*, trad. Ana Sánchez, Anthropos, Barcelona, 1984, págs. 314-315.

⁸ Al respecto se puede ver: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “La autonomía progresiva del niño, niña y adolescente”, en *Tratado de derecho de familia*, Kemelmajer de Carlucci, A. y HERRERA, M. –Dir.–, Tomo VI–A, cap. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 2023. También: MOLINA, M. F., “Comentario al artículo 26”, en *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales Comentado y Anotado con perspectiva de género*, Tomo 1, HERRERA, M. y DE LA TORRE, N. –Dir.–, Editores del Sur, Buenos Aires, 2022, págs. 196 y sig.

⁹ En relación con las personas menores de edad, se puede compulsar: CIRUZZI, María Susana, *Decisiones ante el final de la vida. La autonomía personal frente a la proximidad de la muerte*, Astrea, Buenos Aires, 2022).

ambos opera el concepto autonomía progresiva de NNA.¹⁰ En relación con el derecho, como se sabe, la Convención sobre los derechos del niño, instrumento internacional que en nuestro ordenamiento posee jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), obliga que cualquier decisión que involucre derechos fundamentales de NNA debe respetar su interés superior, brindarle la protección y los cuidados necesarios para su bienestar, todo ello teniendo en cuenta su opinión en función de su edad y grado de madurez (arts. 3, 12 CDN). Nuestra legislación interna es conteste con estas estipulaciones en numerosas disposiciones (ley 26.061, Código Civil y Comercial de la Nación).

Ahora bien, si aceptamos que el concepto “bienestar” es social y variable, el dogma religioso que prohíbe recibir transfusiones de sangre impresiona irrazonable y por eso inaceptable, pues acarrearía consecuencias nocivas irremediables para las personas destinatarias de una protección especial, y por tanto injustificables desde el punto de vista moral. Y si esto es así, la solución del caso sería contraria a la voluntad del joven, lo que implicaría asumir que su idea de “vida buena”, en la que otorga prevalencia al dogma religioso, estaría condicionada por las creencias religiosas de sus progenitores. La importancia a nivel de las consecuencias de una decisión del tipo exige una argumentación compleja, ética y jurídica, a fin de justificar el apartamiento de la decisión autónoma del adolescente y la interferencia paternalista del adulto decisor.

En suma, los casos difíciles bioéticos como el expresado se vinculan con las condiciones y límites tolerables de las intervenciones sobre la autonomía progresiva de NNA.

En este sentido, con el mero afán de ofrecer algunos elementos de análisis que contribuyan al debate, a continuación, me detendré en estas dos cuestiones de análisis que en mi opinión son las centrales: la autonomía y el paternalismo jurídico, anticipando que lo haré en forma breve, dado el espacio asignado a esta ponencia.

1. ¿Qué autonomía?

A partir de los aportes de las teorías comunitaristas y feministas, en la actualidad, la actividad justificativa en torno a la noción autonomía se piensa no sólo desde la capacidad de elección de los planes de vida conforme las preferencias del agente, sino también desde “los procesos de formación de tales preferencias”.¹¹ Esta cuestión adquiere mayor relevancia ante problemas contemporáneos de naturaleza bioética como el que hoy nos convoca, donde a la complejidad que le es inherente por su naturaleza, se añade que están involucrados intereses de una persona menor de edad con fuerte apego a un dogma religioso. Es decir, la reflexión debe incluir cómo se construyó el propio plan de vida, analizándolo con perspectiva de niñez. Al respecto, es importante reconocer que el agente no reflexiona en soledad ni establece deberes de conducta en abstracto, sino que lo hace como ser situado, histórica y contextualmente.¹²

Muy probablemente, entonces, sea acertado superar la idea liberal de autonomía personal, y en su reemplazo pensar la noción desde la perspectiva relacional, como “autonomía relacional”.¹³ Desde esta visión, el desarrollo autónomo del agente se

¹⁰ Ello implica tener en consideración que no nos encontramos ante relación bilateral (consejo médico/autonomía del paciente) sino multilateral, en tanto gravita también la opinión de quienes detentan la responsabilidad parental sobre paciente.

¹¹ La profesora española Silvina Álvarez profundiza esta tesis. Ver: ÁLVAREZ, S., “La autonomía personal y la autonomía relacional”, en *Análisis Filosófico XXXV*, Nro. I, mayo 2015, págs. 13-26 [15].

¹² Vuelvo a esta idea contextual y relacional de la autonomía. Ver: JUAN, G. R., “Leer como abogado, abogar como lector. ‘Kentukis’, de Samanta Schweblin y la dimensión digital de la persona”, en RDF 98, 10/03/2021, 261, cita online: TR LALEY AR/DOC/50/2021.

¹³ Ver: NEDELSKY, J., *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press, New York, 2011. También: MACKENZIE, C. y STOLJAR, N. –Ed.–, *Relational*

comprende a partir de la vinculación con “el otro” y de su “reconocimiento” como agente moral. Por tanto, la consideración del “bien” o lo “bueno” no surge del acto aislado individual, sino del aquel otro intersubjetivo y reconocido como tal.

Esta autonomía (relacional), en palabras de Nedelsky, cabe entenderla como una creación continua; la autonomía no es algo estático, es un proceso que se desarrolla en el tiempo e involucra a otras personas e instituciones.¹⁴

2. Paternalismo y perfeccionismo

A su vez, cabe tener presente la diferencia existente entre una acción paternalista y otra perfeccionista. La primera se verifica cuando se interfiere en la libertad de otro individuo, con el propósito de beneficiarlo o evitar que se dañe a sí mismo.¹⁵ De manera que el paternalismo presupone una relación intersubjetiva, cuyas características son: a) la interferencia de un sujeto sobre la libertad de otro, y b) la finalidad de benevolencia, que comprende la promoción de un beneficio para el destinatario, o bien para evitar que éste se dañe a sí mismo. En concordancia, explica Garzón Valdés, el paternalismo jurídico sostiene que siempre existe una razón buena para justificar una prohibición o un mandato jurídico, aun cuando se impone contra la voluntad del destinatario, siempre que ello sea necesario para evitarle un daño físico, psíquico o económico.¹⁶

El “perfeccionismo”, en cambio, se verifica cuando el Estado impone a las personas un determinado ideal, es decir, presupone lo que es bueno y lo regula, con prescindencia del ideal individual. La diferencia es central; el paternalismo no impone un ideal de lo que es bueno, sólo estipula conductas que el agente debe seguir para que pueda concretar su propio plan de vida, el que ha trazado previamente en forma autónoma. Por eso, en cualquiera de las diferentes posibilidades de autonomía antes vistas, el paternalismo podría estar justificado en determinados casos, pero no así las interferencias perfeccionistas.¹⁷

Pero ello no significa que el paternalismo jurídico siempre esté justificado. El límite para considerar justificada la interferencia estatal tendrá estrecha relación con la posición que se asuma en relación con una determinada concepción de la autonomía. Así, desde una posición liberal tradicional, que defiende el principio de libertad robusto, las relaciones sociales que involucran coacción (mediante el uso de fuerza física, sanción jurídica o coerción moral) solamente estarán justificadas en la medida que su propósito consista en la prevención de daños a terceros.¹⁸ Es el propio individuo, dice John S. Mill, quien está en mejores condiciones de conocer cuáles son sus intereses y cómo procurárselos, para lograr su mayor bienestar.

Si nos mantenemos en el registro liberal, pero igualitario, la posición extrema antes vista admite matices, dados por el juego de los principios autonomía, inviolabilidad y dignidad, tal como teorizara Carlos Nino.

Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self, Oxford University Press, New York, 2000.

¹⁴ NEDELSKY, op. cit., págs. 45-50.

¹⁵ DWORKIN, G., “Paternalism”, en Sartorius, R. –ed.–, *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, págs. 19-34.

¹⁶ GARZÓN VALDÉS, E. “¿Es éticamente justificado el paternalismo jurídico?”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n°5, 1988, págs. 155-173.

¹⁷ Por ejemplo, podemos pensar que, en nuestra comunidad, donde hemos alcanzado el consenso que el respeto por la vida de la persona humana es un valor por defender, es correcto que el cual el Derecho obligue a la utilización del casco de seguridad al circular en motocicleta. Sin embargo, esta posición no se juzgará correcta desde una posición liberal tradicional.

¹⁸ MILL, J. S., *Sobre la libertad*, trad. Lucas Bidon-Chanal, Ed. Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Buenos Aires, 2010, pág. 54.

Tomo esta consideración y agrego, ya del lado de la autonomía relacional, que debe traerse a consideración también, con alto grado de protagonismo, al principio de igualdad y la noción “vulnerabilidad”. Valorar la autonomía relacional en conjunción con el principio de igualdad, implica comprender a este último en su sentido actual (igualdad como no sometimiento), o sea, reconocer que existen personas que integran colectivos (niñez, vejez, discapacidad, género) estructuralmente desventajados y por eso mismo en situación de vulnerabilidad. Por tanto, la interferencia coactiva no puede ser ajena a las distintas perspectivas que surgen de estos grupos de personas, ni al hecho empírico de falta de simetría en lo respecta a la posesión o ejercicio de las capacidades relacionales (opciones relevantes). De manera entonces que un paternalismo jurídico estará justificado en la medida que establezca las condiciones necesarias para que el agente pueda intervenir en paridad en los procesos de formación de sus preferencias y posterior jerarquización.

Más en concreto aún, tratándose de un caso que involucra la decisión de una persona menor de edad sobre sus derechos personalísimos, se debe tener presente que juega un rol central la noción “competencia”, que prevalece sobre la “capacidad”, desplazando así la aplicación excluyente (por binaria) menor/mayor edad. Tal como expresa López de la Vieja, sin competencia, sin esta capacidad de obrar, de decidir y entender, carecería de validez tanto el consentimiento como el rechazo de los tratamientos por parte de los pacientes. Ser competentes, entonces, “es básico para que las decisiones relativas a la salud sigan estándares éticos.”¹⁹ Como se ve, la cuestión se complejiza puesto que el análisis no sólo es jurídico. Importa saber, desde el punto de vista clínico, “si el paciente entiende la situación y, por tanto, [si] está en condiciones de decidir qué será mejor para su salud, esté o no legalmente incapacitado.” De allí que las variables para conocer el grado de competencia, agrega la profesora de Salamanca, “serían las siguientes: comprender la información sobre la enfermedad y sobre el tratamiento, darse cuenta de la situación, razonar sobre los tratamientos, valorar las posibles consecuencias, expresarse y comunicar las decisiones.”²⁰

3. Argumentar en Bioderecho

El Bioderecho es el ámbito propicio desde donde podemos pensar el problema del caso, tal como se expuso, desde la (bio)ética y desde el Derecho con criterio colaborativo. Dado que no se trata solo de un problema jurídico, sino también médico y ético, la solución debe contener y explicitar un tipo de razonamiento que haya pasado vista a todas las diferentes formas de comprender el problema.

En esta línea, el paternalismo jurídico estará justificado si el decisor verifica ausencia de una competencia básica, esto es, aquella que resulta útil para resolver cuestiones cotidianas de la vida. Los vicios que afectan de forma insalvable la competencia básica son aquellos supuestos en los que la persona: a) ignora elementos relevantes de la situación, b) su fuerza de voluntad o sus facultades mentales están reducidas, c) su voluntad está condicionada, y d) su accionar es incoherente, lo cual se verifica cuando el agente acepta un determinado bien que no desea arriesgar, pero a la vez no emplea los medios que lo protegen, a pesar de tenerlos a su alcance.

Y para corroborar si se verifican o no estos recaudos se debe atender a la narración del interesado.

En suma, a partir del caso concreto pretendo poner de relieve la necesidad de asumir una forma diferente de argumentar, que no prescinde del criterio tradicional principialista ni del casuístico. La propuesta, que reconoce un comienzo en una anterior

¹⁹ LÓPEZ DE LA VIEJA, Ma. T., *Bioética y Literatura*, Plaza y Valdés, Madrid, 2013, págs. 91-92.

²⁰ Ídem.

entrega en este mismo espacio,²¹ consiste en utilizar una forma “narrativa y deliberativa”. Es narrativa mediante la escucha activa del NNA, central a los fines de verificar su competencia y decidir la consecuente aplicación del concepto ético y jurídico autonomía progresiva. Y es también deliberativa, pues procura obtener una decisión de consenso, que debe incluir al adolescente. Así pensada, no es diferente a la deliberación de la razón práctica en general, que se traduce en la secuencia valorativa: hechos, valores, deberes y normas.²² Y en ella, la aplicación de la pauta rígida de edad (de capacidad civil) no justifica por sí misma decisiones atinentes a la salud de NNA.

III. CONCLUSIÓN

Es entendible que el caso traído a examen genere perplejidad, pues se trata de la inestabilidad²³ propia que provocan los conceptos indeterminados como la autonomía progresiva. Pero ello no debe llevar a la inacción o su inaplicabilidad. Por el contrario, requiere de un esfuerzo argumentativo a fin de determinar la correcta aplicación en el caso concreto, en la que cabe prestar atención especial a que el desarrollo autónomo, la competencia y el ideal de autonomía se construyen en un entramado de relaciones intersubjetivas.

Dado que el principio de autonomía progresiva ya alcanzó la “mayoría de edad”, debería aplicarse sin temores, ya que se trata de un concepto cuyo consenso dialógico se ha logrado en un derecho visto con perspectiva de niñez.

²¹ Los inicios de esta tesis se pueden ubicar en: JUAN, G. R., “Argumentación Jurídica y bioderecho”, en *Nuevas perspectivas de la argumentación en el siglo XXI*, LIONETTI DE ZORZI, J. P. y LELL, Helga – eds.-, Universidad Nacional de La Pampa, Santa Rosa, 2020, págs. 16-22.

²² GRACIA, D., “Teoría y práctica de la deliberación moral”, en FEITO, L., GRACIA, D. y SÁNCHEZ, M. (editores), *Bioética: el estado de la cuestión*, Madrid, Triacastela, 2011, pp. 101-154.; SEOANE, J. A., “Argumentación jurídica y bioética. Examen teórico del modelo deliberativo de Diego Gracia”, en *Anuario de Filosofía del Derecho (AFD)*, XXXII, pp. 489-510, ISSN: 0518-0872, 2016 (p. 492 y sig.).

²³ TORRENS, M. C., “Autonomía progresiva. Evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes”, Astrea, Buenos Aires, 2019, pág. 228.

ANÁLISIS DE LA PERTINENCIA DE LA OBRA DE CICERÓN EN LA PRAXIS ARGUMENTATIVA ACTUAL

Alain Pierce Samayoa Chavarría¹

Cicerón fue un excelso escritor, político y orador romano del siglo I a.C.

Nacido en el año 106 a.C. en Arpino o Sora, a unas 70 millas al sureste de Roma, realizó estudios en derecho, oratoria, literatura y filosofía, materias que solían estudiar los juristas de su época; dotado como pocos, pero proveniente de una familia común se vio obligado a compensar la mancha de su procedencia con su talento como orador, lo que le permitió adentrarse en la actuación política, terreno en el que obtuvo múltiples cargos y reconocimiento. Dejó un legado importante en el ámbito de la retórica y la argumentación, siendo un referente en la materia y por algunos considerado el padre de la teoría de la argumentación jurídica.

Durante su vida escribió múltiples obras literarias; entre otras, destacan dos obras fundamentales sobre teoría retórica: el *Brutus* y el *Orator*, que junto con el *De oratore*, constituyen la trilogía fundamental de la teoría ciceroniana. Su obra ha sido estudiada y apreciada a lo largo de los siglos.

En su obra, Cicerón nos ofrece una imagen virtual de la perfección oratoria centrada en la formación intelectual del orador; siendo uno de los pocos autores que considera el aprendizaje de la filosofía, la dialéctica y el derecho como elementos fundamentales para el orador, sin olvidar que debe dominar además el arte de saber que decir, en que orden y como, es decir, hallar los argumentos más convenientes, ordenarlos de la manera más efectiva y exponerlos con el lenguaje más adecuado a la situación y al público. En ese sentido, da preponderancia a la invención (uno de los cinco elementos fundamentales del discurso en la teoría retórica tradicional)², entendida como la construcción de argumentos sólidos y persuasivos a partir del conocimiento que se posee, teniendo en consideración las preocupaciones específicas de la audiencia.³

Cicerón alienta al orador a ser ingenioso y original en la formulación de sus argumentos, procurando que su discurso sea convincente y memorable; no obstante, también debe prever que, atendiendo a las circunstancias, puede ser flexible y adaptarse al momento; entendiéndose que obtiene el juicio aquel que logra el convencimiento del juez y que dicho convencimiento implica el despliegue de las máximas estrategias, tanto para quien acusa como para quien defiende.

En resumen, la tónica ciceroniana plantea un sistema retórico que se centra en la invención y en la construcción de argumentos persuasivos a través de la identificación de puntos clave que puedan adaptarse a la situación en la que se desarrolla el discurso.

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Maestro en Artes por el Seminario Teológico de Dallas, Estados Unidos de América. Maestro en Derecho Administrativo, Doctorando en Derecho Constitucional. Catedrático Universitario. Asesor profesional de distintas instituciones públicas y privadas. Asociado Adherente al Instituto de Justicia Constitucional de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. abogado.alainsamayoa@gmail.com. www.samayoa.org

² Para la teoría retórica tradicional todo discurso había de constar de cinco elementos fundamentales: *inventio* (hallar los argumentos más convenientes); *dispositio* (ordenarlos de manera efectiva); *elocutio* (exponerlos con lenguaje adecuado a la audiencia); *memoria* (memorizar el contenido del discurso de tal manera que fluya de modo natural) y *actio* (interpretar el discurso a manera de un actor, con gestos, miradas e inflexiones de voz)

³ Es importante recordar que Cicerón como filósofo sostenía la existencia de conceptos inmutables que permiten la cohesión social; por ello en su ejercicio retórico enfatiza los vínculos relacionales que el discurso podría generar con su audiencia.

La influencia de Cicerón se extendió hasta la primera mitad del siglo XVI, momento en que el Erasmo critica la superficialidad del ornamento verbal junto con la vacuidad de substancia del ciceronianismo reinante, pues, Cicerón se caracterizó por un estilo de discurso elevado y majestuoso, buscando impresionar y persuadir a través de la grandiosidad y elocuencia.

En su *Ciceronianus* ataca la «copiosidad» de Cicerón y le aplica el adjetivo «asiático», eco de la vieja controversia de tiempos de Demóstenes y renovada en los de Cicerón mismo, entre los dos estilos, *la genus grande*, o estilo sublime, cuyo fin es *permovere* y *la genus humile*, o estilo sencillo, que trata de materia más filosófica.⁴

Esta *genus humile* que se posiciona como influencia decisiva en la transición de estilos que ocurre en Europa en las últimas décadas del siglo XVI y las primeras del siglo XVII tiene su origen y su autoridad en los dos primeros libros de la Retórica de Aristóteles en los que el filósofo relaciona la retórica a la lógica como forma del razonamiento.⁵

En ese orden de ideas, en lo sucesivo, al menos hasta la Edad Media, la influencia de la teoría aristotélica produce una oratoria plegada de argumentos racionales, claros y breves, abandonando la *genus grande* de Cicerón; a partir de allí, se suceden distintos estilos oratorios que recogen elementos de uno y del otro, y áticos y lacónicos, hasta la actualidad.

La praxis argumentativa actual requiere una combinación de habilidades legales, retóricas y éticas, centrándose en utilizar estrategias persuasivas y presentar argumentos sólidos que respalden la posición legal del orador, pero descansando en argumentos racionales. La lógica juega un papel preponderante. A tal efecto, el orador debe poseer un conocimiento exhaustivo de los hechos, ley aplicable y, según sea el caso, jurisprudencia; presentado su argumentación de manera clara y lógica.

Sobre el particular, la obra de Cicerón sigue siendo pertinente en la praxis argumentativa actual, si centramos nuestro enfoque en sus enseñanzas sobre retórica, ética, adaptación al público; no obstante, la portentosa genialidad del orador ciceriano ha sido desechada en tanto no sirve a la verdad, sino está en función del efecto.

Como hemos señalado, Cicerón fue un hábil orador que utilizó diversas técnicas, destacando la invención, para persuadir a su audiencia; en ese sentido, sus discursos presentaban argumentos convincentes, pero diseñados para influir en su audiencia.

Sin faltar a la verdad, de manera deshonesto o malintencionada, su principal objetivo era convencer a la audiencia, más que buscar una objetividad estricta, lo cual no tiene cabida en el orden actual de las cosas.

⁴ Lumsden Kouvel, Audrey. La huella de la retórica ciceroniana en el siglo XVII. pág. 194

⁵ *Ibíd*

INSTRUMENTOS JURISDICIONAIS AMBIENTAIS BRASILEIROS PARA A SALVAGUARDA DO MEIO AMBIENTE E A EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL DIANTE DA EXISTÊNCIA DO PASSIVO AMBIENTAL

Cristiane Bortoluzzi Corino¹

1 Introdução

Grandes litígios ambientais ocorridos no Brasil trazem a reflexão acerca da efetividade dos instrumentos jurisdicionais brasileiros para a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, sob a perspectiva de que as decisões judiciais que deles decorrem possam ser mais objetivas, mais racionais, corretas e justas, capazes de mitigar, reparar e compensar danos e passivos ambientais.

Em relação à busca pela racionalidade das decisões, a suposição que se faz é de que as regras previstas na teoria da argumentação jurídica de Alexy (2005)² sejam observadas na decisão judicial ambiental, respeitando-se as regras processuais de cada instrumento judicial ambiental e o devido processo legal.

De todo modo, este artigo buscará evidenciar, em especial, que um desses instrumentos judiciais, no caso a ação civil pública ambiental é a principal ferramenta para a garantia da efetividade do acesso à justiça em matéria ambiental do ponto de vista difuso³, quando e se a decisão que dela decorrer tenha reduzido grau de subjetividade do julgador, o que a tornaria mais racional e correta e, portanto, entregando aos seus titulares e à sociedade em geral a tutela jurisdicional pretendida: o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Outrossim, intentar-se-á demonstrar que a referida redução da subjetividade leva em conta além da aplicabilidade da teoria da argumentação jurídica referida, a realização de audiência pública e a inclusão de método valorativo de passivos ambientais, alcançando-se mais objetividade, clareza e correção da entrega da tutela jurisdicional requerida.

A preocupação com a ação civil pública ambiental se faz relevante vez que se trata do instrumento mais utilizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Ministério Público para a busca da responsabilidade direta ou indireta dos poluidores e do poder público e tem como objeto questões muito complexas, danos socioambientais extensos e acumulados ao longo do tempo, por vezes com certo grau de subjetividade e que demandam soluções que em grande parte dependem da implementação de políticas públicas pelos entes estatais⁴.

O mote da ação civil pública, contudo, não se resume à reparação, indenização e compensação do dano ambiental efetivamente ocorrido, deve se preocupar com o passivo

¹ Universidade del Museo Social Argentino – UMSA. Doutoranda em Ciências Jurídicas. Mestre.

² Alexy, R. (2005). Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Ed. Forense. Rio de Janeiro.

³ De acordo com Cappelletti e M. Garth, (2022), *in* Acesso à justiça. Trad. Ellen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002, “A solução mais eficiente parece ser a adoção de um sistema misto, combinando, de um lado, a iniciativa particular, por meio de associações e organizações privadas, incentivadas e apoiadas pelo poder público, se necessário; e, de outro, órgãos e entidades públicas, que atuariam naqueles casos de interesses que de tão difusos seriam incapazes de mobilizar a iniciativa particular”.

⁴ Silva Ramos C.F. (2017). A efetividade da ação civil pública ambiental: acesso à justiça na confluência entre o estado democrático de direito ambiental e a sociedade de risco. Tese de Doutorado. PPGD-UFMG. Disponível em <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-ASPFVD>. Acesso em 21 nov. 23.

ambiental que são as consequências deixadas pelo dano ambiental propriamente dito e pelos grandes empreendimentos que causam efetivos impactos ambientais, que em larga escala se estendem a longo prazo, com danos à saúde do homem e à própria sobrevivência, além da perda de seus modos de vida e ao meio ambiente como um todo.

Em fecho, findas as digressões a que se julgou relevantes, a compreensão que fica é no sentido de que a redução da subjetividade das decisões das ações civis públicas ambientais através de um discurso prático racional geral passa pelo método de valoração monetária dos passivos ambientais e pela audiências públicas, essas últimas que de acordo com Duarte e Carvalho (2012)⁵, visam atender aos pressupostos das regras da razão, já que representantes dos mais diversos segmentos sociais podem debater e problematizar o debate, deixando ao magistrado, ao final, a filtragem e a aplicação das regras do discurso prático racional geral.

Para o desenvolvimento deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo de pesquisa, uma vez que o problema foi enfrentado em seu aspecto geral em confronto com o ordenamento jurídico com as propostas de efetividade das decisões judiciais decorrentes das ações civis públicas ambientais.

2 Litígios ambientais e o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental difuso de terceira geração

Uma das maiores hidrelétricas do mundo, Belo Monte, localizada no rio Xingu, no Brasil, foi alvo de diversas ações judiciais devido aos impactos e danos ambientais, como o desmatamento da floresta amazônica e a desestruturação de comunidades indígenas.

O passivo ambiental deixado pela instalação da usina hidrelétrica e, de outro lado, o deixado pela tragédia nas usinas de mineração em Minas Gerais, um pelo rompimento da barragem de fundão, em Mariana, da Empresa Samarco, no ano de 2015 e depois, no ano de 2019, o rompimento da barragem do córrego do Feijão da Empresa Vale S.A, com terrível impacto social devido as mortes de centenas de pessoas, afora todas as questões ambientais, culturais, históricas, arqueológicas e os danos às comunidades indígenas da região que tinham seus modos e costumes de vida atrelados aos recursos hídricos, tratam-se na atualidade, de dois outros grandes litígios judiciais ambientais ainda sem grau de solução totalmente definido (Rocha, 2021, p. 184)⁶.

Exemplo emblemático, é o passivo ambiental da maior tragédia urbana no mundo ainda em curso, que vem sendo deixado pela Empresa Braskem, maior petroquímica da América Latina, localizada no nordeste do Brasil, na cidade de Maceió, Estado de Alagoas, que desde os anos de 1975/1976, através da mineração de sal-gema⁷ em 35 poços de extração que ocasionou o afundamento e a destruição de 5 bairros da capital alagoana, com cerca de 200 mil vítimas diretamente afetadas (60 mil maceioenses que tiveram que deixar suas casas e fechar empresas, é alvo juntamente com órgãos de

⁵ Duarte, L.G.M. e Carvalho, E.P. (2012). Aplicabilidade da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy nas decisões judiciais. Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 6, nº 21, p. 124-144, Out/Dez/2012.

⁶ Rocha, Leonardo Cristian (2021). As Tragédias de Mariana e Brumadinho: É Prejuízo? Para Quem? The Tragedies of Mariana and Brumadinho: *Is It Damage? For Whom?*. ISSN 2318-2962 Caderno de Geografia, v.31, Número Especial 1, 2021. Disponível em <https://periodicos.pucminas.br/index.php/geografia/article/view/25541/17777> Acesso em 21 de set. 2023.

⁷ Mineral utilizado como matéria-prima pra produção de plástico, cloro e soda cáustica, entre outros.

fiscalização e entes federativos estatais de várias ações judiciais que buscam a reparação social e moral da comunidade diretamente atingida)⁸.

Para além disso, em novembro de 2023, a Prefeitura de Maceió decretou estado de emergência de 180 dias na capital de Alagoas pelo risco iminente de colapso da mina 18 que pode deixar uma cratera de grandes proporções⁹, por conta da exploração de sal-gema da Braskem, obrigando novamente, e do dia para a noite, cerca de mais 5 mil pessoas, a deixar suas casas, suas vidas, tudo que levaram vida toda para adquirir, as alocando em escolas públicas da cidade, pelos menos temporariamente. A Defesa Civil alagoana emitiu um alerta sobre a instabilidade da mina, que coloca em risco 5 bairros. Segundo o órgão, o monitoramento da região foi aumentado, a partir do registro de cinco abalos sísmicos no mês passado¹⁰.

Segundo a ONU (Ribeiro, 2006, p. 77-78), o passivo ambiental passa a existir quando: a) houver uma obrigação de a entidade prevenir, reduzir ou retificar um dano ambiental, sob a premissa de que a entidade não possui condições para evitar tal obrigação. Esta ausência de condições é definida pelas seguintes situações: i. existência de uma obrigação legal ou contratual; ii. política ou intenções da administração, prática do ramo de atividade, ou expectativas públicas; ou iii. divulgação, por parte da administração, interna ou externamente, de sua decisão de prevenir, reduzir ou retificar o dano ambiental de sua responsabilidade. b) o valor da exigibilidade pode ser razoavelmente estimado.

Ocorre que a compreensão de passivo ambiental como dívida ecológica é muito mais ampla que o conceito estritamente contábil. Na realidade são as consequências geradas pelos danos e impactos ambientais não levados em consideração nos estudos e avaliações prévias (e se considerados não estão contabilizados) e que geram uma obrigação ética e portanto, jurídica, pois vem sendo repassado às gerações atuais e futuras, como se fosse uma herança maldita – o que tem que cessar ou, em alguma medida, ser regulado juridicamente para subsidiar a sua ulterior valoração monetária e ao fim e ao cabo, a cobrança do (s) responsável (is)¹¹.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça do Brasil (CNJ, 2022)¹², entre 2020 e 2021 houve um crescimento de 10,4% no número de processos judiciais ambientais, totalizando 89 mil ações judiciais. Entre elas, destacam-se aquelas relacionadas a crimes contra a flora, fauna e patrimônio genético, que juntas, alcançam um total de 50 mil.

⁸ Mansur, M.; Wanderley, L.J. (coord) Santos; C.J.S; Bulhões, J.A.; Viegas, M.E.F.da; Simões, P.E.M. ; Teles, R.C.; Correia, R.L.L da; Silva, V.S. (2023). Colapso mineral em Maceió: o desastre da Braskem e o apagamento das violações. Comitê Nacional em Defesa dos Territórios Frente a Mineração, no âmbito do Observatório dos Conflitos da Mineração no Brasil. ISBN N° 978-65-00-70846-2. Maceió – AL. Disponível em <http://emdefesadosterritorios.org/lancamento-relatorio-colapso-maceio-o-desastre-da-braskem-e-o-apagamento-das-violacoes/> Acesso em 21 set. 2023.

⁹ Cratera do tamanho do Maracanã pode se abrir em Maceió a qualquer momento: formação de um sinkhole. A situação é considerada de risco extremo. Disponível em <https://pensarpiaui.com/noticia/maceio-poder-cratera-do-tamanho-do-maracana.html> Acesso em 01 dez. 23.

¹⁰ Estado de Emergência ambiental. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2023/11/6663357-maceio-em-risco-de-colapso-entenda-estado-de-emergencia.html>. Acesso em 1 dez. 23.

¹¹ Corino, C.B. e Dill, P.R.J. (2023). O passivo ambiental e suas implicações jurídicas no mundo contemporâneo: A lacuna Jurídica normativa no direito brasileiro e proposições. Revista dos Tribunais. Revista de Direito Ambiental nº 110 (jun/2023), ISSN:1413-1439- Qualis A1, editada pela Thompson Reuters. 2023.

¹² Conselho Nacional de Justiça - Justiça em números 2022 / Conselho Nacional de Justiça. – Brasília: out. CNJ, 2022. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> Acesso em 17 out.23.

No mundo, o número total de processos judiciais relativos às mudanças climáticas mais do que dobrou desde 2017 e está crescendo no mundo inteiro. Esses dados, coletados até 31 de dezembro de 2022, publicados pelo Programa da ONU para o Meio Ambiente (PNUMA)¹³ e pelo Centro Sabin para Leis de Mudanças Climáticas da Universidade Columbia, mostram que o litígio climático está se transformando em uma parte integral para se assegurar a ação e a justiça climáticas¹⁴.

O caso judicial *Anderson et al v. PG&E*¹⁵ conhecido da grande mídia e que, inclusive virou produção cinematográfica pelo filme “Erin Brockovich”, trata da contaminação dos rios e do lençol freático pelo cromo-6 (usado para tirar ferrugem das máquinas) utilizado pela empresa Pacific Gás & Electric Company, PG&E - Gás e Electricidade do Pacífico e liberado nos rios da região em grandes quantidades, durante anos, ocasionando danos ambientais e sociais e deixando um passivo ambiental que sequer foi quantificado, portanto impagável até os dias atuais. Essa contaminação seria, também, a causa de várias doenças, causando danos irreparáveis à saúde de aproximadamente 650 pessoas da comunidade que residiam próximas a usina de gás e eletricidade, inclusive cânceres.

Esses e tantos outros exemplos judiciais fazem com que o Poder Judiciário assuma um papel de protagonismo na declaração e na concretização destes direitos em virtude da emergência climática e ambiental como um todo e da omissão dos demais poderes estatais.

Quanto mais corriqueiros são estes litígios, evidentemente, mais frequentes são os precedentes que enriquecem os sistemas legais, suas normas climáticas e protetivas das populações mais vulneráveis aos extremos climáticos antrópicos. *Forma-se, portanto, um arcabouço normativo (legal e jurisprudencial) cada vez mais consistente, multidisciplinar, rico e coerente.* O novo relatório fornece não apenas uma visão geral do estado da arte sobre os litígios climáticos, bem como realiza uma nova avaliação criteriosa das tendências globais destas contendas que chegam as Cortes em meio aos desastres e as catástrofes ambientais que ampliam a desigualdade (Wedy, 2021)¹⁶.

Vale salientar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é reconhecido na doutrina como um dos “novos direitos fundamentais”, um “direito humano fundamental de terceira geração, visto que cuida não só da proteção do meio ambiente em prol de uma melhor qualidade de vida da sociedade atual, mas também das futuras gerações, caracterizando-se assim como um direito transindividual e transgeracional difuso de terceira geração (Machado, 2007).

¹³ United Nations Environment Programme (2020). *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*. Nairobi. Disponível em: <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/34818/GCLR.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 18 out. 23.

¹⁴ Casos Climáticos - Atualizações de outubro de 2023 nos gráficos de casos climáticos. Por Margaret Barry, Maria Antônia Tigre - 11 de outubro de 2023. Disponível em <https://climate.law.columbia.edu/news/october-2023-updates-climate-case-charts> . Acesso em 17 out. 23

¹⁵ Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/acontece/ac2004200002.htm>. Acesso em 18 out. 23.

¹⁶ Wedy, Gabriel (2021). As Nações Unidas e as novas tendências dos litígios climáticos. Revista Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jan-30/ambiente-juridico-nacoes-unidas-novas-tendencias-litigios-climaticos#sdfootnote6sym> . Acesso em 18 out.23.

Foi a Carta Magna Brasileira de 1988 que elevou o meio ambiente, direito humano de terceira geração, à categoria de direito fundamental, ao dispor, expressamente, sobre a responsabilidade intergeracional por sua preservação em seu art. 225¹⁷.

Dentro dessa primeira análise, abre-se passagem para uma breve digressão sobre as gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais, situando-se o direito ao meio ambiente equilibrado na terceira geração, que compreende aqueles inerentes à própria condição humana e que não se destinam ao sujeito individualmente considerado, nem a uma coletividade destes, mas a todos os seres humanos e até mesmo não humanos, indistintamente, com vistas à preservação da vida no planeta.

Segundo Alexandre de Moraes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, direitos humanos fundamentais:

Trata-se do conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade. (Moraes, 2017)¹⁸.

Quando inseridos no texto de uma Constituição eles têm eficácia e aplicabilidade imediata, como reza o §1º do art. 5º da Constituição Federal ao dispor que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Assim, a classificação de um direito como direito humano fundamental no texto constitucional implica a obrigatoriedade da participação do Estado e da coletividade em torná-lo efetivo, por meio de ações comissivas ou omissivas, visto que esse simples enquadramento serve como garantia de que instrumentos adequados estão postos à disposição.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o meio ambiente como direito fundamental de terceira geração, voltado à coletividade social, quando do julgamento do instrumento jurisdicional denominado Mandado de Segurança n. 22.164/SP (BRASIL, 2013)¹⁹, em acórdão emblemático da alçada do Ministro Celso de Melo.

¹⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁸ Moraes, A. de (2003). Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39.

¹⁹ MS 22164 - Órgão julgador: Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Celso De Mello. Julgamento: 30/10/1995. Publicação: 17/11/1995. A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - direito de terceira geração - princípio da solidariedade - o direito a integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2022164%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true> Acesso em 21 nov. 23.

Recentemente, a Ministra Rosa Weber, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.757 (BRASIL, 2023)²⁰, reafirmou o que o direito ao meio sadio insere-se na denominada terceira dimensão de direitos fundamentais.

A doutrina jusambientalista se debruça sobre o tema e autores como Paulo Affonso Leme Machado explica que:

O meio ambiente é um bem coletivo de desfrute individual e geral ao mesmo tempo. O direito ao meio ambiente é de cada pessoa, mas não só dela, sendo ao mesmo tempo “transindividual”. Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de interesse difuso, não se esgotando numa só pessoa, mas se espalhando para uma coletividade indeterminada. (Machado, 2007, p. 118).

Nesse sentido, parafraseando os íncritos Ministros da Corte Suprema brasileira, da interpretação do art. 225 da Constituição Federal, fundamento normativo do Estado de Direito e governança ambiental, infere-se o reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em uma perspectiva intergeracional, típico direito de terceira geração, pois constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social.

3 Os instrumentos jurisdicionais ambientais brasileiros e a importância como mecanismos efetivos de acesso à justiça

No Estado Democrático de Direito, de acordo com o pensamento de Silva (2016, p. 123), “a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social”²¹. Delineia-se, pois, um novo paradigma, que propõe uma maior participação da sociedade civil na tomada de decisões, tanto no âmbito político, quanto no social e jurídico. Isso significa que não apenas o Estado deve ser responsável pela garantia dos direitos dos cidadãos, mas também outros atores sociais que atuam de forma complementar.

Nesse sentido, alguns instrumentos de atuação desses novos e velhos atores sociais são as ações sociais, políticas e jurídicas. Através dessas ações, eles buscam defender os direitos dos cidadãos e daqueles que são excluídos da cidadania. Isso inclui pessoas em situação de vulnerabilidade, minorias, grupos marginalizados, entre outros.

Essa garantia, de acordo com Bonavides (2017) é vista como o “oxigênio das Constituições Democráticas”²², ou seja, é o elemento fundamental que sustenta e fortalece o regime democrático.

²⁰ ADI 4.757, rel. min. Rosa Weber, j. 13-12-2022, P, DJE de 17-3-2023. Da interpretação do art. 225 da Constituição Federal, fundamento normativo do Estado de Direito e governança ambiental, infere-se estrutura jurídica complexa decomposta em duas direções normativas. A primeira voltada ao reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em uma perspectiva intergeracional. A segunda relacionada aos deveres de proteção e responsabilidades atribuídos aos poderes constituídos, aos atores públicos e à sociedade civil em conjunto. A preservação da ordem constitucional vigente de proteção do meio ambiente, densificada nos seus deveres fundamentais de proteção, impõe-se, pois, como limite substantivo ao agir legislativo e administrativo. O que significa dizer que tanto a Política Nacional do Meio Ambiente, em todas as suas dimensões, quanto o sistema organizacional e administrativo responsável pela sua implementação, a exemplo do Sistema Nacional do Meio Ambiente, dos Conselhos Nacionais, Estaduais e Municipais, devem traduzir os vetores normativos do constitucionalismo ecológico e do federalismo cooperativo. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=225>. Acesso em 21 nov. 23.

²¹ Silva, J. A. da. (2016). Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. São Paulo: Malheiros.

²² Bonavides, P. (2017). Curso de direito constitucional. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros.

Serão tratados a seguir os instrumentos jurisdicionais voltados à seara ambiental, sem por certo a pretensão de se esgotar o tema, com ênfase à ação civil pública ambiental, que em suas unidades nucleares podem ser capazes de prevenir, reparar e indenizar danos socioambientais, anulando atos lesivos ao meio ambiente objetivando a sua salvaguarda e, que podem servir de ferramenta para a cobrança monetária dos passivos ambientais se as decisões judiciais que deles decorram forem lastreadas com grau reduzido de subjetividade, o que, *mutatis mutandis*, tornaria a decisão final mais racional, correta e justa do ponto de vista socioambiental.

A ação popular²³ prevê que qualquer cidadão é parte legítima para propô-la e tem como objeto a anulação do ato lesivo ao meio ambiente, ao patrimônio público ou a moralidade administrativa e também atos omissivos do administrador público que possam causar danos ao meio ambiente. Segundo Moraes (2013), seu objetivo é atribuir ao povo um meio democrático e direto de fiscalização e de controle da gestão do Poder Público, levando em consideração o princípio da legalidade dos atos administrativos e, principalmente, com base no conceito de que a *res* pública é patrimônio do povo²⁴. Atualmente conforme estudos estatísticos, a ação popular no Brasil está esquecida no mundo jurídico vez que a população não detém o conhecimento sobre quais são seus direitos e sobre como reivindicá-los²⁵.

O mandado de injunção²⁶ será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. De acordo com Oliveira *et al.* (2004)²⁷ quando existe mera expectativa de direito inscrita no texto constitucional, com falta de norma regulamentadora para efetivá-la ou transformar em direito com viés subjetivo, não se tratará de caso de mandado de injunção e sim do ajuizamento de uma outra ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim o mandado de injunção busca, por sentença, a norma concreta e individual para a solução do caso específico, sendo assim um instrumento hábil para defesa do meio ambiente que é imbricado diretamente com o direito à dignidade da pessoa humana e a subsequente sadia qualidade de vida para os presentes e futuras gerações.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão²⁸ serve para se assegurar um direito constitucional fundamental, quando se é necessária a complementação infraconstitucional pelo Poder Legislativo, como nos casos das normas constitucionais de

²³ Está prevista no artigo 5º, LXXII da Constituição Federal e foi instituída pela Lei nº 4.717/1965.

²⁴ Ministro do Supremo Tribunal Federal. Moraes, A. de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 9. ed. atual. até a EC nº 71/12. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁵ No ponto, o trabalho intitulado: Ação Popular: uma análise estatística acerca da (in) efetividade como medida de controle estatal Autor(es): Laís Carolina Nazário, disponível em <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/7548>. Acesso em 19 out. 23.

Nesse aspecto cabe o destaque para Silveira et al. (2018, p. 1): Os populares deveriam ser melhor instruídos acerca dos seus direitos, sendo necessário um trabalho em conjunto entre o Judiciário, o Ministério Público e a Ordem dos Advogados, na promoção do direito. Se todos fossem orientados a questionar seus interesses por meio da ação popular (efetivando o direito constitucional de ação), de forma prudente e procedente, decerto que reduzir-se-ia, e muito, os atos lesivos e as interferências praticadas contra o erário, o meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. SILVEIRA, Lucas; AMORIN, Joelma Carvalho de; ARRUDA, Kátia Ferreira; SILVA, Isabelly Cristine da; MARQUES JUNIOR, Edson Fogaça. Ação popular: principais aspectos. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65619/acao-popular-principaisaspectos>. Acesso em: 24 out. 2019.

²⁶ Previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988.

²⁷ Oliveira, F.de P. M de; Guimarães, F.R. (2004). Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar. São Paulo

²⁸ Prevista no art. 103, I a IX da Carta Maior.

eficácia limitada e normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade. Nesse sentido, destaca Canotilho (2000) que:

A omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas.²⁹

A omissão emblemática brasileira na seara ambiental foi refletida na ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 54 (ADO 54)³⁰, no voto vogal da Ministra

²⁹ Canotilho, J.J.G. (2000). Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina.

³⁰ ADO 54 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO - NÚMERO ÚNICO: 0027832-55.2019.1.00.0000 - Origem: DF - DISTRITO FEDERAL Relator: MIN. CÁRMEN LÚCIA - REQTE.(S)REDE SUSTENTABILIDADE ADV.(A/S)RAYSSA CARVALHO DA SILVA (2325/AP) INTDO.(A/S)PRESIDENTE DA REPÚBLICA PROC.(A/S)(ES)ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Abaixo, excerto da parte dispositiva do voto da julgadora na ADO nº 54, no qual: a) reconheceu o estado de coisas inconstitucional quanto ao desmatamento ilegal da Floresta Amazônica e b) determinou que: a) a União e os órgãos e entidades federais competentes (Ibama, ICMBio, Funai e outras indicadas pelo Poder Executivo federal), dentro de suas respectivas competências legais, formulem e apresentem um plano de execução efetiva e satisfatória do PPCDAm ou de outros que estejam vigentes, especificando as medidas adotadas para a retomada de efetivas providências de fiscalização, controle das atividades para a proteção ambiental da Floresta Amazônica, do resguardo dos direitos dos indígenas e de outros povos habitantes das áreas protegidas (Unidades de Conservação e Terras Indígenas), para o combate de crimes praticados no ecossistema e outras providências comprovada e objetivamente previstas no Plano, em níveis suficientes para a coibição do desmatamento na Amazônia Legal e de práticas de crimes ambientais ou a eles conexos, devendo esse plano ser apresentado a este Supremo Tribunal Federal em até sessenta dias, nele devendo constar, expressamente, cronogramas, metas, objetivos, prazos, projeção de resultados com datas e indicadores esperados, incluídos os de monitoramento e outras informações necessárias para garantir a máxima efetividade do processo e a eficiente execução das políticas públicas, considerados os parâmetros objetivos mencionados, devendo ser especificada a forma de adoção e execução dos programas constantes do plano, os recursos a serem destinados para atendimento dos objetivos, devendo ser minudenciados os seguintes parâmetros objetivos de aferição para cumprimento da decisão, a serem marcados pela progressividade das ações e dos resultados: a.1) Até 2023, a redução efetiva proposta e os instrumentos e as providências a serem adotadas para o atendimento daquela finalidade referente aos índices de desmatamento na Amazônia Legal, conforme dados oficiais disponibilizados pelo INPE/PRODES, em níveis suficientes para viabilizar o cumprimento da meta de 3.925 km² de taxa máxima anual de desmatamento na Amazônia Legal, correspondente à redução de 80% dos índices anuais em relação à média verificada entre os anos de 1996 e 2005, que deveria ter sido cumprida até o ano de 2020, conforme compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil; a.2) A redução efetiva e contínua, até a eliminação, dos níveis de desmatamento ilegal em Terras Indígenas e Unidades de Conservação federais na Amazônia Legal, conforme dados oficiais disponibilizados pelo INPE/PRODES, respeitados os direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais, cabendo às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público; a.3) O desempenho efetivo por instrumentos especificados de atuação para a fiscalização pelos órgãos competentes e de investigação das infrações ambientais e aquelas a eles conexos, com os meios para garantia de eficácia dos resultados, incluídos os casos em que haja punições, sempre na forma da legislação vigente, com a atuação das entidades federais competentes (Ibama e, quanto couber, ICMBio e Funai) contra o desmatamento ilegal na Amazônia Legal, a prática de tráfico de madeira e de animais, na forma da previsão de resultados definidos no Eixo de Monitoramento e Controle do PPCDAm, ainda que na forma de planejamento que suceda àquele plano; a.4) A forma prevista e os meios adotados para o cumprimento imediato ou progressivo, com planejamento até dezembro de 2023, como consta do PPCDAm, dos demais resultados previstos nos Eixos Temáticos do PPCDAm, apresentando-se o cronograma de execução das providências; b) Pela gravidade do quadro de comprovada insuficiência estrutural das entidades públicas competentes para combater o desmatamento na Amazônia Legal, a União deverá, no prazo máximo de sessenta dias, preparar e apresentar a este Supremo Tribunal Federal, plano específico de fortalecimento institucional do Ibama, do ICMBio e da Funai e outros a serem eventualmente indicados pelo Poder Executivo federal, com cronograma contínuo e gradativo, incluindo-se a garantia de

Carmem Lúcia que reconheceu a omissão do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por parte o Estado Brasileiro, que produziu *efeitos irreversíveis sobre todos os seres humanos, desta e das futuras gerações*, causando impacto sobre o direito à saúde e à vida de *número indeterminado de pessoas, afetando ecossistemas inteiros, os animais, a qualidade do ar, o solo e os recursos hídricos e minerais*.

Lado outro, existe no ordenamento constitucional brasileiro, a ação direta de inconstitucionalidade³¹ que tem como propósito obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal e de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face das Constituições estaduais, refletindo mais um instrumento jurídico na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado na busca de uma tutela ambiental intergeracional. Um dos julgados mais relevantes na seara ambiental tratam das Ações diretas de inconstitucionalidade números 4901, 4902 e 4937 que em linhas gerais postularam a declaração de inconstitucionalidade³² de artigos do Código Florestal Brasileiro (Lei nº 12.651/2012)³³.

dotação orçamentária, de liberação dos valores; c) Para garantir o direito republicano à transparência e à participação da sociedade brasileira (inc. XXXIII do art. 5º, inc. VI do art. 170 e art. 225 da Constituição do Brasil), titular dos direitos fundamentais à dignidade ambiental, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao direito de cada um e de todos à saúde, à vida digna e aos direitos dos grupos específicos cujos direitos fundamentais estão versados nesta demanda, como os povos indígenas, determinava à União e às entidades federais Ibama, ICMBio e Funai e outras indicadas pelo Poder Executivo federal que passe a apresentar, e com atualização mensal, em sítio eletrônico a ser indicado pela União, relatórios objetivos, transparentes, claros e em linguagem de fácil compreensão ao cidadão brasileiro, sempre que possível ilustrados por mapas, gráficos e outras técnicas de comunicação visual, contendo as ações e os resultados das medidas adotadas em cumprimento aos comandos determinados por este Supremo Tribunal Federal, a serem disponibilizados publicamente em formato aberto, se possível integrado com o Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – SINIMA, ao qual deve ser dada ampla publicidade, ressalvadas desta exigência prévia e nos prazos estabelecidos os casos em que a informação se refira a operações ou providências para investigação e apuração de infrações, cujos resultados dependam de diligências sigilosas e que podem ter a sua eficiência comprometida pela publicidade prévia; d) A submissão ao Observatório do Meio Ambiente e das Mudanças Climáticas do Poder Judiciário (Portaria nº 326, de 16.12.2021) do Conselho Nacional de Justiça de relatórios mensais produzidos pelos órgãos competentes do Poder Executivo, do IBAMA e do ICMBio, até dezembro de 2023, relacionados às medidas de cumprimento das determinações previstas nos itens acima com os resultados obtidos, no combate ao desmatamento da Amazônia, à implementação de medidas de fiscalização e a implementação do PPCDAm ou de outros planos adotados para o cumprimento das metas estabelecidas (STF, 2022). Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5757017> Acesso em 20 out. 23.

³¹ Art. 102, I, “a” da CF/1988 e Lei nº 9.868/1999.

³² No ponto, calha o destaque acerca da existência de uma ação declaratória de constitucionalidade nº 42 que diante da temática foi pensada às demais e julgada em conjunto.

³³ Cavalcante, M. A. L. (2020). Vademecum de Jurisprudência Dizer o Direito. JusPodivm.

No caso, o Supremo Tribunal Federal decidiu: 1) declarar a inconstitucionalidade das expressões “gestão de resíduos” e “instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais ou internacionais”, contidas no art. 3º, VIII, b, do novo Código Florestal; 2) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, VIII e IX, de modo a se condicionar a intervenção excepcional em APP, por interesse social ou utilidade pública, à inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta; 3) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 3º, XVII e ao art. 4º, IV, para fixar a interpretação de que os entornos das nascentes e dos olhos d’água intermitentes configuram área de preservação permanente; 4) declarar a inconstitucionalidade das expressões “demarcadas” e “tituladas”, contidas no art. 3º, parágrafo único; 5) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica; 6) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 59, §§ 4º e 5º, de modo a afastar, no decurso da execução dos termos de compromissos subscritos nos programas de regularização ambiental, o risco de decadência ou prescrição, seja dos ilícitos ambientais praticados antes de 22.7.2008, seja das sanções deles decorrentes, aplicando-se extensivamente o disposto no § 1º do art. 60 da Lei 12.651/2012, segundo o qual “a prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão

Chama a atenção quando a maior Corte de Justiça Brasileira, concordando com os argumentos de um dos autores da ADI (o partido PSOL), entendeu que não se pode aceitar que um Estado, ao qual é imposta constitucionalmente a defesa e preservação do meio ambiente, conceba a gestão de resíduos (construção de aterros sanitários) e o lazer como hipóteses de intervenção e supressão de vegetação em áreas de preservação permanente e em áreas de uso restrito. Em outras palavras, portanto, não se mostra compatível com o art. 225 da CF/88 autorizar-se a relativização da proteção da vegetação nativa protetora de nascentes, por exemplo, para “gestão de resíduos” ou para a realização de competições esportivas. Isso porque, conforme ensina Amado (2019, p. 245), a intervenção em áreas de preservação permanente deve ser excepcional, a fim de evitar o comprometimento das funções ambientais de tais áreas, o fluxo gênico da fauna e flora, por exemplo. Diante disso, o STF afirmou que essa previsão do art. 3º, VIII e IX, é constitucional, mas que a interpretação a ser dada é a de que somente pode haver intervenção em área de proteção permanente (APP) em casos excepcionais e desde que comprovada a inexistência de alternativa técnica e/ou locacional à atividade proposta³⁴.

De fato, quanto ao mérito das ações direta de inconstitucionalidade em comento, sem esgotar-se, por certo, tema de tamanha relevância ambiental, passaram batidos diversos dispositivos legais, em franca contrariedade ao dever geral de não degradação e ao dever de restaurar os processos ecológicos essenciais, admitindo-se, nas palavras da Subprocuradora Geral da República Sandra Cureau responsável pelo ajuizamento das ações “ a consolidação de danos ambientais praticados até 22 de julho de 2008” (Cureau, 2020)³⁵.

Noutro sentido, tem-se, anda, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que tem por objetivo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. (art. 1º, Lei nº 9882/1999)³⁶.

punitiva”; 7) que todos os demais dispositivos do novo Código Florestal são constitucionais. (Cavalcante, M. A. L. (2020). *Vademecum de Jurisprudência Dizer o Direito*. JusPodivm).

³⁴ Amado, F. (2019). *Direito Ambiental*. 10ª Edição. JusPodivm.

³⁵ Em tal contexto, enfatizou a autora, que a definição “área rural consolidada” é utilizada pela Lei 12.651/12 diversas vezes, objetivando, em síntese, isentar os causadores de danos ambientais da obrigação de reparar o dano, sem exigir qualquer circunstância razoável para a dispensa desta reparação. A Suprema Corte não atentou para aspectos importantes relativos ao tema da reserva legal. Apenas a título de exemplo, ao permitir a aquisição de uma área no mesmo bioma como mecanismo de compensação, a Lei 12.651/12 afronta o dever fundamental de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais. Além disso, permite a completa descaracterização do instituto da reserva legal. (...)Nos biomas com índices maiores de antropização, como o Cerrado, a Caatinga e algumas áreas altamente fragmentadas como a Mata Atlântica e partes da Amazônia, os remanescentes de vegetação nativa, mesmo que pequenos, têm importante papel na conservação da biodiversidade e na diminuição do isolamento dos poucos fragmentos da paisagem. De outro lado, é inteiramente diversa, inclusive do ponto de vista do valor imobiliário, a situação de uma área localizada no estado de São Paulo de outra, no estado de Sergipe. Dessa maneira, resta lucrativo adquirir uma área no mesmo bioma (Mata Atlântica), como mecanismo de compensação, além de não ter serventia para preservar a biodiversidade e os fragmentos da paisagem que foram danificados ou desapareceram (Cureau, 2020, p. 26). Cureau, S. (2020). Um breve exame do percurso e do resultado das ações diretas de inconstitucionalidade do novo Código Florestal Brasileiro. Org. Márcia Dieguez Leuzinger Lorene Raquel de Souza Mariana Barbosa Cirne. Dez anos do Código Florestal Brasileiro. CEUB – Educação Superior. Brasília. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15910/3/E-BOOK%20Co%CC%81digo%20Florestal%20Brasileiro.pdf>. Acesso em 20 out. 23.

³⁶ Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em 31 out. 23.

Por fim, faz-se breves considerações acerca do Mandado de Segurança Coletivo para a proteção de interesses difusos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que somente seria possível se demonstrada por prova pré-constituída a lesão ou dano ambiental. O mandado de segurança é uma garantia constitucional, que possui a finalidade precípua de sanar ou obstar a ocorrência de atos ilegais ou abusivos, praticados por agente investido em função pública, ou que detenha delegação para prestação de um serviço estatal. Segundo Cretella Júnior (1974):

Mandado de segurança é o instrumento específico de que pode utilizar-se o administrado para suscitar o exame jurisdicional de ato de autoridade que, potencialmente ou concretamente, lhe fira direitos subjetivos, públicos ou privados, utilização que ocorre a priori, em caso de ameaça iminente, a posteriori, quando a coação se efetivou, em virtude da edição concretizada de ato administrativo ilegal.³⁷

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXIX, prevê que o mandado de segurança é instrumento processual cabível para proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder, for autoridade que esteja em exercício de função pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, devendo a pretensão ser externada com base em prova pré-constituída.

A despeito disso, a lei de nº 12.016/2009, em diretriz oposta à estabelecida em nossa Carta Maior, firmou limitação quanto ao objeto do mandado de segurança coletivo, prevendo-o como instrumento apto à salvaguarda unicamente dos direitos coletivos em sentido estrito e dos individuais homogêneos.

Assim ficou disposto no artigo 21, parágrafo único, incisos I e II, verbis:

Art. 21: [...] Parágrafo único: Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser: I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Ainda que não tenha excluído expressamente os direitos difusos de seu âmbito de incidência, silenciou a respeito desta possibilidade, deixando a doutrina e os aplicadores do direito em intensa discussão a respeito da temática, mormente frente ao parâmetro constitucional³⁸. Os entendimentos em sentido contrário pautam-se na premissa da tese restritiva do parágrafo único do art. 21 da lei do mandado de segurança, deixando somente para a lei da ação civil pública e à ação popular a defesa dos direitos difusos. Gize-se, portanto, que o Poder Judiciário, ao apreciar uma causa coletiva, não deve se prender a formalismos processuais³⁹, devendo preferir a análise do mérito da ação, face às

³⁷ Cretella Júnior, J. Do mandado de segurança. São Paulo, Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974. p. 9.

³⁸ No ponto, deve-se perquirir, numa situação hipotética, se uma vez autorizado o desmate, por um agente do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente, de vasta vegetação situada em área de preservação permanente, cuja comprovação esteja feita de forma documental, se o caso não autorizaria a utilização do remédio em apreço por determinada associação ou partido político. Dias, M. A (2013). Mandado de segurança coletivo e meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dissertação de Mestrado. UFMG - Universidade Federal de Mato Grosso. Faculdade de Direito. Programa de pós-graduação em direito agroambiental.

³⁹ Grinover, A. P. (2007). Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini, Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro; Watanabe, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

peculiaridades do direito ali invocado, a simplesmente extinguir o processo, devendo-se realizar uma interpretação conforme os princípios de acesso à justiça ambiental e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em fecho, a ação civil pública de responsabilidade por danos ambientais que será objeto específico do capítulo subsequente vez que se trata do mais efetivo e utilizado no ordenamento jurídico moderno brasileiro.

4 A ação civil pública brasileira sob o olhar de uma decisão judicial mais efetiva e mais justa para a sociedade

A ação civil pública de reponsabilidade por danos causados ao meio ambiente é mais um instrumento de acesso à justiça ambiental e, no caso o mais utilizado e efetivo no ordenamento jurídico brasileiro, no que que toca à responsabilização dos empreendedores e poder públicos pelos danos e impactos ambientais e é disciplinada pela Lei nº 7.347/1985 e suas posteriores alterações, tendo sido abarcada pela Carta Constitucional de 1988 que no seu artigo 129, III (CF, 1988) reza que dentre as funções do Ministério Público estão a de, além de promover o inquérito civil, ingressar com a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

De acordo com Cappelli *et al.* (2007), “a lei da ação civil pública ingressou no cenário legislativo brasileiro na década de oitenta, período marcado pela introdução de instrumentos processuais norteadores à facilitação do acesso à justiça”. Argumentou ainda, que antes da publicação da lei, a defesa do meio ambiente estava restrita às ações individuais (normalmente embasadas no direito de vizinhança) e à atividade administrativa do Poder Público no exercício do poder de polícia administrativo. O trato dos interesses difusos era circunscrito aos limites estabelecidos pela Lei da Ação Popular que visa exclusivamente a anular ato do poder público lesivo, entre outros, ao meio ambiente (art. 5º, inciso LXXIII, da CF). Hoje, a ação civil pública, inclusive, permite responsabilizar diretamente o administrador público.⁴⁰

A propositura da ação civil pública não é exclusiva do órgão ministerial, havendo outros sujeitos legitimados para tal. Trata-se de uma legitimidade *concorrente e disjuntiva*⁴¹. Além disso, qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe as informações necessárias se constatar lesão ou ameaça de lesão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tem em mãos, apenas os legitimados órgãos públicos, a possibilidade de tomar dos interessados um termo de ajuste de conduta (solução extrajudicial do conflito que evita o ajuizamento da ação ou pode ser entabulado durante a ação) para adequar sua conduta às condicionantes ambientais e exigências legais recuperando o meio ambiente ou prevenindo danos futuros, e que terá eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, 6º e 7º).

Em relação à legitimidade passiva, é o poluidor, direto ou indireto, pessoas física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável pela degradação ambiental (at. 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/1991). Ademais, nesse caso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ)⁴², reconhece que a pessoa jurídica de direito público responderá pelos danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua conduta omissa quanto ao dever de fiscalizar. Inclusive, o novo proprietário, possuidor ou detentor de

⁴⁰ Cappelli, S.; Marchesan, A. M.; Steigleder, A. (2007). Direito Ambiental, 4ª ed., RS: Verbo Jurídico.

⁴¹ É dizer, pois, que a União, Estados, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações, em conjunto ou separadamente, essas últimas, desde que estejam constituídas há pelo menos 1 (um) ano e tenham em suas finalidades, a proteção do meio ambiente, são legitimados ativos para o ajuizamento da ação civil pública de responsabilidade ambiental (Cappelli *et al.* apud Moreira, 2007).

⁴² STJ, REsp 880.160, de 04.05.2010

imóvel com passivo ambiental também terá legitimidade ad causam para responder ação civil pública para reparação do dano ambiental, vez que se trata de obrigação *propter rem*, independentemente de ter sido ele ou o antigo dono o causador do dano ambiental, sendo irrelevante a arguição de boa fé⁴³. Esse entendimento já estava consolidado na Súmula 623, que se baseou na jurisprudência do STJ⁴⁴.

Quanto ao objeto da ação civil pública, dispõe o art. 3º que ela poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Todavia, de acordo com o art. 14, parágrafo 1º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/1981), sem obstar as penalidades neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. Nesse viés, entende-se possível, portanto, a cumulação das obrigações de fazer om a pecuniária, com fulcro no princípio da reparação integral do dano e de acordo com as particularidades do caso concreto, *e.g. obrigação de fazer para reparação dos danos ambientais cumulada com indenização por danos extrapatrimoniais, sociais, morais*.

Outrossim, o art. 1º da lei da ação civil pública afirma que “regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados”. Não obstante entendimentos diversos do próprio STJ⁴⁵, mesmo em casos em que não seja possível identificar as pessoas afetadas, é “plenamente possível presumir o sofrimento, mesmo que não se possa nomina-las, pois essa condenação será destinada a um fundo legalmente criado⁴⁶”. Com a leitura que lhe é peculiar, elucida Milaré (2005, p. 934), que “nada obsta, diante do caso concreto, pleiteio o autor o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer com pedido indenizatório⁴⁷”.

Ensina Amado (2019, p. 812), que o pedido da ação civil pública ambiental é aberto, nele não se deve adotar o regime jurídico privado da norma processual civilista, tendo em vista a “natureza coletiva e imaterial da reparação dos danos ambientais⁴⁸”.

Dessa forma o juiz não fica condicionado aos pedidos insertos na petição inicial da ação civil pública, os quais poderão, conforme o andamento do processo serem alterados, aditados conforme o melhor interesse público ambiental, mesmo que o réu se oponha.

Faz-se tal registro porque o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal como enunciado na Constituição Federal de 1988, sem seu art. 225 em que “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, é bem difuso, e quando lesionado (degradado) provoca danos a pessoas indetermináveis, sendo, portanto, hipótese de interesses ou direitos difuso.

⁴³ Nesse sentido <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/10102023-Repetitivo-estabelece-que-comprador-de-area-degradada-tambem-responde-pelo-dano-ambiental.aspx> Acesso em 19 out. 23.

⁴⁴ Segundo a qual a obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, uma vez que a Lei 8.171/1991 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por desmatamentos anteriores: “As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor” Súmula n. 623, Primeira Seção, julgado em 12/12/2018, DJe de 17/12/2018.

⁴⁵ STJ, AgRg no REsp. 1.109.90, de 22.06.2010.

⁴⁶ STJ, Resp 1.269.494, j. 24.09.2013.

⁴⁷ Milaré, E. (2005). *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1091.

⁴⁸ Amado, F. (2019). *Direito Ambiental*. 10ª Edição. JusPodivm.

A definição legal dos interesses/direitos difusos e coletivos consta do artigo 81, I e II, da Lei nº 8078/1990 que estabelece o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e dele o direito ambiental se arrima: I - *interesses ou direitos difusos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (CDC, 1990)⁴⁹.

Nesse sentido, a poluição provocada pela lama no Rio Doce após o rompimento da barragem de Mariana afetou uma coletividade indeterminável, vez que as comunidades afetadas como um todo estão conectadas de fato e não de direito, podendo inclusive alcançar as futuras gerações. Ocorre que esse passivo ambiental que não tem um sujeito determinado beneficiário tem que ser cobrado dos empreendedores e dos entes estatais e a população afetada (mesmo que se determine, um ou outro grupo de sujeitos, a exemplo dos direitos coletivos ou individuais homogêneos) tem que ser compensada pelos danos ocorridos no tempo e em larga escala. Se isso será concretizado através dos fundos públicos, a exemplo dos fundos ambientais estatais, por seguros ambientais, ou, como a autora sugere também, pela inserção do pedido da cobrança do passivo ambiental nas ações civis públicas, é matéria de argumentação jurídica e de densa reflexão que não se pretende com o presente artigo esgotar.

Nesse sentido, no que diz respeito ao direito ambiental, o meio ambiente é um bem de toda a coletividade, pode ser tanto individual como social, e apresenta-se sendo como um direito transindividual difuso de terceira geração⁵⁰ não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.

4.1 Em que sentido se verifica o efetivo acesso à justiça ambiental no âmbito das ações civis públicas? Como inserir a variável dos passivos ambientais e ainda se alcançar uma decisão judicial efetiva, justa e correta para todos?

De antemão, cabe dizer que o conceito de meio ambiente ensanchado, para além da “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”⁵¹, trata-se ainda de “um complexo dos fatores e elementos naturais e antropocêntricos que são mutualmente inter-relacionados, e afetam o equilíbrio natural, a qualidade da vida, a saúde humana ou patrimônio histórico e paisagístico”⁵². Igualmente não é possível deixar de lado os

⁴⁹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm

⁵⁰ No que tange a proteção do meio ambiente pertencer ao direito de terceira geração, há uma decisão pacificada do STF - MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10- 995, Plenário, DJ de 17-11-1995. No mesmo sentido: RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO – 4ª ed. – Brasília. Secretaria de Documentação. Brasília, 2011, p. 1955): “O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”

⁵¹ Silva, J.A. da. Direito Ambiental Constitucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20.

⁵² Shelton, D; Kiss, A. Judicial handbook on Environmental Law. Nairobi: UNEP, 2005, p. 4.

passivos ambientais provocados por grandes empreendimentos que não são levados em consideração quando da instalação da obra potencialmente poluidora.

Sob o ponto de vista do Direito Internacional, no sentido destacado pelo Juiz de direito Carlos Fernando Silva Ramos, o acesso à justiça ambiental pode ser visto como a garantia de instrumentos processuais administrativos ou judiciais efetivos que permitam obter a reparação por dano ambiental ou a correção de ato contrário à legislação ambiental. Esse é um direito que pode ser extraído das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, como as positivadas na Convenção das Nações Unidas sobre direitos civis e políticos, bem como das diretrizes específicas sobre meio ambiente, como as firmadas na Declaração do Rio. Essa interpretação, apesar de servir de ponto de partida, longe está de cobrir toda a complexidade do tema.⁵³

Evidencia-se que o acesso à justiça, de acordo com Ramos *apud* Capelletti e Garth (2017) diz respeito não apenas ao ingresso das demandas na estrutura do Poder Judiciário, mas principalmente à necessidade de oferecer soluções em tempo razoável e adequadas às diferentes tipologias de conflitos que lhe são apresentados.

Para que se possa alcançar a efetividade: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos e a outras posições jurídicas de vantagem contempladas expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico; b) os titulares desses direitos e posições de vantagens, ainda que não determinados ou indetermináveis, devem poder empregar praticamente esses instrumentos; c) devem-se assegurar condições favoráveis à mais completa possível reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda o máximo possível à realidade; d) tanto quanto possível, o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa o gozo de tudo aquilo a que tem direito de acordo com o ordenamento; e) tal resultado precisa ser alcançado com o gasto mínimo de tempo e recursos⁵⁴.

Assim, não se pode deixar de ver que a finalidade fundamental do processo judicial é resolver um conflito, impedindo que a ordem jurídica seja violada ou restaurando-a, no caso de consumada a violação, o que leva à primazia da solução de mérito e sua efetivação, princípio que foi incorporado pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 4º, 6º, 76, dentre outros)⁵⁵.

No que diz respeito às demandas judiciais socioambientais a que a ação civil pública serve de instrumento mais efetivo para a solução do conflito, existem aspectos valorativos complexos de índole socioambientais onde se incluem os passivos ambientais que pressupõem que a decisão judicial final seja mais justa e correta. Assim, a possibilidade de se realizar um discurso sobre quais danos ambientais, sociais, culturais, históricos e na saúde da sociedade envolvida, é o que determinaria a existência de um fato que deve ser fundamentado e analisado dentro de lapso temporal razoável sob pena de exaurimento do seu objeto, conforme afirma Alexy (2005, p.112): “Um fato é o que expressa uma proposição que pode ser fundamentada discursivamente”⁵⁶.

⁵³ Ramos, C.F. S. (2017). A efetividade da ação civil pública ambiental: acesso à justiça na confluência entre o estado democrático de direito ambiental e a sociedade de risco. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

⁵⁴ Moreira, J. C. B. (1984). Notas sobre a “efetividade” do processo. Temas de Direito Processual – terceira série. São Paulo: Saraiva. 1984, p. 27-28.

⁵⁵ Didier JR., F.(2016). Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. v.1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 137-138.

⁵⁶ Alexy, R. (2005). Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Ed. Forense. Rio de Janeiro.

Nesse diapasão é que se evidencia a possibilidade da aplicação da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy nas decisões judiciais que envolvam questões ambientais e sociais complexas, respeitando-se as regras do discurso prático racional e o devido processo legal, evidenciando como uma correta fundamentação jurídica dessas decisões as tornaria mais objetivas, reduzindo a subjetividade do julgador, tornando-as mais racionais e justas, tal como propõe Duarte e Carvalho (2012).⁵⁷ Ademais, entende-se possível que, através do instituto da audiência pública que atende as regras da razão, já que representantes dos mais diversos segmentos sociais poderão comparecer (“quem pode falar pode fazer parte do discurso) e poderão problematizar qualquer asserção no discurso, livres de quaisquer espécie de coação⁵⁸, absorveria as regras da teoria em testilha, contribuindo para a legitimação das decisões judiciais ambientais de modo geral.

No que diz respeito à responsabilização ambiental do poder público e dos empreendedores pelos passivos ambientais deixados por suas atividades, para além da reflexão que tornaria as sentenças judiciais que decorrem das ações civis públicas ambientais mais efetivas, mais racionais e justas pela teoria da argumentação de Alexy, deve-se acoplar algum método valorativo de viés monetário caso contrário a efetividade prática da decisão não alcançaria o desiderato maior que é compensar e indenizar os passivos ambientais para as presentes e futuras gerações.

As regras do discurso prático geral de Alexy serviriam, portanto, somente para que se pudesse contar com um mínimo de racionalidade, mas não para obter uma resposta correta. Assim, no máximo, ter-se-ia uma decisão aproximadamente correta. Tudo, então, para Alexy, gira em volta de um problema referente à racionalidade jurídica. Como não é possível uma teoria moral de cunho substantivo, somente se pode apelar para as teorias morais procedimentais, que formulariam regras ou condições para a argumentação ou para uma decisão racional. Desse modo, para Alexy, a questão de uma resposta correta se resume ao desenvolvimento de um procedimento que a ela conduza, devendo ainda ser capaz de gerar consenso, o que demandaria: tempo ilimitado; informação ilimitada; transparência linguística conceitual ilimitada; capacidade e disposição ilimitada para troca de papéis; e ausência de preconceitos. Sem todos esses requisitos, torna-se impossível, para o autor, sustentar a tese de uma resposta correta⁵⁹.

Contudo, as regras do discurso prático racional aliada ao devido processo legal, com tempo razoável de duração do processo, conjugadas à análise técnica dos resultados das audiências públicas ambientais, como sugestionam Duarte e Carvalho (2012) valeriam como uma possível solução fática do conflito em prol da sociedade e, portanto, em favor do meio ambiente ecologicamente equilibrado, tornando a decisão decorrente mais justa, mais racional e correta.

Conclusões

Após o desenvolvimento da pesquisa alhures detalhada, algumas conclusões foram possíveis. A primeira delas diz respeito à complexidade das questões ambientais que envolvem danos e passivos ambientais de grandes litígios ambientais (socias,

⁵⁷ Duarte, L.G.M. e Carvalho, E.P. (2012). Aplicabilidade da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy nas decisões judiciais. Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Ano 6, nº 21, p. 124-144, Out/Dez/2012.

⁵⁸ Alexy, 2005, p.195.

⁵⁹ Pedron, F. Q. (2005). Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. CEJ, Brasília, n. 30, p. 70-80, jul./set. 2005 Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/266479106_COMENTARIOS_SOBRE_AS_INTERPRETACOES_DE_ALEXY_E_DWORKIN?enrichId=rgreq-36a532149601f0e82733106e9cb36361-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzI2NjQ3OTEwNjBzUzoyNTQ1MDA3MzY4NjAxNjFAMTQzNzY4OTExMjkyOQ%3D%3D&el=1_x_3&_esc=publicationCoverPdf Acesso em 31 nov. 23.

econômicos e culturais, à saúde e aos modos de vida da sociedade, dentre outros) fazendo do meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito difuso que se espraia para uma coletividade indeterminada e, que tem nos instrumentos jurisdicionais ambientais a ferramenta legal para a busca da responsabilidade direta ou indireta dos poluidores e do poder público.

Verificou-se, ainda, que do plexo de instrumentos jurisdicionais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, como a ação popular pouco difundida; as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão (algumas emblemáticas e paradigmáticas que obrigam o poder público adotar políticas públicas em prol do meio ambiente, que não se confundem com o mandado de injunção ambiental); as ações de descumprimento de preceito fundamental; o mandado de segurança coletivo para a proteção de interesses difusos (possível se demonstrada por prova pré-constituída a lesão ou dano ambiental); tem-se na Ação Civil Pública Ambiental a principal e mais importante ferramenta para a garantia da efetividade do acesso à justiça em matéria ambiental e a busca da responsabilização dos causadores dos danos e passivos ambientais.

Em continuidade, pode-se verificar que, para o alcance da efetividade das decisões judiciais que decorrem especialmente das ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público (que não se resume à reparação, indenização e compensação do dano ambiental efetivamente ocorrido), deve-se também levar em consideração as consequências socioambientais deixadas pelo dano ambiental propriamente dito e pelos grandes empreendimentos que causam efetivos impactos ambientais, qual seja o passivo ambiental – cabendo ao julgador a importante tarefa de reduzir o subjetivismo e observar as regras previstas na teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, respeitando-se os parâmetros processuais de cada instrumento judicial ambiental e do devido processo legal como um todo, assim, tornando-a mais efetiva e justa.

Ponderou-se, outrossim, que para além da argumentação jurídica para redução do da subjetividade da sentença judicial, caberia a realização de audiência pública que visa atender aos pressupostos das regras da razão, já que representantes dos mais diversos segmentos sociais podem debater e problematizar o tema, além da inclusão de método valorativo de passivos ambientais, deixando ao magistrado, ao final, a filtragem e a aplicação das regras do discurso prático racional geral, alcançando-se mais objetividade, clareza e correção da entrega da tutela jurisdicional requerida que nada mais é que o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

CONTEXTUALIZACIONES RELATIVAS AL CONSECUENCIALISMO JURÍDICO EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS DIFÍCILES

Edgar Iván Ortega Peñuelas*

I. Introducción

En la actualidad, las decisiones que plantea el juez constitucional deben estar debidamente justificadas con el objetivo de crear un sentido de validez tanto al interior del sistema normativo como al exterior del mismo. En este contexto, sus razonamientos deben encontrarse elaborados de conformidad con argumentos convincentes que generen un sentido de aceptabilidad en la comunidad a la cual se encuentran dirigidas las resoluciones que los contienen.

Dentro de esta exigencia planteada por la argumentación jurídica nos encontramos con un aspecto particular de la actividad judicial, el cual consiste en que de manera consciente o inconsciente el decisor formula escenarios cognitivos en los cuales promueve o reprime sus expectativas de una decisión justa, en virtud de las posibles afectaciones o beneficios que se podrían suscitar en el futuro de una sociedad democrática.

Es por ello que los razonamientos que producen justificaciones apelando a los fallos o aciertos de los planteamientos presentados para la resolución de un caso concreto se les denomina: argumentos consecuencialistas. Esto en virtud del alto grado de persuasión interna que generan en el juez representando uno de los principales móviles de su actuación decisora. Mismo que orienta el sentido de la sentencia que será pronunciada posteriormente.

No obstante, a pesar de que es una forma de razonar considerada como de sentido común, limitándose a un ejercicio intuitivo o emocional que el decisor aplica al momento de prever los efectos de su resolución, es una forma poco explorada y tomada en consideración por los análisis racionales. Por ende, su estudio debe ser desarrollado con mayor precisión con la finalidad de evitar planteamientos discrecionales o emotivos alejados de un verdadero ejercicio argumentativo de carácter jurídico.

Es por ello que el presente trabajo representa un intento por establecer puntos generales de la argumentación consecuencialista, plantear interrogantes concernientes al uso de la misma, pronunciar los principales desarrollos metodológicos que se han venido proponiendo por juristas como McCormick, Wroblewski y Feteris quienes ha aportado importantes ideas en relación a su utilización dentro de la actividad judicial. De igual forma se expresa una reflexión sobre sus alcances y limitaciones dentro del ejercicio jurisdiccional, con la finalidad de crear una reflexión conducente.

II. Conceptuación

Una forma de razonamiento que con frecuencia se expresa dentro de las decisiones judiciales y que ha sido poco explorada por la argumentación jurídica es la relativa al argumento consecuencialista. No obstante que su utilización es más común de lo que pudiera pensarse, -ya que de manera consciente o inconsciente el aplicador de la norma intenta que sus determinaciones no generen un impacto negativo dentro del tejido social, político, jurídico o los intereses de las partes en litigio- es oportuno entender desde una

* Doctor en Ciencias del Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa. Profesor e investigador de Tiempo completo en la Universidad Autónoma de Baja California UABC y Docente en la Universidad Autónoma de Querétaro UAQ, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI, del Consejo Nacional de Humanidades, Ciencia y Tecnología CONAHCYT. Correo electrónico: ortega_legal10@hotmail.com

perspectiva metodológica su utilización, alcance, limitación y en general aquellos planteamientos que influyen en su comprensión y aplicación.

En primer término, como lo expresa Flavia Carbonell Bellolio se puede entender por “argumento consecuencialista aquel que toma en cuenta las consecuencias positivas o negativas que podría generar una determinada decisión jurídica como razón para apoyar o rechazar dicha decisión”.¹ En este sentido, dicha forma de razonamiento tiene como objetivo legitimar la decisión judicial y dotarla de un contenido de validez dentro del sistema constitucional.

Esta forma de razonamiento jurídico adopta una postura preventiva al realizar una reflexión precursora a la última *ratio*, conlleva el hecho de vislumbrar planteamientos que circundan a las alternativas de decisión que tiene el jurista y descarta los posibles escenarios interpretativos que *prima facie* son considerados como adecuados para la resolución que se va a materializar. Con ello, puede ser entendida como una herramienta racional tendiente a desestimar las implicaciones que por su naturaleza generen un detrimento de derechos fundamentales.

De igual forma, Velásquez Meléndez en concordancia con “García Amado señala que los argumentos consecuencialistas pueden consistir en justificar una decisión sosteniendo que es la más acorde con las consecuencias buscadas y declaradas por el autor de la norma (teleológico subjetivo), o que es la más acorde con las consecuencias que razonablemente debería perseguir la norma en cuestión (teleológico objetivo)”.²

En este punto, el argumento por consecuencias puede servir para identificar las razones que pueden ser escogidas por el juez en la toma de su decisión, una vez identificadas, su función consistirá en valorar cuál de las alternativas analizadas es la más acorde con los valores y derechos expresados por la norma jurídica de conformidad con las necesidades sociales, en estos términos, deberá explicar de forma coherente y consistente su postura argumentativa.

No obstante, es oportuno realizar ciertas precisiones en cuanto a las características que envuelven al argumento consecuencialista. “Primero, (...) las consecuencias son un factor para adoptar una decisión. Segundo, esas consecuencias que actúan como razones para decidir son futuras e hipotéticas, en el sentido de que razonan sobre la base de una hipótesis, que consiste en un hecho que previsiblemente ocurrirá en el futuro de adoptarse una determinada decisión, pero respecto del cual no existe certidumbre”.³

Por consiguiente, esta forma de razonar se vuelve determinante en la labor que realiza el juez al condicionar bajo un ejercicio auto reflexivo el impacto de las acciones tendientes a resolver los planteamientos jurídicos presentados ante él. Se trata de proyecciones racionales que se formulan en un escenario *a priori* para configurar las posibles soluciones que pueden adoptarse en relación a determinado caso concreto. No obstante, su importancia es tal en virtud de que de dicho razonamiento depende el éxito o fracaso de la decisión judicial atendiendo al impacto que generan sus efectos dentro del sistema social, político y jurídico.

Es por ello que “todo razonamiento consecuencialista se basa en una racionalidad estratégica que, o bien impone un sacrificio a cambio de un beneficio –y en ese sentido resulta contrario a dicho principio, como puede apreciarse en la jurisprudencia

¹ Carbonell, Bellolio, F., “La argumentación consecuencialista en la aplicación judicial del Derecho”, en A., Martínez Verástegui (coord.), *La Constitución como objeto de interpretación*, México: Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2016, p. 18.

² Velásquez Meléndez, R., “¿Cómo realizar argumentaciones por consecuencias jurídicas?”, *Revista IUS VERITAS*, n° 60, 2020, p. 223.

³ Carbonell, Bellolio, F., *óp. cit.*, p. 8.

pragmática—, o bien, remite a requisitos o exigencias anteriores y precedentes que proceden del mismo sistema de argumentación”.⁴

El razonamiento que se justifica en las posibles consecuencias que se presentarían en el futuro logra captar dos tendencias esenciales. La primera, asociada a observar los supuestos en los cuales la decisión que se pronuncia sea la más adecuada al orden social, el interés colectivo o el bien común; la otra, encaminada a tomar como referencia el orden jurídico preestablecido, consistente en pronunciamientos que el tribunal ha adoptado con referencia a casos similares ya sea mediante criterios interpretativos de la norma o por medio de las resoluciones que guardan estrecha relación con el caso concreto no resuelto. Por consiguiente, “para el razonamiento jurídico importan aquellos argumentos y consecuencias que tengan justificación, (...). Esta justificación asegura una solución universal en el sentido de que su corrección puede ser usada como una analogía para otras futuras decisiones”.⁵ Con ello, crear lineamientos que son esenciales para contribuir a la resolución de los problemas jurídicos.

Es importante tomar en consideración que el factor justificativo debe ser validado en gran medida a través de las especificaciones que plantea la argumentación consecuencialista. Esto en virtud de que no basta con una simple justificación de que las consecuencias pueden ser contrarias al contenido de la norma jurídica, sino entablar verdaderas razones y medios de convicción que soporten los señalamientos planteados en la postura argumentativa del juez que, a diferencia de otras formas de argumentar, requiere de formulaciones exclusivas y pertinentes.

De esta manera, debe entenderse el hecho de que toda resolución firme que ha sido aceptada y validada genera un impacto importante en el sistema constitucional. Por lo que “una justificación es universal en circunstancias específicas, lo que abre la puerta para tal universalidad no sea absoluta, sino que sea rebatible, precisamente, cuando se presenten otras situaciones o condiciones que exigen ciertas adecuaciones o excepciones”.⁶

El factor de la universalidad dentro del razonamiento por consecuencias debe ser sostenido en vista de las circunstancias que imperan en un determinado momento y espacio. Su puesta a consideración dependerá de acontecimientos que condicionen el contenido de la decisión y que sean parte de una nueva realidad que no ha sido regulada. Así, la absolutez deviene en una reformulación de los contenidos axiológicos, sociales o culturales que han sido plasmados dentro de la resolución judicial y por consiguiente en su necesidad de replantear las determinaciones alcanzadas.

No obstante, no perdamos de vista el hecho de que “bastantes decisiones judiciales cobran un significado especial una vez que son completadas desde el punto de vista de las consecuencias a las que llevan las mismas, o a las que llevarían las decisiones contrarias que se han descartado”.⁷ Lo que involucra un amplio progreso —o detrimento, según sea el caso— en la forma de resolver un problema jurídico y que detona de manera significativa en los entornos de la sociedad a la que rige.

Por ende, las resoluciones judiciales que intenten justificar sus contenidos en base a razones consecuencialistas deben construirse con una debida comprensión del entorno social, cultural y político. Asimismo, deben darse mayores elementos de convicción que respalden los planteamientos formulados por el juez en cuanto a los posibles efectos que produciría la resolución específica.

⁴ Martínez Cinca, C. D., “¿Cómo decidir “casos difíciles”? Del giro pragmático de la jurisprudencia al consecuencialismo”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XLIII*, n° 2, 2014, p. 719.

⁵ Velásquez Meléndez, R., *óp. cit.*, p.p. 218-219.

⁶ *Ibidem*, p. 219.

⁷ Bengoetxea, J., “Una defensa del consecuencialismo en el Derecho”, *Télos*, n° 2, diciembre 1993, p. 38.

III. Aspectos esenciales

Es de reconocerse que existen diferentes tipos de consecuencias en razón de las implicaciones que pueden llegar a presentarse respecto de la problemática que se intenta resolver, así como de los distintos escenarios en los que irradian los efectos de la misma. De igual manera, es importante que conozcamos dichas implicaciones con la finalidad de comprender a mayor cabalidad la influencia que ejerce el razonamiento consecuencialista en la producción de resoluciones justas.

En esta tesitura, podemos advertir que existen las de tipo jurídicas y extrajurídicas. Por lo que “consecuencias jurídicas son los efectos de una decisión dentro del sistema jurídico. En este sentido, el uso del argumento de consecuencias jurídicas mira hacia la consistencia y coherencia de una decisión con la Constitución y con el resto de normas del sistema jurídico y, al mismo tiempo, intenta evitar vacíos normativos y desregulación”.⁸

En este punto es sustancial entender que un primer plano de influencia de las consecuencias es el relativo a su impacto en el ordenamiento jurídico. El regular una realidad social puede contener derivaciones que fomentan o deterioran el sistema normativo. Por consiguiente, una de las primeras tareas del juez constitucional es la de cuidar que su decisión de carácter consecuencialista respete los principios de completitud, coherencia y armonización del sistema de leyes.

De esta forma se le da soporte a la decisión en razón de que con la emisión de una argumentación por consecuencias respetaría la función de integración de las normas dentro del Estado que regula. Su implementación derivaría en la construcción de una realidad en base a planteamientos jurídicos y no intuitivos o subjetivos, por lo que un primer requisito de aceptabilidad de las resoluciones consecuencialistas es precisamente el de su integración con el contexto normativo.

Por consiguiente, la argumentación consecuencialista puede causar impacto más allá del ordenamiento jurídico, como lo expresa Flavia Carbonell existen consecuencias extrajurídicas las cuales “son las repercusiones que una decisión jurídica produce en la realidad social extrajurídica o fuera del sistema jurídico”.⁹ En este punto es conveniente precisar que las decisiones judiciales de primer orden son de vital importancia en razón de que generan un cambio en el ámbito social, cultural, económico, jurídico o político, según sea el caso.

En este rubro, habría que agregar que las consecuencias extrajurídicas de una decisión – y consideramos que es una de la más relevante de sus funciones- es la de producir un cambio en el contexto no solo jurídico sino también en cualquiera de otra índole. Precisamente esa es una de las funciones de las decisiones judiciales de carácter constitucional, modificar los parámetros sociales, jurídicos, políticos y/o sociales. Por lo que ir más allá de una percepción formalista del Derecho es una realidad inseparable de este tipo de argumentación.

En este sentido es pertinente precisar que existen distintos criterios tendientes a comprender las consecuencias jurídicas y extrajurídicas, los cuales consisten en lo siguiente:

Criterios propios para la evaluación de consecuencias jurídicas son: la equidad sustantiva, los fines y objetivos de la norma o rama del derecho, valores institucionales, principios constitucionales o principios generales del derecho. Las consecuencias extrajurídicas, por su parte, se evalúan a través de criterios axiológicos tales como la estabilidad económica, buenas relaciones

⁸ Carbonell, Bellolio, F., *óp. cit.*, p. 14.

⁹ *Ibidem*, p.p. 14-15.

internacionales y la protección del estado de bienestar de la sociedad o de cierto grupo social.¹⁰

Por consiguiente, es relevante tomar en consideración aspectos relacionados con los valores que el sistema jurídico promueve. Dentro de las consecuencias jurídicas debe respetarse el trato igual de hombres y mujeres, propiciando un escenario equitativo de oportunidades y posibilidades de consumación de sus derechos. Se deben analizar los postulados normativos y su ferviente interés por la consumación de sus objetivos constitucionalmente válidos. Así como su correspondencia con las normas-principios que contienen aspectos relativos a los derechos fundamentales.

En el plano de las consecuencias extrajurídicas toda decisión debe proyectar una visión asociada no solo con los valores que promueva la norma jurídica, sino con aquellos propios de la sociedad y de su cultura, en este punto es interesante que la misma argumentación consecuencialista desarrolle nuevos parámetros de entendimiento axiológico que prevalezcan en el futuro. De igual forma es destacable el hecho de que una proyección de los efectos que produce una resolución a futuro debe fundarse en la protección de la sociedad evitando un retroceso en sus derechos, por lo que toda solución por consecuencias debe ser acorde con ello.

Asimismo, es importante entender que existen “a) por un lado entre dos tipos de consecuencias -1) consecuencias como resultados o repercusiones externas de una decisión judicial en el entorno o periferia del derecho y 2) consecuencias como implicaciones jurídicas en el derecho- y b) por otro lado entre 1) la constatación de las consecuencias y 2) su evaluación con base en ciertos criterios axiológicos jurídicos o extrajurídicos”.¹¹

En este punto es importante comprender los alcances de la decisión judicial; por un lado, que los efectos de las mismas repercuten en la realidad extrajurídica transformando el entorno social, político, económico o cultural, según sea el caso. Por el otro, como se ha venido comentando, el nivel jurídico que se modifica al ser parte de la nueva proyección o sentido que se le asigne a la norma jurídica. En el otro aspecto, es de señalarse que el elemento de la constatación ratifica la noción de validez adoptada por el juzgador mientras que el sentido de evaluación realiza un análisis pormenorizado de la postura interpretativa y argumental de la decisión plasmada dentro del caso específico, lo que genera un adecuado parámetro de apreciación de la argumentación por consecuencias.

No obstante, es oportuno señalar que las decisiones judiciales que se fundamentan en argumentos por consecuencias, deben considerar el factor de impacto que se genera en el tejido social, económico, cultural o de cualquier tipo y que tenga implicación directa con la resolución. “Las consecuencias como resultados o repercusiones de la decisión judicial en la realidad social extrajurídica, serían los efectos externos de la decisión, lo que MacCormick llamaría *behavioural outcomes*, o comportamientos que resultan de la decisión”.¹²

De igual forma, es importante destacar que los efectos que modifican el entorno social, político y cultural son de gran relevancia, dado que el pensamiento sustentado en las repercusiones que provocarían las decisiones judiciales debe ser bien soportado por mayores elementos que posiblemente no sean considerados por el jurista en un principio, lo que provocaría que sus razones sean pretenciosas y poco fiables desde el punto de vista de una verdadera justificación argumentativa.

IV. Problemas afines

¹⁰ *Ibidem*, p.p. 16-17.

¹¹ Bengoetxea, J., *óp. cit.*, p. 43

¹² *Ídem*.

Existen señalamientos encaminados a cuestionar el uso de los argumentos consecuencialistas, dada la preocupación de que son utilizados para dar solución a cuestiones jurídicas complejas que por su naturaleza deben ser analizadas de manera pormenorizada y exhaustiva. Esto ha provocado cierta incertidumbre en la comunidad jurídica al dejarse de lado razones de mayor peso que deben ser preponderantes por encima de las percepciones que una postura argumentativa haga con base en los efectos no deseables de la decisión judicial.

En este punto, autores como Flavia Carbonell Bellolio han sostenido que:

Las críticas se refieren a diversos aspectos problemáticos de los argumentos consecuencialistas, tales como la falta de respaldo suficiente para las predicciones de consecuencias futuras, la determinación de cuáles (o hasta qué) consecuencias considerar en la cadena causal, la prueba de la relación de causalidad entre un acto o decisión y sus consecuencias previsibles, los parámetros para evaluar el carácter positivo o negativo de las consecuencias, el hecho de que el carácter positivo de las consecuencias que se invoquen pueda colisionar con otros valores, intereses o bienes, y la pregunta sobre para qué o para quiénes son aquellas consecuencias favorables o desfavorables, entre otros.¹³

Por lo tanto, no son menores los cuestionamientos en contra de la argumentación por consecuencias, en virtud de su falta de justificación al sostener que una decisión busca prevenir efectos adversos para la sociedad. De igual forma, planteamientos asociados a los alcances de los efectos que se podrían producir con la postura sostenida, o la desincorporación de contenidos de derechos fundamentales que pudieran verse afectados por las determinaciones consecuencialistas que según protegerían derechos de mayor envergadura.

Por ende, es oportuno preguntarse lo siguiente: “(i) ¿Qué tan fuerte es la probabilidad o plausibilidad de que las consecuencias citadas ocurran (pueden, podrían, deben) ocurrir? (ii) ¿Qué evidencia, si hay alguna, apoyó la afirmación de que estas consecuencias ocurrirán (pueden, podrían, deben) ocurrir? (iii) ¿Hay consecuencias del valor opuesto que deberían tenerse en cuenta?”.¹⁴

Ante ello, debe replantearse el factor de la probabilidad en razón de que nos encontramos ante hechos inciertos que pueden o no darse en la realidad, o el hecho de que deben existir medios de convicción específicos y asociados a la situación concreta que permitan dilucidar que existe un riesgo inminente de la afectación real del problema jurídico o la circunstancia relativa a la disminución de otros valores reconocidos dentro del sistema democrático.

Bajo esta óptica, es necesario reformularse el hecho de que las razones consecuencialistas deben tomar un enfoque probatorio, por lo que “si no es posible conocer ni calcular las consecuencias que se seguirían para el propio sistema jurídico a raíz de una determinada solución adoptada en un caso difícil, ¿qué sentido tiene seguir afirmando que algunas consecuencias pueden ser relevantes para adoptar una determinada solución, y otras no?”¹⁵.

En este sentido, debe fomentarse la producción de medios de convicción que incentiven en el juez las razones que son pertinentes para desestimar o apoyar una postura argumentativa tal, que permita generar una justificación basada en las adversidades o benevolencias de la resolución en relación a las partes y en general, a la sociedad a la que rige. Es por ello, que no tiene sentido crear justificaciones que no encuentren verdaderos

¹³ Carbonell, Bellolio, F., *óp. cit.*, p. 2.

¹⁴ Velásquez Meléndez, R., *óp. cit.*, p. 216.

¹⁵ Martínez Cinca, C. D., *óp. cit.*, p. 717.

indicios probatorios que demuestren que el juez debe adoptar ciertas posturas argumentativas consecuencialistas.

De igual forma, múltiples cuestionamientos se encuentran asociados a la falta de determinación de los postulados consecuencialistas. “El problema es, precisamente, que siendo las consecuencias hipotéticas, no hay posibilidad de una evaluación empírica cuando son usados como argumento; por el contrario, su evaluación siempre se hace *a priori* y abstractamente, lo que impide el control racional de esas hipótesis”.¹⁶

Por lo que deben existir mayores elementos que respalden las hipótesis encaminadas a resolver los planteamientos judiciales. La falta de indicadores empíricos demanda una mayor certeza de los razonamientos consecuencialistas dada su naturaleza configurativa. No obstante, debemos comprender el valor que puede generar la utilización de este tipo de razonamiento en virtud de la prevención de los posibles efectos adversos de una mala decisión jurídica.

Sin embargo, este hecho no justifica la proliferación tendenciosa de justificaciones poco claras y subjetivas en razón de que “cuando se toman decisiones que no dependen de lo que disponga el sistema, sino que se pretenden justificar en aspectos particulares del decisor como, por ejemplo, su temor a las probables consecuencias que se pueden generar el futuro con su decisión”.¹⁷ Lo que provoca un escenario de discrecionalidad injustificada que lejos de promover un verdadero ejercicio argumentativo en la actividad judicial, incrementa la posibilidad de disociación con los parámetros o esquemas que buscan equilibrar los valores contenidos en el sistema jurídico.

Por lo que, dentro de un verdadero ejercicio argumentativo enfocado en la protección y garantización de los valores reconocidos dentro del ordenamiento constitucional, el balanceo entre derechos debe encontrar un punto de equilibrio más allá de las posibles afectaciones a las que aduce una justificación por las posibles -mas no demostrables- consecuencias de una decisión, en donde el jurista es responsable de invocar mayores razones que logren una mayor convicción dentro del entorno social.

Esto es así en razón del aseguramiento que demandan los derechos consolidados dentro del sistema normativo, en donde cualquier retroceso injustificado desembocaría en la falta de protección de sus contenidos. En este supuesto es importante destacar que “la mayoría de las concepciones de derechos, a diferencia de las preferencias políticas ordinarias, sostendrían que los derechos deberían consolidarse contra al menos algunos tipos de posibles cambios posteriores”.¹⁸

En este punto, no se trata de inhabilitar el uso de la argumentación consecuencialista, sino el hecho de generar mayores parámetros de entendimiento y aplicación dada su importancia, funcionalidad y utilidad dentro de las decisiones judiciales, en virtud de que se trata de una forma de pensamiento muy utilizada por los juristas. Pero su empleo no debe asociarse con una afirmación del consecuente, en donde los efectos que produce una decisión judicial sean ya provistos de un sesgo cognitivo por las consecuencias que se teme que se produzcan.

Bajo estas puntualizaciones “MacCormick utiliza la idea de un cuerpo consistente de normas en un sentido estricto, con el resultado de que por muy deseable que sea una decisión en términos consecuencialistas, dicha decisión no puede adoptarse si resulta contradictoria con alguna regla válida y vinculante del sistema jurídico (1978: 106). Toda decisión debe estar apoyada por el derecho. Su mensaje es: «consecuencialismo sí, pero

¹⁶ Carbonell, Bellolio, F., *óp. cit.*, p.p. 16-17.

¹⁷ Velásquez Meléndez, R., *óp. cit.*, p.p. 214.

¹⁸ Harvard Law Review, “Rights in Flux: Nonconsequentialism, Consequentialism, and the judicial role”, volumen 130, issue 5, marzo de 2017, consultado en: <https://harvardlawreview.org/print/vol-130/rights-in-flux-nonconsequentialism-consequentialism-and-the-judicial-role/#footnotes-container>, p. 1450.

sólo una vez que la regla propuesta cómo base para adoptar la decisión encuentre soporte en el sistema jurídico»¹⁹.

Esto podría generar mayores parámetros de control racional encaminados a que las decisiones por la vía consecuencialista tomen como referente el sistema normativo y no formas que no encuentran un sustento legal. Aun así, no debe pasar por alto el hecho de que existen realidades que pueden llegar a escapar a los postulados expresados dentro de los textos normativos, por lo que una nueva forma de concepción de la decisión judicial debe ser incentivada -como en el presente caso la de tipo consecuencialista- sin que ello represente un detrimento de los derechos consolidados en el sistema de leyes.

En este sentido, la finalidad de crear un sistema de decisiones que tengan sustento en las consecuencias que una resolución pueda generar en el futuro debe considerar las pautas jurídicas generadas mediante la consolidación legislativa, incluso como un medio de control de los razonamientos que buscan soluciones más allá del sistema normativo. En este caso, “una adecuada argumentación por consecuencia exige no alterar, renunciar o prescindir del ordenamiento jurídico, sino que la decisión siempre deberá sujetarse a sus principios y reglas para ser admisible”²⁰.

Otra implicación concerniente a los argumentos consecuencialistas es la relativa a su elaboración racional. El cuestionamiento infiere el hecho de que los razonamientos producidos por el juez con base en las consecuencias o repercusiones que sus resoluciones pueden provocar en el futuro son poco convincentes en cuanto a su grado de probabilidad. Más bien se estaría intuyendo un hecho que puede generarse en una situación concreta sin un verdadero indicio de que ello suceda.

Es por ello que autores como Joxerramon Bengoetxea sostienen que:

(...) los argumentos a partir de las consecuencias como repercusiones de la decisión son hipotéticos, pero no probabilísticos. No se funciona sobre la base de una mayor o menor probabilidad de las consecuencias ni sobre un cálculo de probabilidades con base en inducciones a partir de datos acumulados previamente sobre las repercusiones de decisiones similares anteriores, sino que se postulan dichas repercusiones como suposiciones, o en el mejor de los casos, como hipótesis basadas en el sentido común.²¹

En este punto resalta el carácter hipotético que señala el autor, dado que la formulación puede derivar en una simple expresión que puede o no ser refutable en el futuro, con los riesgos que ello conlleva al producir cambios en los intereses de la sociedad o en el resto de los ámbitos de impacto (social, económico, jurídico, cultural, político, etc.). Es por ello que las formulaciones racionales de los argumentos consecuencialistas deben tomar como punto de partida su sentido hipotético y crear parámetros de convencimiento y justificación más refinados que tengan un fundamento irrefutable en la decisión del juez. Asimismo, se encuentra asociado el hecho de la escasa base de operatividad del razonamiento consecuencialista. “Existen en esta sede numerosos problemas metodológicos. Nos encontramos en el terreno de los futuribles y de las predicciones. Éstas, normalmente se realizan sobre la base *floue* o borrosa del sentido común, pero no sobre la base de hipótesis científicas corroborables o falseables”²².

Es por ello que los cuestionamientos sobre su validez como un argumento de peso que justifique la resolución judicial son numerosos. Por lo que se deben crear mayores elementos de consolidación de los postulados que plantean dichos razonamientos por consecuencias. En este punto, debe reconsiderarse el grado de importancia -desde el punto

¹⁹ Bengoetxea, J., *óp. cit.*, p. 63.

²⁰ Velásquez Meléndez, R., *óp. cit.*, p. 215.

²¹ Bengoetxea, J., *óp. cit.*, p. 45.

²² *Ídem.*

de vista argumentativo- del argumento consecuencialista, es preciso que para lograr mayor aceptabilidad debe superar la concepción de ser un argumento débil.

Por estas razones, se deben replantear los alcances y posibilidades de la argumentación por consecuencias, en razón de que “el valor de las consecuencias no es una magnitud fija —por lo que no siempre existe acuerdo sobre aquél— y se produce la descalificación del argumento en tanto aparece únicamente como medio con miras a obtener resultados. Una dificultad adicional del argumento pragmático es que existe una multiplicidad divergente y "casi infinita de consecuencias posibles de un acto".²³

Por consiguiente, se deben delimitar los alcances de la resolución judicial, verificar de manera pormenorizada los objetivos específicos de la decisión y su relación con los intereses en juego. La finalidad no debe ser otra más que la de vislumbrar los posibles efectos en el caso concreto y la afectación de derechos y valores circundantes. Esto en miras a no desviar los requerimientos planteados ante el juez, así como la prevención en dictar sentencias que excedan a los planteamientos normativos.

En este sentido, Klaus Mathis siguiendo a Luhmann expresa que “el jurista sería responsable de situaciones-consecuencias específicas de su sentencia, tendría que absorber y procesar información completamente diferente en el proceso de adjudicación, tendría que desarrollar un estilo de trabajo y examen completamente diferente, realizar pronósticos, análisis de probabilidad, cálculos de rentabilidad y evaluaciones de efectos secundarios. Esto le convertiría en un elemento imprescindible, tanto más cuanto más racionalmente actuará”.²⁴

Por ello, el juez debe allegarse de todos los elementos de convicción que le permitan vislumbrar los efectos de manera probatoria, específica y con sentido metódico. Es por esto que la argumentación por consecuencias exige un nuevo enfoque en cuanto a la justificación de su razonamiento, así como de su designación como argumento base para sostener la decisión final.

V. Teorías desarrolladas para su implementación en los casos difíciles

En este rubro podemos decir que existen tres autores principales que han desarrollado la argumentación consecuencialista en el campo del Derecho, siendo estos MacCormick, Wróblewski y Feteris. El primero, aporta elementos esenciales como la consistencia, coherencia y consecuencia derivada de las decisiones alternas; el segundo nos induce a los criterios y características esenciales; mientras que la tercera nos muestra un método para su aplicación, dentro de las decisiones judiciales.

A. Consistencia, coherencia y consecuencia en Neil MacCormick

En relación a los elementos que proporciona MacCormick habría que resaltar su importancia en relación a aspectos relativos a otorgar a este tipo de decisiones un carácter de unidad, correspondencia y completitud con el sistema jurídico. Aunque su enfoque no solo se limita al entorno jurídico, sino que se extiende su visión hacia contornos sociales, económicos y políticos.

En este punto, es importante resaltar que los tres elementos esenciales de su concepción se centran en la “consistencia, coherencia y consecuencias relevantes. Los primeros dos requisitos expresan la necesidad de que la decisión tenga sentido con relación al sistema, mientras que el último busca que la decisión tenga sentido con el mundo perceptible, es decir, que sea aceptable”.²⁵

²³ Carbonell, Bellolio, F., *óp. cit.*, p. 11.

²⁴ Mathis, K., (ed.) “Consequentialism in Law”, en *Efficiency, Sustainability and justice to future generations*, Law and Philosophy Library 98, Springer Science Business Media, 2011, p.p. 7-8.

²⁵ *Ibidem*, pp. 17-18.

Su apreciación para la toma de una decisión por consecuencias expresa que tanto la consistencia como la coherencia deben garantizar un mínimo de correspondencia con el sistema jurídico, en virtud de generar parámetros de logicidad y armonización entre las normas. Esto es particularmente interesante en razón de que las resoluciones judiciales deben desprenderse de parámetros normativos definidos que produzcan un soporte o guía en la regulación de posibles situaciones que puedan generarse en el futuro.

En cuanto a las consecuencias relevantes es particular el hecho de que dentro de las decisiones judiciales de casos difíciles estas generan un impacto no solo en la vida normativa, sino que al mismo tiempo producen cambios dentro del tejido social, económico, cultural, por mencionar algunos, esto debido a la proliferación de vertientes asociadas a la correspondencia entre la actividad judicial y los subsistemas que regula y donde ejerce influencia al modificar sus ámbitos de ejercicio.

a. Consistencia

En primer término, se debe establecer que la “consistencia requiere que no hayan contradicciones lógicas entre dos (o más) normas generales o entre una norma general y una decisión en un caso concreto”.²⁶ Por lo que toda postura consecuencialista que se encuentre dirigida a establecer un parámetro de comportamiento o abstención de una conducta debe ser recíproca con el principio de no contradicción normativa.

No obstante, es menester comentar que deben plantearse algunas consideraciones respecto a la consistencia del razonamiento consecuencialista. Como se ha dicho, uno de los fines de MacCormick se centra en que la toma de decisiones asociadas a los efectos que pueden producir las determinaciones judiciales deben procurar el cumplimiento del principio de completitud del sistema jurídico.

De esta forma, “primero debe verificarse la *consistencia* o no contradicción de la consecuencia jurídica invocada con respecto al conjunto de reglas válidas del ordenamiento jurídico”.²⁷ Esto es esencial en razón de que se intenta regular una situación que podría generar una incompatibilidad con alguna norma al momento de expresar una regulación *a posteriori*.

Por ende, toda decisión que pretenda fijar un efecto en lo futuro a través del Derecho debe ceñirse a lo manifestado en el sistema normativo, como punto de partida para lograr una adecuación de las circunstancias prominentes. Para ello, debe cumplir con el principio de no contradicción normativa que exige la adecuación de los contenidos jurídicos a lo estipulado con anterioridad dentro del Estado legal.

Es por ello que MacCormick hace énfasis en que toda decisión consecuencialista debe ser consistente, dado que “por muy deseable que sea una determinada resolución por razones consecuencialistas, puede que no se adopte si es contradictoria con alguna regla válida y vinculante del sistema”.²⁸ Esto con el objetivo de proteger cualquier derecho o prerrogativa estatal que se encuentre atendiendo situaciones específicas de manera oportuna.

Debemos precisar que la consistencia o no contradicción de una disposición consecuencialista debe ser analizada con mayor propiedad en razón de que no siempre las normas jurídicas garantizan una protección o regulación adecuada del fenómeno social. Ante ello, cobra relevancia la idea de que la decisión judicial que atienda a las consecuencias concretas, reformula los planteamientos normativos que se encuentran en operatividad dentro del ordenamiento jurídico.

²⁶ Schiavello, A., “Legal reasoning and legal theory revised”, *Ratio Juris*, n°2, 2011, p. 4.

²⁷ Velásquez Meléndez, R., óp. cit., p. 219.

²⁸ MacCormick, N., *Razonamiento jurídico y teoría del Derecho*, (trad. Gascón, Salvador, J. A.), Lima: Palestra editores, 2018, p. 146.

b. Coherencia

En este punto MacCormick ha señalado que la coherencia -en un sentido muy general- puede ser entendida de la siguiente forma: “se puede imaginar un conjunto aleatorio de normas, ninguna de las cuales contradice a las demás, pero que tomadas conjuntamente no implican la búsqueda de ningún valor o política inteligible”.²⁹ Conforme a lo especificado por el jurista escocés, la coherencia llevaría a que las decisiones consecuencialistas se inserten en un marco normativo dotado de plenitud y correspondencia.

Por ende, la coherencia puede entenderse en dos sentidos: el sentido formal que conlleva a que toda norma o decisión sea conforme a los parámetros de racionalidad, en donde la construcción lógica de las decisiones consecuencialistas sea acorde con lo expresado en las disposiciones normativas. En segundo lugar, la material, en cuanto a que toda resolución prospectiva debe incautar los valores y políticas expresados dentro del sistema normativo.

Aunado a ello, no menos importante es el hecho de que “se debe hacer una evaluación de *coherencia* que implica un análisis de la consecuencia jurídica con respecto a los principios o valores reconocidos expresamente o que implícitamente subyacen en el ordenamiento jurídico para darle sentido. (...) de modo genere situaciones que favorezcan su realización o que desincentiven su contravención”.³⁰

Bajo esta implicación, las posturas consecuencialistas se encontrarían encaminadas a incentivar los valores y derechos reconocidos en el sistema legal, bajo parámetros de protección y desarrollo. Al mismo tiempo, aquellos planteamientos decisionales que por su importancia profesen nuevos enfoques que sean reconocidos mediante el razonamiento consecuencialista.

Por ende, la “coherencia requiere que cada norma legal y cada decisión judicial estén armonizadas con los principios fundamentales del sistema”.³¹ Siendo este factor esencialmente importante por el hecho de que la correspondencia de las decisiones que involucren derechos fundamentales deben estar asociadas a su determinación en base a los contenidos ya definidos y validados por el sistema legal.

En este sentido, “la *consistencia* exigiría analizar las consecuencias jurídicas con respecto a *normas-reglas*, en cuyo caso se evaluará si se cumple o no los mandatos que estas prevén; mientras que la *coherencia* implicará evaluar la consecuencia jurídica con respecto a *normas-principio*, en cuyo caso se debe verificar en qué grado se cumplen, pues los principios no imponen una realización plena, sino una eficacia “en la mayor medida posible”.³²

Por consiguiente, es óbice destacar que la consistencia y la coherencia abordan aspectos que conllevan un sentido de plenitud en el sistema normativo. Procuran -tanto uno como el otro- que las decisiones que se tomen en base a las consecuencias, produzcan un sentido de correspondencia dentro del sistema jurídico, evitando una desincorporación de los fundamentos normativos esenciales asociados con los valores, principios y políticas adjuntas a los derechos fundamentales.

c. Consecuencias relevantes

Es importante destacar el efecto que producen las resoluciones judiciales dentro de la sociedad. En este contexto es menester mencionar que los jueces constitucionales dentro de sus resoluciones provocan cambios que prevalecen en el futuro. En este sentido, “las

²⁹ *Ídem*.

³⁰ Velásquez Meléndez, R., *óp. cit.*, p. 219.

³¹ Schiavello, A., *óp. cit.*, p. 4.

³² Velásquez Meléndez, R., *óp. cit.*, p. 219.

consecuencias son incorporadas en la teoría como una manera de recordar que las decisiones jurídicas, particularmente las judiciales, no impactan sólo en la fisonomía del sistema jurídico, sino también —o quizás principalmente— de manera directa en las personas y en otras dimensiones o subsistemas de la sociedad”.³³

En este punto debemos destacar la relevancia de medir los efectos que pueden provocar los jueces al emitir una resolución jurídica. En los denominados casos difíciles se ven envueltos diferentes intereses que escapan a lo puramente jurídico, tomando partida en la reconstrucción social, económica, cultural o de cualquier tipo que vea reflejado un cambio de dimensiones trascendentes. Por ello, la relevancia de emitir sentencias constitucionales que tomen en consideración los elementos que van más allá del sistema normativo.

En este punto MacCormick resalta que existen consecuencias relevantes que “son aquellas que se basan en reglas generales y no solo en los efectos específicos producidos por la decisión en las partes”.³⁴ En donde los efectos de las mismas se extienden al ámbito de la universalidad y la generalidad, provocando alcances indeterminados que crean nuevos padrones normativos e interpretativos.

Por ello, es trascendente medir las posibles repercusiones producto de las decisiones judiciales. En este punto, “el proceso de evaluación de las consecuencias depende fuertemente de su escrutinio a la luz de lo que se considera como principios constitucionales fundamentales”.³⁵ En donde se deben tener en cuenta a través de procesos ponderativos aquellos valores que se encuentran protegidos por la norma constitucional, para efectos de que no sean afectados por determinaciones que generen acciones u omisiones *a posteriori*.

De esta forma, dentro de la toma de decisiones no solamente deben fijarse posturas argumentativas enfocadas al privilegio mayoritario o utilitario, sino verdaderas posturas que incentiven el análisis pormenorizado de las representaciones futuras. Ello no solo para atender demandas o intereses que ejercen presiones políticas o económicas, sino auténticos instrumentos jurídicos que representen captaciones de todos y cada uno de los intereses, valores y derechos inmersos.

Es por ello que MacCormick expresa que “la evaluación de las consecuencias relevantes depende de criterios de justicia y de sentido común y sobre todo de la referencia a principios constitucionales básicos que se apoyan a su vez en asunciones fundamentales sobre la filosofía política y sobre la distribución apropiada de autoridad entre los órganos superiores del Estado”.³⁶

Por consiguiente, se desprende que las resoluciones judiciales mediante las consecuencias relevantes deben ser instrumentos integrales que contemplen las posibles repercusiones en un escenario de prudencia y respeto por los valores y derechos reconocidos en las Constituciones de los Estados. La incorporación dentro del raciocinio de los jueces debe centrarse en percepciones del bien común, la paz y el equilibrio político, económico, jurídico y social.

B. Teoría de Wróblewski

a. Elección y justificación

El pensamiento de Wróblewski en relación al uso del término consecuencias, ha sido abordado con gran puntualidad por Flavia Carbonell, quien ha expresado que dicho término implica que el mismo puede ser utilizado como una elección que puede ser asociada al término de una facultad discrecional que tiene el juez que de acuerdo con las

³³ Carbonell, Belloio, F., *óp. cit.*, p. 18

³⁴ *Ibidem*, p. 20.

³⁵ MacCormick, N., *óp. cit.*, p. 178.

³⁶ *Ibidem*, p. 184.

facultades que le otorga la norma pueda actuar en un margen de acción para expresar una postura argumental.

Dicha autora, revela la importancia que Wróblewski otorga al segundo de los términos relativos a la justificación, en donde se asocia a fijar una posición racional en la toma de decisiones con base en los efectos que produce la misma. En este sentido, “la justificación que recurre a consecuencias, (...) es (...) un razonamiento que justifica una decisión o una acción mediante la evaluación de sus consecuencias”.³⁷

De esta forma, toda decisión judicial debe sopesar los alcances que puede llegar a producir, tomando en consideración los beneficios y perjuicios que impactan dentro de los casos específicos, pero al mismo tiempo en los posicionamientos normativos e interpretativos que sostienen el ordenamiento jurídico. El término evaluación claramente expresa una necesidad de someter a un análisis pormenorizado todas las posibles circunstancias que influyen y que pueden llegar a influir en la realidad social, mismas que son producto de la resolución judicial forjando los criterios a seguir en el futuro.

b. Consecuencias lógico-semióticas, normativas y fácticas

Es importante destacar que este tipo de consecuencias se relacionan con lo que Wróblewski en palabras de Carbonell ha referido como reglas de razonamiento justificativo; normas promulgadas y sus consecuencias formales o interpretativas relevantes; y reglas relacionadas con normas promulgadas con implicaciones de razonabilidad o en un contexto axiológico. En este contexto es oportuno destacar que estos tipos de normas ejercen una influencia considerable que vale la pena analizar.

En cuanto a las reglas de razonamiento justificativo –en palabras de Carbonell- estas obedecen a principios lógicos, retóricos o argumentativos, claramente las consecuencias deben satisfacer parámetros de razonabilidad en contextos formales y materiales. En relación a las normas promulgadas y sus consecuencias formales o interpretativas relevantes es conveniente que los efectos de las decisiones cumplan con los postulados normativos y con la interpretación que se espera de los mismos por lo que se otorgaría un sentido de pertenencia al orden normativo. Por último, las reglas relacionadas con normas promulgadas con implicaciones de relativas a las razones o el contexto axiológico los contenidos consecuencialistas se encuentran comprometidos a atender los valores y los postulados que el creador de las normas quiere plasmar dentro del sistema legal.

En consonancia con lo anteriormente referido, podemos decir que “las *consecuencias lógico-semióticas* son las que se infieren de las reglas o decisiones de acuerdo con los principios en tanto reglas de razonamiento justificativo (PRR). Consecuencias formales (es decir, aquellas inferidas de normas a través de un cálculo lógico-formal) y consecuencias interpretativas (aquellas que son el resultado de la interpretación de normas promulgadas) son ejemplos de esta categoría”.³⁸

En el contexto de las consecuencias lógico-formales es importante identificar que los efectos cumplan con los requerimientos de la conjugación silogística, parámetros de integración normativa enfocados a superar posibles lagunas jurídicas o axiológicas. De igual forma, los aspectos relacionados con la interpretación desde un punto de vista de la literalidad deben ser cumplidas desde la óptica del razonamiento consecuencialista lógico-formal.

En cuanto a “las *consecuencias normativas* son de dos tipos: a) consecuencias lógico-semióticas consideradas como reglas válidas de acuerdo al concepto aceptado de validez o a una regla de reconocimiento; y b) consecuencias de reglas o decisiones en términos de derechos, obligaciones u otras modalidades atribuidas a sujetos, o que cualifiquen su

³⁷ Carbonell, Bellolio, F., *óp. cit.*, p. 21.

³⁸ *Ibidem*, p. 22.

comportamiento. Por último, están las *consecuencias fácticas* de reglas y decisiones identificadas o analizadas en un nivel socio-psicológico empírico, y que son las que tienen una dimensión espacio-temporal”.³⁹

Este tipo de consecuencias encuentran cabida en el ámbito de las reglas del ordenamiento jurídico, en donde se expresa que las mismas deben ser acordes con disposiciones jurídicas que cuenten con el elemento esencial de validez o asociado al reconocimiento que se da en un contexto jurídico pronunciado por autoridad competente. Es decir, las consecuencias dentro de esta clasificación deben basarse en los parámetros de la existencia normativa y su vigor normativo.

En relación a las consecuencias fácticas es preciso destacar que los efectos de las resoluciones deben servir a mejorar el contexto social, político y cultural. En este sentido, el factor empírico encuentra relevancia por ser indispensable tomarlo en consideración para resolver alguna problemática que influye determinadamente en el ejercicio de los derechos fundamentales.

c. Criterios internos, externos y mixtos.

De igual forma, el autor polaco destaca que toda decisión tomada en base a las consecuencias que produce una decisión judicial se encuentra asociada a criterios internos, externos y mixtos. En donde los mismos intentan justificar los grados de razonabilidad de la posición adoptada por el juez al pronunciar su decisión. Por ende, “el criterio interno evalúa las consecuencias en su relación con los elementos del sistema, y emplea los sub-criterios de consistencia, coherencia normativa y justicia formal”.⁴⁰

En este punto, toda resolución por consecuencias –en su sentido interno- debe insertarse en el contexto normativo dado, sostenerse en los parámetros normativos y ser conforme a sus disposiciones previas. Las implicaciones normativas cobran gran relevancia al adoptar un parámetro de medición de las acciones consecuencialistas plasmadas en las decisiones judiciales, evitando que las mismas sean planteamientos desapegados a lo requerido por el ordenamiento jurídico, esto sin demerito de respetar los valores que las mismas normas reconocen.

En relación al criterio externo este “recurre a valores que permiten una evaluación de la decisión jurídica desde fuera del sistema, siendo el valor superior el de la justicia sustantiva. El criterio mixto es la aceptabilidad, que hace referencia a la aprobación o rechazo de las consecuencias de la decisión por un auditorio concreto, que es aquel que tiene características sociales específicas y que comparte un consenso axiológico determinado”.⁴¹

En cuanto a la evaluación mediante criterios externos es preciso que toda decisión sea acorde con los valores reconocidos en los instrumentos internacionales, los lineamientos orientadores de las instancias supranacionales y en general con aquellos principios de justicia que abonan en favor de los derechos fundamentales. En relación al criterio mixto es preciso que toda implicación consecuencialista deba contar con la aprobación del sector social, político o de cualquier índole al cual se encuentra dirigida en base a sus creencias, valores y costumbres, con la finalidad de que la medida sea justa y atienda a sus necesidades reales.

C. Estructura del argumento consecuencialista en Feteris

a. El método pragma-dialéctico

³⁹ *Ibidem*, p. 22 y 23.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 24.

⁴¹ *Ídem*.

Otro aspecto relevante de la argumentación consecuencialista es el desarrollado por Evelin Feteris, consistente en un modelo o esquema que mide las consecuencias en relación a los efectos negativos que el juzgador pudiera adoptar cuando toma en consideración alguna de las variables interpretativas expuestas. En este escenario el método pragmadialectico juega un papel importante al mostrar cómo opera este tipo de racionalidad que busca justificar la aplicación de una norma en su mejor sentido interpretativo.

Es este punto, es necesario destacar que:

El principal objetivo de la teoría pragmadialéctica aplicada a los procesos judiciales es reconstruir la argumentación de los intervinientes y del Juez como parte de una discusión crítica sometida a control racional. (...) la argumentación consecuencialista es un argumento que justifica una decisión recurriendo a consecuencias que se ajusten a un fin deseable o que permitan alcanzar dicho fin. Es decir, las consecuencias positivas o deseables de un acto lo son en tanto satisfagan un fin deseable o valioso.⁴²

En este sentido, los planteamientos de Feteris se pueden entender como una forma de análisis del pensamiento judicial que deriva en la concepción de la perspectiva del caso concreto, su valoración a partir de los efectos que producen las perspectivas planteadas y una proyección de los efectos deseados de conformidad con los valores constitucionales. Al mismo tiempo, se puede comprender desde una óptica de la justificación, en donde el juez constitucional sostiene su postura decisora en base a las metas o exigencias que la norma fundamental demanda en favor de los derechos y valores del sistema democrático. Se puede contextualizar que existen ciertas particularidades que deben ser comprendidas desde la concepción consecuencialista en su enfoque pragmadialectico, por lo que “se recurre a este tipo de justificaciones cuando el Juez se enfrenta a distintas posibilidades de interpretación contrapuestas, caso en el cual su argumentación debiera reflejar la elección entre dos puntos de vista rivales de las partes, y mostrar la ponderación entre estas dos posiciones de acuerdo a las consecuencias deseables e indeseables en relación con el fin de la regla”.⁴³

Debemos puntualizar que en el desarrollo de las resoluciones judiciales pueden existir diversas interpretaciones de las normas jurídicas que pueden ser aplicadas para efectos de resolver la problemática planteada. En este sentido, el juez debe decidir de entre ellas cual es la mejor para regular la situación que producirá efectos dentro del caso concreto, su evaluación debe retomar los planteamientos expuestos por las partes y a su vez justificar por qué su postura argumentativa se encuentra apegada a la interpretación adoptada.

Por ende, “en primer lugar, está obligado a justificar por qué una interpretación literal y sistemática no ofrece una solución aceptable. En segundo lugar, debe explicar por qué las consecuencias de la decisión son inaceptables desde la perspectiva de un legislador racional haciendo referencia a los objetivos, principios y valores que subyacen a la norma en discusión”.⁴⁴

En este sentido, se deben aportar razones en cuanto a la necesidad de realizar interpretaciones más allá de los parámetros normales (literal y sistemático) para dar paso a una de tipo consecuencialista. De igual forma se debe explicar por qué adoptar una

⁴² *Ibidem*, p. 25.

⁴³ *Ibidem*, p. 28

⁴⁴ Feteris, E. T., “Arguments from unacceptable consequences and a reasonable application of law”, OSSA Conference Archive, 20, 2003, https://scholar.uwindsor.ca/ossaarchive/OSSA5/papersandcommentaries/20?utm_source=scholar.uwindsor.ca%2Fossaarchive%2FOSSA5%2Fpapersandcommentaries%2F20&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, p. 5.

interpretación determinada llevaría a efectos contraproducentes que no son adecuados a los valores y principios reconocidos dentro del sistema democrático, así como aquella interpretación que sí cumpliría con dichas exigencias.

De esta forma, “en el modelo pragmadialectico, como se ha mostrado, la determinación del fin o propósito de una norma aplicable al caso juega un rol central. No obstante, los sistemas jurídicos contienen una multiplicidad de fines que fácilmente pueden colisionar —y de hecho colisionan— en un caso concreto, por lo que la decisión de favorecer uno y desplazar el otro también debiese justificarse”.⁴⁵

La teoría pragmadialéctica basa sus justificaciones de conformidad con los efectos que pueden llegar a presentarse en relación con la interpretación de la norma que se trata de implementar en el caso específico. Sin embargo, la multiplicidad de factores que influyen en una decisión judicial es amplia, dado que implicaciones políticas, económicas, sociales, culturales, entre otras, juegan un rol determinante, las vertientes interpretativas adquieren dimensiones discordantes al momento de valorar las implicaciones mencionadas.

Para ello, Feteris ofrece el modelo pragmadialectico con la finalidad de que el juez conozca y utilice racionalmente los enfoques que marcan las posibilidades desde la perspectiva consecuencialista. “En el primer contexto (A), un juez decide no aplicar una regla legal en su estricto propósito de interpretación literal. En este contexto hay un solo punto de vista: La regla X no debe ser aplicada en la estricta interpretación literal X’ (-X)”.⁴⁶

De esta forma, el juez se encuentra en la posibilidad de identificar cuando una interpretación no es concurrente con los valores expresados en la norma constitucional. Consecuentemente, justifica su decisión de no optar por la interpretación que *prima facie* era la más conveniente a nivel literal. Por lo que su conclusión lo lleva a determinar que no es suficiente el aspecto de la literalidad normativa, dando paso a una redimensión del contenido normativo a través de una posible interpretación distinta.

Consecuentemente, “en el segundo contexto (B), un juez decide no aplicar una regla legal en la interpretación literal X’ pero si en otra interpretación X’’ porque X’ tendría resultados inaceptables y X’’ tiene resultados aceptables. En este contexto hay dos puntos de vista: (1) La regla X no debe ser interpretada en la interpretación X’ (-X); (2) La regla X debe ser aplicada conforme a la interpretación X’’ (+X’’)”.⁴⁷

En este escenario, el juez al identificar la no aplicabilidad de una interpretación sugerida de conformidad a los parámetros de literalidad, opta por una interpretación distinta. Misma que puede rescatar el contenido de la regla que desea aplicar en un sentido innovador que probablemente sea acorde a las exigencias que la norma constitucional plantea. Por consiguiente, el nivel de justificación será mayor en razón a la nueva formulación interpretativa.

Como podemos ver, el esquema de Feteris sirve —aunque aquí lo hemos enunciado de manera muy elemental- para dar cuenta de que la interpretación de las normas-regla puede ser desestimada por razón de las posibles implicaciones que generan. Dando paso a una exigencia en cuanto a la interpretación que se pretende introducir, la cual consiste en la necesidad de una justificación pormenorizada de la nueva interpretación adoptada y su debida correspondencia con los valores y principios que la Ley Suprema exige.

VI. Alcances y límites de la argumentación consecuencialista

⁴⁵ Carbonell, Belloio, F., *óp. cit.*, p.p. 28 y 29.

⁴⁶ Feteris, E. T., *óp. cit.*, p. 5

⁴⁷ *Ídem.*

En relación a los alcances de la argumentación judicial basada en las consecuencias que una decisión puede provocar en el futuro es de sostener que la aplicación del espectro de alcance brinda una pauta de generalidad. Es así como “en la argumentación jurídica, las razones sí pueden ser universalizables porque la consecuencia o situación “deseada” no es particular, sino que, al estar justificada en el derecho, el “deseo” es válido para todos”.⁴⁸ La naturaleza de los efectos producidos en las decisiones judiciales concernientes a los casos difíciles, es la de moldear los sistemas jurídicos, sociales, políticos, etc. Por lo que una resolución concreta produce efectos entre las partes contendientes, pero al mismo tiempo puede generar una transpolarización hacia otros ámbitos como el social o cultural, en donde los resultados de la resolución vertida crean efectos universales debido a la observancia obligatoria de los criterios plasmados por los Tribunales constitucionales. Cabe destacar que “no sólo serían fines de <<utilidad social>> los recogidos dentro de una argumentación consecuencialista, sino que está implica a todo valor o principio del cual pretendan extraerse ciertas consecuencias jurídicas y sociales (que son generales y no sólo aplicables a las partes en el proceso)”.⁴⁹ Dando como resultado su amplitud de impacto en todo el ordenamiento jurídico y social.

Es importante resaltar que dentro de los efectos de la resolución judicial se encuentran inmersos derechos y valores que posiblemente encuentren una redimensión en relación a sus contenidos esenciales. En este punto, cuando un pronunciamiento judicial advierte afectaciones o incentivaciones y las toma como razones suficientes para declarar una postura de la resolución, crea nuevas extensiones o limitaciones que seguramente producirán un impacto considerable dentro de la sociedad a la cual rigen.

Por consiguiente, la forma de razonar mediante los efectos que una decisión judicial genera, debe considerar los postulados de los derechos fundamentales. En “los derechos y su cumplimiento se toman en cuenta en la valoración consecuencialista como estados de cosas deseables a lograr o, en otras palabras, como objetivos, distanciándose de la tradición deontológica del liberalismo que concibe los derechos como restricciones y de la tradición utilitarista que ve los derechos en forma instrumental”.⁵⁰

Es de concretarse que las decisiones judiciales deben ser mecanismos tendientes a lograr el cumplimiento de estos derechos esenciales, como máximas a lograr dentro de un sistema de valores, -en muchos de los casos- más allá de un normativismo descriptivo limitador o de finalidades tendientes a cumplir agendas políticas u objetivos tendencialmente contradictorios a verdaderos contenidos axiológicos.

En cuanto al factor hipotético de las argumentaciones consecuencialistas, éstas pueden ser concebidas con menor rigor del que se ha planteado, en razón a que su postulado puede encontrarse sujeto a una determinación probabilística. Es por ello que “puede existir cierto análisis probabilístico de la relación entre el dispositivo y la consecuencia fáctica buscada, pero solo para verificar si el hecho temido o querido por la norma jurídica puede ocurrir o no en el futuro”.⁵¹

La probabilidad de que una consecuencia pueda darse en el futuro es calculable *prima facie*, dado que existen ciertos indicios que no pueden ser subestimados por el control judicial, eventos que marcan el rumbo de las inclinaciones sociales, políticas y culturales, factores económicos o jurídicos que son clara referencia de las tendencias que los sistemas democráticos deben tomar en consideración. De esta forma, los postulados

⁴⁸ Velásquez Meléndez, R., *óp. cit.*, p. 217.

⁴⁹ Ruiz Sanz, M., “Argumentación racional y consecuencialismo en la decisión judicial”, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174639.pdf>, p. 104.

⁵⁰ Pallas Reno, C., *El consecuencialismo pluralista de derechos humanos de Amartya Sen*, Montevideo: Universidad de la República Uruguay, 2018, p. 129.

⁵¹ *Ibidem*, p. 222.

consecuencialistas se pueden centrar en las probabilidades de que ciertos eventos puedan ocurrir en el futuro y que a su vez pueden ser prevenidos por el juez constitucional. No obstante, no debe ser el único parámetro de consideración para decidir un caso controvertido, dado que solo muestra el comportamiento de los eventos que se presentan dentro de la jurisdicción competente.

Otro aspecto en relación a los alcances de la argumentación consecuencialista que utiliza el juez para formular su decisión es el concerniente a la discrecionalidad. En este sentido, “allí donde aunque esté clara la escala de las consecuencias sea imposible pronosticar con un mínimo rigor el acaecimiento de unas u otras, nos hayamos en supuestos de discrecionalidad judicial pura y simple, e inevitable. Será lícito al juez decidir según sus valores y fundamentar del modo mejor posible la aplicación de los mismos; no lo será, en cambio, que intente presentar como conocimiento objetivo lo que sólo puede ser de su cosecha”.⁵²

Es comprensible el factor asociado a la facultad que tiene el juez para decidir respecto a sus convicciones y valores personales, dado que representa el grado de sentido humano y racional con el que cuenta para desempeñar su función como garante de los derechos más indispensables. No obstante, dicha atribución no debe ser empleada para imponer sus razonamientos más allá de los límites que la misma ley le exige, o de manera injustificada desde el punto de vista de la argumentación jurídica, sino más bien nos debemos situar en un escenario de potencialización de la discrecionalidad justificada tal y como lo exige la argumentación consecuencialista.

Debe exigirse al juez un grado de racionalidad, pero una racionalidad conforme a los propios postulados de la argumentación consecuencialista, dado que “si a la vez se le exige actuar conforme a derecho, entonces se le está ordenando ignorar las consecuencias cuando, por decidir racionalmente, aquellas lo obligaran a apartarse de la norma. El resultado es la validación de los actos irracionales”.⁵³

Es oportuno destacar que el grado de compenetración en la norma es vital, dado que la actuación del jurista se enfocaría -y limitaría- a lo expresado en la misma. Sin embargo, pueden existir escenarios en los cuales la interpretación literal de la norma-regla sea insuficiente – es aquí donde entra en juego su facultad discrecional-, aún más tratándose de implicaciones asociadas con circunstancias que deben ser bien decididas para que en el futuro no sean contradictorias con los valores y derechos que el sistema jurídico reconoce.

En cuanto a los límites de la argumentación consecuencialista se debe destacar el hecho de que se ha considerado como un tipo de razonamiento endeble y poco justificable, en razón de su falta de demostración en una realidad que impera en un momento determinado. Es por ello que “las justificaciones consecuencialistas de los derechos sitúan la revisión judicial en un terreno menos estable y pueden invitar a una mayor deferencia judicial hacia otras ramas del gobierno”.⁵⁴

Es por eso que se deben crear mayores parámetros de soporte que sean adecuados a la argumentación por consecuencias, sin embargo, no podemos prescindir de ella en razón a que es una forma de razonar que es utilizada de manera recurrente por los jueces constitucionales, consciente o inconscientemente. Claramente se demuestra que es una tarea conjunta la relativa a regular una situación que pueda acaecer en el futuro en donde

⁵² García Amado, J. A., “El argumento teleológico: las consecuencias y los principios”, consultado en: <https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24370w/Argumento%20teleologico.pdf>, p.9.

⁵³ Calvo, R. y Venier, C., “Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales”, *Isonomía*, n° 19, octubre 2003, p. 182.

⁵⁴ Harvard Law Review, *óp. cit.*, p. 1447.

la integración de otros ámbitos de actuación –como el legislativo y el administrativo– cobran relevancia.

Se debe tomar precaución en cuanto a su utilización por parte del juez constitucional, en virtud de que su pensamiento puede llegar a ser efímero y superable de conformidad con las secuelas sociales, políticas y jurídicas del porvenir, en donde los rumbos de la realidad democrática son cambiantes. Es por ello que, si “el nuevo derecho se basa inicialmente en un equilibrio consecuencialista, puede deshacerse si el equilibrio de una futura Corte arroja un resultado diferente”.⁵⁵

En este supuesto, la argumentación consecuencialista se encuentra supeditada a los cambios que se pueden presentar en el futuro, sin embargo, esos cambios pueden presentarse con anticipación o en un futuro remoto, por lo que la realidad que pretenden regular los jueces constitucionales se encuentra dentro de su circunferencia de actuación –de ahí el oportuno de medir los efectos de sus resoluciones–, por lo que su labor de previsibilidad es relevante.

No obstante, se debe tener cautela en relación a justificar las decisiones judiciales solamente con base en argumentos consecuencialistas, dado que nos encontramos en el terreno de la predictibilidad, la hipótesis y la probabilidad de que una situación pueda ocurrir en el futuro. Es por ello que aún existen “áreas que resultan especialmente difíciles de regular y de someter a políticas concretas, y donde sólo cabe proporcionar criterios muy vagos como «los mejores intereses del niño» o «la decisión que menor coste psicológico conlleve»”.⁵⁶

En este sentido, es de precisar que, dentro del terreno de los principios, la argumentación consecuencialista cobra relevancia porque genera nuevos enfoques de aplicación del derecho y regula realidades jurídicas que escapan al contenido de la ley, sin embargo, debe ser cauteloso el juez constitucional en virtud de que aún se encuentran en construcción ciertos contenidos normativos que deben ser expresados con mayor claridad. Es por ello que cobra relevancia lo expuesto por Torres Quijano, al sostener que:

La evaluación de las consecuencias jurídicas y sociales de una decisión debe verse, en principio, ligada al peso que tengan los diferentes valores o derechos fundamentales en una sociedad y en una época determinada, luego ver la afectación a esos valores y derechos fundamentales, es decir, cuál de las posibilidades de decisión vulnera menos o no vulnera valores y derechos fundamentales frente a las opciones de decisión que vulneran desproporcionadamente un valor o derecho. En síntesis, la valoración de las consecuencias jurídicas y sociales de la decisión constituye no el único sino uno de los límites al poder discrecional del juez a la hora de la toma de la decisión.⁵⁷

Es oportuno comprender que el uso de los razonamientos consecuencialistas deben fijar su atención en el reconocimiento de los derechos y valores que han sido obtenidos dentro del sistema constitucional, valorar si las decisiones judiciales son óptimas a su protección o si la afectación que se llegue a producir es justificada y razonable. Caso contrario nos encontraríamos bajo implicaciones puramente injustificadas y carentes de validez. Es por ello que se pone énfasis en que al momento de optar por un posicionamiento argumentativo de tipo consecuencialista se deben analizar los efectos nocivos o productivos que la decisión judicial puede llegar a presentar.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 1451.

⁵⁶ Bengoetxea, J., *óp. cit.*, p. 64.

⁵⁷ Torres Quijano, C. A., “El consecuencialismo como límite en la argumentación constitucional y legal y jurídica”, *Derecho y realidad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC*, n.º. 23, primer semestre 2014, p. 235.

Aunado a esto, los razonamientos vertidos por el juez constitucionalista se encuentran tendientes a manejar distintos elementos que concurren en el resultado de la decisión. Por ende, se debe ser claro en que “la posibilidad de ponderación de los bienes y los males entre sí (...) es un requerimiento para que se trate de una teoría ética de valor práctico, esto es, una teoría que pueda proponerse como ofreciendo los criterios para resolver los problemas éticos y políticos”.⁵⁸

En conclusión, la decisión judicial tendiente a justificarse mediante planteamientos consecuencialistas debe considerar un escenario ponderativo de detrimentos y favorecimientos que circundan a la problemática planteada ante el juez. En donde las formulaciones éticas cobran relevancia, los intereses políticos y sociales, la formulación de alcances y limitaciones de derechos esenciales, así como la predisposición de las repercusiones que la misma tendrá en el sistema normativo y democrático.

VII. Reflexiones finales

El ejercicio de la argumentación consecuencialista es de gran utilidad en la labor que realiza el juez constitucional al resolver un caso difícil. No obstante, su uso debe ser empleado de manera consciente en razón de las altas probabilidades de impacto que genera en el sistema democrático. Al mismo tiempo, su justificación se encuentra emparejada con la implementación de mecanismos de convicción que permitan al jurista sostener que la postura por él adoptada es la más adecuada para el caso particular.

Estos medios probatorios otorgan al juez mayores indicadores y elementos de precisión sobre los comportamientos sociales, económicos, jurídicos, culturales y políticos que tendenciosamente muestran un arribo a circunstancias particulares en el futuro próximo. Por ende, toda decisión debe sostenerse en planteamientos bien definidos y desarrollados que tomen como eje central el ordenamiento normativo sin dejar de considerar aquellos elementos -axiológicos y principialistas- que escapan a los postulados de literalidad normativa.

Es importante que el decisor haga uso de una discrecionalidad justificativa racional, evitando sesgos cognitivos que desencadenen una falta de apreciación del entorno problemático que rodea al caso concreto. Si bien es cierto, los planteamientos formulados pueden ser hipotéticos estos solo deben representar el punto de partida para la posición final de la resolución judicial, creando verdaderas posturas argumentativas que incentiven los ámbitos de universalidad y progresividad de los valores y derechos.

⁵⁸ Alvarado Marambio, J. T., “Derechos fundamentales, interpretación proporcionalista y consecuencialismo. La relevancia jurídica de las teorías morales fundamentales”. *Estudios constitucionales*, Centro de Estudios constitucionales de Chile, n° 2, julio-diciembre 2015, p. 410.

EL PAPEL DE LAS VIRTUDES JUDICIALES EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Juan Carlos Rios Yaringaño¹

INTRODUCCION

En un Estado Constitucional de derecho para considerar que las decisiones judiciales son justificadas y con arreglo a derecho, resulta insuficiente que el pronunciamiento de un determinado caso sea producto de la valoración probatoria y la aplicación de la norma. Y es insuficiente, porque aún existen los “malos” jueces diseminados en diversos países sobre todo de latinoamerica, conocedores también del derecho, pero carentes de virtudes que, no son serviles de la búsqueda de la justicia sino de intereses particulares. Hipotecando sus maquilladas decisiones convierten la sed de justicia de una población en una verdadera sequía.

La justicia de un país no cabe duda que se encontraba representada en la probidad de sus jueces, hecho que denota virar la mirada al plano ético, de los valores morales que atesora cada magistrado.

El presente trabajo aborda el tema enfocándose en la perspectiva del carácter de los jueces, especialmente las principales virtudes con las que debe contar un jugador alineado con los principios de la administración de justicia, asimismo la relación de aquéllos con la argumentación jurídica.

LA VIRTUD ARISTOTÉLICA

En línea de principio partiremos por mencionar que existen varias teorías de la virtud, sin embargo, la que tuvo mayor protagonismo desde la antigua Grecia hasta el período de la Ilustración fue la ética de la virtud, la misma que ha recobrado su relevancia en las últimas décadas. Y ello, se debe a que como afirma Amalia Amaya² “A diferencia tanto del deontologismo como del consecuencialismo, la ética de la virtud se centra en el agente, y no en el acto; en el carácter y no en la conducta. El deontologismo y el consecuencialismo son teorías morales que tratan de responder a la pregunta de qué debe uno hacer. A diferencia de estas teorías, la ética de la virtud está principalmente orientada a resolver la pregunta de qué tipo de persona debe uno ser”.

La postura adoptada por Amaya, compartida con otros profesores si bien asumen posiciones que divergen en ciertos matices, comparten un mismo origen que es ética de la virtud de Aristóteles.

Para Rodríguez, a partir del trabajo en torno la ética de la virtud de Aristóteles se tiene “la conclusión de su investigación es que *lo bueno por sí mismo es la vida conforme a la razón o vida virtuosa*”.

Podemos decir que, la obra de Aristóteles es un canto a la virtud. Considerándola incluso al cultivo permanente de las virtudes como uno de los componentes de la felicidad del hombre.

Siguiendo el sendero pavimentado de la virtud, es que se llega a una buena vida, a una vida feliz. Clasifica a las virtudes en: intelectuales y morales, las mismas que comparten más semejanzas, a tal punto, que resulta difícil obtener una clara divergencia entre ellas.

¹ Maestro en Derecho Procesal por la Universidad Peruana Los Andes – UPLA. Correo electrónico: juancarios2711@gmail.com

² Amaya, A., *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

El análisis de la teoría de la virtud de Aristóteles, apunta a poder establecer que todo juez en un Estado Constitucional de derecho debe poseer acopladamente virtudes intelectuales y morales.

Y esto tiene pleno sentido, ya que no es suficiente para la sociedad que los jueces conozcan el derecho (virtudes intelectuales), sino que también posean caracteres morales. Para que, de esta manera, la decisión judicial a emitirse además de válida sea justa.

Ante los no tan pocos casos de jueces pertenecientes a todas las instancias del Poder Judicial, testigos de su vastedad en el campo del derecho, pero tan carentes de virtudes – *ejemplo de ello podemos mencionar a los cuellos blancos*- es que, podemos advertir del por qué la teoría de la virtud de Aristóteles ha cobrado vigencia en los últimos años.

VIRTUDES JUDICIALES

Manuel Atienza³ entiende a las virtudes judiciales “como ciertos rasgos de carácter que deberían poseer –y quizá posean- los jueces” que posibilitan cierta anticipación o previsibilidad de las soluciones jurídicas para los casos concretos”.

Para la profesora Amaya⁴, las virtudes judiciales especifican los estándares de conducta moral en el contexto del rol de un juez.

Con el marco previo, podemos definir a las virtudes judiciales como aquellas exigencias de índole moral que permiten al juez a efectuar un desempeño óptimo de sus labores.

Esta perspectiva relea el concepto de la figura clásica del juez, vista únicamente como aquel agente que debe tener amplios conocimientos de una determinada área del derecho para considerarlo buen juez.

La mirada ahora se posa en el carácter moral de estos agentes encargados de administrar justicia, misión gravitante para el sentido y permanencia de toda democracia.

Dentro del Estado constitucional de derecho la expresión “buen juez” implica necesariamente la amalgama de conocimientos del derecho, así como valores morales que permitan que esos mismos conocimientos sean correctamente aplicados.

Una buena persona, entendida como una persona correcta cargada de valores éticos y virtudes puede llegar a ser un buen juez, pero una mala persona, nunca.

Esto, lejos de parecer una narrativa subjetiva, queda palmariamente objetivada con numerosos casos que usted seguramente conoce, la sombra alcanza no solamente a hechos de corrupción sino también de carencias morales que nos llegan a cuestionar si realmente un determinado juez merece serlo.

Desde jueces de familia que, al parecer eligieron dicha especialidad porque tienen varias familias al mismo tiempo. Jueces laborales que no pagan sus beneficios laborales a sus empleados domésticos, y un largo etc. Si bien estos casos no reflejan hechos cercanos a casos de corrupción, pero no cabe duda, que el accionar de dichos magistrados los deslegitima como tales.

Existe una extensa lista de virtudes judiciales que debe poseer toda persona para asumir tan noble cargo. En mi opinión las más importantes, son las siguientes: Independencia, imparcialidad, justicia, prudencia y honestidad.

- a. **Independencia.**- Se refiere a que solo el juez debe resolver los casos que se le presenta sin injerencia de ningún tercero, que determine el rumbo de su decisión.

Uno de los problemas más serios que afronta todo juez en torno a esta virtud, proviene desde los pasillos del propio Poder Judicial, cuando los jueces superiores

³ Atienza, M., *Virtudes Judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de derecho*, México D.F.: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

⁴ *Ib.*, 24.

jerárquicamente, intentan doblegar la independencia del juez. Este hecho resulta más notorio cuando se trata de jueces supernumerarios.

- b. Imparcialidad.-** El juez debe emitir su decisión construida sobre la base de los hechos y la norma a aplicarse, sin beneficiar a ninguna de las partes.
- c. Justicia.-** Se trata de aquella virtud que busca la igualdad entre las partes (justicia distributiva) y persigue su restauración cuando fue conculcada (justicia rectificadora).
- d. Prudencia.-** Es aquella virtud que consiste en otorgar de razón al juez para obrar con cautela al momento de emitir sus decisiones.
- e. Honestidad.-** Para el profesor Rodolfo Vigo⁵, la honestidad “tiene que ver con esa legítima posibilidad que reciba lo que le corresponde como retribución de sus servicios”.

VIRTUDES JUDICIALES Y ARGUMENTACIÓN JURIDICA

Para la profesora Amaya⁶, “el estudio del razonamiento jurídico no puede divorciarse del estudio de los rasgos de carácter y las habilidades necesarias para llevar a cabo la toma de decisiones jurídicas de manera exitosa. Por lo tanto, desde una perspectiva aretaica, la teoría de la ética jurídica no es meramente una herramienta auxiliar, sino una parte substantiva de la teoría de la argumentación jurídica”.

A partir del enfoque adoptado en este trabajo, podemos advertir que la decisión que emita un juez virtuoso se encontraría mejor justificada a nivel argumentativo a comparación de un juez que no lo es.

Y ello, debido a que, en el terreno práctico, aquel juez que no se deja presionar por cuestiones externas, provenientes de su propio entorno laboral, o fuera de él que pongan en serio riesgo su independencia judicial; el juez que emite su decisión sin ningún interés de favorecer a ninguna de las partes, teniendo como único interés resolver el caso que se le presenta en base a los hechos y al derecho; el juez consciente de la magnitud del cargo que representa para la sociedad, y tiene como objetivo solamente de hacer justicia con prudencia productor de la razón, y siendo honesto en el camino, ese juez virtuoso que duda cabe tiene mayores posibilidades de enfrentar con mayor éxito el desafío de una resolución judicial –llámese *sentencia o auto*- bien justificada, dando las razones que sustentan el sentido de su fallo.

Aquí, quiero proponer una labor de sospecha, proveniente de aquel sector que no se encuentra de acuerdo con la postura de las virtudes judiciales, o al menos, no la aprecian en su real dimensión, ignorando su vital importancia.

Quizás un vano intento por desestabilizar la concepción de la argumentación jurídica basada en virtudes, tenga como soporte que la percepción del juez virtuoso no puede plasmarse en razones objetivas que puedan ser cuestionadas por las partes procesales.

Argumento que no resulta convincente, ya que frente a tal narrativa podemos decir que, un juez virtuoso al poseer esa capacidad de percepción, que le permite identificar cuáles son las principales razones sobre las cuales se edifica su decisión.

Queda claro que, el hecho de ser un juez virtuoso no lo desacredita para que pueda construir argumentos que permitan colegir de manera razonable su decisión.

El valor de este texto, es mantener la actitud de apertura y reflexión constante del estudio de las virtudes y el importante papel que desempeñen en la argumentación jurídica.

⁵ Vigo, R., *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado Constitucional de Derecho*, Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017.

⁶ Amaya, A., “Virtudes y Filosofía del derecho”, *Biblioteca jurídica virtual*, 2015, pp. 1784.

CONCLUSION

Esta postura, ha dado paso gradualmente a que contemos con personas más idóneas para el desempeño de un cargo tan medular en toda sociedad. El juez virtuoso tiene que ser el objetivo trazado por las políticas de administración de justicia. Este desafío plantea un horizonte de aristas que se necesitan establecer como mecanismos de trabajo a mediano y largo plazo. Resulta urgente que, en el Perú la Academia de la Magistratura, ponga mayor énfasis en los cursos PROFA, virando la atención a potenciar los cursos de las virtudes judiciales para las personas que ansían desempeñarse como magistrados del Poder Judicial.

Del mismo modo, ofrecer mayores cursos de este tópico, con especialistas en la materia dirigido a los magistrados de todos los niveles que se encuentren en actividad, con la finalidad de conozcan y ahonden sus conocimientos al respecto.

Asimismo, la Junta Nacional de Justicia, ente encargado de nombrar y destituir a los magistrados a nivel nacional (jueces y fiscales). Debe asumir un planteamiento serio y agudo respecto al tema de las virtudes judiciales, tanto para el nombramiento y destitución de los mismos. Esto es, nombrar únicamente a jueces que cuenten con virtudes judiciales, en el plano intelectual y sobre todo moral, y destituir a jueces que no las tengan. Solo así, los integrantes de una sociedad podrán avizorar cada vez más cerca con la tan ansiada justicia.

LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN DE THEODOR VIEHWEG Y CHAIM PERELMAN

José Anibal López Silva¹

Las teorías de la argumentación de Theodor Viehweg y Chaim Perelman son unas de tantas teorías reflexivas de modelos argumentacionales de mayor incidencia dentro de las teorías de argumentación jurídica coetáneas, ambas propuestas son sustanciosas en el ejercicio argumentativo, dado que su constructo involucra pensamientos, ideas, criterios sistematizados desde el proceso creativo hasta las praxis. La noción de tópica en Viehweg y Perelman constituye la rehabilitación de una teoría acertada pero muy remota como “*La teoría aristotélica*” no se niega que es el cimiento de estos filósofos, pero su discontinuidad se debe a lo poco difusa y a la imprecisión de esta; ciertamente se atribuye a Aristóteles su creación no así la amplitud de la misma.

Entorno al término “*argumentación*” existe variaciones en su concepción, significado y adaptación consecuente a la evolución misma, principalmente porque desde el juicio de Viehweg este vocablo conserva una gran riqueza semántica. Por otra parte, Viehweg pauta que los *topoi* únicamente sirven como apoyo, pero no constituyen un evento que rigurosamente aporten a la conclusión o decisiones jurídicas vinculantes.

La reinstauración de la teoría se le acuña a Viehweg, quien en su largo estudio la orienta a la racionalidad práctica, básicamente dedicándose a exponer y enjuiciar los distintos métodos de estudio; no obstante, existen otros que concluyen que la revitalización de la teoría es de exclusividad de otro filósofo. Pese a las duras críticas recibidas, se considera de mérito el haber descubierto un ámbito creativo para la investigación del Derecho.

Aquí es importante reconocer los aportes de Viehweg en la reinstauración de la argumentación como doctrina, con esta surge una escuela que fomentaba el saber jurídico “Escuela Maguncia” organizada en tres ejes principales: “*En primer término, al rol otorgado a los conceptos de "problema" y "aporía"; en segundo término, al papel de la tópica en la orientación antisistemática y antilogicista; y, en tercer término, a la relevancia del concepto de topos o tópico.*”² Muy apegado a lo anterior el escritor que líneas arriba se menciona adopta vocablos afines a la teoría desarrollada: “*problema y aporía*” “*arranca de la descripción del modo de pensar en el Derecho como una técnica de pensamiento caracterizada por orientarse al problema*”.³

Para que la teoría argumentativa sea aplicable exige un problema real, un asunto inusual que merezca la praxis de dicha creación “*aporía*” que de forma consecuente define como “*Una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la que no está marcado un camino de salida, pero que no se puede soslayar. Y es esa cuestión la que desencadena un juego o intercambio de consideraciones que constituyen lo que propiamente se denomina "tópica o arte de la invención"*”.⁴

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, Maestro en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho, titulaciones recibidas por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Catedrático universitario, Coordinador académico en universidades públicas y privadas; asesor, revisor y examinador en proyectos finales de graduación. Asociado al Colegio Profesional de Abogados y Notarios con No. 20,333. joseanibal017@gmail.com

² Cfr. García Amado, Juan Antonio, *Tópica, Derecho y método jurídico*, en Doxa. Cuadernos de Filosofía y Análisis del Derecho, 4 (Alicante, 1987), pp. 161-188.

³ Viehweg, Theodor, *Tópica e jurisprudencia* (Traducción de Tercio Sampaio Ferraz, Sao Paulo, 1979), pp. 33 ss.

⁴ García Amado, Juan Antonio, *Tópica, Derecho y método jurídico*, cit. (n. 33) pp. 162 ss.

Funcionalmente la argumentación colabora a establecer una búsqueda de premisas “*ars inveniendi*”; aquí es importante destacar que esta incansable búsqueda es un ir y venir, puesto que al final de cuentas no terminan los supositorios, enmarcando los tópicos con una característica flexible que permite adaptarlos a las necesidades presentada. De este modo, Viehweg define “*problema*” como “*toda cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que necesariamente presupone una comprensión provisional, a partir de la cual aparece como cuestión a considerar seriamente y para la cual se busca precisamente una respuesta como solución*”.⁵

Por lo anterior expuesto, es conveniente dejar claro que Viehweg establece que la teoría Tópica de la argumentación no es más que una forma de solucionar problemas como un ideal de la ciencia del Derecho (soluciones justas para cada caso aunado de una técnica adecuada).

En los párrafos anteriores queda expresa la utilidad de la teoría de Viehweg; sin embargo, y no tan fuera de lugar, se halla quizá el posible quizá el personaje que contribuyó en gran medida a la reinención o reinstalación de una teoría que hasta la fecha es ovacionada “*Chaim Perelman*”. Indiscutiblemente ambos filósofos concatenan sus saberes y de este modo reconstruyen una teoría obsoleta y muy poco fortalecida.

Ahora bien, estos filósofos motivados por construir propuestas alternas al campo lógico indagaron temas relevantes que provocaron el giro epistemológico jurídico necesario de la época; es decir, construyeron un paradigma de estudio meramente formal en la ciencia del Derecho. Perelman por su parte pretendía eliminar algunos conceptos muy arraigados con un enfoque positivista, dejando claro que la argumentación no es más que la metodología empleada para comprobar, refutar y abordar una proposición que necesita ser afirmada o negada.

Ambos teóricos establecen sistemáticamente una forma de esgrimir las diversas formas de pensamiento multidimensional que aprueben en la actualidad exigencia y competencias en el campo del debate y la negociación; de este modo, permiten avanzar hacia conclusiones aceptables de consenso. Desde los distintos escenarios que se plantean en planos históricos se visualiza el requerimiento de convencer y persuadir por medio del lenguaje oral o escrito, vigente hasta la fecha como un mecanismo influyente en las decisiones judiciales; asumir un argumento constituye no solo afirmar un supuesto, se trata ante todo de emitir juicios susceptibles de apoyo, respaldados con razones, cargados de objetividad y convincentes por su naturaleza.

De aquí deriva la necesidad de establecer argumentos bien focalizados, basados en teorías de creación sostenible y sobre todo la previsión de que estos puedan ser apoyados; en tal sentido existe un repertorio vasto de “*topoi*” que derivan a un silogismo bien fortalecido, enriqueciendo la argumentación.

Perelman mostraba claramente una inclinación sobre la estructura lógica de la argumentación y no por aspectos psicológicos que únicamente fueran deducibles, punto de partida para crear silogismos cargados de viabilidad, basados en el constructo de los diferentes procesos lógicos de las matemáticas, en la que las proposiciones deben de cumplir con las reglas pautadas para su comprobación. Él teórico en mención en su teoría no busca verdades evidentes sino proposiciones sostenibles y sustentables que persuadan a los miembros de un auditorio. Por otra parte, el fenómeno de la argumentación es la acción que busca la interacción entre los emisores y receptores. “*considera que la estructura del discurso argumentativo se asemeja a la de un tejido: la solidez de este es muy superior a la de cada hilo que constituye la trampa*”⁶. Asumiendo con ello tres partes

⁵ Viehweg, Theodor, Tópica e jurisprudencia, cit. (n. 34), pp. 34.

⁶ Perelman, 1969.

de la teoría de la argumentación: *“los presupuestos o límites de la argumentación, los puntos o tesis de partida y las técnicas de argumentativas; es decir, los argumentos en sentido estricto”*.

La necesidad de argumentar exige condiciones previas de sostenibilidad de un lenguaje, en el que básicamente todos los participantes consideren comprensible, una congruente fusión entre el lenguaje corporal y el lenguaje oral, la interacción entre emisor y receptor con estricto apego al proceso sistematizado de la argumentación. En este proceso deja claro Perelman tres elementos: *“el orador, el discurso y el auditorio”* sin hacer alusión a los factores externos e internos que influyen indiferentemente a la decodificación del mensaje. Este ilustre pensador concretaba que una argumentación eficaz buscaba acrecentar un auditorio por la capacidad de convencer y persuadir del orador.

Finalmente, y sin variaciones notorias, ambas teorías cargan la argumentación de actos persuasivos, convincentes en donde se trata de confirmar un hecho mediante un proceso metódico pautado de imparcialidad.

A 40 AÑOS DE SPEECH ACTS IN ARGUMENTATIVE DISCUSSIONS: BREVE RESEÑA DE CUATRO DÉCADAS DE LA PRAGMA-DIALÉCTICA DE VAN EEMEREN Y GROOTENDORST¹

Juan Pablo Lionetti de Zorzi²

“Nadie en este mundo posee la verdad absoluta. Es solamente un atributo de Dios. Todo lo que conocemos es una verdad relativa. Por lo tanto, sólo podemos perseguir la verdad tal como la vemos. En tal búsqueda de la verdad, nadie puede perderse”. Mahatma Gandhi, *Reflexiones sobre la verdad*

En este año 2024 se cumplen cuarenta años de la publicación de la primera edición de un libro que dio origen a lo que se suele denominar la escuela de Ámsterdam de argumentación. En ese trabajo Frans van Eemeren y Rob Grootendorst desarrollaron la base de la teoría de pragma-dialéctica. Una teoría que con los años profundizarán y desarrollarán en etapas y a lo largo de diferentes libros.

La importancia Van Eemeren y de sus ideas reside, en mi opinión, en estas circunstancias:

1. Hizo escuela. A lo largo de los años trabajó con colaboradores que más tarde se transformaron en colegas y discípulos. Dejando de lado a Grootendorst que falleció en el año 2000, a lo largo de toda Holanda se pueden contar entre sus discípulos a personalidades como: Evelin Feteris, Bart Garssen, Perter Houtlosser (falleció en 2007), Bert Meuffels, Agnés van Rees, Francisca Snoeck Henkemans, Erik Krabbe, Jan van Laar y la lista continúa al punto tal que ya se puede hablar de una segunda y tercera generación de discípulos. Es decir, la teoría de la pragma – dialéctica continuará desarrollándose a través de sus seguidores una vez que van Eemeren ya no esté con nosotros. A diferencia de otras teorías de argumentación jurídica en donde una vez fallecido su mayor exponente quedaron estancadas.

2. Porque le da un cierre a una serie de libros y autores que renovaron los estudios que había desarrollado el filósofo griego Aristóteles. De ese modo hubo una renovación de la lógica cuando G. H. von Wright publicó en 1951 “Lógica deóntica”. Mismo suceso aconteció con la tópica cuando en 1953 T. Viehweg apareció con su “Tópica y jurisprudencia”. También surgió una actualización de la retórica cuando en 1958 Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca publicaron su “Tratado de la argumentación: la nueva retórica”. De esta manera en 1984 F. van Eemeren y R. Grootendorst renovaron la dialéctica con el libro mencionado y una serie de estudios que desarrollaron después.

3. Porque retomando el enfoque de Hamblin³ resalta a las falacias en un ámbito en donde no solo estuvieron mal vistas, sino que su uso escapaba totalmente a un estudio de índole científico. Antiguamente las falacias formaban parte de la estructura de la retórica utilizada por los sofistas. Por eso, antiguamente se diferenciaba el término “falacia” que provenía del latín “*fallax*” que significa equivoco y se utilizaba para un argumento lógico

¹ Agradezco a Helga Lell y Carolina De Mitri quienes con sus preguntas y comentarios en el día de la ponencia me ayudaron a enriquecer este trabajo.

² Doctorando en Derecho, área Filosofía del Derecho, de la Universidad de Buenos Aires. Tesis entregada a la espera de defensa. Profesor de filosofía del derecho en la U.M.S.A. y de argumentación jurídica en la UBA.

³ Ver Hamblin, Ch. L.: *Fallacies*. Methuen & Co. Ltd.: Londres, 1970 citado por la traducción castellana de H. Marraud: *Falacias*. Palestra editores: Lima, 2016.

mal elaborado⁴ (hoy en día se denomina falacias formales), del sofisma que proviene del griego y era utilizado por los sofistas en su estructura retórica utilizada para sostener una tesis. Hoy en día se utiliza el término falacia para ambos casos y se los diferencia unos de otros como falacias “formales” y “no formales”. Pero el problema moral de utilizar las falacias lo solucionó Aristóteles cuando estudió la retórica en paralelo con la ética y la filosofía. Es decir, los argumentos que carecen de lógica no deben ser desechados inmediatamente, si son utilizados con una conducta ética dentro de una filosofía de vida, porque pueden llegar a ser razonables y convincentes. Además, merecen ser considerados cuando no son utilizados con fines deshonestos sino como nuevas formas de llegar a la verdad. Merecen su estudio y desarrollo tal como lo hizo Aristóteles. Quien teniendo una conducta ética y una concepción filosófica hizo un espacio dentro de la tópica desde esa posición. En este caso van Eemeren desarrolla las falacias dentro de una postura filosófica basada en la razonabilidad con el objeto de disminuir la conflictividad.

4. Porque desarrolla un modelo para resolver conflictos originados por diferentes puntos de vista. No es para ganar la discusión. Eso se debe a que se puede ganar la discusión y no tener la razón y a la inversa, tener la razón y perder la discusión.

Sin embargo, a pesar de las características que menciono fue muy pobre la atención que se le dio a dicho autor. Hay algunas excepciones como Atienza que le dedico parte de su tiempo a la crítica y análisis de esa postura. Sin embargo, más atención le dedico a autores como Toulmin. Esto trae a colación otra cuestión. Para muchos académicos van Eemeren no era un jurista por lo que no debía asignársele mayor importancia porque para el ejercicio de la abogacía y al derecho poco tiene para decir.

Sin embargo, el autor mencionado en el párrafo anterior tampoco lo era. No obstante, el interés que se desarrollo fue de una magnitud que a medio siglos de sus publicaciones seguimos hablando de él. Además, la pragma- dialéctica es perfectamente compatible con una audiencia de testigos, una audiencia de mediación, un discurso parlamentario o un discurso político. Es decir, el derecho no es solo un funcionamiento forense y, por otro lado, aunque así lo fuera tiene aplicabilidad. Eso quedo claro cuando Evelyn Feteris aplico la pragma-dialéctica al ámbito legal.⁵

Otra muestra que la escuela holandesa se fue expandiendo a punto tal que dio origen a la revista “*Argumentation*” en donde se pueden ver trabajos de todo tipo con fuerte aplicación para el derecho.

Ahora bien, para este autor argumentar es:

*La argumentación es un acto de habla que consiste de una constelación de enunciados diseñados para justificar o refutar una opinión expresada y calculada dentro de una discusión reglada, con el objetivo de convencer a un juez racional acerca de la aceptabilidad o inaceptabilidad de una opinión expresada.*⁶

Eso resume toda su postura y la presenta como algo mucho más amplio que solo la argumentación jurídica pero que tiene una connotación que es perfectamente aplicable.

Pero de toda su teoría lo que considero más valioso es uno de los ítems mencionados con anterioridad. Su estudio acerca de las falacias. Con un enfoque en donde viene acentuando

⁴ Ver Catenacci, I. J.: *Introducción al derecho*. Ed. Astrea: Buenos Aires, 2006. p. 333.

⁵ Ver Feteris, E. T.: *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*. Kluwer Academic Publisher, 1999 citado por la traducción castellana de A. Supelano: *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Universidad Externado de Colombia: Impreso en Argentina, 2007.

⁶ Ver van Eemeren, F. H. & Grootendorst R.: *Speech Acts in Argumentative Discussions*. Foris publications: Holanda, 1984; citado por la traducción en castellano de M. E. Molina, C. Santibañez Yáñez & C. Fuentes Bravo: *Los actos de habla en las discusiones argumentativas*. Ed. Universidad Diego Portales: Chile, 2013. p. 67.

lo razonable por sobre lo racional. Dicha característica continúa hasta la actualidad tal como lo demuestra su más reciente publicación que data del año pasado⁷.

Si el lector se pregunta porque valoro tanto el estudio de esa cuestión es porque creo que en este momento de la humanidad en donde se vive en un mundo globalizado y digital. Donde estamos todo el tiempo conectados con todos, pero relacionados con nadie. En un ámbito muy receptivo a los bombardeos constantemente de información - seleccionada por algoritmos o en el mejor de los casos por el gobierno invisible⁸ - pero no de conocimiento. En ese estado de situación, la conclusión que indica el sentido común es que vivimos en un mundo de falacias y más precisamente en el de la falacia de autoridad. Hoy en día un *influencer* tiene más peso en la opinión de su rango de edad que una investigación científica. No es nada nuevo, como ya lo explicó Ernesto Sábato en “Hombres y engranajes”. El desconocimiento y el dato tendencioso siempre tuvo micrófono, pero ahora tiene también amplificador.

Durante la pandemia del COVID la organización mundial de la salud era la autoridad política del ámbito médico. El mundo giraba a su ritmo por el simple hecho que ella lo decía sin ningún dato científico serio. Si uno compra un producto mira en el portal que categoría tiene el vendedor. No conocemos a nadie y quizás nunca crucemos una palabra. No tenemos la oportunidad de ver el producto, pero si un *influencer* dice que es bueno no necesitamos verlo ¿Verdad?

Ni que hablar de los destinos económicos de un país. Basta con que una reconocida firma de capitales de riesgo emita un informe para que la bolsa suba o baje. Pero de todos ellos. El más notorio signo de que nos encontramos en el mundo de la falacia de autoridad es la aparición de la inteligencia artificial.

En otro trabajo expresé que:

La falta de criterio propio, imperante en el mundo actual, facilitaron que de preguntarle ¿Cuál es el pueblo más lindo del mundo? O ¿En que país se encuentran los ciudadanos más simpáticos? – De un modo casi idéntico al que utilizaba la reina malvada de Blancanieves cuando consultaba a su espejito mágico – Pasemos a consultarle ¿Cuáles serán las profesiones más requeridas en el futuro? O ¿Qué inversión será la más rentable el año que viene? Como si fuera el oráculo de Delfos en versión S. XXI⁹.

En síntesis, dada la realidad mundial que estamos viviendo en estos momentos considero que es un autor para tomar muy en cuenta. No tanto por las soluciones que propone, sino por la filosofía de fondo que hay en su postura, basada en la razonabilidad y en la falibilidad de la razón humana como punto de partida.

No obstante, debo reconocer que mucho tiene que ver mi visión de los argumentos en donde no hay mejores y peores sino los adecuados para cada caso¹⁰. Eso queda marcado de manera más notoria en el derecho en donde podemos encontrar dos argumentos que son acorde a derecho y completamente opuestos. Sin embargo, uno será el adecuado. Para ello me baso en la existencia de lagunas axiológicas y en la preferencia de argumentos teleológicos o psicológicos por sobre los argumentos literales o formalistas.

⁷ Ver van Eemeren, F. H. & Garssen, B.,: “The Pragma- Dialectical Approach to the Fallacies Revisited”, *Argumentation*, 37, (167-180), 2023.

⁸ Ver Bernays, E.: *Propaganda*, 1928, EE.UU., citado por la traducción castellana de Albert Fuentes, *Propaganda. Como manipular la opinión en democracia*. Ed. Melusina: España, 2008.

⁹ Ver Lionetti de Zorzi, J. P.: “No es oro todo lo que reluce” en *Interfolio*, IX Interescuelas de filosofía del derecho, ref. [04/02/2024] en <https://interescuelas.files.wordpress.com/2023/10/lionetti-de-zorzi-juan-pablo.pdf>.

¹⁰ Ver Lionetti de Zorzi, J. P.: “Recogiendo el guante” en *Interfolio*, V Interescuelas de filosofía del derecho, ref. [04/02/2024] en <https://interescuelas.files.wordpress.com/2019/09/lionetti-de-zorzi.pdf>

Al respecto algunas críticas se dirigen a Van Eemeren en razón que de las falacias y los argumentos no van a surgir soluciones.

En ese sentido, no comprendo porque se critica mas de dos mil años de cultura, y en este punto me permito una licencia y hacer un breve comentario de índole religioso. San Pablo era un judío de excelente posición económica. En la época de Cristo el mundo antiguo se formaba de dos grupos. Los judíos y los paganos. A raíz de su estirpe San Pablo pudo ser ciudadano romano y como tal se formó en retórica en Grecia. Así tenía la formación judía en lo religioso y griego en lo filosófico. Cuando va a predicar sabe que tiene las de perder y eso se ve claramente en su 1ª epístola a lo Corintos (Ver capítulo 1, versículo 22-25). Ir a predicar que la verdad es Cristo y se llega a la verdad a través de una relación personal con él chocaba de lleno y era una irrupción contracultural. Ello se debe a que la cultura judía acorde a la cultura oriental, al menos de esa época, era una estructura basada en seguimiento de reglas. Las tablas de la ley de Moisés, las prohibiciones de cierto tipo de comidas y de respetar el último día de la semana son solo algunos de los ejemplos de las grandes cantidades de reglas a cumplir. No es casualidad que el primer código del mundo (Código de Hammurabi), provino del mundo oriental. Por otra parte, estaba la estructura griega que fue la base de la cultura occidental que se basaba en el ágora en donde por medio de una discusión se buscaba que en esa ida y vuelta argumental se pudiera, entre todos, arribar al mejor argumento y de esa manera encontrar el camino para llegar a la verdad. Eso permite entender la estructura ideológica de la democracia directa que existió en la Grecia antigua, y que continúa en todo sistema parlamentario, así como la marca que dejó el método del diálogo Socrático.

Van Eemeren retoma de la cultura griega, que fue la base de la cultura occidental, la cuestión dialéctica e intenta amoldarla al siglo XXI. Un siglo en donde las redes sociales permean diálogos constantes y en donde lo más importante no es llegar a la verdad, sino que el diálogo sea fructífero y se juegue en igualdad de condiciones. Sin agresiones, ni golpes bajos.

Por lo tanto, no entiendo como autores que critican la preponderancia que tienen las falacias permitidas en el modelo de Van Eemeren y al mismo tiempo sostienen la importancia de la democracia cuando democracia y falacias siempre estuvieron relacionadas. Esto no es nuevo. Jeremy Bentham escribió sobre falacias parlamentarias y Winston Churchill escribió sobre retórica.

Pero en este punto quiero detenerme en una crítica particular. Atienza expresó:

Van Eemeren y Grootendorst (2004) han formulado una especie de decálogo del discurso crítico (cuyos contenidos son esencialmente coincidentes con los de Alexy), que recoge tanto reglas dirigidas a asegurar el «juego limpio» como a garantizar la pertinencia de las alegaciones o de los argumentos, y la suficiencia y efectividad de la argumentación para resolver la cuestión o llevar a buen fin el debate. Pues bien, aunque haya razones más o menos obvias para privilegiar el diálogo racional, parece también claro que hay contextos argumentativos de la vida social y jurídica en los que esas reglas no se cumplen, y no tendría sentido tampoco exigir que se cumplieran: los abogados que no siguen del todo el principio de sinceridad o los legisladores que se muestran «parciales» en un debate parlamentario no parecen estar incumpliendo ninguna regla del debate forense o de la argumentación política; no estaría justificado criticarles por proceder así. En mi opinión, es posible conciliar una postura realista (que reconoce que hay formas racionales de argumentación dialéctica —jurídica— que no coinciden con la del «discurso racional») con la atribución de cierta prioridad al discurso crítico racional: bastaría para ello con que el diálogo racional permitiera justificar (como creo que lo permite) la existencia de los otros

*juegos dialécticos: las reglas que rigen estos últimos no pertenecen al discurso crítico racional, sino que pueden justificarse a partir de él, lo que es muy distinto*¹¹.

Supongamos que Atienza tiene razón. Que, por ejemplo, en el ámbito parlamentario no solo no es realista pretender que los legisladores cumplan con una serie de reglas del buen argumento, sino que tampoco corresponde exigirlo porque es un ámbito de discusión política. Aunque coincida en todo lo que diga dicho autor, ello no menoscaba en lo más mínimo la teoría de la pragma-dialéctica. Lo que ocurre es que el autor considera que dichas reglas no son usadas. Pero ese no es el mayor valor agregado de la teoría mencionada. Lo importante no es si se usa o no. Lo importante es que me permite tener un nuevo insumo para calificar y clasificar los argumentos de los legisladores. A través de esas reglas puedo obtener un porcentaje y un ranking que los mejores y peores argumentadores. El valor agregado está en la información nueva que me puede brindar más que en si se cumple el procedimiento en sí. Volvamos al ejemplo de Atienza de los legisladores. Como es un ámbito político no hay ninguna obligación en que los legisladores sean abogados. Pueden ser profesionales de cualquier carrera. No obstante, si después de una discusión parlamentaria obtengo los datos de qué legislador ajeno al derecho emitió una opinión legal con respecto a una ley en discusión. Me da una nueva herramienta y una nueva información que es importante para el votante para que sepa quienes aplican su idoneidad y quienes “embarran la cancha”. No es el *ex ante* sino el *ex post* que me permite la teoría de van Eemeren el valor agregado. Especialmente en este contexto de falacias cuasi algorítmicas en el que vivimos. Por eso Atienza puede estar en lo cierto y es exactamente lo mismo que ocurre con la lógica. Uno no piensa un argumento de acuerdo a los Modus Ponens. Sino que utiliza ese método para analizar si el argumento presentado es lógico o no. No hay ninguna obligación en el día a día de la vida en usar argumentos lógicos. Pero es importante saber quién los realiza y quienes no. Además, no vamos por ahí desprestigiando la lógica porque la gente en el día a día no anda por ahí diciendo “Cada vez que me encuentro con usted, siento una gran alegría. Ahora, me acabo de topar con usted. Por lo tanto, ahora siento una gran alegría”. Que las personas no hablen de esa manera no significa que haya que dejar de lado la lógica para nuestra vida diaria. Por último, es importante hacer una aclaración. A esas falacias permitidas el Dr. Imerio Catenacci (quien me formó en lo que a argumentación jurídica respecta)¹² las denominaba en clase “argumentos persuasivos” para hacerlos más comprensibles a los estudiantes. Técnicamente Van Eemeren le adjudica a la persuasión otra connotación¹³. Al respecto, coincido con el Dr. Catenacci y considero que bien se puede subdividir el plano de las falacias entre las formales y las informales y, dentro de estas últimas, entre argumentos persuasivos y falacias propiamente dichas.

¹¹ Ver Atienza, M.: *Curso de argumentación jurídica*. Ed. Trotta: Madrid, 2013, p. 368.

¹² Ver Lionetti de Zorzi, Juan Pablo (2020). “Lo racional y lo razonable para Imerio Jorge Catenacci”. Lionetti de Zorzi, Juan Pablo y Lell, Helga María (eds.). *Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica*. Santa Rosa: EdUNLPam ref. [04/01/2024] en <http://www.unlpam.edu.ar/images/extension/edunlpam/Actas%20Argumentaci%C3%B3n%20Jur%C3%ADdica.pdf>.

¹³ “Cabe señalar que «eficacia» o «efectividad» no es sinónimo de «persuasión», porque el objetivo de la eficacia no se limita (como es el caso de la persuasión) a partes del discurso argumentativo (argumentos) que puedan reconstruirse como pertenecientes a la etapa de la argumentación, sino que se aplica también a aquellas partes del discurso que pertenecen a la etapa de la confrontación, la etapa de apertura o la etapa de la conclusión, a la cual no pertenece, naturalmente, el término «persuasión»”. Ver van Eemeren, F. H.: *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo* (traducido por C. Santibañez Yáñez & M. E. Molina). Ed. Plaza y Valdez: Madrid-México, 2012, p. 80.

La diferencia radica en las dimensiones. Los argumentos se cuentan, se miden y se pesan. Así, todas las opiniones merecen el mismo respeto. Pero no todas tienen el mismo peso específico. Si todas las opiniones fueran lo mismo no sería necesario estudiar en la universidad. Ni ir a la escuela. La opinión del profesor es solo una opinión más, que es tan válida como la de los alumnos de primaria o secundaria. Es más, los alumnos tienen todo el derecho de elegir por ellos mismos el contenido de las materias a estudiar. Toda vez que son todas opiniones y todas respetables. Sin embargo, en general, cuando impera el sentido común es la voz de la autoridad la que se escucha y no está mal que así sea. Cuando el cirujano se encuentra en medio de una operación y algo sale mal tiene treinta segundos para tomar una decisión. No es momento para disertar y es el cirujano quien decide. Insisto que a pesar que es falaz no siempre es un error que así sea. El problema radica cuando se vende o se presenta como autoridad a lo famoso, lo conocido o lo impuesto por los algoritmos o algún grupo con intereses específicos.

Pero sin embargo no es así. Si una modelo dice en una publicidad que X marca de shampoo deja su pelo brillante y suave es un argumento persuasivo. Pero si esa misma modelo dice en una publicidad que X shampoo le deja el pelo sano y saludable. Es falaz porque solo alguien que ponga el pelo bajo el microscopio puede sacar esa conclusión.

En el ámbito legal son famosos los argumentos de este tipo. Uno de los más comunes es el argumento del principio de economía procesal. Es decir, modificar la jurisprudencia imperante en un tribunal de menor grado porque uno de mayor jerarquía falló en otra dirección. Por ejemplo, la Corte en un fallo reciente dijo Y. Nosotros que hasta ayer decíamos X aplicaremos Y por economía procesal. En ese punto, si un juez de primera instancia aplica ese argumento a raíz de una modificación de la Cámara, es un argumento persuasivo. Porque los plazos procesales y la posibilidad de que la Cámara intervenga en el litigio es plausible. Pero si una Cámara modifica su jurisprudencia, exclusivamente, a raíz del cambio jurisprudencial de la Corte y alega economía procesal. Ese argumento, a primeras luces jurídico, de economía procesal es absolutamente falaz. La posibilidad de que dicho litigio sea apelado a la Corte, sea admitido, analizado y que al momento de hacerlo sean exactamente los mismos miembros que aplicaron la solución Y. Es muy improbable.

Ese tipo de análisis solo es posible si se agrega una nueva categoría a los argumentos que los clásicos: lógicos y falaces. Es decir, solo bajo la mirada de la pragma-dialéctica es posible.

A la memoria del Prof. Dr. Jorge Norberto Ferro¹⁴
(29/04/1949 - † 10/03/2024)

Maestro de maestros.

Su vida fue la conjunción perfecta de la fe de Lewis, la filología de Tolkien y el patriotismo de Chesterton.

Lucho cientos de batallas culturales contra balrogs y dragones¹⁵. No logro vencer, pero - y esto es lo más importante - nunca pudieron derrotarlo.

¹⁴https://iibicrit.conicet.gov.ar/in-memoriam-jorge-ferro/?fbclid=IwAR2cS3nlrNHxi9ZckbgcufpuUvh08_2Jq8K-e1dGD-, <https://www.laprensa.com.ar/Jorge-Ferro-el-leal-542319.note.aspx>, <https://fundaciongladius.org/wp-content/uploads/2024/03/In-memoriam-Jorge-Ferro.pdf>, <https://www.youtube.com/watch?v=ZYkRVlduijQ>, <https://www.youtube.com/watch?v=8fG9AdgpZpU>.

¹⁵ Su nombre en la Asociación Tolkien Argentina, donde también luchó, fue: Tobold Corneta.

¹⁶ “Adiós amigo de Tolkien, siempre te recordaré”. Entrevista publicada en el N°27 de la Revista Literaria Axolotl en el año 2008 <http://revistaaxotl.com.ar/esp27-1.htm>. Nuestra última travesura juntos <https://youtu.be/aDVA9Dnup7k> .

LOS ELEMENTOS DE “RAZÓN” EN LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y LAS “BUENAS RAZONES” PARA MENTIR EN LOS ESTRADOS JUDICIALES. EJEMPLIFICACIONES EN CASOS JURISPRUDENCIALES DE CONDUCCIÓN IMPRUDENTE Y VIOLENCIA DE GÉNERO

José Francisco Oyarzú / Marcela Vigna

1. Introducción

En este trabajo haremos algunas puntualizaciones sobre el lugar y la importancia que tiene la racionalidad en la toma de las decisiones judiciales, pero sobre todo en su justificación; que es a fin de cuentas lo que podemos apreciar y evaluar.

Luego de este planteamiento teórico, ejemplificamos tomando algunos casos de conducción imprudente y violencia de género. Consideramos la “intencionalidad” o “tipo de racionalidad” que el agente ha puesto en funcionamiento y que será evaluado y considerado por el órgano decisor.

2. ¿Cómo se evalúan o se discriminan los diversos tipos de razones?

Dice Neil MacCormick que la expresión “razonamiento práctico” no constituye un oxímoron y a su vez “puede estar dirigida [o referida] a todas las razones concernientes a uno mismo, a otros o a la comunidad, cuyo contenido son bienes humanos que tienen un carácter animal o ideal”. Agrega a continuación que “[l]o que permanece oscuro es ¿qué significa ponderar o evaluar tales razones y discriminar entre las más y las menos importantes, o las que cancelan a otras o las invalidan o las excluyen de la actual deliberación”.

Y cierra su planteamiento indicando que “[p]ara comprender tales cuestiones es necesario reflexionar sobre el razonamiento práctico especialmente en lo referente a las razones concernientes a otros...”.

En este punto habría que diferenciar dos tipos de situaciones: aquellas en que operan razones “excluyentes”¹ y aquellas en las que este tipo de razones no están presentes.

En este último caso, las preguntas a responder son “¿cómo debemos llevar a cabo este proceso de razonamiento” y “[q]ué implica intentar actuar de la mejor manera, siempre que tengamos que decidir esta cuestión?”².

En lo que nos ocupa, consideraremos a su vez, el tipo de valoración que de esas “razones elegidas” hacen los juzgadores cuando esa decisión del agente constituye una acción que es sometida a su vez a una evaluación y decisión judicial sobre ella.

Los mecanismos que se habilitan son la “ponderación” de razones entre A y B, para hacer aquello que tiene a favor buenas razones. El peligro es excluir ambas y ante la inexistencia de una alternativa (C) quedarnos con considerar solamente “malas” razones.

Descartando esto último, se nos presenta la necesidad de atribuir “peso” o “fuerza” a las razones en favor de A o B, pero el problema entonces radica justamente en cómo efectuar esa atribución.

El esquema se vuelve más complejo cuando queremos considerar las razones clasificadas según direccionalidad: lo que es más bueno para mí, los otros o la comunidad; todos estos elementos que en el nivel de decisión jurisdiccional son generalmente tenidos en cuenta para arribar al fallo.

¹Veremos más adelante que estas son para MacCormick las determinantes del razonamiento jurídico; que refieren a cuestiones de “deberes”, “correcto” e “incorrecto”.

² MacCormick, N., *La razón práctica en el Derecho y la moral*, Lima, Palestra, 2008 (2021), p. 73.

Y puede ser aún más intrincado cuando la decisión es tomada en sentido práctico general o específicamente desde una perspectiva moral, apareciendo entonces la necesidad de la consideración del “plan de vida” al que se adscribe esa decisión que va a tomarse³.

Obviamente, en la mayoría de los casos sometidos a decisión jurisdiccional, estos “planes de vida” del agente no son tomados en cuenta, al menos en toda su dimensionalidad.

Entendemos que esta libertad moral de acción se puede trasladar a un ámbito de mayor dimensión tal como a los cuerpos colegiados de gobierno al momento de expresar relatos legislativos o a un ámbito de decisión jurisdiccional, ya sea unipersonal o colegiado.

3. **¿Libertad y autoderminación?**

Enseña el maestro Hans Welzel⁴ que la conducta humana es una conducta final en el sentido que posee un porqué y un para qué; partiendo por supuesto del *a priori* de que el ser humano se autopercibe como un ser libre, es decir, como poseedor de libre albedrío, teniendo en cuenta que ni este ni el determinismo han podido ser probados empíricamente al presente.

La idea de actuación libre y de posesión de un ámbito lo suficientemente amplio de autodeterminación es lo que fundamenta la posibilidad de imponer pena a quienes despliegan conductas reputadas delictivas.

Siguiendo esta línea de pensamiento, actuar con libertad implica actuar en procura de satisfacer determinados intereses, en algunas ocasiones exclusivamente personales, otras tantas en pos de determinados grupos.

Tanto la cuestión de elección moral como la libertad para actuar, la podemos ver con claridad en el ámbito de la dogmática penal de determinados países como la Argentina respecto, por ejemplo, a los criterios y factores de atribución/imputación subjetiva de la causación de determinados resultados.

Bajo estos presupuestos podemos pensar dos situaciones relacionadas al ámbito del derecho penal.

La primera de ellas es la retractación de las personas que aparecen como víctimas de violencia de género; más allá de la cuestión probatoria, interesa aquí indagar teórica y someramente los motivos e intereses que pueden llevar a la víctima a negar ulteriormente el hecho denunciado.

El segundo supuesto de análisis estará dado por delitos cometidos en ocasión de la conducción de vehículos a motor donde la conducta al mismo tiempo implica una situación conscientemente riesgosa para el sujeto activo. Aquí nos referiremos al caso de quienes consideran que el dolo y la culpa constituye un continuo gradual de esa relación subjetiva con el hecho⁵. Nos referimos puntualmente a tipos culposos en sistemas jurídicos donde éstos tienen la característica de ser un catálogo cerrado.

4. **Ponderación de razones en los casos de retractación de la mujer en los casos de violencia de género. Doble perspectiva.**

³MacCormick señala más arriba en el texto, que esta idea la toma de Rawls. y su teoría de la justicia.

⁴Welzel, H., *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.* (2004).

⁵En este sentido debemos recordar que existe otro grupo de autores que consideran que los tipos penales son o bien típicamente dolosos o típicamente culposos con estructuras constitutivas diferentes, posición a la que los autores de este trabajo se adscriben.

Es sobradamente conocido el ciclo de violencia desarrollado por Leonore Walker en relación a los casos de violencia de género. Con esto se explica en parte el fenómeno tantas veces verificado que cuando llegado el momento que la mujer debe dar testimonio sobre el hecho que se habría ejecutado en su contra es minimizado o negado en sus accidentes fácticos.

El primer punto de análisis es relativo a la persona que aparece como víctima por lo que presumiremos como cierto la existencia del hecho delictivo y como falsa su negación.

De este modo las preguntas que se imponen son: ¿cuáles son las razones que la llevaron a retractarse? y ¿esas (posibles) razones son buenas razones para obrar de ese modo, es decir, mentir en el juicio?

Respecto del primer interrogante podríamos encontrarnos con respuestas tales como “es el único que trabaja, si está preso no ingresa dinero”; “los chicos lo extrañan, preguntan por su papá y no sé qué decirles”; “no quiero que mis hijos crezcan sin su padre” o “no quiero perjudicarlo en su trabajo”.

De estas posibles respuestas se observa que emergen necesidades de satisfacción de intereses vitales, tales como subsistencia económica y la no desintegración familiar.

Sin duda estos motivos son poderosos, por lo que desde la perspectiva de la mujer aparece como razonablemente justificado mentirle al representante del Ministerio Público y al Juez. Sin dudas, en su valoración personal aquellos intereses son más importantes que develar la verdad de lo que le ocurriera.

Como vemos, esas razones condicionan la conducta y lo hacen con tal magnitud que supera la coacción del juramento dado y la plena conciencia de estar cometiendo un delito. Así el segundo interrogante encuentra respuesta.

Ahora bien, observando la cuestión desde la perspectiva de los Magistrados, éstos se enfrentan a la disyuntiva ante la sospecha de falso testimonio de imputar o no la comisión del delito de falso testimonio, y en su caso de privar de la libertad a la mujer que habría mentido.

Esta cuestión vista desde una perspectiva exclusivamente normativa o mejor dicho legislativa no ofrece dudas: la imputación se impone al igual que la privación de la libertad al tratarse de una situación de flagrancia, de un delito de acción pública.

Para quienes identifican el Derecho con las leyes no hay alternativa, el Ministerio Público Fiscal debe imputar y el Poder judicial detenerla, aunque sea momentáneamente; de allí surge que solamente se van a encontrar realmente frente a la disyuntiva propuesta quienes se enrolen en posiciones no positivistas.

Si tomamos, por un momento esta línea de razonamiento, veremos que la dimensión dikelógica impone la pregunta sobre la justicia de imputar y privar de la libertad a quien en un primer momento fue víctima y que pretende mantener la cohesión familiar, produciéndose por parte de los órganos del Estado precisamente el efecto contrario.

Por ello aparece como posible, por razones de justicia no imputar y consiguientemente no privar de la libertad a quien posee un plan de vida no necesariamente nocivo para el funcionamiento de las instituciones del Estado, pese que contra este se habría cometido el delito afectando la “buena administración de justicia”.

5. Conducción imprudente; capacidad de automutilación.

El segundo supuesto a analizar, tal como lo anticipáramos, está dado por los hechos usualmente calificados como accidentes de tránsito, donde el problema central está dado por la determinación de la tipicidad subjetiva. Es decir, que el interrogante a responder es: ¿se debe calificar el hecho como un delito doloso o culposo?.

En rigor de verdad, la disyuntiva seriamente tomada sólo se le puede presentar a quienes ven en la conexión subjetiva entre el agente y el hecho un continuo gradual, y no para quienes vemos estructuras de configuración distintas en la clasificación de delitos, esto es tipicidad dolosa o tipicidad culposa.

En este panorama sabido es que la conducción de vehículos a motor es una actividad riesgosa, pero no solamente permitida, sino que también fomentada por el Estado.

Teniendo en cuenta esto y que el dolo tradicionalmente ha sido definido como conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo, en tanto que la culpa ha sido caracterizada como un obrar imprudente, es decir, sin la voluntad de producir el resultado dañoso; vemos que entre dolo eventual y culpa consciente la distancia entre una forma de imputación y otra es muy escasa.

Ante esta situación los sostenedores de aquella posición teórica recurren frecuentemente a la caracterización del dolo eventual como en la que el resultado típico puede producirse resultándole al agente indiferente; en tanto que, en la culpa consciente se avizora el resultado como posible, pero el agente confía en sus habilidades para evitar el riesgo.

Esto aplicado al caso propuesto, nos debería llevar a la consideración que quien ante una situación riesgosa para bienes jurídicos ajenos y propios decide llevar adelante la conducta pensada, posee capacidad autoflagelante como parte de su plan de vida.

Así quien circulando por una ruta decide sobrepasar al vehículo delantero y observa que por el carril contrario circula otro vehículo y decide adelantarse, sin dudas que se representa la posibilidad de colisionar contra este (con mayor o menor probabilidad dependiendo de la distancia y velocidad calculada).

Por ello afirmar que quien con menor habilidad de conducción emprende el sobrepaso y colisiona con el vehículo que circula en sentido contrario, para poder afirmar que obró con dolo debemos admitir al mismo tiempo que pretendía causarse daño asimismo.

De ordinario no es ese el plan de vida de la mayoría de las personas, por lo que a nuestro juicio debiera imputarse la comisión del delito como culposo y no doloso, no resultando apto a los fines de esta determinación las habilidades o destrezas efectivamente poseídas o que se cree poseer, en contraposición respecto de quienes efectivamente se saben carentes de esas habilidades en el universo de casos propuestos, pudiendo ser objeto de análisis otro conjunto de casos vinculados a acciones curativas o de salvataje.

6. Consideraciones finales

La consideración de la racionalidad (práctica) al momento de la toma de decisiones de los agentes en general y de los que tienen en su rol institucional la tarea de evaluar los fundamentos y efectos de dichas decisiones y tomar a su vez decisiones de tipo “práctico”, implica todo un universo de actuaciones mutuamente implicadas.

Los sistemas jurídicos habitualmente incorporan algunos estándares de valoración o directamente adjudican consecuencias a ciertas acciones— por ejemplo cuando asumen presunciones— o limitan la posibilidad de evaluación de las conductas efectivamente realizadas y más aún, dejan de lado la consideración de las “razones” que motivaron dichas conductas.

Esto se suele justificar en la necesidad de dar condiciones objetivas para la toma de decisiones del que imputa o decide jurídicamente.

Pero un análisis más profundo del tema deja al descubierto una serie de déficits en la consideración de una serie de elementos fundamentales para el accionar de los agentes (morales) y que son a su vez sujetos jurídicos.

OBJECIONES IDEOLÓGICAS A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN CONCIENCIA EN EL FUERO LABORAL BONAERENSE

Gabriel A. Dos Santos*

I.- INTRODUCCIÓN

En este estudio, nos dedicamos a analizar la apreciación de las pruebas por parte de los órganos colegiados laborales en el ámbito procesal de la Provincia de Buenos Aires, bajo el sistema de valoración "en conciencia o íntima convicción". Nuestro objetivo es comprender y destacar que la aplicación de este sistema por parte de los jueces plantea objeciones de índole ideológica en lo que respecta a la justificación de las decisiones judiciales, con posibles repercusiones negativas en las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso.

Esta ponencia se enmarca en una investigación más amplia que tuvo su génesis en la introducción en el proceso laboral bonaerense del sistema de la "sana crítica" en la valoración de la prueba judicial, adoptado por la nueva Ley de Procedimiento Laboral de la Provincia de Buenos Aires N° 15.057. A esto se suma la instauración de juzgados unipersonales con cámaras de apelaciones y la video filmación de la prueba oral rendida en el proceso, poniendo fin a la instancia única que rigió desde 1947.

Los defensores de este nuevo sistema de enjuiciamiento argumentan que es substancialmente mejor que el consagrado por la normativa anterior, la Ley n° 11.653, que era propensa a arbitrariedades e injusticias, especialmente para los trabajadores. Se plantea que el sistema de apreciación en conciencia puede restringir garantías procesales y negar derechos, debido a la amplia discrecionalidad que otorga a los tribunales laborales en la valoración del material probatorio, especialmente en lo que respecta a la credibilidad de los testigos, cuya evaluación puede resultar difícil de revisar en instancias superiores. Es crucial contextualizar este tema, ya que el nuevo sistema valoratorio de la "sana crítica" cambió el sistema de apreciación en conciencia o íntima convicción de la prueba, el cual fue incorporado al proceso laboral bonaerense en 1947 mediante el art. 43, inc. 5) de la Ley 5178. Este sistema rigió en el ámbito procesal laboral durante 70 años y se expresó en las leyes que reglamentan el fuero laboral con base en instituciones diferenciales a las que sistematizaron el derecho procesal civil.

PALABRAS CLAVES: Prueba - Intima Convicción – Arbitrariedad – Motivación – Racionalidad.

II.- MARCO CONCEPTUAL Y TEÓRICO

Para comprender este fenómeno probatorio propio de la actividad jurisdiccional, nos basamos en la teoría general de la prueba judicial, la teoría de la decisión judicial y el enfoque proporcionado por la teoría estándar de la argumentación jurídica en cuanto a cómo se justifican las decisiones judiciales.

II.1. La Prueba procesal. Evaluación del Material Fáctico y Sistemas de Apreciación Probatoria

El punto de partida de un proceso son los hechos. Puede ocurrir que un proceso judicial se debaten hechos relevantes para la calificación jurídica de la pretensión y la consecuencia jurídica en litigio. Mas no en todo proceso judicial sucede así, pues también puede darse el caso de que sobre los hechos haya conformidad entre las partes y que lo debatido sea, por ejemplo, la calificación jurídica sobre hechos que no se cuestionan.

Cuando en el proceso se pugna sobre los hechos, se plantean problemas de prueba procesal.

a) La prueba procesal:

Este término se utiliza de manera poco rigurosa, lo que requiere una traducción precisa para entender su significado exacto.

Se ha desarrollado ampliamente sobre los diversos aspectos de la prueba en el campo del derecho procesal, incluyendo su concepto general, el objeto, la carga, el procedimiento probatorio, los medios y la valorización o apreciación por parte del juez. Esta etapa, en la cual el juez evalúa los medios de convicción presentados por las partes, es fundamental para la resolución de conflictos de manera racional.

El estudio de las normas que regulan las pruebas en los sistemas procesales es de suma importancia y puede configurar una disciplina autónoma en el campo del derecho procesal científico, conocida como derecho probatorio. Esta autonomía se reconoce especialmente en los sistemas de la tradición angloamericana o del *common law*, donde se han establecido reglas de evidencia.

De acuerdo con Devis Echandia (1976:28), la noción de prueba abarca tres aspectos: su manifestación formal, su contenido sustancial y su resultado subjetivo en la mente del juez. En resumen, la prueba judicial implica la demostración de hechos afirmados por las partes para convencer al juez de su veracidad.

La prueba procesal implica la presentación de medios de convicción por las partes para convencer al juez de la veracidad de los hechos afirmados. El derecho a la prueba no solo implica el derecho de las partes a presentar medios de prueba relevantes, sino también el derecho del juez a motivar sus decisiones y valorar los resultados probatorios.

De los tres aspectos del derecho a la prueba los más problemáticos suelen ser la admisión y la asunción de los medios probatorios, mientras que la valoración probatoria es más fácil de obtener una vez que el juez ha motivado sus decisiones y estas están sujetas a impugnación.

b) Evaluación de la Prueba:

La valoración probatoria es un aspecto crucial en el proceso judicial, ya que determina la consagración efectiva de la prueba a través del debido proceso. Esta evaluación constituye un paso esencial que influye en el resultado del juicio.

En el marco de la disciplina normativa, el legislador se interesa por el aspecto "subjetivo" del fenómeno probatorio al establecer reglas de valoración probatoria. Sin embargo, estas reglas no niegan las limitaciones legales sobre el objeto y los medios de prueba, que indirectamente afectan la libertad de valoración judicial.

Como dice, García Amado (2019:69), el principio de la libre valoración de la prueba no debe deslumbrarnos ni llamémosnos a engaño. El juez valora libremente las pruebas, si, pero una vez que la norma procesal le ha dicho quién puede proponer las pruebas, cuales deben admitirse o tomarse en cuenta y como tienen que practicarse.

La apreciación de la prueba recae en el juez, ya sea de manera individual o colegiada, quien decide sobre la eficacia o credibilidad de la prueba para formar su convicción sobre los hechos en disputa en el proceso. Esta actividad tiene un impacto fundamental en el resultado del litigio al influir en la convicción del juez decidir al sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso.

Dicha actividad valorativa está estrechamente relacionada con el valor de la justicia y las leyes lógicas del pensamiento, que permiten llegar a una conclusión razonada sobre la correspondencia entre la prueba presentada y los hechos en análisis.

La correcta o incorrecta apreciación de los elementos probatorios por parte del juez determinará el resultado del proceso y el destino de los derechos en juego.

Con la valoración de la prueba, como sostiene Taruffo (2008:202) se busca establecer la conexión entre los medios de prueba presentados en el proceso y la veracidad de los enunciados sobre los hechos en litigio. Se pretende determinar el grado de conocimiento que pueden aportar sobre el acontecimiento histórico que originó el proceso.

Los elementos de convicción son fundamentales en el procedimiento judicial, ya que en la mayoría de los casos las partes deben demostrar hechos para obtener una sentencia favorable. Por lo tanto, la oferta, tramitación, desahogo y valoración de las pruebas adquieren gran importancia en el proceso.

Si bien la valoración probatoria es principalmente responsabilidad de los órganos jurisdiccionales, las partes también tienen la tarea de valorar las pruebas recibidas en el debate y evidenciar su eficacia para sustentar sus argumentos.

Debe recordarse que las reglas sobre valoración probatoria son susceptibles de distinguirse según la función desarrollada, que puede ser positiva o negativa, dependiendo de si vinculan efectos a ciertos presupuestos o prohíben basar la convicción en resultados considerados carentes de eficacia persuasiva por el legislador.

c) Los sistemas de apreciación de la prueba:

Existe una discusión doctrinal sobre los diversos sistemas de valoración de las pruebas, pues en tanto que algunos los dividen en dos, incluyendo una subclasificación, los restantes consideran que son tres los métodos de apreciación.

En realidad, en el fondo existe acuerdo sobre la existencia de tres sistemas de valoración, aun cuando hay discrepancia en cuanto a su clasificación.

Resulta adecuada la adopción de la postura de la existencia de tres sistemas principales de valoración de la prueba, en virtud de la cual se reconoce que la antítesis entre presencia y ausencia de vínculos legislativos a la convicción judicial es necesaria añadir, para la segunda eventualidad, la subdistinción entre sistemas que contemplan la convicción íntima y los caracterizados por la libre convicción y que se conocen como el de la prueba legal, el de la íntima convicción y el de la libre convicción o sana crítica racional.

1) Prueba Legal: En el sistema de la prueba legal, es la ley procesal la que predetermina, de manera general, la fuerza probatoria de cada evidencia, estableciendo las condiciones bajo las cuales el juez debe considerar la existencia de un hecho o circunstancia, aunque no esté convencido internamente, y, por el contrario, indicando los casos en los que no puede considerarse convencido, aunque lo esté íntimamente.

Este sistema, característico del proceso inquisitivo, predominó especialmente en épocas de limitada libertad política, constituyendo un intento curioso de garantizar al imputado, en el momento de la sentencia definitiva, frente a los poderes extraordinarios otorgados a los jueces por la ley en todo el procedimiento previo.

Indudablemente, este sistema no se muestra como el más adecuado para descubrir la verdad real, ya que la realidad de lo ocurrido puede ser probada de manera diferente a la prevista por la ley.

2) Íntima Convicción: Asociada a la institución del jurado popular que emite un veredicto no motivado, en este sistema, la ley no establece ninguna regla para la apreciación de las pruebas. El juez es libre de convencerse, según su propio criterio, de la existencia o inexistencia de los hechos del caso, evaluando las pruebas según su propio conocimiento y comprensión.

Aunque este sistema tiene la ventaja de no vincular la convicción del juez a formalidades preestablecidas, presenta el defecto evidente de no requerir la justificación de la sentencia,

lo que genera el riesgo de arbitrariedad e injusticia, aunque como dice Dei Vecchi (2020:128), hay buena dosis de exageración en la inmediata identificación del sistema de íntima convicción (y de lo subjetivo en general) con la arbitrariedad e irracionalidad como una consecuencia necesaria e inevitable de la adopción de sistemas tales.

Sin embargo, el compromiso con un sistema de íntima convicción conlleva que la ausencia de un estado subjetivo relevante implica "ausencia de pruebas", incluso en casos donde hay una gran cantidad de elementos probatorios. Además, si un elemento probatorio no genera un impacto subjetivo en quien juzga, será irrelevante a pesar de que, desde el punto de vista de la justificación epistémica, podría tratarse de una prueba crucial.

En el ámbito jurisdiccional bonaerense, la Suprema Corte, no tardó en fijar los límites a esa discrecionalidad, al decir que no era equivalente a la del jurado popular, atento a que este no funda sus decisiones. La apreciación en conciencia –dijo– no tiene una amplitud tal que permita al juzgador realizar una operación intelectual en forma carente de coherencia lógica, de la razonabilidad necesaria y de la prudencia inherente a la conciencia jurídica y profesional.

En resumen, como dice Ubertis G. (2015:134) la libre convicción no puede entenderse como una potencia superlógica que se alimenta de cualquier cosa que comparezca en el proceso. Solo lo formalmente adquirido puede ser utilizado para la decisión, ya que la convicción es "libre" en el ámbito del proceso, pero está sujeta al respeto de la legalidad en las modalidades de adquisición de las pruebas.

3) Libre Convicción o Sana Crítica Racional:

En el sistema de la libre convicción o sana crítica racional, al igual que en el sistema de íntima convicción, los jueces tienen plena libertad para convencerse, pero a diferencia de este último, en este sistema se exige que las conclusiones a las que se llegue sean el resultado razonado de las pruebas en las que se basan.

En este contexto, aunque el juez no está sujeto a reglas jurídicas que limiten su capacidad para convencerse, su libertad tiene un límite insuperable: el respeto a las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano.

La sana crítica racional se caracteriza por permitir que el juez forme sus conclusiones sobre los hechos del caso evaluando la eficacia probatoria de las pruebas con total libertad, pero respetando los principios de la razón recta, es decir, las normas de la lógica, los principios científicos y la experiencia común.

Aunque se reconoce que la intuición es una forma legítima de adquirir conocimiento, en este sistema parece insuficiente, ya que se espera que el juez realice una apreciación analítica y completa de todos los elementos probatorios, teniendo en cuenta los principios de la lógica, las ciencias y la experiencia común.

II. 2. Teoría de la decisión judicial y la argumentación racional

La teoría de la decisión judicial aborda problemas relacionados con el punto de partida de la decisión y la interpretación de las normas, todo bajo el presupuesto de la racionalidad. La motivación judicial no debe entenderse como un discurso meramente persuasivo, sino como una justificación fundamentada en razones racionales y legales que respalden la decisión adoptada por el juez.

Cuando el Estado de Derecho exige que las sentencias estén fundamentadas, está demandando una argumentación de la decisión que responda a algún criterio de racionalidad.

Sostiene Taruffo (2012:107) que la manera adecuada para analizar aspectos generales de la decisión judicial consiste en distinguir por separado tres aspectos de la decisión.

El primero es el que se refiere al procedimiento de la decisión, es decir, como se llega a la decisión, como descubre o formula la decisión y, esencialmente, el razonamiento a través del cual el juez arriba a la decisión.

El segundo es el resultado del razonamiento para la decisión; el pronunciamiento jurisdiccional, cuando el juez dicta la sentencia.

El tercero, en el cual se enfoca la presente ponencia, es la justificación de lo que el juez ha decidido.

La justificación de la decisión judicial implica explicar las razones que la respaldan, y en este aspecto entran en juego los instrumentos de la lógica argumentativa.

La teoría de la decisión judicial rechaza las concepciones cerradas, como la del silogismo, que hacen del juez un mero aplicador pasivo de las directivas del poder, y reconoce que la ampliación de la libertad del juez conlleva una mayor responsabilidad.

Parafraseando a Wroblewski, J. (1989: 238) la discrecionalidad y la libertad del juez también implican el riesgo de arbitrariedad, por lo que el principio de legalidad tiene un significado operativo importante al exigir que el juez decida conforme a la ley.

En lo que hace a la discrecionalidad judicial, el juez no valora libremente lo que hay, valora libremente lo que han dicho y mostrado, así lo trata del Derecho procesal.

La teoría de la argumentación, por un lado, y el Derecho procesal, por otro, operan con un ideal de decisión jurídica racional, tanto en el plano jurídico como en el plano fáctico.

La primera opera con un ideal en el plano teórico y la segunda pone reglas jurídicas que traducen pautas procesales obligatorias de aquel ideal.

El modelo de racionalidad argumentativa aporta un criterio para establecer una racionalidad de mínimos del proceso y de la sentencia y para proporcionar razones para el debate crítico argumentativo, para descartar, antes que nada, por irracional la sentencia que patentemente la vulnere.

Se debe argumentar para ofrecer a los otros las propias razones, para hacer ver que se pretenden razones universales y compartibles las que guían la decisión.

En el Derecho moderno los fallos judiciales deben ser motivados mediante argumentos, mediante razones, porque no expresan un mero acto de autoridad, sino que se quiere que esa autoridad fundamente sus decisiones, a fin de descartar en lo posible el riesgo de arbitrariedad, las razones espurias.

a) Valoración de la prueba. Motivación y Fundamentación de la Decisión Judicial

Sostiene Gascón Abellán (2014:391) que el sistema de la libre convicción no solo no es sino que tampoco impone criterio (positivo) de valoración; es decir, todavía no dice como valorar, como determinar la aceptación de (la verdad) de una hipótesis.

Por eso, con criterio que compartimos, Ibáñez, P. (1992:12) ha dicho que debe rechazarse la tradicional interpretación subjetiva del principio de libre convicción que entiende a la valoración como libre e independiente de toda prueba; como una especie de momento íntimo, místico, capaz de suplantar las pruebas o, cuanto menos, de permitir su ponderación discrecional y no discutible.

Actualmente, ha sido la propia Casación Bonaerense la que ha dispuesto que los jueces laborales no queden liberados del deber de exteriorizar los fundamentos y las razones en que apoyan la apreciación de la prueba.

De allí que, como señala Sosa Aubone (2008, p.386) la “libre convicción” debe tratarse de una convicción razonada y fundada, enmarcada en el derecho vigente. No debe perderse de vista que la convicción que funde el pronunciamiento debe ser una derivación razonada del derecho vigente.

Es importante, diferenciar entre el proceso de valoración y la motivación en un contexto de prueba institucionalizado. Aunque la valoración debe ser un proceso racional, pueden

surgir elementos emocionales o no racionales que no pueden considerarse como justificación. Además, en ciertos contextos jurídicos, hay pruebas o información que no deben tenerse en cuenta, pero que pueden influir psicológicamente en la decisión del juez. Por lo tanto, el juez debe ser capaz de motivar su decisión incluso si va en contra de su convicción personal.

Es un principio fundamental del derecho procesal que las sentencias judiciales deben estar motivadas, lo que implica que los jueces, incluidos los tribunales colegidos laborales, deben explicar las razones fácticas y jurídicas que los llevan a adoptar una determinada decisión.

La motivación se define como un argumento que proporciona razones racionales sobre las cuales la decisión del juez resulta objetivamente aceptable, según los criterios de valoración y juicio aplicados para determinar la verdad o la interpretación correcta de la norma de derecho.

Motivar un enunciado fáctico implica presentar argumentos que respalden su veracidad o probabilidad. Estos argumentos están basados en criterios de probabilidad o aceptabilidad, que son fundamentales para una evaluación racional.

Aunque a menudo, como señala Bertolino P. (2012:265), se utilizan como sinónimos, no es exactamente lo mismo. Motivar se refiere a las razones que llevan al juez a decidir en una dirección específica, mientras que fundamentar se refiere a las razones que justifican esa decisión en términos de normas.

El motivo es la razón determinante que lleva al juez a tomar una decisión, basada en una deliberación racional y reflexiva, mientras que el fundamento implica proporcionar la causa o la razón suficiente de la decisión. La motivación no es simplemente un reflejo del proceso de toma de decisiones, sino que implica argumentos justificatorios que respaldan la decisión tomada.

De ahí que, como dice Ghirardi O. (2008:83), el juicio pronunciado sea siempre un acto de razón volente y no un fruto de la arbitrariedad. Cuando decimos que hemos fundado o que hemos fundamentado algo queremos significar que hemos calado profundamente y que hemos dado la razón (la causa), la razón suficiente de algo.

No tomar en cuenta la distinción entre motivación y fundamentación es característico de la concepción mentalista o psicologista de la motivación, que busca hacer explícito todo el proceso mental del juez. Sin embargo, este enfoque dificulta una motivación rigurosa de la prueba, ya que resulta complicado explicar y controlar este proceso.

No es válido argumentar que en un órgano colegiado no es necesario proporcionar una motivación exhaustiva, ya que cada miembro del tribunal puede llegar a la misma conclusión por diferentes caminos. La motivación no debe entenderse como la reproducción del proceso mental, sino como la exposición de las razones que justifican la decisión.

Es fundamental que el juez no declare una verdad que no pueda justificar, y para ello debe utilizar patrones racionales en su proceso de toma de decisiones. Sin embargo, la motivación puede no coincidir exactamente con la valoración, ya que esta última puede incluir elementos irracionales.

En este sentido, a juicio de Atienza, M. (1991:22-23), la motivación es justificación, exposición de “las razones que el juez u órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta o aceptable”. Dicho autor concibe a la motivación como uno de los pilares rectores de la ética judicial.

La motivación se considera una justificación de la decisión tomada, proporcionando razones que demuestren su corrección o aceptabilidad. Es esencial diferenciar entre la individualización del proceso lógico-jurídico y la justificación posterior de la decisión.

La actividad motivadora del juez tiene un carácter esencialmente cognoscitivo, lo que le otorga legitimidad política y validez epistemológica y jurídica a la decisión judicial. Es importante evitar operar en un vacío epistemológico y tener un conocimiento efectivo de las reglas que rigen el proceso judicial.

En resumen, la motivación judicial no debe entenderse como un discurso meramente retórico o persuasivo, sino como una justificación fundamentada en razones racionales y legales que respalden la decisión adoptada por el juez, de tal manera que pueda ser verificada.

Sostiene Taruffo (2012:95), que la motivación de una decisión judicial no está relacionada con la persuasión, sino con la corrección y justificación de la decisión tomada. Es decir, la decisión sobre los hechos debe ser correcta independientemente de si es persuasiva o no. Aunque la motivación puede contener elementos retóricos debido al lenguaje natural utilizado, estos no deben componer la base de la decisión sobre los hechos, ya que esta debe estar respaldada por argumentos racionales y legales.

La decisión sobre los hechos no es simplemente un registro de los procesos psicológicos del juez, ni tampoco una transcripción del proceso mental que llevó a la decisión. Más bien, se refiere a la relación epistémica del proceso, que implica la admisión y valoración de la prueba utilizando un razonamiento heurístico para descubrir la hipótesis correcta. Sin embargo, la motivación no es un procedimiento heurístico, ya que la decisión ya ha sido tomada en el momento en que se motiva, y la motivación busca justificar la decisión en lugar de descubrirla.

La motivación judicial, como dice Taruffo M. (2012:96), se compone de distintas partes: el razonamiento a través del cual se llega a descubrir la decisión correcta, la propia decisión y su justificación. La motivación se sitúa en el contexto de justificación, mientras que la decisión se encuentra en el contexto del descubrimiento. Sin embargo, es difícil separar completamente estos contextos, ya que las razones que explican la decisión también pueden ser razones que la justifican.

Atienza, distingue entre la lógica formal, que se sitúa en el contexto de justificación, y la lógica material, que incorpora elementos psicológicos y sociológicos y no excluye completamente el proceso de argumentación. Desde una perspectiva pragmática, es imposible establecer una separación estricta entre los contextos de descubrimiento y justificación, ya que la argumentación es una actividad social que involucra múltiples dimensiones.

b) Las funciones de la motivación en las sentencias judiciales

El deber incondicionado de motivar las sentencias es crucial para asegurar la racionalidad y controlabilidad del juicio de hecho. La motivación busca justificar la decisión expresando los criterios de valoración que la sustentan. Esta función es especialmente importante en campos donde la prueba de los hechos es fundamental, ya que la motivación permite identificar posibles errores y vicios en la sentencia, facilitando así la impugnación respectiva.

Por un lado, la motivación beneficia a las partes involucradas en el caso, especialmente a la parte perdedora, al permitirles identificar posibles errores en la sentencia y preparar una impugnación adecuada. Por otro lado, la motivación también sirve para que los jueces superiores puedan verificar si la sentencia se basa en errores o violaciones de la ley, lo que establece una conexión importante entre la motivación y la impugnación.

Además de su importancia procesal, la motivación de las sentencias es una garantía fundamental de nivel constitucional en una sociedad moderna que demanda transparencia y rendición de cuentas. No solo somete la decisión al control de los jueces superiores, sino que también contribuye al control social y la legitimidad del poder judicial.

Según Ferrajoli L. (2009:622), la motivación conlleva exigencias de naturaleza formal con un fuerte contenido político-garantista. La publicidad de las razones que sustentan la sentencia actúa como un mecanismo poderoso contra la arbitrariedad y refuerza la racionalidad de la decisión judicial al basarse en criterios comunicables.

La obligación de motivar las decisiones judiciales se ha convertido en un punto incontestable en el estado de derecho, ya que garantiza la limitación de la arbitrariedad del poder judicial. La motivación no es mera retórica; más bien, es la manifestación del uso de criterios racionales y objetivos para fundamentar la decisión.

Sin embargo, en algunos ámbitos judiciales, como los órganos colegiados laborales, la motivación aún encuentra resistencia, especialmente en la evaluación de la prueba. En ocasiones, especialmente en la evaluación de la prueba, el arbitrio judicial puede prevalecer incluso cuando la decisión es justa, lo que puede atribuirse a una concepción ingenua o irreal del proceso decisorio.

La exigencia de motivación en las sentencias judiciales tiene como objetivo principal controlar el discurso probatorio del juez para garantizar la racionalidad de su decisión dentro del marco de la racionalidad legal. Este control no solo es externo, sino que también implica una reflexión interna del propio juez, comprometiéndolo a evitar aceptar acríticamente sugerencias de certeza subjetiva que puedan influir en su decisión.

Incluso en casos donde los hechos parecen autoexplicativos, el juicio de hecho siempre requerirá un análisis y valoración por parte del juez.

El método de libre convencimiento del juzgador, característico del proceso laboral bonaerense, implica basarse en elementos válidamente incorporados al juicio y explicar claramente el proceso racional de la decisión. Este método no debe llevar a la anarquía en la valoración de la prueba. El juez no puede llegar a conclusiones basadas únicamente en intuiciones o conocimientos privados, ya que esto sería incompatible con la exigencia constitucional de motivación racional.

Motivar cualquier acto de racionalidad explícita no es fácil, pero es necesario para hacer el ejercicio del poder de manera racionalmente justificada y, por lo tanto, más legítima. En un modelo informado por el principio de legalidad, la función del juez se vuelve necesariamente más difícil.

En los tribunales colegiados laborales, la elaboración del discurso motivador puede ser aún más compleja, posiblemente debido a la lógica interna del sistema que les otorga la resolución en una única instancia. En estos casos, la garantía reside en que la formación de la conciencia colectiva mediante deliberación conduzca a una verdadera convicción compartida entre los magistrados que componen el tribunal.

No se trata del simple dejar constancia de los elementos de juicio o de datos, se pide al juez o el órgano judicial que razone el valor probatorio atribuido a cada uno de ellos.

Tampoco basta con que el juez (órgano unipersonal) o el juez preopinante en un órgano colegiado afirme que tiene (para sí) una convicción, debe exponerla para compartirla, ya que su inclusión nada agrega ni preserva un sentido superior de justicia.

Como señala Baños H. (1954:78) que el pronunciamiento por sí o por no, sin otro apoyo que la manifestación del juzgador de estar convencido no puede bastar para constituir un veredicto válido y servir de base para una posterior decisión de condena o absolutoria.

Sostiene García Amado (2019:367) que no hay motivación racional de una sentencia cuando sus contenidos son traducibles a un "porque yo juez lo digo". Se debe argumentar para alejar sospecha de arbitrariedad, de mera subjetividad, para que sean comprobables las razones que se dan, las que puedan ser conocidas y juzgadas, aceptadas o criticadas, para que todos puedan comprobar las razones dadas. Eso significa racionalidad dialógica y eso significa orientación al consenso que es propia de la racionalidad argumentativa.

Binder A. (2022:650) sostiene que la motivación no es un ejercicio literario o una repetición de fórmulas burocráticas, menos aun en formulas rígidas. Tampoco es el relato de la mera subjetividad del juez: se trata de la expresión del uso de criterios racionales, es decir, objetivos”.

En resumen, la motivación en las sentencias judiciales sirve como una forma de demostrar que el ejercicio discrecional del poder judicial no es arbitrario, sino que está fundamentado en razones racionales y legales, constituyendo así una garantía contra la arbitrariedad.

c) Justificación interna y externa en la decisión judicial sobre los hechos

La necesidad de justificar las decisiones judiciales supone mostrar las premisas que sustentan el fallo y asegurar que este se derive efectivamente de esas premisas. Las teorías de la argumentación jurídica distinguen entre la justificación interna y externa de las decisiones.

1) Justificación interna de la decisión judicial

Sostiene García Amado (2019:79), que la justificación interna se refiere a la corrección formal de los razonamientos en la sentencia, garantizando que las inferencias realizadas sean lógicamente válidas. Implica establecer una conexión entre las premisas de derecho y las premisas fácticas, donde las primeras son la interpretación legal del juez y las segundas son las circunstancias específicas del caso.

Dice Ghirado O. (2008:107) que el proceso lógico es inductivo. Se parte de lo individual, de la experiencia histórica del caso, filtrada por el proceso, para concluir en la premisa fáctica. Para que la inducción sea completa debe analizarse toda la prueba relevante, siendo el juez quien debe merituar su valor, expresando las razones en caso de desecharlas.

La estructura de la sentencia se asemeja a un silogismo judicial, partiendo de premisas generales y particulares para llegar a una conclusión. Este razonamiento sigue formas lógicas y dialécticas, además de apoyarse en un proceso inductivo, especialmente en la valoración de las pruebas y la construcción de premisas fácticas sólidas.

Es importante destacar que no todo el razonamiento probatorio se basa en la deducción, sino que también se utilizan inferencias inductivas para llegar a conclusiones con un alto grado de certeza material.

La motivación judicial debe basarse en buenas razones, con premisas fácticas verdaderas y premisas normativas correctas que se ajusten a los criterios legales. La legislación procesal puede contribuir a que los fallos sean más justos y estén mejor fundamentados. Además, si la fundamentación de la sentencia tiene rango constitucional y existe un control de constitucionalidad, es necesario realizar un control del razonamiento del juez para asegurar el respeto a los principios y reglas constitucionales. El razonamiento lógico es esencial para garantizar la legitimidad y justicia de las decisiones judiciales.

En términos de racionalidad argumentativa, el respeto por las reglas del correcto razonamiento lógico no es condición suficiente de la racionalidad del fallo, pero es condición necesaria. Que la decisión judicial no sea un simple resultado de la aplicación de las reglas formales de la lógica no quiere decir que la lógica no importe nada. Un razonamiento judicial lógicamente incorrecto es irracional e irracional el fallo.

La teoría de la argumentación hace homenaje a la lógica, es que sin lógica, sin respeto a la lógica no hay argumentación que tenga sentido.

La motivación de la sentencia debe expresarse de manera que pueda ser verificada, con razones claras y explícitas que proscriban el uso de lenguajes oscuros, vagos o ambiguos.

Sostiene Ghirardi O. (2008:88) que la sentencia debe basarse en una fundamentación formalmente correcta, sin ir más allá de una fiscalización del fallo a la luz de las reglas lógicas y las máximas de la experiencia.

Dicho autor dice que la ley no impone un orden específico para tratar las cuestiones en la sentencia, pero el juez debe ser claro y preciso para que el lector pueda seguir su razonamiento. El juez debe hacer transparente el juicio lógico que lo llevó a la decisión adoptada.

Una buena motivación debe tener una forma lógica reconocible y ser capaz de persuadir, aunque de hecho no siempre lo logre. Los errores de razonamiento pueden conducir a una motivación defectuosa, lo cual es incompatible con la exigencia de una sentencia bien fundamentada.

En resumen, el control de logicidad de las premisas verifica si un razonamiento es lógicamente correcto, esencial para garantizar la fundamentación adecuada de una sentencia.

2) Justificación externa de la decisión judicial

Según Taruffo, M. (2012:99), la justificación interna de la decisión no es suficiente, también se requiere una justificación externa, la cual deriva de las premisas presentes en la justificación interna. El juez debe fundamentar con razones por que opto por la decisión tomada. Es necesario que el juez argumente tanto la interpretación de la norma que decidió aplicar como las premisas fácticas.

La justificación externa se refiere a los contenidos de las premisas y la justificación de esos contenidos en términos de verdad, razonabilidad o admisibilidad. Aunque la justificación externa no suele ser meramente deductiva, la lógica sigue desempeñando un papel importante, aunque se supone que va más allá de una simple deducción. La cuestión aquí no se centra en la estructura formal del razonamiento ni en si se violan las reglas de la lógica, sino en el contenido de las premisas y su corrección material.

La justificación externa es la justificación de la elección de las premisas. Son las premisas que sostienen directamente el fallo, el cual se infiere con necesidad lógica de esas premisas.

En el contexto de la decisión, el juez debe explicar las razones por las cuales considera verídico un hecho determinado en la justificación externa. Esto implica razonar sobre las pruebas y formular, en términos de justificación, todas las inferencias realizadas para demostrar la veracidad del hecho.

La justificación externa del juicio sobre los hechos se fundamenta principalmente en las pruebas y en las conexiones entre los elementos de prueba, incluyendo las máximas de la experiencia y las pruebas científicas. El juez debe demostrar las razones por las cuales adoptó una máxima de experiencia, presunciones legales u otros criterios de valoración, para asegurar que la decisión esté justificada.

Toda afirmación relevante para la configuración de una premisa de la decisión final y cuyo contenido no sea perfectamente evidente debe estar basado en razones explícitas, tan convincentes como sea posible

En conclusión, la justificación externa debe permitir una comprensión completa de la decisión judicial, incluyendo la explicación y valoración de todas las pruebas relevantes y los juicios de valor formulados. La justificación externa debe ser completa y exhaustiva, narrando los hechos del caso, identificando los problemas y cuestiones, y proporcionando una solución y decisión fundamentada en argumentos racionales.

3) La práctica de la motivación judicial en los Tribunales Laborales Colegiados

La práctica de la motivación en los tribunales laborales colegiados, presenta una serie de problemas relacionados con la falta de motivación clara en áreas del juicio sobre los hechos, especialmente en lo que respecta a la prueba directa, como la testimonial rendida en la audiencia de vista de causa. Se sostiene que la convicción judicial se forma a partir de inferencias de la misma clase, por lo que es igualmente exigible la motivación de la prueba indirecta o directa.

Históricamente, la inmediación en el proceso laboral se relaciona con la realización de todas las actuaciones procesales en presencia de las partes y terceros, lo que garantiza un ejercicio no arbitrario del poder y asegura una verdad procesal de alta calidad. La inmediación implica un contacto directo del juez con la fuente de prueba, lo que se considera esencial para la libre valoración. Sin embargo, esto ha llevado a una concepción subjetivista de la libre valoración, donde la convicción del juez se basa en su exposición directa a las fuentes de prueba y no es susceptible de exteriorización ni control.

Este enfoque genera dos niveles de valoración: uno controlable, basado en razonamientos del juez a partir de datos percibidos directamente, y otro incontrolable, que depende de la percepción directa de las declaraciones en presencia del tribunal. La motivación se concentra en la llamada prueba indirecta, mientras se minimizan las exigencias de motivación en la prueba directa, lo que limita el control racional sobre la decisión.

Consideramos que es necesario superar esta concepción subjetivista de la libre valoración y garantizar una motivación completa y expresa de todas las pruebas, tanto directas como indirectas. La motivación debe justificar cómo se valoraron las pruebas, incluyendo la narración de los hechos probados, la solidez epistémica de los datos, su valor probatorio y las generalizaciones empíricas utilizadas. En resumen, motivar es justificar, y esta justificación debe ser clara, individualizada y basada en criterios racionales.

Para Atienza, una motivación judicial completa debería contener los siguientes extremos: 1) la narración de los hechos del caso; 2) la identificación del problema o de los problemas iniciales; 3) la identificación de la cuestión o de las cuestiones de las que depende la solución de cada uno de los problemas; 4) respuestas y, eventualmente, las razones para no suscribir otras posibles respuestas; 5) la solución del problema inicial, y 6) la decisión. Es crucial que la justificación se base únicamente en pruebas o información válidamente incorporadas al proceso. Esto garantiza la integridad del análisis judicial y evita decisiones basadas en datos no verificables. Ninguna prueba relevante debe ser excluida del proceso. Esto asegura que todas las partes tengan la oportunidad de presentar su caso de manera completa y justa. Todas las pruebas, tanto directas como indirectas, requieren justificación.

La valoración conjunta o global de todas las pruebas es esencial para determinar el grado de probabilidad o apoyo inductivo que proporcionan a cada hipótesis sobre los hechos. Esto permite comparar la credibilidad de diferentes hipótesis y llegar a una conclusión fundamentada.

Es importante que el grado de probabilidad de cada hipótesis se sustente en pruebas suficientes y supere el estándar de prueba requerido por el proceso legal correspondiente. Esto garantiza que las decisiones judiciales estén respaldadas por pruebas sólidas y fiables.

La observancia de estos principios en la motivación de una sentencia puede variar según el grado de convencimiento requerido por la ley aplicable. Sin embargo, en todos los casos, es fundamental que la motivación sea clara, explícita y esté respaldada por un razonamiento lógico y fundamentado en pruebas verificables.

III.- CONCLUSION

La motivación de las sentencias judiciales es esencial para garantizar la transparencia, la justicia y el respeto por el debido proceso. Es un componente clave de la responsabilidad judicial y contribuye a la legitimidad y confianza en el sistema legal.

Además de su importancia procesal, la motivación de las sentencias es una garantía fundamental de nivel constitucional en una sociedad moderna que demanda transparencia y rendición de cuentas. No solo somete la decisión al control de los jueces superiores, sino que también contribuye al control social y la legitimidad del poder judicial.

El sistema de la apreciación en conciencia de la prueba en materia laboral debe estar respaldado por un razonamiento lógico y fundamentado en pruebas verificables. Es necesario explicitar las razones que sustentan las decisiones judiciales para evitar decisiones subjetivas e incontrolables, esto es, los jueces no quedan liberados del deber de exteriorizar los fundamentos y las razones en que apoyan la apreciación de la prueba.

La motivación no garantiza la verdad absoluta, pero sí permite un control sobre el ejercicio de la discrecionalidad judicial en el ámbito de la libre valoración probatoria. Por lo tanto, fallar en conciencia no implica rechazar la motivación, sino todo lo contrario.

Es importante seguir desarrollando teorías y prácticas que promuevan una motivación completa y justa en las sentencias judiciales, ya que esto contribuye a la legitimidad y confianza en el sistema legal.

Para profundizar en este tema, se puede consultar la bibliografía mencionada, que ofrece diversas perspectivas y enfoques sobre la motivación en el derecho y la argumentación jurídica.

* Doctorando de la Universidad del Museo Social Argentino

Bibliografía

Atienza, M. (1991) *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, M (2003) “Ética judicial ¿porque no un código deontológico para los jueces?” *Jueces en democracia*, p. 44).

Arazi, R. (1998) *La Prueba en el Proceso Civil*. La Rocca.

Baños, Amílcar Heberto (1954) *La apreciación de la prueba en el proceso laboral*. Ediciones Arayu

Bergholts G. (1990) “Ratio et auctoritas. Algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas” *Doxa*, 8, p. 85.

Binder A. (2022) *Derecho Procesal Penal*, tomo VI. Ad-Hoc.

Brito Peret, J. y Comadira, G. (1984) *Procedimiento Laboral en la provincia de Buenos Aires, Ley 7717, comentada, anotada y concordada*. Legislación. Astrea.

Couture, E. (1978) *Introducción al Estudio del proceso Civil*. Ediciones Depalma.

Dabadie M. (2016) *La argumentación de los hechos, un deber de los jueces*. <https://rii.austral.edu.ar/handle/123+456789/1546>. *Rev.Derecho de la U.A.*

Damaska, M. (2015) *El derecho probatorio a la deriva*. Marcial Pons.

Dei Vecchi, D. (2020) *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Zela.

Devis Echandía, H. (1974) *Teoría General de la prueba Judicial*, Tomo I y II. Víctor P. de Zavalía Editor.

Douglas Price, J. (2012) *La Decisión Judicial*. Rubinzal-Culzoni.

Falcón W. (2011) *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores.

Ferreiros, E. (1996) *Procedimiento Laboral de la provincia de Buenos Aires, Ley 11.653, comentada, anotada y concordada*. Doctrina, Legislación, La Rocca.

Ferrer Beltrán, J. (2020) *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*. Marcial

- Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2021) Prueba sin convicción. Marcial Pons.
- Frank, J. (1968) Derecho e incertidumbre. Trad. de C. M. Bidegain, revisada por G. R. Carrió. Centro Editor de América Latina.
- García Amado J. y Bonorino P. (coord.) (2014) Prueba y razonamiento probatorio del Derecho. Debates sobre abducción. Editorial Comares.
- Gascón Abellán, M. (2010) Los hechos en el derecho. Marcial Pons.
- Gascon Abellan, M, coord. (2014) Argumentacion Juridica. tirant lo blanch
- Ghirardi Olsen A. (2008) Lógica del Proceso Judicial. Dialógica del Derecho. 4ta. Edición. Lerner Editora SRL.
- González Laguier (2022) Quaestio facti. Volumen I y II. Palestra.
- Gorphe, F. (1967) La apreciación judicial de las Pruebas. La Ley.
- Guzmán Leandro (2013) Derecho a una sentencia motivada. Editorial Astrea.
- Guzmán Leandro (2019) Discrecionalidad y Justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y comercial. Astrea.
- Hernández Marín, R. (2021) Teoría General de las decisiones judiciales. Marcial Pons.
- Ibáñez, A. (1998) Carpintería de la sentencia penal en materia de los hechos”, Revista del Poder Judicial, p. 49).
- Nieva Fenoll, J. (2010) La valoración de la prueba. Marcial Pons.
- Lorenzetti, Ricardo Luis (2014) Teoría de la Decisión Judicial. Fundamentos de Derecho. Rubinzal - Culzoni.
- Oteiza, E. (coord.) (2009) La Prueba en el Proceso Judicial. Rubinzal-Culzoni Editores
- Montero Aroca, J. (2022) Cuestiones básicas de la prueba en el proceso civil. La verdad en el proceso. Derecho y carga. Prueba de oficio. Valoración. Astrea.
- Peyrano, J.; Esperanza, S.; y Pailletti, A. y Garrote, A. (2018) Fuentes, Medios y Valoración de la prueba. Rubinzal- Culzoni Editores.
- Rivera Morales R. (2011) La Prueba. Un análisis racional y práctico. Marcial Pons.
- Taruffo, M (2008) La Prueba. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011a) La Motivación de la sentencia civil. Editorial Trotta.
- Taruffo M. (2011b) La Prueba de los Hechos. Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2012) Proceso y Decisión. Marcial Pons.
- Tuzet G. (2021) Filosofía de la prueba jurídica, Marcial Pons.
- Sosa Aubone, R. (2008) Ley de Procedimiento Laboral de la Provincia de Buenos Aires, comentada y anotada, Tomo I y II, Librería Editorial Platense.
- Sosa, G. (1981) Recaudos constitucionales para una sentencia valida. Contenido y motivación. ” Jurisprudencia Argentina 1981-III-781
- Ubertis, G. (2017) Elementos de epistemología del proceso judicial. Editorial Trotta.
- Varela, C. (2004) Valoración de la prueba. Astrea.
- Wroblewski. J “(1989) La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentacion”, en Sentido y Hecho en el derecho. San Sebastián, Universidad del País Vasco.

RELACIONAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE DIGNIDAD E IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN HIPÓTESIS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS LEGISLATIVOS

María Elena Rocca Mundín¹
Mariel Lorenzo Pena²
Verónica Saizar Noce³
Jean-Paul Tealdi Correa⁴

INTRODUCCIÓN

El presente artículo se basa en los resultados de la investigación realizada por los docentes Andrea Canabal, Mariel Lorenzo, Gabriela Mendiguibel, Eugenia Odino, Jean Paul Tealdi, Verónica Saizar y María Elena Rocca en el ámbito del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad de la República.

El proyecto fue seleccionado en el marco del llamado a proyectos de investigación de interés y actualidad efectuado por Resolución No. 24 del Consejo de la Facultad de Derecho de fecha 20 de octubre de 2021. Se enmarca dentro de la línea de investigación sobre el «Análisis cuantitativo y cualitativo de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de control de constitucionalidad de los actos legislativos».

La investigación tuvo por objeto estudiar los razonamientos y fundamentos de la Suprema Corte de Justicia respecto de los principios de dignidad e igualdad.

MARCO TEÓRICO

El marco teórico se dividió en dos niveles: un nivel de Teoría del Derecho y otro de Derecho Constitucional.

Primer nivel: Teoría del Derecho

Se tuvo como marco el propuesto por Robert Alexy que reflexiona sobre la importancia de los principios, la ponderación y la argumentación, estimando que la argumentación jurídica ha de entenderse como un caso especial del discurso práctico general.

Para el autor los principios son mandatos de optimización (ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible). En caso de conflicto entre los principios, propone acudir a la ponderación que supone el desplazamiento de uno de ellos en beneficio del otro, atendiendo al mayor peso de este último en el caso que se analiza. En cada caso de

¹ Ex Profesora Agregada de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Secretaria del Instituto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (2015-2022). Profesora Adscripta de Derecho Constitucional. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Correo electrónico: mariaelenarocca@gmail.com

² Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Udelar. Profesora Adscripta en Derecho Constitucional por la Udelar. LL.M. – Máster en Derecho por la Universidad de Montevideo. Profesora Adjunta (i) (Grado III) de Derecho Constitucional (Udelar). Correo electrónico: mariel.lorenzo@fder.edu.uy

³ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Udelar). Profesora Adscripta en Derecho Constitucional (Udelar). Magíster en RRHH y Gestión del Conocimiento (Universidad Europea del Atlántico). Adjunta (i) (Grado III) de Derecho Constitucional (Udelar). Correo electrónico: veronicasaizar@gmail.com

⁴ Profesor Adjunto (Grado 3), interino, Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UDELAR. Docente de Derecho Constitucional, Situaciones Jurídicas Subjetivas y Jurisprudencia Constitucional. Miembro Titular del Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UDELAR. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, UDELAR. Maestrando en Derecho Electoral, Parlamentario y Técnica Legislativa, Universidad Castilla La Mancha. Correo electrónico: jean.tealdi@fder.edu.uy

conflicto de principios, aún de los mismos, habrá de realizarse la operación indicada ya que, según sean las circunstancias, podrá variar cuál habrá de ser desplazado en la situación.

Bardazano (2008) explica que el autor para describir la ponderación «centra su estructura en el principio de proporcionalidad, que, a su vez, incluye tres subprincipios que expresan la idea de optimización (los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)».

Segundo nivel: Derecho Constitucional

En cuanto a la individualización y explicación de los principios jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, para el marco teórico abordamos la doctrina nacional, específicamente, el planteo realizado por el Prof. Ruben Correa Freitas.

En su obra *Fundamentos de la Constitución*, Correa Freitas (2017) señala respecto de los principios constitucionales que, si bien en nuestra Carta hay principios que son fundamentales -porque forman parte de la esencia del sistema constitucional uruguayo y deben ser tenidos en cuenta para su correcta y adecuada interpretación-, sin embargo, y a diferencia de otras constituciones, no contiene una definición expresa de cuáles son.

El autor realiza un relevamiento de los principios fundamentales de nuestra Constitución. A los efectos de la investigación y en virtud de su importancia, fueron seleccionados los principios de dignidad e igualdad. El principio de dignidad, según opinión de la mayor parte de la dogmática, es el fundamento de los derechos humanos y el principio de igualdad, se estima que está íntimamente relacionado con el de dignidad.

Indica Correa Freitas, en la obra citada *supra*, que los principios deben ser extraídos mediante la interpretación lógico-sistemático-teleológica de las normas constitucionales, ya que forman parte de la propia Constitución.

En el capítulo IV del texto doctrinario referenciado se incluyen definiciones de autores nacionales, así como de Derecho Comparado y, citando a Cajarville, señala que la Constitución vigente «alude a los principios generales de derecho, implícita pero necesariamente, en el art. 72, y de forma expresa en el art. 332. En el primer caso, para considerar incluidos en ella, además de los enumerados, los derechos, deberes y garantías “que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”; en el segundo, para aplicar, a falta de la reglamentación respectiva, sus preceptos “que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas”».

Así que, en esa línea de razonamiento, se puede distinguir entre principios previstos a texto expreso en nuestra Carta y otros que figuran de manera implícita.

En cuanto al principio de dignidad, Correa señala que es «el primer principio» y que se trata de un principio absoluto y fundamental de la Constitución uruguaya, que tiene precedencia sobre otros principios y no está consagrado a texto expreso en la Constitución uruguaya, sino que deriva de lo dispuesto por el artículo 72, referente a los «derechos inherentes a la personalidad humana». Ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos (en particular, menciona al Pacto de San José de Costa Rica, que conforma el llamado «bloque de constitucionalidad», consagrado a texto expreso en los artículos 5.2 y 11.1).

Frente a la interrogante de cómo se puede definir el derecho a la dignidad de las personas, Correa Freitas concluye que «la dignidad es el derecho natural que tiene todo ser humano a ser respetado y amparado en el ejercicio de todos los derechos, especialmente en lo referente al honor, la libertad y la igualdad. Hay un derecho a vivir dignamente, pero también hay un derecho a morir dignamente». Tiene relación con la consideración y el respeto que se merece toda persona, por su condición de tal.

Acudiendo a la doctrina alemana, de la mano de Alexy, se advierte que para el autor es necesario distinguir entre reglas y principios, y que en la Constitución alemana la dignidad humana es tratada, en parte, como regla y, en parte, como principio. Como principio, la dignidad humana tiene precedencia sobre los demás derechos fundamentales; como regla, puede ser violada o no. Se cita una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de fecha 25 de febrero de 1975, en la cual se expresa: «Donde exista vida humana, habrá dignidad humana; es indiferente si el portador sabe de esa dignidad o no, y si sabe o no que ésta se le garantiza a sí mismo. Las potenciales capacidades, que desde un comienzo se le asignan al ser humano son suficientes para justificar la dignidad humana».

En este sentido, conforme Gros Espiell (2013), «Todos los derechos humanos en el mundo actual, pese a las (*sic*) diversos componentes políticos, filosóficos y religiosos y a las diferentes tendencias culturales, se fundamentan, en su imperativo universalismo, en la dignidad humana [...] Todos los derechos humanos invocan una naturaleza común derivada de la necesidad del respeto integral de la dignidad humana. Esta naturaleza común hace de la dignidad humana el elemento que permite "una concepción común" de los Derechos Humanos, concepción común invocada en el párrafo séptimo de la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] Pero la dignidad humana ontológicamente inherente o intrínseca a la persona humana, no es únicamente el fundamento de todos los derechos humanos. No sólo es en ella que se encuentra la base de una concepción común y universal -pese a las diferencias religiosas, regionales, ideológicas y tradicionales- de los derechos humanos. La dignidad humana es, además el objeto de un derecho específico [...] Es el derecho a la dignidad. A la dignidad ontológicamente considerada, a la dignidad como ser, ya que, al contrario, no puede haber un derecho, ni paralelamente, la obligación, -a tener una conducta digna, es decir a un enfoque axiológico de la dignidad, como conducta en la vida, que resulta del libre albedrío individual y que puede ser digno o indigno, sin que jamás se pierda, en cambio la dignidad inherente al ser de la persona humana».

En cuanto al principio de igualdad, está reconocido a texto expreso en nuestra Constitución.

El artículo 8 de la Carta prescribe: «Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes».

A su vez, el artículo 9 de la Norma Fundamental prohíbe la fundación de mayorazgos y dispone que ninguna autoridad de la República podrá conceder título alguno de nobleza, ni honores o distinciones hereditarias.

Correa Freitas (2017) señala que se suele abordar el principio de igualdad desde dos aspectos diferentes: todos los seres humanos son iguales ante la ley, razón por la cual no se pueden hacer discriminaciones de ningún tipo o clase; y por otro, reconociendo que no todas las personas son iguales desde el punto de vista real o material.

También hace mención a la postura de la Suprema Corte de Justicia, que en múltiples sentencias afirma que el principio de igualdad «importa la prohibición de que se establezcan fueros o leyes especiales para determinadas personas, salvo los que la propia Carta instituyera, y equivale a decir que todas las personas deben recibir igual protección por parte de la ley. Lo que no impide que se legisle para clases o grupos de personas siempre que éstos se constituyan justa y racionalmente (Jiménez de Aréchaga, La Constitución Nacional, t. II, pp. 157-158)».

Una dimensión de la igualdad es la igualdad formal, es decir la *igualdad ante la ley*, que significa que todos los habitantes tenemos el derecho a ser protegidos por la ley en circunstancias y condiciones de igualdad; y otra distinta es la igualdad material o sustancial, que es la *igualdad por la ley*, en la que la ley puede y debe establecer medidas

de protección y ayuda para quienes están en una situación de inferioridad física, psíquica o económica. También pueden contemplarse determinados grupos o clases de personas que estén en la misma situación, como es el ejemplo de los pequeños deudores, empleados o trabajadores de determinada rama de la industria, comercio o servicios.

Por otra parte, en opinión de Cassinelli Muñoz (2010), el artículo 8 de la Constitución uruguaya consagra el derecho a la igualdad sin condicionarlo a la ley, ni supeditarlo a limitación legal alguna, afirmando: «La igualdad es un derecho perfecto frente al legislador; la ley no puede hacer excepciones al principio de igualdad, que sólo admite distinciones basadas en los talentos o las virtudes o compensatorias de desigualdades preexistentes». Para Cassinelli (2009) «el principio de igualdad no está sujeto a posibles restricciones por razones de interés general».

Correa Freitas (2017), asimismo, menciona, en especial, el principio de igualdad ante las cargas públicas, consagrado por el artículo 13 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. La Constitución uruguaya no tiene una disposición similar, pero la doctrina y jurisprudencia son contestes en admitirlo en razón del artículo 72.

OBJETIVOS

La finalidad del presente artículo consiste en presentar los resultados de la investigación en cuanto a:

- Identificar las sentencias en que se invocan los principios de dignidad e igualdad en el período 2012-2021.
- Detectar los casos en que se invocan simultáneamente los principios referidos.
- Si se tratara de esta última hipótesis, estudiar cómo se relacionan; si en armonía o en conflicto.
- Si fuera en conflicto, cómo la Suprema Corte de Justicia lo resuelve (eventual uso de la ponderación).

También se plantearon como objetivos específicos de la investigación la individualización del tipo de razonamiento que emplea el máximo órgano del Poder Judicial a la hora de resolver, así como relevamiento de la temática de género o la perspectiva de género.

PRINCIPALES PREGUNTAS QUE SE INTENTÓ RESPONDER

- ¿La Suprema Corte invoca los principios de dignidad e igualdad al analizar la inconstitucionalidad de un acto legislativo?
- ¿En cuántos casos los invoca en el período investigado?
- ¿Invoca estos principios conjuntamente?
- ¿Encuentra que los principios mencionados entran en colisión entre sí en casos concretos?
- ¿Entiende que estos principios pueden ser invocados en armonía?

DISEÑO METODOLÓGICO

Se decidió realizar un corte temporal de 10 (diez) años y seleccionar aquellas sentencias en las que se emplearan conjunta o separadamente las expresiones «dignidad» e «igualdad».

Los fallos se obtuvieron de la Base de Datos de Jurisprudencia Nacional Pública, en tanto provee información centralizada respecto de las sentencias de inconstitucionalidad.

Métodos

La investigación se realizó en dos dimensiones: una cuantitativa y otra cualitativa.

Respecto de la dimensión cuantitativa, se centró en el análisis de documentos y datos secundarios. En tal sentido, se realizó el procesamiento de información proveniente de la Base de Datos de Jurisprudencia Nacional Pública. Los datos obtenidos fueron incorporados en una planilla de cálculo para su procesamiento y posterior análisis.

La dimensión cualitativa de la investigación consistió en el análisis de contenido de las sentencias definitivas sobre inconstitucionalidad en las que fueron invocados los principios de dignidad e igualdad como el argumento principal para adoptar la decisión. Si bien en la propuesta de investigación se planteó que el análisis de contenido de las sentencias podría ser complementado con la técnica de cuestionarios o entrevistas a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, en virtud de los resultados obtenidos, ello no se entendió necesario.

El contraste de ambos enfoques, dentro del marco teórico propuesto, permitió arribar a respuestas respecto de las preguntas planteadas, habilitó la formulación de reflexiones o conclusiones y eventuales recomendaciones que estimamos alentarán a proyectos de investigación futuros.

RESULTADOS CUANTITATIVOS

Dentro del período estudiado, de un total de 1613 de sentencias dictadas en procesos de inconstitucionalidad, 427 refieren al principio de igualdad, mientras que -como se verá- la referencia al principio de dignidad resulta marginal.

A efectos de un mejor análisis, dada la cantidad de sentencias encontradas, se procedió a estudiar un semestre de cada año, alternando el primero y el segundo.

Del universo de 427 sentencias, se realizó una muestra de 311, sobre las cuales se basan los presentes resultados.

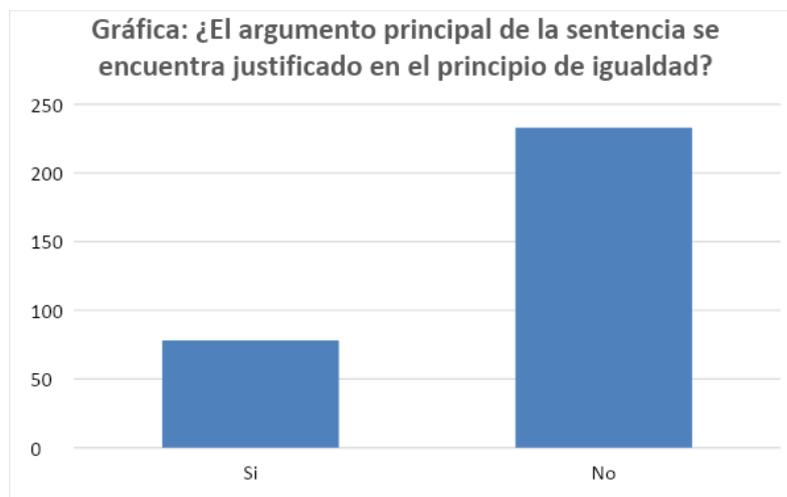
En atención a esto, puede observarse que las sentencias que citan estos principios, en comparación con las sentencias dictadas, no son mayoría.

En relación con el principio de igualdad, se contabilizaron los casos en los que el argumento principal de la sentencia se encuentra justificado en dicho principio, arribándose al siguiente resultado:

Cuadro 1: ¿El argumento principal de la sentencia se encuentra justificado en el principio de igualdad?	
Si	78
No	233

Fuente: elaboración propia en base a la información obtenida de la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Esto se visualiza de la siguiente forma:



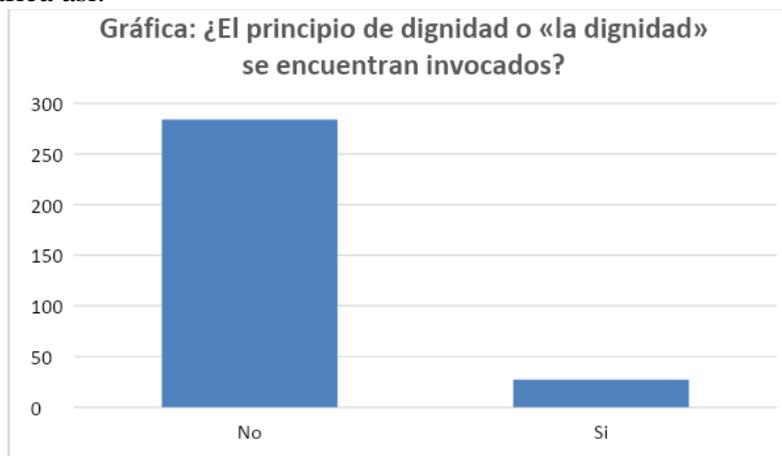
Fuente: elaboración propia en base a la información obtenida de la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Respecto a si el principio de dignidad o «la dignidad» se encontraban invocados, en muy pocos casos aparecieron mencionados:

Cuadro 2: ¿El principio de dignidad o «la dignidad» se encuentran invocados?	
No	284
Si	27

Fuente: elaboración propia en base a la información obtenida de la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Lo que se grafica así:



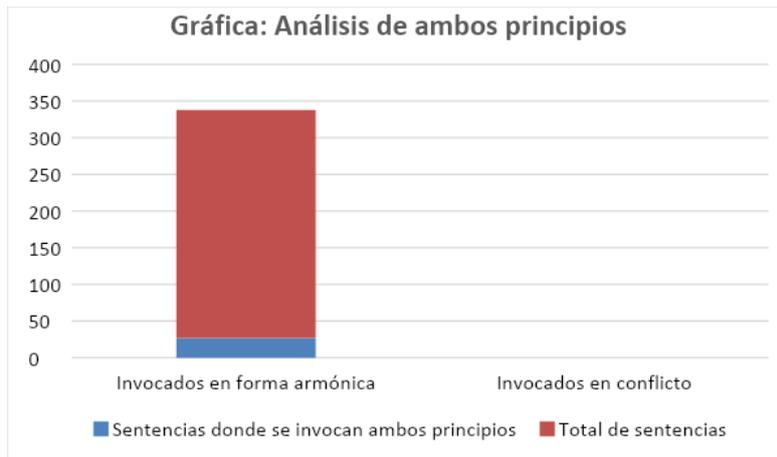
Fuente: elaboración propia en base a la información obtenida de la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

La Corte invocó en muy pocos casos los principios de igualdad y dignidad de forma conjunta y, cuando lo hizo, fue de forma armoniosa en todos los casos.

Cuadro 3: Análisis del principio de igualdad y la dignidad		
	Sentencias donde se invocan el principio de igualdad y la dignidad	Total de sentencias
Invocados en forma armónica	27	311
Invocados en conflicto	0	

Fuente: elaboración propia en base a la información obtenida de la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Lo graficamos de la siguiente manera:



Fuente: elaboración propia en base a la información obtenida de la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

En los casos en que se invocaron ambos principios, solo en cuatro casos se hizo mención expresa a la ponderación.

Cuadro 4: Mención a la ponderación				
	Mención a la ponderación	Sentencias donde se invocan conjuntamente el principio de igualdad y la dignidad	Sentencias donde se invoca uno u otro principio	Total de sentencias
Se menciona en forma expresa	4	27	284	311
No se menciona en forma expresa	23			

Fuente: elaboración propia en base a la información obtenida de la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

Visualizamos la ponderación:



Fuente: elaboración propia en base a la información obtenida de la Base de Jurisprudencia Nacional del Poder Judicial.

RESULTADOS CUALITATIVOS

No analizaremos aspectos formales, procesales o de legitimación.

Comenzaremos, sí, por abordar lo relacionado con el **principio de igualdad**.

Desde el punto de vista de fondo, el principio de igualdad, aunque invocado, no suele ser el principal argumento de la Suprema Corte de Justicia al resolver respecto de la constitucionalidad de un acto legislativo. Sin perjuicio de ello, en varios casos constituye un argumento secundario, coadyuvante, que conduce a la misma decisión final que el argumento principal.

Otras veces, la Corporación opta por mencionar escuetamente que no aprecia violación al principio de igualdad.

En muchos casos del universo analizado, se ha observado que el promotor refiere al principio de igualdad -en su dimensión procesal-, esto es, a la igualdad de las partes en el proceso, apareciendo así, asociado al del debido proceso legal y a la tutela judicial efectiva.

A vía de ejemplo: «Debe verse que la denunciada transgresión del principio de igualdad se reduce al mismo argumento por el que se cuestionó la violación del debido proceso legal» (sentencia 224/2021).

En cuanto a las razones o argumentos que emplea la Suprema Corte de Justicia, puede apreciarse que invoca muy predominantemente razones institucionales (disposiciones jurídicas, precedentes y doctrina).

Se observa que emplea sus precedentes en la mayor medida de lo posible, máxime cuando decide casos análogos a los ya analizados anteriormente, citando, al menos, la sentencia en la que adopta por primera vez el criterio para resolverlos.

En menor medida, invoca a la doctrina y, cuando lo hace, reitera casi siempre a los mismos autores.

Por años, la Suprema Corte de Justicia ha referido a una cita de Justino Jiménez de Aréchaga (La Constitución Nacional, Tomo I), que alude a la jurisprudencia estadounidense invocando el concepto aristotélico de igualdad: *tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*. De ello, ha deducido que no se viola el principio de igualdad si se legisla por categorías, cuando estas no se constituyen de manera caprichosa y todos dentro de cada categoría son tratados de la misma manera.

También existen citas, mucho menos numerosas, de Sayagués Laso, E.: Tratado de Derecho Administrativo, T. I (sentencia 620/2012, entre otras); Linares Quintana, S. (1958): Teoría e historia constitucional, Alfa, Buenos Aires (sentencia 620/2012, entre otras); Recasens Siches, L.: Filosofía del Derecho, pág. 590 (sentencia 671/2012, entre otras); Corwin, E.S.: La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual, pág.

630 (sentencias 291 y 406/2013); Saba, R. (2010): Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas en AA.VV.: Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (sentencia 138/2021); Didier, M.M. (2012): El principio de igualdad en las normas jurídicas: estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Marcial Pons, Buenos Aires (sentencia 513/2021).

Se observa que los autores citados no son nacionales sino también extranjeros, especialmente, argentinos.

Ya en años más próximos, adopta el criterio propuesto por Risso Ferrand (2006, Derecho Constitucional, Tomo I, FCU) para concluir si una ley viola o no el principio de igualdad (criterio que se basa en un «triple test» al que es sometido la disposición: causa razonable de la distinción, finalidad legítima de la distinción y juicio de racionalidad entre medios empleados y fin perseguido).

Algunas de las sentencias que refieren al criterio señalado, solo lo mencionan (o remiten a que fue mencionado en otra sentencia anterior). Las menos, utilizan el criterio aplicándolo como un triple test al que es sometido el acto legislativo.

A vía de ejemplo en sentencia 280/2013, se señala:

Risso Ferrand distingue otros niveles dentro de lo que se denomina “el juicio de razonabilidad”, como parámetro valorativo de las causas de distinción en clases o grupos efectuada por el legislador. Así, expresa que existen otras hipótesis en las que no surge de la Constitución, en forma explícita o implícita, la causa de ciertas distinciones. En estos casos, la razonabilidad de una determinada disposición legal debe juzgarse tomando en cuenta si ésta plasma arbitrariedad o capricho y si resulta contraria a lo dispuesto por la Carta. Al juicio de razonabilidad, se adiciona (con carácter esencial para el análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición a la luz del principio de igualdad) el reclamo de que exista una finalidad consagrada por la norma que, en concreto, se analice. Ello se enmarca en un concepto al que se le suele denominar de “racionalidad”, que también es habitual que se presente en forma indiferenciada, formando parte del ya referido juicio de razonabilidad. El concepto de racionalidad, así estructurado, ya sea que se lo considere autónomo o comprendido en el de razonabilidad, implica, asimismo, que exista una relación positiva entre los medios utilizados y los fines perseguidos en la norma cuya inconstitucionalidad se juzga (Risso Ferrand, Martín, Derecho Constitucional, Tomo I, F.C.U., Montevideo, 2006, págs. 500 a 506)

En cuanto al tratamiento de los principios y disposiciones invocadas en los casos y su interpretación, cabe expresar que, respecto del principio de igualdad, la Corporación suele citar el texto del artículo 8 de la Carta.

En lo que refiere a la interpretación de los actos legislativos atacados, pareciera emplear preponderantemente la interpretación teleológica, sin perjuicio de acudir también al canon semántico y a la génesis del texto (ejemplo sentencia 138/2021).

Otro aspecto a señalar lo constituyen las sentencias en las que se analiza el principio de igualdad ante las cargas públicas (ejemplo sentencias 529/2021 y 547/2021). La Suprema Corte de Justicia realiza más citas a la dogmática nacional de las ya mencionadas e, incluso, a la dogmática internacional. A saber: Citarilla, M. L. (2013): «*La persona humana nell'ordinamento giuridico in i diritti della personalita strategie di tutela inibitori risarcimiento danni. internet a cura di serafino ruscica*, Cedam (2013)»;

«Olivetti, M. *i diritti Fondamentali. lezioni*, Claudio Grenzi Editorie; 2015»; Gutiérrez, G. y Marchetti, M. (2018): Límites a la creación y recaudación de impuestos. El control del gasto público, Montevideo, AMF (2018); Diez - Picazo, L. M.: Sistema de derechos fundamentales, 4ª Edición, Civitas.

Asimismo, en los casos mencionados, se efectúan citas a sentencias de la Corte Constitucional italiana: las Números 15 de 1960, 42 de 1980 y 155 de 2014.

Incluso, en dichos pronunciamientos, nuestra Suprema Corte de Justicia emplea el test formulado por Berejeiro, citado por Gutiérrez y Marchetti, que consta de cinco pasos.

En cuanto al análisis del principio de igualdad y la problemática del género su número es reducido. Entre ellas: sentencias 620/2012, 889/2012 (en mayoría), 295/2013, 319/2021, 359/2021, todas ellas desestimatorias. Sí se observan en varios de estos casos citas al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de la ONU.

En el caso fallado por sentencia 319/2021, el actor estima que el artículo 45 de la Ley 19580 viola el principio de igualdad ya que la protección a la dignidad humana y seguridad de la víctima está prevista solamente para la mujer. No obstante, la Corporación señala, en una interpretación sistemática del orden jurídico, que la Ley 17514 tiene por objeto tutelar la dignidad humana y seguridad de toda persona que sea víctima de violencia.

En cuanto a otros temas sensibles, se observa la presencia de la finalidad de protección al menor (sentencia 415/2021).

Se efectúan referencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de citas o referencias a sentencias de la Corte Interamericana de Justicia, aunque no abundantes, notándose básicamente su presencia en los últimos años (ejemplo sentencias 415/2021 y 513/2021). En casos relacionados con la temática del género, se cita a la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

En cuanto a la dignidad, corresponde remarcar que en las sentencias en que se identifica el vocablo «dignidad», no refieren al principio de dignidad, sino que obedece:

1. A la cita del artículo 6 del Pacto de San José de Costa Rica (Ley No. 15.737, artículo 15 por el cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969): «Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre [...] 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso».

2. A cita de la sentencia 365/2009: «La Corporación comparte la línea de pensamiento según la cual las convenciones internacionales de derechos humanos se integran a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos» (sentencias 527/2014 y 699/2014).

3. A la cita de Recasens Siches: «Como se sostuvo en Sentencia No. 930/96: "Tal como explica Recasens Siches, "...los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de aquello que es esencialmente igual en todos ellos, a saber: en su dignidad personal, y en los corolarios de ésta, es decir, en los derechos fundamentales o esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración" (Filosofía del Derecho, pág. 590). De ahí que... la jurisprudencia norteamericana haya sostenido que '... ningún acto legislativo es válido si afecta claramente el principio de igualdad de derechos garantizados por la declaración de derechos', pero que el mismo no se opone a que se legisle para grupos o clase de personas,

a condición de que ‘... todos los comprendidos en el grupo sean igualmente alcanzados por la norma’ y que la ‘determinación de la clase sea razonable, no injusta o caprichosa, o arbitraria, sino fundada en una real distinción’ (op. cit., pág. 367)”» (por ejemplo, en sentencia 632/2012).

REFLEXIONES

El principio de igualdad es invocado, pero pocas veces constituye el argumento principal de los fallos. Ello, quizás, sea debido a que es un principio relacional y que presenta dificultades a la hora de aplicarlo: determinar el meta criterio, al decir de Guastini, citando a Comanducci (Igualdad y discriminación, Doxa, 1996) que justifica la distinción.

Tampoco se observan desarrollos teóricos actuales más potentes del principio de igualdad como el igualdad como justicia o referencia a que situaciones semejantes, en sus propiedades relevantes, sean tratadas del mismo modo.

En cuanto al principio de dignidad, no se invoca. Sí se invoca la expresión «dignidad» en la cita de Recasens Siches ya mencionada (Filosofía del Derecho, pág. 590), que se repite en varios fallos, al menos desde el año 2012 o es incluida a través de citas al texto de Convenciones Internacionales de Derechos Humanos.

Esta ausencia llama la atención.

Si se invocan dignidad e igualdad, se hace en forma armoniosa.

Es ínfima la proporción de las sentencias en las que se hace mención a la «ponderación».

En cuanto a las razones empleadas al fallar, se observa que la gran mayoría de las sentencias se fundamentan en precedentes judiciales. Ello le permite a la Corte mostrar coherencia y facilita su argumentación en tanto que, al mantener su criterio, no necesita invocar nuevas razones o desarrollar las anteriores

Desde el punto de vista dogmático, se observa que hace ya algunos años, la Corporación adhiere al desarrollo realizado sobre la igualdad por Risso Ferrand, que se sustenta en el principio de razonabilidad. En los fallos, se cita al autor, pero no siempre se somete expresamente la disposición legislativa atacada al test que propone.

De todo lo señalado, pareciera concluirse que la Corporación no sigue la teoría alexiana. Asimismo, no se visualiza una distinción fuerte entre reglas y principios y existen muy pocas referencias a la ponderación y al principio de proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA:

ALEXY, R. (2010). Derechos fundamentales. Ponderación y racionalidad. En *El canon neoconstitucional*. Carbonell, M. y García Jaramillo. Madrid: Trotta.

ALEXY, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático, *Neoconstitucionalismos*. Carbonell, M. (Coordinador), Madrid: Trotta.

ALEXY, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BARDAZANO, G. (2019). Primeras exploraciones acerca del trasplante jurisdiccional y doctrinario neoconstitucionalista en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. *Revista de Derecho Público*. 28 (56). 7-25. Disponible en: <https://doi.org/10.31672/56.1>

BARDAZANO, G. (2008). *Literalidad y decisión*. Montevideo: CSIC.

BLANCO, A. (2009). *Argumentación y lógica en el Derecho*. Montevideo: La Ley Uruguay.

BLANCO, A. (2006). Derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica: contribución desde el caso especial de la responsabilidad de los directores y socios en los impuestos a

- las rentas uruguayas. *Revista de la Facultad de Derecho*, 25, 189-237. Disponible en: <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/172/176>
- BLENGIO VALDÉS, M. (2007). *El derecho al reconocimiento de la dignidad humana*. Montevideo: Amalio Fernández.
- CAJARVILLE, J.P. (2007) *Sobre Derecho Administrativo*. Tomo 1. Montevideo: FCU.
- CAJARVILLE, J.P. (1998). Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la constitución uruguaya, *Revista de Administración Pública*, N° 145, Montevideo.
- CASSINELLI, H. (2010). Los límites de los derechos humanos en la Constitución nacional. *Derecho Constitucional y Derecho Administrativo*. Estudios publicados, compilados por Carlos Sacchi. Montevideo: La Ley, FCU.
- CASSINELLI, H. (2009) *Derecho Público*. Montevideo: FCU.
- CASTRO, A. (2008). Principio de igualdad y derechos económicos, sociales y culturales. Oscar Sarlo y Andrés Blanco (Coords.) *El Principio de Igualdad en la Teoría del Derecho y la Dogmática Jurídica*. Montevideo: FCU.
- COMANDUCCI, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis meta teórico. *Isonomía*, N° 16.
- CORREA FREITAS, R. (2017). *Fundamentos de la Constitución*. Buenos Aires: B de F.
- ESPARZA-REYES, E. (2017). Apuntes sobre la compleja relación entre el derecho a la igualdad y la diferencia. *Revista Jurídicas*, 14 (1), 71 – 86. DOI: 10.17151/jurid.2017.14.1.6. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7537603>
- FERRAJOLI, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. Doha, 34.
- GAIDO, P. (2011). *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid: Marcial Pons.
- GARGARELLA, R. (2015). *Constitucionalismo vs. Democracia*. En *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vol. 3. México: UNAM.
- GARGARELLA, R. (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de pesos y contrapesos. En Gargarella, R. (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- GARGARELLA, R. (2005) *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América*. Madrid: Siglo veintiuno editores.
- GARZÓN VALDÉS, E. (2006). IX Seminario de Filosofía: “La dignidad humana”. Conferencias: “¿Cuentan los números?” 3 de octubre de 2006; “El carácter adscriptivo del concepto de dignidad” 5 de octubre de 2006. Disponible en: <https://www.march.es/es/madrid/ix-seminario-filosofia-dignidad-humana>
- GASCÓN, M. *et als* (2005). *Argumentación jurídica. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra.
- GÓMEZ MONTORO, A. (2017). Dignidad, autonomía y derechos humanos. *Nuestro Tiempo*. Revista cultural y de cuestiones actuales. Núm. 711. Universidad de Navarra. Disponible en: <https://nuestrotiempo.unav.edu/files/2019/10/nt696-ensayo2.pdf>
- GROS ESPIELL, H. (2003). La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época Vol. 4. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0303110193A>
- GUASTINI, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- GUASTINI, R. (2012). “Juristenrecht. Inventando derechos, obligaciones y poderes”. En Ferrer Beltrán, J., Moreso, J.J. y Papayanni, D. (Comp.), *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

- GUASTINI, R. (2007). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara.
- HABA, E. (2016). A revueltas con la *storytelling* llamada "ponderación", y también preguntando sobre "límites" del derecho. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- HÄBERLE, P. El Estado Constitucional. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4291-el-estado-constitucional-2a-edicion>
- JIMENEZ DE ARÉCHAGA, J. (1992). *La Constitución Nacional*. Tomo I. Montevideo: Cámara de Senadores.
- JIMENEZ DE ARÉCHAGA, J. (1992). *La Constitución Nacional*. Tomo II. Montevideo: Cámara de Senadores.
- JIMENEZ DE ARÉCHAGA, J. (1992). *La Constitución Nacional*. Tomo III. Montevideo: Cámara de Senadores.
- KELSEN, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Coihue.
- KORZENIAK, J. (2001). *Derecho Constitucional*. Montevideo: FCU.
- MARQUISIO, R. (2019). Argumentos positivistas en la era postpositivista. *Revista de Derecho*, N°19. Montevideo: UCUDAL.
- MARQUISIO, R. (2017). El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico. *Revista de Derecho de la Universidad de los Andes*, N° 2. Disponible en: <http://una.uniandes.edu.co>
- MARQUISIO, R. (2017). Tres modelos de postpositivismo jurídico. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Núm. 47. Universidad Nacional de La Plata.
- MARQUISIO, R. (2016). Creencias y razones constitucionales. Algunos problemas conceptuales y normativos del Estado (neo)constitucional. V Encuentro Internacional de CONPEDI. Disponible en: <http://conpedi.org.br>
- MORESO, J.J. (2003). Comanducci sobre neoconstitucionalismo. *Isonomía*, Núm. 19.
- POZZOLO, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa*, 21.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (2013). *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución Española*. Tecnos. Undécima Edición.
- PÉREZ LUÑO, A.E. (2000). Iusnaturalismo y derechos humanos. *Araucaria* 2 (4). Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/897>
- REAL, A. (1958). Los principios generales del derecho en la Constitución uruguaya. En *Revista de Derecho Público y Privado*, T. 40.
- RISSO, M. (2014). El juez constitucional en el Uruguay. *Revista de Derecho Público* N° 45.
- RISSO, M. (2006). *Derecho Constitucional*. 2º Edición. Montevideo: FCU.
- RUOCCO, G. (2010). Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en situaciones de emergencia social. Impacto de los factores de discriminación de las mujeres. En *Estudios de Derecho Administrativo*. Montevideo: La Ley.
- SANCHÍS, P. (2009). Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales. En *Ponderación y Derecho Administrativo*.
- SANCHÍS, P. (2004). El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional* Núm. 71.
- SARLO, O. *et als* (2018). *La era de los principios: entre compromiso moral y ética vacía*. Montevideo: FCU.
- SARLO, O. (2011). *Derechos, deberes y garantías implícitos en la Constitución uruguaya. Un análisis de filosofía política y epistemología de derecho*. En *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville*. Montevideo: FCU.

- SARLO, O. *et als* (2009). La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible? Un estudio de teoría constitucional contemporánea aplicado al caso uruguayo. Montevideo: Fder, UDELAR.
- SARLO, O. (2006). El marco teórico de la investigación dogmática”. En Curtis C. y Atienza, M. *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta.
- SAGÜES, N. (2016). La constitución bajo tensión. Instituto de Estudios Constitucionales. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4754/33.pdf>
- SAMAYOA MONROY, A. (2021). Dignidad humana: Una mirada desde un enfoque filosófico. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Volumen 32 (1), I Semestre. Disponible en: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/15093/21244>
- SANCHEZ, M. (2019). Igualdad, justicia y género. *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba*. Disponible en: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/25785/27536>
- SERVINI, R. (2015). Sobre la desnaturalización dogmática de los atributos de la persona humana. El respeto a la dignidad de la persona humana. En Cancado Trindade, A. y Baros Leal, C. (Coords.). *IV Curso Brasileño Interdisciplinario en Derechos Humanos*. Fortaleza. Disponible en: <http://ibdh.org.br/wp-content/uploads/2016/10/2015f-book.pdf>
- VAN ROMPAEY, L. (2008). El rol del juez en la sociedad moderna. *Revista de Derecho Público*, Núm. 17, año 34. Montevideo: FCU.
- VAN ROMPAEY, L. (2005). *Hacia una jurisprudencia principialista*. *Revista Judicatura*, No. 43.
- VARIOS AUTORES (2008). *El principio de igualdad en la Teoría del Derecho y la dogmática jurídica*. Montevideo: FCU.
- WILLIAMS, J. (2009). *Igualdad sin discriminación. El género en el Derecho. Ensayos críticos*. Ávila Santamaría, R., Salgado, J. y Valladares, L. (Comps.). Disponible en: https://www.oas.org/en/sedi/dsi/docs/genero_derecho_12.pdf
- WOLFANG STARLET, I. (2015). Dignidad de la persona humana, Mínimo existencial y justicia constitucional. Algunas aproximaciones y algunos desafíos. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. *Derechos humanos*, Tomo V Vol.2. Carbonell, M., Fix- Fierro, H. y Luis Raúl.

LA ENCRUCIJADA DE LA INTERVENCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN MATERIA DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y SEGURIDAD SOCIAL: UNA REFLEXIÓN A PARTIR DE CASO “V. O. E.” (2023)

Eduardo Esteban Magoja

1. Introducción

La pobreza es un fenómeno muy presente en América Latina, complejo y multidimensional, cuya erradicación requiere de enormes esfuerzos por parte del Estado con una perspectiva focalizada en la prevención, la inclusión y la protección social integral. En esta tarea, el derecho tiene una incidencia determinante, tanto positiva como negativamente. Esto es algo que no se puede desconocer y que de forma muy clara Dworkin puso de relieve: “la distribución de la riqueza es el producto de un orden jurídico: la riqueza de un ciudadano depende en gran medida de qué leyes ha promulgado su comunidad —no solo las leyes que rigen la propiedad, los delitos, los contratos y la responsabilidad por daño—, sino también la ley de asistencia social, la ley fiscal, la ley laboral, la ley de derechos civiles, la ley de regulación ambiental y las leyes de prácticamente cualquier cosa”¹.

Un Estado democrático de derecho, con un compromiso genuino con el bienestar individual y el bien común, debe implementar no solo acciones negativas (la no intromisión en la esfera de organización individual), sino también medidas positivas que aseguren a sus ciudadanos un conjunto de condiciones fundamentales, que incluyen la salud, la educación, el trabajo y la seguridad social, entre otros. El ejercicio de la autonomía puede ser puesto en peligro no solo por interferencias, sino también por ausencia de condiciones favorables que permitan a cada persona tener la capacidad de alcanzar por sí misma sus objetivos valiosos y llevar a cabo su proyecto de vida. En ambos supuestos se admite la posibilidad de daño a la dignidad².

Estaría claro que la responsabilidad por la promoción de medidas positivas recae mayormente en los poderes políticos del Estado, tal como lo define, por ejemplo, nuestra propia Constitución Nacional en diversos artículos (14 bis y 75 incisos 22 y 23), los tratados internacionales con jerarquía constitucional y demás leyes internas. Sin duda, el Poder Legislativo y el Ejecutivo son por excelencia los encargados respectivamente de definir y ejecutar el reparto de bienes y cargas del acervo común de la comunidad política bajo cierto estándar razonable de justicia distributiva. Pero sobre el rol que puede y debe asumir el Poder Judicial sobre algo tan general y complejo, más allá de decir el derecho en casos concretos (jurisdicción, esto es, *juris dictio*), hay ciertas dudas. Sin ir más lejos, por nombrar un ejemplo de semejante problema de hasta dónde puede intervenir el juez, existe entre los especialistas una enorme discusión acerca de si es posible la judiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

La resolución dictada el 28 de febrero de 2023 por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, en los autos “V. O. E. c/Estado Provincia de Buenos Aires”, que confirma por mayoría —votos de los jueces Spacarotel y Milanta— la orden de pago de un salario mínimo, vital y móvil a una madre soltera debido a su extrema vulnerabilidad y la de sus hijos (discapacitados), proporciona aspectos sugerentes para reflexionar sobre el alcance y la manera en que se debería ejercer la actividad judicial con respecto al control de las prestaciones sociales establecidas y asignadas por otros poderes estatales. A partir de una evaluación crítica de este caso que congrega problemas

¹ Dworkin, R. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2000, p. 1.

² Cfr. Tugendhat, E. *Ser-Verdad-Acción. Ensayos filosóficos*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 252.

de la teoría de la justicia y la teoría de la decisión judicial, este trabajo busca determinar los criterios de una administración de justicia equitativa y efectiva que respete, en materia de derechos sociales, el esquema de división de poderes.

2. Justicia distributiva y activismo judicial

En lo que respecta a los propósitos fijados en este trabajo hay dos grandes temas presentes en el fallo “V. O. E. c/Estado Provincia de Buenos Aires” que quedan abarcados por el interrogante acerca de cómo tiene que actuar la administración de justicia ante situaciones de pobreza. Estos son básicamente dos: por un lado, el activismo judicial; y, por el otro, pero muy relacionado, el exceso jurisdiccional o la violación del principio político de separación o división de poderes. En lo que sigue, nos ocuparemos de ambos en el orden expuesto.

El juez Spacarotel reconoce que las medidas de acción positiva a favor de los menos aventajados, conforme lo dispuesto en los artículos 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y 36 de la Provincia de Buenos Aires, constituyen una facultad —o un “mandato”, según sus palabras— del Congreso. Se trata, pues, de una cuestión inherente a las competencias y responsabilidades del Poder Legislativo y, por eso, la aplicación de estas medidas no recae directamente en el ámbito judicial. Sin embargo, lo que hace aquel magistrado para sortear ese obstáculo es dar un movimiento que consiste en pasar del plano general del reparto de prestaciones al plano particular de resolución de conflictos, en donde el control judicial pasa por determinar que la distribución se haya realizado con equidad y justicia. Entiende que la respuesta al problema de competencias —lo cual más adelante discutiremos sobre su acierto— se encontraría en el “activismo judicial”:

[E]s dable recordar que [...] la justicia —en el marco de la legalidad constitucional— puede y debe ayudar a la ciudadanía a reconocer los diversos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto; v. gr. esclareciendo la información, instando a los poderes constituidos a obrar acciones positivas, o bien instar a los legisladores a que justifiquen sus decisiones... [...]. Ese prius requiere de un activismo judicial que, en el estado constitucional de derecho, cobra mayor relevancia cuando se trata de analizar cuestiones inherentes a la dignidad humana. [...] El activismo judicial requerido por la complejidad de la controversia planteada procura ampliar los mecanismos de garantía procesales para la protección de los derechos en ciernes”.

En ningún momento del voto mayoritario se define el activismo judicial y esto muy probablemente tenga una razón clara: “activismo judicial” es aquel tipo de concepto sumamente escurridizo, amorfo, cuya semántica es muy difícil de precisar con claridad. Una breve mirada a la bibliografía especializada muestra que se ha ofrecido una amplia variedad de definiciones que a veces, lejos de mantener uniformidad, son muy disímiles³. Sin duda, se trata de un concepto sumamente polisémico⁴. Pero a pesar de que en el fallo no se ofrece una definición de activismo judicial, una lectura atenta permite identificar tres notas principales que caracterizarían lo que los jueces del voto mayoritario entienden por ese tipo de comportamiento judicial: en primer lugar, constituye una actitud que expresa un compromiso con la realidad humana y la satisfacción de sus derechos esenciales; segundo, supone una fuerte oposición al formalismo (o privilegia la sustancia

³ A los fines de apreciar este punto, basta con dar un recorrido por los trabajos de Heydon, D. “Judicial Activism and the Death of the Rule of Law”, *Otago Law Review*, vol. 10, n° 4, 2001, ps. 493 a 516; Young, E. A. “Judicial Activism and Conservative Politics”, *University of Colorado Law Review*, vol. 73, n° 4, 2002, ps. 1139 a 1216; Green, C. “An Intellectual History of Judicial Activism”, *Emory Law Journal*, vol. 58, n° 5, 2009, ps. 1195 a 1264; y Zarbiyev, F. “Judicial Activism in International Law-A Conceptual Framework for Analysis”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, n° 2, 2012, ps. 247 a 278.

⁴ Ruiz, A. “La politicidad de la función judicial o la cara oculta del Derecho”, *Ideas y Derecho*, n° 4, 2004, ps. 173 a 184.

antes que las formas); y, por último, si bien involucra una mayor “actividad” o “acción” por parte del juzgador, se mantendría aun así dentro de un marco de legalidad (objetivo). En esta sección solo nos ocuparemos de los dos primeros rasgos. El último presenta algunas cuestiones controvertidas —vinculadas al problema de las competencias que dejamos pendiente— que ameritan darle un poco más de atención; por ello, preferimos realizar un tratamiento diferenciado más adelante, en la sección siguiente.

En lo que respecta al primer rasgo, en el voto del juez Spacarotel diversas expresiones y argumentos apuntan a destacar la importancia de pensar a la actividad jurisdiccional al servicio del hombre, es decir, como institución que cobra sentido y encuentra su razón de ser en las personas y la satisfacción de sus derechos esenciales. Así, el magistrado sostiene que el activismo judicial “cobra mayor relevancia cuando se trata de analizar cuestiones inherentes a la dignidad humana”, que en el caso no se puede “desconocer la existencia de los derechos reconocidos constitucionalmente y a nivel supranacional”, y que se debe garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales, en resguardo de un grupo de extrema vulnerabilidad y su salud —más aún ante la presencia de alguna discapacidad, como en autos—”. El colofón de semejante ideas lo encontramos en una afirmación un poco extensa, pero que conviene reproducir en sus partes pertinentes, dado que no deja dudas acerca de ese compromiso:

[E]s obligación —reforzada en casos de niñez, con discapacidad, mujeres, y en situaciones de pobreza— de los Estados [...] propender a la eliminación o remoción de todo aquello que en el caso particular se presente como una barrera u obstáculo para el pleno y efectivo goce de los derechos constitucionales, y así asegurar la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, garantizando que las limitaciones sean desmanteladas, promoviendo prácticas de inclusión social y adoptando medidas de diferenciación positiva —de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole—, para su efectiva remoción. [...] Es deber de la justicia, “nivelar desigualdades”. [...] Cuando existe un conflicto ético que subyace en un caso judicial, y aquél se presenta desigualitariamente desequilibrado, es de toda justicia colocar en su quicio, el verdadero valor humano del sentido de justicia, y por ello, la “justicia como virtud” se afirma abiertamente sobre los conceptos centrales de la teoría jurídica; ya no serán los de “bienestar”, “autonomía” o “eficiencia”, sino los de virtud, excelencia, florecimiento humano.

Lo que se evidencia de todos los pasajes transcritos es un fuerte interés por atender, lo más adecuadamente posible, aquellas eventualidades capaces de reducir o suprimir la actividad humana o imponerle cargas económicas suplementarias, más aún cuando se trata de grupos sociales vulnerables: establecer, pues, por medio del derecho, condiciones apropiadas para el desarrollo de la persona o “el florecimiento humano”. Desde esta óptica, el magistrado, al abordar cuestiones que afectan de lleno a la dignidad, no solo profundiza en aspectos legales, sino que también evidencia una sensibilidad hacia las serias dificultades que atraviesa la actora, quien, a pesar de gozar de beneficios asistenciales, no tiene asegurados mínimos básicos para su bienestar y el de sus hijos. El desamparo del Estado podrá ser “no total” —como dice el demandado—, pero aun así las medidas adoptadas son insuficientes y subsisten “las vulneraciones estructurales en situación de pobreza en que se halla inmerso todo el grupo familiar” (del voto del juez Spacarotel). En el caso particular se determina la afectación simultánea de diversos derechos esenciales ligados a las necesidades primarias del hombre (alimento, salud, etc.) y a la protección integral de la familia, las mujeres, los niños y las personas con discapacidad; derechos que están reconocidos en numerosas normas locales como internacionales y que, al tratarse de grupos vulnerables, establece estándares legales de protección estatal prioritaria (artículo 14 bis y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, Convención de los Derechos del Niño y Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad, por ejemplo). En la evaluación de los hechos, por cierto, se adopta, antes que un enfoque unidimensional o monolítico, uno interseccional, mediante el cual se reconoce la importancia de entender los solapamientos de identidades y circunstancias que pueden intensificar la vulnerabilidad. Lo que se reconoce, pues, es que la justicia debe contemplar la multiplicidad de factores que afectan a las personas, integrando un enfoque más holístico y equitativo en la realización de sus derechos.

Naturalmente, entender al activismo judicial como una práctica que privilegia por sobre todo a la “realidad humana” y que debe asumir, para atender casos complejos y de hondo contenido social, una actitud innovadora y criterios de interpretación amplios — en suma, una concepción de sistema jurídico abierto⁵— supone reconocer al mismo tiempo que implica cierta oposición al formalismo —que es, recordemos, la segunda nota distintiva de activismo judicial identificada en el fallo—. A veces, el excesivo apego a las reglas puede terminar siendo una suerte de cadena que podría limitar la capacidad del juez para responder de manera eficaz las demandas y desafíos emergentes en la sociedad. El activismo judicial advierte esta dificultad y adopta un enfoque más dinámico que, en lugar de conservar la fidelidad a las formas, se compromete con los principios fundamentales de la justicia y la protección de los derechos humanos.

Semejante apreciación resulta palpable cuando el juez Spacarotel dice que “la realidad humana siempre trasciende el fenómeno del derecho, y en tal caso las demandas sociales exigen del Estado de derecho, y de sus órganos constituidos, mayor libertad de acción para abastecerlas en el marco de la legalidad”. O también se aprecia cuando la jueza Milanta señala que, “a la hora de juzgar acerca del alcance o el acierto de las medidas judiciales en materias como la que se ventila en autos, ha de evitarse que el rigor de las formas conduzca a la frustración de los derechos que cuentan con tutela constitucional”. Expresiones de este tipo recuerdan a las palabras del famoso jurista estadounidense Holmes de que “la vida del derecho no ha sido lógica, ha sido experiencia”⁶, reproducidas en el fallo “Vera Barros” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷, entendiéndose por tal —agrega la Corte— “la comprensión del sentido último que anida en cada caso” (Considerando 6, del voto los doctores Barra, Fayt y Cavagna Martínez).

3. El principio político de división de poderes

En el tipo de activismo que se defiende en el voto mayoritario, los dos rasgos identificados —el compromiso con la realidad humana y la oposición al formalismo— no se dan sin parámetros normativos previos que definen las facultades jurisdiccionales, es decir, un marco de legalidad (objetivo). Lo que sucede es que se trata de un marco flexible, que debe amoldarse a los complejos problemas a los que hace frente el derecho. En este sentido, recordemos, el juez Spacarotel decía que “las demandas sociales exigen del Estado de derecho, y de sus órganos constituidos, mayor libertad de acción para abastecerlas en el marco de la legalidad”.

Según se puede ver en la argumentación plasmada en el fallo, ese marco de legalidad dador de mayor libertad judicial, que contempla aspectos sustantivo morales esencial —principios, derechos humanos, valores, etc.—, se encuentra definido principalmente por el derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Nacional y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (en especial los artículos 75 inciso 23 y artículo 36, respectivamente), y el Código Civil y Comercial de la Nación

⁵ Al respecto, ver Rabbi-Baldi, R. *Teoría del derecho*, 4.ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2016, cap. V.

⁶ Holmes, O. W. *The Common Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, p. 3.

⁷ CSJN, “Vera Barros, Rita E. c/Estado nacional”, *Fallos*, 316:1025 (1993).

(artículos 1 y 2, que indican el modo de resolver los casos e interpretar la ley), entre otros instrumentos. En todos ellos, la normativa apuntaría a facultar al juez con las herramientas jurídicas necesarias para proteger los derechos de las personas.

En este marco, el juez Spacarotel sostiene que el control judicial sobre la función administrativa, destinada a implementar medidas de acción positiva para proteger los derechos de las personas afectadas, no está vedado por disposición alguna de la Constitución Nacional ni Provincial. Esto le permitiría, con un enfoque judicial activo, sumergirse en el análisis de la disputa, pero, según dice, “dentro de un esquema constitucional de respeto por las competencias legales asignadas a los jueces, que opera como garantía constitucional para toda la ciudadanía” y demanda al mismo tiempo que “los magistrados como jueces naturales actúen en resguardo del debido proceso, la defensa en juicio, y la aptitud legal y constitucional para desempeñar la jurisdicción (art. 18 Const. Nacional)”.

Ahora bien, como se puede advertir, el punto problemático que se quiere sortear con toda esta argumentación gira en torno a la posible afectación del principio político de separación o división de poderes. De hecho, esto es lo que alega la Fiscalía de Estado en el recurso de apelación deducido ante el tribunal de alzada para que se revoque el pronunciamiento de primera instancia. En efecto, sostiene que “la sentencia que se cuestiona representa un supuesto de trascendencia, gravedad institucional y notorio interés público, porque decidir de esa forma supone una clara intromisión del poder judicial en las esferas de competencias que corresponden a otro poder/función estatal”. Incluso, haciendo uso de una “directriz por las consecuencias”⁸, alega que esa sentencia puesta en discusión podría tener efectos muy negativos sobre la organización estatal: “el universo de posibles juicios análogos confiere a la decisión adoptada una importancia e impacto que trasciende el interés de las partes y compromete el general vinculado al diseño de políticas públicas y la distribución del patrimonio fiscal”.

Que en el caso habría una afectación al principio de división de poderes también es la postura que defiende, en minoría, el juez De Santis, quien incluso, yendo un poco más lejos, ni siquiera ve vínculo jurídico alguno que pueda posicionar a la actora en una situación de exigibilidad frente al Estado. El camarista dedica una buena parte de su voto a desarrollar ese punto, sobre el cual no hace falta detenernos en sus detalles. Lo importante es marcar que hay en el caso “V. O. E.” dos lecturas jurídicas en pugna: por un lado, el voto mayoritario defiende un activismo judicial, que no se entrometería en competencias ajenas y que busca garantizar derechos esenciales de una persona y su familia en extrema vulnerabilidad; pero, por otro lado, la disidencia expresa que con la sentencia de primera instancia se da precisamente lo contrario. Frente a tal escenario lo que corresponde determinar es quién tiene razón. Como intentaremos argumentar a continuación, por nuestra parte creemos que ambos en parte están en lo correcto, pero al mismo tiempo en parte se equivocan.

En lo que respecta al desacierto del voto mayoritario, lo primero que cabe decir es que, a diferencia de la lectura del juez Spacarotel, en una buena parte de la literatura se entiende en realidad al activismo judicial como una intromisión del juez en competencias que le pertenecen a los otros poderes del Estado⁹. El criterio, entonces, para identificar con claridad si hay o no activismo judicial estaría, antes que en una mera oposición al formalismo o a una actitud inerte —lo cual como único criterio es sumamente vago—, en

⁸ Al respecto, ver Rabbi-Baldi, R. *Teoría del derecho*, 4.ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2016, ps. 365 a 369.

⁹ Cfr. Castaño Peña, J. A. “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional Colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, vol. 31, n° 2, 2013, p. 123; y Feoli Villalobos, M. “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 22, n° 2, 2015, p. 184.

lo que determinen las normas de competencia¹⁰. Estas presentan principalmente los siguientes elementos: primero, un sujeto competente que tiene el poder jurídico de crear, derogar, modificar o aplicar normas jurídicas; segundo, la existencia de un acto jurídico que puede ser o no normativo; y, por último, la determinación de las materias sobre las cuales el individuo u órgano competente puede ejercer su poder normativo¹¹. Se puede agregar un cuarto rasgo: la definición de un procedimiento y condiciones para el ejercicio válido del poder normativo otorgado por la regla de competencia; pero como advierte la literatura esto es una cuestión independiente y no constitutiva de la propia competencia¹².

Si aceptamos tal criterio, entonces, la pregunta que cabe plantearse en situaciones como las del caso “V. O. E.” es si el Poder Judicial tiene la capacidad normativa de ordenar al Poder Ejecutivo que le asigne a las personas necesitadas o en extrema vulnerabilidad un salario mínimo, vital y móvil. No parece que nuestra Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia y demás leyes pertinentes en la materia (el marco jurídico del derecho de la seguridad social en Argentina) permitan tal posibilidad. La decisión adoptada por la mayoría excede una medida de intervención razonable y aceptable según los parámetros normativos y, por eso, cae en un activismo judicial injustificado. Hay dos razones por las que le atribuimos tal calificación. En primer lugar, como bien señala la parte demandada y destaca también el voto en disidencia —y en este punto es donde le asiste la razón al juez De Santis—, el control judicial se debe ceñir a verificar el cumplimiento de las obligaciones, tanto positivas como negativas, establecidas en el sistema jurídico argentino. En caso de incumplimiento, tiene que limitarse a ordenar la corrección, analizando en una situación específica si la alternativa elegida se ajusta a los requisitos del ordenamiento jurídico (control de legalidad). Así pues, cualquier ampliación más allá de lo mencionado constituiría “una violación de la separación de poderes o de la ‘zona de reserva’ de la administración”, pues suplanta “a la administración en la apreciación y valoración de las circunstancias necesarias para desempeñar su función dentro de los límites legales”, tal como se dice en el recurso de apelación fiscal. En segundo lugar, el activismo es injustificado porque no se da el caso de que la intromisión (razonable y limitada) del Poder Judicial sobre competencias del Poder Legislativo u otro poder sea la única vía o forma para garantizar los propios valores morales sobre los que se asienta el Estado de derecho (básicamente la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales).

4. Un activismo judicial (justificado)

Hay, como se puede inferir de lo desarrollado en la sección anterior, un tipo de activismo cuya actuación encuentra muy excepcionalmente justificación¹³ y esto sucede porque una actitud pasiva por parte del juzgador sería algo por completo intolerable y constituiría una afrenta contra la dignidad humana, fundamento de los derechos

¹⁰ Cfr. Rivas-Robledo, P. “¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial”, *Dikaion*, vol. 31, n° 1, 2022, ps. 70 a 92; y Laise, L. D. “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, n° 1, 2020, p. 155.

¹¹ Cfr. Ferrer-Beltrán, J. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, ps. 127 a 146.

¹² Cfr. Ferrer-Beltrán, J. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, ps. 125 a 126.

¹³ Habría, pues, un activismo judicial “justificado” e “injustificado”. En la literatura es común este tipo de distinción: por ejemplo, Manili distingue entre activismo “bueno” y “malo”; y Maraniello entre “justo o razonable” e “injusto o arbitrario”. Cfr. Manili, P. “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley*, tomo 2006-D, p. 1285; y Maraniello, P. A. El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 5, n° 32, 2012, ps. 47 a 83.

humanos¹⁴, así como también contra los principios básicos reconocidos en la Constitución Nacional. Esto se daría, por ejemplo, en aquellas situaciones que, como bien reconoce Aienza, si el juez no se involucra “no cabe esperar que alguna otra instancia estatal pueda satisfacer la exigencia que se plantea cuando alguien pide que se le reconozca uno de esos derechos: a la subsistencia, a la salud, etc.”¹⁵. Vale aclarar que con todo lo dicho no queremos promover en modo alguno la idea, por completo repudiable, de “jueces iluminados o profetas”¹⁶. No es esto lo que queremos decir. Más bien lo que se defiende es, para decirlo en términos de Duquelsky, un “activismo garantista” con un campo de actuación e intervención muy limitado: “una actitud creativa, antiformalista y comprometida con la efectivización de los derechos fundamentales sin que ello implique la vulneración de garantías constitucionales”¹⁷.

Entonces, cuando en el Estado de derecho se torna imprescindible tomar una actitud activista para dar solución a una vulneración de derechos intolerable que de otro modo no se resolvería, habría en principio justificación. Decimos “en principio”, vale aclarar, porque es una cuestión muy difícil de determinar desde reglas abstractas y se tiene que ver caso por caso. En lo que respecta a la situación de la actora y su familia, creemos que sin duda se da una situación extremadamente preocupante, de afectación de derechos básicos; pero también creemos que para corregirla o subsanarla la actitud activista —entendida vale recordar, como cierto grado de intromisión en competencias de otros poderes— debe guardar cierto grado de razonabilidad y respeto por la estructura organizativa del Estado de derecho. No tiene que arrogarse la función de otros poderes —lo que sería institucionalmente inaceptable—, pero tampoco se puede quedar, ante semejante problema, en una actitud meramente pasiva —y aquí se ve el desacierto del voto en disidencia—. La solución que por nuestra parte proponemos, que constituye una suerte de término medio, va en la dirección de lo formulado por la Fiscalía de Estado en uno de los argumentos de su apelación, pero con algunas cuestiones importantes que agregar y diferenciar. Veamos este punto.

Lo que plantea la fiscalía, luego de destacar los esfuerzos del Estado para equilibrar las desigualdades mediante un muestreo de programas sociales, pensiones no contributivas y prestaciones de la seguridad social vigentes, es que “la afirmación de la magistrada relativa a que ‘no existe otra vía para la satisfacción actual y efectiva de sus derechos y de su familia’ es absolutamente falaz”. En este sentido, agrega que la solución “nunca pudo ser el acogimiento de la pretensión tal como fue propuesta, sino, en todo caso, la de remitir la cuestión a las instancias administrativas competentes a fin de que se tramite y resuelva el pedido de la actora, limitando la tarea del Juzgado a la mera recepción del reclamo [por no existir] en rigor un caso judicial que justifique un pronunciamiento del poder jurisdiccional”.

Compartimos la primera afirmación (de que hay otras vías para atender el problema), pero no la segunda (de limitar la tarea de la administración de justicia a solo recibir el reclamo). Hay “caso judicial” o “causa”, esto es, una controversia fáctica y/o jurídica actual¹⁸ y el juez debe resolverlo; pero, como se trata de una decisión que

¹⁴ Cfr. Spaemann, R. “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Persona y Derecho*, n° 19, 1988, p. 13; y Massini Correas, C. I. “Sobre dignidad humana y derecho: la noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho”, *Prudentia Iuris*, n° 83, 2017, ps. 49 a 72.

¹⁵ Aienza, M. “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *Ámbito jurídico*, 2019, s/n. Disponible en <https://bit.ly/3ak1e1i>. [último acceso: 5/12/2023].

¹⁶ Santiago, A. “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces. Las novedades del neo-constitucionalismo”, *Dikaion*, n° 17, 2008, p. 146.

¹⁷ Duquelsky, D. “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, *Doxa*, n° 41, 2018, p. 205.

¹⁸ Cfr. artículo 116 de la Constitución Nacional; artículo 2 de la Ley 27; y la doctrina de los fallos: CSJN, “Baeza, Aníbal Roque c/Nación Argentina”, *Fallos*, 306:1125 (1984), y “Universidad Nacional de La

avanzaría sobre zonas propias de los otros poderes del Estado, no puede hacerlo de cualquier manera, sin un criterio claro que determine una medida de intervención razonable. La propuesta de Lorenzetti, que también se encuentra plasmada en varios fallos del Corte Suprema de Justicia de la Nación —algunos ejemplos se citan a continuación—, resulta esclarecedora¹⁹. El autor sostiene que en situaciones de este tipo el activismo judicial no puede avanzar más allá de “afirmar la garantía de los derechos a través de mandatos orientados a un resultado, evitando involucrarse en los procedimientos”²⁰. Así, aclara, “el tribunal reconoce la discrecionalidad de la Administración y le ordena que cumpla un objetivo, sin decirle cómo, ya que los medios son ajenos a la decisión judicial”²¹. En relación con el derecho ambiental, por ejemplo, ello se realiza a través de fórmulas como “hay que limpiar el río” (fallo “Mendoza”²²), “hay que terminar con la emisión de gases contaminantes” (“Massachusetts”²³) o “hay que hacer cesar el incendio” (“Equística Defensa del Medio Ambiente”²⁴). El procedimiento para alcanzar semejante resultado, como requiere muchas veces enormes conocimientos técnicos, capacitación e información especial y una valoraciones y apreciación de circunstancias muy particularizadas, le competirá a la administración, quien evaluará, dentro de su propia discrecionalidad, cuáles son los medios más apropiados para aplicar en el caso.

Es importante señalar que el desarrollo de Lorenzetti sobre ese tipo de activismo judicial (justificado), y sus límites, se realiza pensando mayormente en sentencias relativas a bienes colectivos —en los ejemplos dados, el ambiente— y que tengan efectos regulatorios generales (litigios públicos). Pero claramente se puede hacer extensivo tal planteo al caso tratado en el fallo “V. O. E.”, a pesar de que se trata de un conflicto individual en donde se discute el reconocimiento de un derecho y su eventual satisfacción. Entonces, conforme el criterio sugerido, lo que para nosotros debería haber realizado el tribunal revisor es revocar la sentencia de primera instancia, pero, tras reconocer la situación de extrema vulnerabilidad de la actora, ordenar al Poder Ejecutivo que subsane la afectación de derechos de la manera que considere más apropiada y efectiva dentro de los diferentes programas y/o acciones de ayuda y asistencia disponibles. Como complemento, una vez definido el resultado deseado (“hay que garantizarle mínimos sustantivos a la demandante”), también se podría haber fijado que se informaran las medidas implementadas para su correspondiente control judicial.

5. Conclusión

El Estado argentino, según el voto del juez Spacarotel, reconoce la seguridad social como un “derecho humano” fundamental que debe abordarse desde una perspectiva interseccional, considerando diversas dimensiones como minoridad, salud, trabajo, género, familia y discapacidad. A pesar de los esfuerzos estatales, algunas personas beneficiarias de prestaciones aún enfrentan dificultades para acceder a servicios básicos como salud, vivienda, agua potable, saneamiento, luz y empleo suficientemente remunerado. El caso “V. O. E.” proporciona la oportunidad de examinar este problema y evaluar la capacidad del sistema judicial en supervisar prestaciones sociales.

Matanza y otros c/EN - M Cultura y Educación”, *Fallos*, 346:970 (2023). En lo que respecta al ámbito de la Provincia y el fuero contencioso administrativo, cfr. artículo 166 último párrafo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y Ley 12008.

¹⁹ Cfr. Lorenzetti, R. L. *Justicia colectiva*, 2.ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 321.

²⁰ Lorenzetti, R. L. *Justicia colectiva*, 2.ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 253.

²¹ Lorenzetti, R. L. *Justicia colectiva*, 2.ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 253.

²² CSJN, “Mendoza Beatriz Silva y otros c/Estado nacional”, *Fallos*, 329:2316 (2006).

²³ Corte Suprema de Estados Unidos, “Massachusetts v. EPA”, sentencia del 2/04/2007.

²⁴ CSJN, “Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c/Santa Fe, Provincia de y otros”, *Fallos*, 343:726 (2020).

El fallo presenta dos posturas: una mayoritaria que respalda el activismo judicial para ordenar al Poder Ejecutivo el pago de un salario mínimo, vital y móvil, y una minoritaria que plantea preocupaciones sobre posibles violaciones al principio de separación de poderes. En este trabajo, se sostiene la tesis de que en seguridad social, el juez tiene la obligación de corregir desigualdades cuando una distribución discriminatoria de derechos básicos desvirtúa la justicia.

Se aboga por un activismo judicial excepcional, limitado por la estructura del Estado, que busca equilibrar la protección de los derechos humanos sin usurpar funciones de otros poderes. En el caso “V. O. E.”, ello se lograría definiendo el objetivo y dejar la ejecución en manos del Poder Ejecutivo para lograr un equilibrio entre el control judicial y la división de poderes, priorizando el bienestar de la persona, considerada por la propia CSN como “el eje y centro de todo el sistema jurídico”²⁵.

Bibliografía

- Atiienza, M. “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *Ámbito jurídico*, 2019, s/n. Disponible en <https://bit.ly/3ak1e1i>. [último acceso: 5/12/2023].
- Castaño Peña, J. A. “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional Colombiana”, *Revista Derecho del Estado*, vol. 31, n° 2, 2013, ps. 119 a 160.
- Duquelsky, D. “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, *Doxa*, n° 41, 2018, ps. 193 a 209.
- Dworkin, R. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 2000.
- Feoli Villalobos, M. “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 22, n° 2, 2015, ps. 173 a 198.
- Ferrer-Beltrán, J. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Green, C. “An Intellectual History of Judicial Activism”, *Emory Law Journal*, vol. 58, n° 5, 2009, ps. 1195 a 1264.
- Heydon, D. “Judicial Activism and the Death of the Rule of Law”, *Otago Law Review*, vol. 10, n° 4, 2001, ps. 493 a 516.
- Holmes, O. W. *The Common Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA.
- Laise, L. D. “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, n° 1, 2020, ps. 147 a 173.
- Lorenzetti, R. L. *Justicia colectiva*, 2.ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.
- Manili, P. “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *La Ley*, tomo 2006-D, p. 1285.
- Maraniello, P. A. “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 5, n° 32, 2012, ps. 47 a 83.
- Massini Correas, C. I. “Sobre dignidad humana y derecho: la noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho”, *Prudentia Iuris*, n° 83, 2017, ps. 49 a 72.
- Rabbi-Baldi, R. *Teoría del derecho*, 4.ª ed., Ábaco, Buenos Aires, 2016.

²⁵ CSJN, “Caldeiro, Juan Carlos c/EN - M° Defensa”, *Fallos*, 343:264 (2020).

- Rivas-Robledo, P. “¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial”, *Dikaion*, vol. 31, n° 1, 2022, ps. 70 a 92.
- Ruiz, A. “La politicidad de la función judicial o la cara oculta del Derecho”, *Ideas y Derecho*, n° 4, 2004, ps. 173 a 184.
- Santiago, A. “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces. Las novedades del neo-constitucionalismo”, *Dikaion*, n° 17, 2008, ps. 131 a 155.
- Spaemann, R. “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Persona y Derecho*, n° 19, 1988, ps. 13 a 33.
- Tugendhat, E. *Ser-Verdad-Acción. Ensayos filosóficos*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- Young, E. A. “Judicial Activism and Conservative Politics”, *University of Colorado Law Review*, vol. 73, n° 4, 2002, ps. 1139 a 1216.
- Zarbiyev, F. “Judicial Activism in International Law: A Conceptual Framework for Analysis”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 3, n° 2, 2012, ps. 247 a 278.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Estados Unidos, “Massachusetts v. EPA”, sentencia del 2/04/2007.
- CSJN, “Baeza, Aníbal Roque c/Nación Argentina”, *Fallos*, 306:1125 (1984).
- CSJN, “Caldeiro, Juan Carlos c/EN - M° Defensa”, *Fallos*, 343:264 (2020).
- CSJN, “Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c/Santa Fe, Provincia de y otros”, *Fallos*, 343:726 (2020).
- CSJN, “Mendoza Beatriz Silva y otros c/Estado nacional”, *Fallos*, 329:2316 (2006).
- CSJN, “Universidad Nacional de La Matanza y otros c/EN - M Cultura y Educación”, *Fallos*, 346:970 (2023).
- CSJN, “Vera Barros, Rita E. c/Estado nacional”, *Fallos*, 316:1025 (1993).

**EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DURANTE LOS AÑOS 2001-2007.
CONSTRUCCIONES ARGUMENTALES EN CONTEXTOS DE EMERGENCIA
ECONÓMICA**

Natalia Leonor Monge¹

I. El Decreto N° 1570/2001 y 214/2002

El 1 de diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 1570/2001², por el cual, estableció una fuerte restricción a los ahorristas. Principalmente, la norma limitó la extracción a una suma máxima de \$ 250 o dólares por semana. Ese fue el puntapié inicial de una serie de disposiciones que derivaron en lo que se dio en llamar corralito financiero. El Poder Ejecutivo justificó este régimen en la posibilidad de que se generara inestabilidad en el nivel de los depósitos en el sistema financiero.

Paralelamente, los ahorristas planteaban las primeras acciones judiciales y en algunos casos lograban que los jueces ordenaran medidas cautelares que les permitían retirar sus depósitos. El 14 de diciembre, el Ministro de Economía emitió la Resolución N° 850/2001³, por la que dispuso un régimen especial para el cumplimiento de los mandatos judiciales que afectaran de algún modo las disposiciones del Decreto N° 1570/2001. Esta resolución estableció que los bancos “no podrán aceptar bajo ningún concepto las mandas judiciales, cuyo cumplimiento quedaba condicionado a la previa intervención del Estado nacional en los juicios en los que se dictarán”. También indicó que los bancos podían responder a los juzgados que se estaba dando cumplimiento a la presente resolución.

Con posterioridad, dictó el Decreto N° 214/2002⁴, cuyo artículo 1 dispuso transformar a pesos todas las obligaciones de dar sumas de dinero de cualquier causa u origen, expresadas en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras, existentes a la sanción de la Ley 25.561. La conversión se ordenó a razón de un dólar igual un peso y se previó que las obligaciones no vinculadas al sistema financiero fueran reajustadas por el coeficiente de estabilización de referencia (CER) a partir del 3 de febrero de 2002, más una tasa de interés “mínima para los depósitos y máximas para los préstamos” (conforme artículos 1,2, 4 y 8).

Con fecha 8 de enero de 2003 se promulgó la Ley 25.713 a los efectos de establecer la metodología de cálculo del indicador CER para las obligaciones que originariamente hubieran sido expresadas en dólares estadounidenses u otra moneda extranjera, transformadas en pesos a partir de la sanción de la Ley 25.561 o bien posteriormente (artículo 1°), estableciéndose, además, supuestos de excepción distintos al que ha originado la presente causa.

Con posterioridad, el 2 de diciembre de 2003, fue dictada la Ley 25.820 que al sustituir el texto del artículo 11 de la Ley 25.561, estableció la transformación de las obligaciones en cuestión en los términos dispuestos por los artículos 1, 4 y 8 del Decreto 214/2002, para todos los casos en que “haya o no mora del deudor”, y señaló en el párrafo final que “la presente norma no modifica las situaciones ya resueltas mediante acuerdos privados o sentencias judiciales”.

1 Magíster en Derecho Civil por la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa.

2 Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70355/norma.htm>

3 Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-850-2001-70796/texto>

4 Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/72017/norma.htm>

Con posterioridad se sancionó la Ley 26.167 con el objeto de aclarar e interpretar la aplicación del conjunto normativo de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria declarada por la Ley 25.561, sus modificatorias y complementarias, prórrogas y aclaratorias, inclusive la ley 25.798, sus modificatorias y prórrogas. La Ley 26.167 estableció un procedimiento especial para la determinación de la deuda correspondiente a las obligaciones de dar sumas de dinero expresas en origen en dólares estadounidenses u otras monedas extranjeras que reuniesen la totalidad de los requisitos enumerados en su artículo 1. Asimismo, establece en su artículo 7 que el pago de la totalidad de la deuda importa la cancelación total y definitiva de todo lo adeudado y la subrogación del banco fiduciario.

II. Tratamiento jurisprudencial

II. a) Banco Ciudad de Buenos Aires s/solicita se declare estado de emergencia económica- caso “Kiper”⁵

Claudio M. Kiper solicitó al juez de primera instancia el dictado de una medida cautelar que declarara la inconstitucionalidad del Decreto N° 1570/2001 y que se le permitiera recuperar su depósito de 200 mil dólares en el Banco Ciudad de Buenos Aires. El actor, que se desempeñaba como Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, no dirigió su demanda en contra del Banco tenedor de los depósitos sino contra el Estado nacional que a través del Ministerio de Economía había dictado el Decreto N° 1570/01. El juez hizo lugar a la petición y ordenó el secuestro del dinero bajo amenaza de procesar por desobediencia a los funcionarios del banco que se negaran a cumplir con la medida judicial. Paralelamente, el Banco se presentó directamente ante la Corte Suprema y requirió que se declarara la constitucionalidad del decreto del corralito. Adujo que, si se aceptara el retiro de los depósitos, el sistema bancario colapsaría. A su vez, se produciría una seria desigualdad, ya que los únicos beneficiados son aquellos que pudieron recurrir a la justicia a tiempo, en perjuicio de quienes no tuvieron tal acceso, o lo hicieron cuando ya no había fondos suficientes para devolver.

El Máximo Tribunal Judicial hizo lugar al pedido del Banco y falló en contra de Kiper revocando el pronunciamiento del juez de 1° instancia. Con voto de los Ministros Nazareno, Fayt, Belluscio, Boggiano, López, Bossert y Vázquez, invocó una reiterada jurisprudencia del tribunal y sostuvo que la medida cautelar otorgada a favor de Kiper revestía los mismos efectos que si se hubiera hecho lugar a la demanda y ejecutado la sentencia, cuando la demanda ni siquiera se había iniciado. Afirmó, que ello constituía un claro exceso jurisdiccional y un menoscabo al derecho de defensa del Estado nacional. Posteriormente, Kiper recusó a los jueces de la Corte y pidió la revocación y nulidad de la mencionada sentencia. El 21 de septiembre del año 2004, el Tribunal desestimó los tres pedidos del juez utilizando argumentos de tipo formal. Esta vez, con el voto de los ministros Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda y Zaffaroni la sentencia se mantuvo firme y Kiper fue condenado a devolver el dinero al banco.

En cuanto a los argumentos utilizados por el Tribunal para justificar su decisión se destacan la emergencia en el dictamen de la Procuración General y las medidas cautelares en el voto mayoritario que hace la Corte Suprema. Además, la Corte introduce como otra cuestión al análisis, las medidas cautelares y una vez más, hace referencia a la forma, al derecho procesal por tratarse de conceptos propios de él.

Del análisis del fallo, se advierte que los operadores jurídicos no hacen referencia al derecho de propiedad en su decisión final. En un total de diez considerandos, simplemente apuntan a desarrollar los hechos y luego se centran en el funcionamiento y viabilidad de

5 CSJN, 28/12/2001 (Fallos: 324:4520)

las medidas precautorias. Tampoco reflotan la emergencia de la que había hablado la Procuradora General sustituta, la Corte sólo hace una referencia de ésta desde un aspecto meramente formal previo a anunciar la decisión final.

II. b) La primera excepción al corralito financiero: “Ulloa, Patricia M. c/ PEN dec. 1570/01 s/amparo Ley 16.986”⁶

Patricia Ulloa había obtenido de un juez de primera instancia la decisión que le permitía sacar la totalidad de sus depósitos bancarios. Ella adujo que tanto su madre, que sufría mal de Alzheimer, como su padre, jubilado y afiliado a la obra social de docentes, dependían de aquel dinero inmovilizado para subsistir. Posteriormente, informó que su padre había intentado suicidarse, afectado por las medidas económicas de restricción bancaria.

Ante estos hechos, el representante del Estado desistió de la apelación. Sin embargo, el Banco Río acudió directamente ante la CSJN.

Esta vez, la Corte con el voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Bossert y Vázquez declaró desierto el recurso interpuesto por el Banco. El Tribunal se basó en que el Banco no se hizo cargo de los fundamentos del Juez de primera instancia, que daban cuenta de la delicada situación de salud de los reclamantes. La Corte puso énfasis en que aquellas particularísimas circunstancias no podían dejar de ser consideradas por el Banco, más aún cuando el Estado Nacional no mantuvo la apelación en virtud de aquellos motivos.

Considero que los jueces que votaron en tal sentido aplicaron a su interpretación y, de manera indirecta, un orden de prelación con relación a los derechos en juego. Salud por un lado y propiedad por el otro, ambos considerados derechos fundamentales, pero de este último el tribunal no refleja tratamiento alguno. Claramente, el derecho a la salud fue colocado por encima del Decreto N° 1570/01 constituyéndose como el primer caso en que, de algún modo, la CSJN admite excepciones al régimen de emergencia económica.

Es interesante destacar que el Tribunal hace una referencia específica a la emergencia por medio de la “emergencia económica” y la particular situación de excepción tenida en cuenta por los operadores jurídicos al momento de tomar su decisión.

Por otro lado, anticipamos una falta de referencia directa al derecho de propiedad. Sin perjuicio de ello, al examinar la excepción de las razones humanitarias se destaca una relación indirecta que parece surgir y que involucraría la disposición de ese derecho.

Se puede destacar que, del desarrollo de los argumentos, la CSJN no define qué entiende por razones de índole humanitaria ni degradación de su sustancia.

II. c) Nueva contra de la Corte al corralito: “Banco Galicia y Buenos Aires s/solicita intervención en autos Smith, Carlos Antonio c/Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/sumarísimo”⁷

El 1 de febrero de 2002, la Corte dictó sentencia en la causa “Smith”. En este caso, Carlos Antonio Smith tenía dinero depositado en una sucursal del Banco Galicia de Corrientes y reclamó judicialmente para recuperar los dólares que no podía retirar en virtud del Decreto N° 1570/2001.

El Juez de Primera Instancia, como medida cautelar, ordenó que se le restituyera el dinero. Pero, el Banco de Galicia recurrió directamente a la Corte Suprema de Justicia a fin de que revocara esa decisión.

Con el voto de los jueces Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt, Guillermo A.F. López y Adolfo R. Vázquez, el Tribunal decidió que el Banco debía

6 CSJN, 15/01/2002 (Fallos 325:8).

7 CSJN, 01/02/2002 (Fallos 325:28).

entregar a Smith la totalidad de sus fondos. En efecto, varió el criterio sobre sus facultades para controlar las normas de emergencia en el marco de una medida cautelar.

La Corte en “Kiper” dijo que resulta indudable que la medida cautelar otorgada en favor de los actores reviste los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a una demanda y ejecutado la sentencia, cuando aquella aún no se ha iniciado. Que ello constituía un claro exceso jurisdiccional, un menoscabo del derecho de defensa en perjuicio del Estado nacional. Es decir, que la Corte usó ese fundamento para, por un lado, rechazar el reclamo de Kiper, y por el otro, evitar pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas que restringen el retiro del dinero⁸.

En “Smith”, en cambio, el mismo fundamento le sirvió para afirmar que ante esta singular situación (de apelación de una medida cautelar concedida), la competencia de la Corte no queda circunscripta al estrecho marco cognoscitivo de la cautelar, sino que se extiende también a lo que ha sido tema de fondo, esto es, al planteo concreto de inconstitucionalidad.

La comparación relevada muestra una tensión: en “Kiper”, el hecho de que la medida cautelar se identificara con la sentencia definitiva justificó su revocatoria y, en “Smith”, ameritó que la Corte evalúe el planteo sobre el fondo de la cuestión.

Por primera vez, el tribunal directamente refiere al “derecho de propiedad” para destacar algunas características del ejercicio de los derechos patrimoniales como la razonabilidad, temporalidad, reparación y sujeción al control de constitucionalidad. Asimismo, indicó que ni los jueces ni los legisladores pueden violar este derecho en el ejercicio de su tarea. Por otro lado, reconoció el cambio de criterio e intentó explicarlo destacando que en “Kiper” el ahorrista había alcanzado a retirar el dinero y “Smith” no. Sin embargo, resulta difícil advertir de qué modo esta circunstancia impuso un tratamiento diferente en ambos casos.

Por último, sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas, la Corte manifestó que las restricciones a la libre disposición de los depósitos bancarios afectaron la intangibilidad del patrimonio y obstaculizaron el propósito de afianzar la justicia.

Asimismo, expresó que “Smith” había sido víctima de la vulneración de su patrimonio ya que había efectuado sus depósitos bajo la vigencia de un régimen que garantizaba su inalterabilidad - en virtud de la Ley de Intangibilidad de los Depósitos N° 25.466-. Afirmó que las restricciones impuestas por el Decreto N° 1570/2001, sus posteriores reglamentaciones y la Ley N° 25.561 de Emergencia Pública provocaron una incuestionable modificación de las condiciones y los presupuestos tenidos en cuenta por ahorristas e inversores al momento de realizar sus operaciones bancarias, lo que reflejó un evidente desconocimiento de sus derechos adquiridos y, una profunda e injustificada lesión a su derecho de propiedad⁹.

II. d) La pesificación de los depósitos bancarios: una serie de casos emblemáticos

Los casos que se estudian a continuación tratan la pesificación de los depósitos bancarios. Las decisiones fueron adoptadas durante los años 2003 y 2004, con resultados marcadamente diferentes.

El primero de ellos es “San Luis Provincia c/Poder Ejecutivo Nacional” donde la Corte resolvió que las normas del corralito y la pesificación eran inconstitucionales y ordenó devolver a la provincia sus fondos depositados en dólares. En cambio, en “Bustos Alberto

8 Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003.2004*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2005.

9 Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003.2004*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2005, pp. 221.

Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/amparo”, la Corte declaró la constitucionalidad de las medidas y, por lo tanto, ordenó la devolución del depósito pesificado a razón de \$ 1,40 por dólar más el Coeficiente de Estabilización de Referencia.

En el primer caso, los hechos habían sido los siguientes: la provincia de San Luis presentó, directamente ante la CSJN, un amparo contra el Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina y el Banco de la Nación Argentina para recuperar los fondos que tenían retenidos en esta última entidad. En la demanda se impugnaban por inconstitucionales los decretos del Poder Ejecutivo que restringieron el retiro de los depósitos bancarios y dispusieron su devaluación y conversión al tipo de cambio 1 dólar: 1,40 peso; la llamada “pesificación”.

La provincia había efectuado sus depósitos en dólares y entendió que la pesificación compulsiva y la pérdida de valor del peso frente a la moneda estadounidense vulneraban su derecho de propiedad. Por ello, solicitó que el dinero le fuera devuelto íntegramente en dólares o en la cantidad suficiente de pesos para adquirirlos al valor de mercado (por entonces, de 3,15 pesos por dólar para la compra y 3,21 pesos para la venta)¹⁰.

Para la fecha en que la Corte debió fallar, la provincia de San Luis ya había hecho uso de parte del dinero en sus cuentas, pues las provincias gozaban de ciertas excepciones que les permitían extraer sus fondos en pesos. De esta forma, el reclamo se circunscribió a la diferencia que aún no había sido retirada.

La cuestión principal que se debatía en este caso era si el Poder Ejecutivo estaba facultado constitucionalmente para pesificar los depósitos que la provincia de San Luis tenía en el Banco Nación. En una larga sentencia, la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de las normas del Ejecutivo que se impugnaban y ordenó al Banco Nación el reintegro de los fondos en dólares estadounidenses o su equivalente en pesos según la cotización del mercado libre al día del pago (Voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, López y Vázquez. En disidencia votaron Belluscio, Boggiano y Maqueda. Petracchi no formó parte de la decisión dado que se excusó por mantener los fondos depositados).

El máximo Tribunal Nacional, fundó su decisión en que el Poder Ejecutivo excedió las facultades delegadas por el Congreso; las normas impugnadas violaban el derecho de propiedad, los bonos ofrecidos por el gobierno no eran obligatorios y los ahorristas no eran responsables de la ficción monetaria que implicó el régimen de convertibilidad¹¹.

De esta manera, ordenó la devolución de las sumas depositadas en su valor original del que debía descontarse el monto retirado previamente por la provincia. Para ello, fijó un plazo de 60 días corridos, durante el cual las partes debían convenir o determinar la forma y los plazos de la devolución. En caso de incumplimiento, lo haría el propio tribunal.

Sin embargo, un año y medio más tarde, en octubre de 2004, la Corte Suprema, con nueva composición (Antonio Boggiano, Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, Eugenio R. Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco) resolvió en el caso Bustos¹² y aceptó por primera vez la constitucionalidad de la pesificación de los depósitos bancarios regulada por las normas de emergencia.

Por su parte, los hechos del segundo caso fueron que Alberto Roque Bustos y su colega Ramón Giacchi habían fundado en 1994 un instituto de nefrología en la ciudad de Paraná. Luego de algunos años lo vendieron y con ese dinero constituyeron el depósito en cuestión.

10 Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003.2004*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2005, pp. 327.

11 Asociación por los Derechos Civiles, *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003.2004*. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2005, pp. 229.

12 CSJN, 26/10/2004 (Fallos 327:4495)

Bustos y otros promovieron amparo contra el Estado Nacional, el Banco Central de la República Argentina, el Banco de Entre Ríos y el BBVA Banco Francés S.A. en razón de las normas de emergencia dictadas por el Gobierno Federal entre 2001 y 2002 por las que se concretaron restricciones al retiro de depósitos a plazo fijo y cuentas a la vista, así como la conversión en pesos de los depósitos en dólares.

La Cámara Federal de Paraná confirmó el fallo de primera instancia haciendo lugar al amparo y declaró inconstitucionales las leyes 25.557 y 25.561, así como los decretos, resoluciones vinculados y “toda otra norma que impida, limite o restrinja de cualquier manera a los actores la posibilidad de disponer inmediatamente de sus depósitos a plazo fijo y en cuentas a la vista, y ordenó que las entidades financieras intervinientes devolvieran los depósitos en el signo monetario efectuado, en el plazo de diez días”.

Por su parte, el Estado Nacional y los bancos demandados interpusieron recurso extraordinario y la Corte falló a favor de éstos, revocando la sentencia de Cámara, rechazando el amparo y consagrando la constitucionalidad de las medidas de emergencia, amén de realizar una dura crítica a los tribunales que acogieron inicialmente demandas similares.

II. e) Cortados por la misma tijera de la pesificación: “Massa” y “Kujarchuk”

Las últimas decisiones examinadas se corresponden con las causas “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo ley 16.986”¹³ y “Kujarchuk, Pablo Felipe c/ P.E.N. ley 25.561 dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo ley 16.986”¹⁴.

La Corte Suprema tenía ante sí la tarea de definir la constitucionalidad de la legislación troncal de la política económica impuesta por el corralito. Como se apuntó, esta política dispuso dos restricciones sobre los depósitos existentes en el sistema bancario argentino, por una parte, reprogramó los plazos de vencimiento de los depósitos en forma indeclinable; y por otra, dispuso la conversión de los depósitos en moneda extranjera a pesos, a una paridad “sensiblemente menor a la del mercado libre de cambios”.

A su vez, el artículo 4 del Decreto 214/02 estableció que las sumas de dinero depositadas en moneda extranjera y convertidas a pesos se actualizarían de acuerdo con el llamado coeficiente de estabilización de referencia (CER), atado a la evolución de la inflación, más la tasa de interés mínima fijada por el Banco Central para los depósitos, hasta el plazo en que venciese la reprogramación.

El primer caso se origina por la acción de amparo promovida por el actor en razón de ser titular de una caja de ahorro en dólares que resultó afectada por las normas de emergencia – Ley 25.561; Decretos 1570/01, 71/02, 141/02 y 214/02-.

La Sala preopinante en la causa entendió que el artículo 2 del Decreto 214/02, lesionaba el derecho de propiedad del actor. La Cámara hizo lugar a la acción promovida, que por vía del recurso extraordinario es recibida por la Corte.

La cuestión que tenía que resolver el Tribunal se vincula con la siguiente pregunta, ¿fue inconstitucional la conversión a pesos de la suma depositada? En palabras del propio Tribunal, se trataba de decidir si esta conversión dispuesta por el artículo 2 referido había provocado “una mutación injustificada en la sustancia o esencia del derecho de los ahorristas”¹⁵. La Corte, concluyó que la mutación del derecho de propiedad provocada por la normativa cuestionada no alteraba su esencia o sustancia. Para llegar a esta

13 CSJN, 27/12/06 (Fallos 329:5913).

14 CSJN, 28/08/2007- Disponible en:

<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=631930&cache=1646822079197>

15 Considerando 2.

conclusión, tal como señalan Zambrano y Cianciardo¹⁶, la Corte esbozó un razonamiento analógico del artículo 4 que puede resumirse en tres puntos. Primero, el Tribunal adujo que si bien la aplicación del CER estuvo prevista para el lapso de la reprogramación de los depósitos, su vigencia debe extenderse para los casos en que sus titulares hubiesen iniciado acciones judiciales pendientes de resolución; más allá del sustento que esta conclusión pueden encontrar en lo dispuesto en el punto 6.5 de la comunicación A3828 del Banco Central, ella es la que mejor se adecua al propósito enunciado en el artículo 6, párrafo 4, Ley 25561 y sus modificatorias, en cuanto a la preservación del capital¹⁷. Segundo, el Banco Central fijó la tasa de interés mínima que debía aplicarse a los depósitos convertidos en forma complementaria al CER en el 2% anual. Ahora bien, como este artículo no impide expresamente que las partes acuerden una tasa superior, este acuerdo estaría legalmente permitido¹⁸. Y, por último, teniendo en cuenta que las partes se encuentran en litigio y no es factible que lleguen a un acuerdo, el Tribunal fija la tasa, apartándose de los índices legales, en un 4% anual¹⁹.

De igual manera, se pronunció el 28 de agosto del año 2007 en el precedente “Kujarchuk, Pablo Felipe c/P.E.N. ley 25.561 dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo ley 16.986”. Es decir, como se trataba de cuestiones análogas a resuelta en “Massa”, la Corte remite a sus fundamentos y conclusiones en razón de brevedad.

En ambos casos, el Tribunal considera que la aplicación de la normativa de emergencia no ocasiona una lesión al derecho de propiedad ya que no hay una pérdida del valor adquisitivo porque la suma obtenida en pesos cubre íntegramente el valor de los dólares depositados.

Para finalizar, el Tribunal coincide con la causa Bustos e indica que el bloque legislativo de emergencia que fundamenta jurídicamente la regla general de la pesificación es constitucional, ya que el Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, están facultados para fijar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras a fin de restablecer el orden público económico (arts. 75, inc. 11, y 76 de la Constitución Nacional), sin perjuicio de lo que se opine sobre su conveniencia.

El voto mayoritario ni siquiera consideró necesario contrastar el modo de promulgación del decreto con el procedimiento previsto en el artículo 99. 3 CN, por cuanto encuadró el caso en el ámbito de los decretos delegados²⁰.

III. Construcciones argumentales

III. a) Las representaciones del derecho de propiedad en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia

EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA CSJN			
FECHA	CAUSA	PROPIEDAD GARANTÍA	PROPIEDAD REMEDIO
28/12/2001	KIPER Claudio y otros c/Estado Nacional		X

16 ZAMBRANO, P. y CIANCIARDO J., “El caso Massa. La interpretación constitucional en casos difíciles y el derecho de propiedad”. Cita Online: 0003/013475.

17 Considerando 15.

18 Considerando 16.

19 Considerando 17.

20 Considerando 21.

15/01/2002	ULLOA Patricia M y otros c/Estado Nacional	X	
01/02/2002	SMITH Carlos A. c/ Poder Ejecutivo Nacional	X	
05/03/2003	PROVINCIA DE SAN LUIS c/Estado Nacional	X	
26/10/2004	BUSTOS Alberto Roque c/Estado Nacional		X
27/12/2006	MASSA Juan A. c/PEN		X
28/08/2007	KUJARCHUK Pablo F. c/PEN		X

III. b) Principales fundamentos utilizados por el Tribunal

FECHA	CAUSA	FUNDAMENTOS
28/12/2001	KIPER Claudio y otros c/Estado Nacional	<p><u>Dictamen de la Procuradora Gral. Sustituta:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Emergencia económica (Punto III) - Gravedad institucional (Punto III) - Adopción de medidas dentro de los cauces previstos por el ordenamiento jurídico (Punto III) <p><u>Corte Suprema:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Exceso jurisdiccional (cons. 10°)
15/01/2002	ULLOA Patricia M y otros c/Estado Nacional	<p><u>Corte Suprema:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Soluciones de excepción (cons. 5°) - Razones Humanitarias (cons. 5°)
01/02/2002	SMITH Carlos A. c/ Poder Ejecutivo Nacional	<p><u>Corte Suprema:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Razones de oportunidad, mérito o conveniencia (cons. 8°, 9°) <ul style="list-style-type: none"> - Razonabilidad (cons. 8°, 9°, 10°, 15°); - Fundamento de las normas de emergencia (cons. 9°) <ul style="list-style-type: none"> - Interés público (cons. 9°) - Intangibilidad del patrimonio (cons. 11°, 14°) <ul style="list-style-type: none"> - Derechos adquiridos (cons. 12°, 13°, 14°) - Derecho de propiedad (cons. 14°, 15°)
05/03/2003	PROVINCIA DE SAN LUIS c/Estado Nacional	<p><u>Corte Suprema:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Razonabilidad (cons. 23°, 24°, 41°, 47°, 53°, 55°) <ul style="list-style-type: none"> - Justicia y equidad (cons. 24°) - Intangibilidad de los depósitos (cons. 37°) - Exceso de facultades delegadas (cons. 35°) <ul style="list-style-type: none"> - Derechos adquiridos (cons. 48°, 49°) - Seguridad jurídica (cons. 49°) - Fuentes del derecho (cons. 55°) - Derecho de propiedad (cons. 40°, 41°)

		<ul style="list-style-type: none"> - Emergencia (cons. 43°, 44°) - Solidaridad social (cons. 45°) <p style="text-align: center;"><u>Voto concurrente de Carlos S. Fayt:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Derecho de propiedad (cons. 17°, 27°) - Derechos adquiridos (cons. 19°) - Emergencia (cons. 28°, 29°, 32°, 36°) - Razonabilidad (cons. 31°, 34°) - Confiscatoriedad de la pesificación (cons. 39°)
26/10/2004	BUSTOS Alberto Roque c/Estado Nacional	<p style="text-align: center;"><u>Corte Suprema:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Situación de emergencia (cons. "8°) - Poder de policía (cons. "8°) - Paz social- Interes general (cons. "8° y 12°) - Requisitos de las normas de emergencia (cons. 9°, 13°) - Derecho de propiedad (cons. 9°) - Pesificación (cons. 9°, 13°) - Legalidad (cons. 12°) - Justicia conmutativa (cons. 14°) - Lucro indebido (cons. 15°)
27/12/2006	MASSA Juan A. c/PEN	<p style="text-align: center;"><u>Corte Suprema:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Paz social (cons. 11°, 12°) - Contrato de depósito, derecho de propiedad (cons. 14°) - Coeficiente de estabilización de referencia e interés anual (cons. 15°, 17°, 18°) - Derecho de propiedad (cons. 20°, 21°) - Pesificación (cons. 21°)
28/08/2007	KUJARCHUK Pablo F. c/PEN	<p style="text-align: center;"><u>De la Corte:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Analogía con Massa (cons. 1°) - Derecho de propiedad (cons. 5°) - Contrato de depósito (cons. 7°)

III. c) Argumentos y soluciones similares

ARGUMENTOS SIMILARES- SOLUCIONES SIMILARES							
ARGUMENTOS	KIPER	ULLOA	SMITH	P.SAN LUIS	BUSTOS	MASSA	KUJARC HUK
Razonabilidad			X	X			
Intangibilidad patrimonio Intangibilidad depósitos			X	X			
Derechos adquiridos Seguridad jurídica			X	X			
Contrato de depósito						X	X

III. d) Argumentos similares y soluciones distintas

ARGUMENTOS SIMILARES- SOLUCIONES DISTINTAS							
ARGUMENTOS	KIPER	ULLOAO	SMITH	P.S.A N LUI	BUS TOS	MAS SA	KUI ARC HUK
Emergencia económica Oportunidad, mérito o conveniencia	X		X	X	X		
Derecho de propiedad			X	X	X		
Pesificación				X	X	X	X
Fundamento normas emergencia			X	X	X		
Requisitos de las normas de emergencia				X	X		
Interés público Interés general Paz social			X		X	X	
Exceso jurisdiccional Exceso facultades delegadas	X			X			
Solidaridad social Justicia conmutativa				X	X		
Justicia- equidad Justicia conmutativa				X	X		

III. e) El argumento de mayor peso en las distintas soluciones

CAUSA	ARGUMENTO DE MAYOR PESO	TIPO
KIPER Claudio y otros c/Estado Nacional	Exceso jurisdiccional	Único
ULLOAO Patricia M y otros c/Estado Nacional	Razones Humanitarias	Único
SMITH Carlos A. c/ Poder Ejecutivo Nacional	Razonabilidad Derechos adquiridos	Similar recurrente
PROVINCIA DE SAN LUIS c/Estado Nacional	Razonabilidad Derechos adquiridos	Similar recurrente

	Derecho de propiedad Emergencia	
BUSTOS Alberto Roque c/Estado Nacional	Pesificación	Similar recurrente
MASSA Juan A. c/PEN	Pesificación	Similar recurrente
KUJARCHUK Pablo F. c/PEN	Pesificación	Similar recurrente

IV. Reflexión final

Luego de haber analizado la jurisprudencia de la Corte Suprema y las distintas formas en que ella interpretó el derecho de propiedad en cada caso, es posible arribar a una serie de reflexiones.

Del conjunto de casos seleccionados, destacamos que el derecho de propiedad de los ahorristas fue reflatado en tres causas bajo la concepción de propiedad-garantía. Mientras que, en las sentencias restantes la posición de la Corte se enrola en la concepción de propiedad-remedio ya que la intervención en el orden patrimonial es notoria haciendo hincapié en la necesidad de remediar situaciones de extrema gravedad.

Cada fallo examinado ha sido la consecuencia de las medidas económicas propias de cada año para dar respuesta a una crisis provocada, principalmente, por la hiperinflación. Ante este escenario, el derecho de propiedad entra en escena para quedar atado a las medidas de emergencia dictadas por el Poder Ejecutivo y ratificadas por el Legislativo.

Así, se vio como a lo largo de siete fallos la Corte aplicó un “zigzag” decisorio en el marco del derecho de propiedad de los ahorristas durante los años 2001-2007. En consecuencia, el marco del derecho de propiedad de los ahorristas la vacilante jurisprudencia impacta negativamente en un Estado de Derecho ya que no se cuenta con un estándar mínimo de seguridad jurídica en la protección de los derechos y garantías individuales atento que estos son permanentemente limitados por distintos poderes del Estado.

Vinculado a ello, agregar que la diversidad de construcciones argumentales exhibidas deriva en la imposibilidad de afirmar que exista un concepto de propiedad seguro o claro ya que las normas le dan el perfil de derecho, pero se va modelando de acuerdo a las necesidades del bien común y esto termina afectando la seguridad jurídica.

En cuanto a la emergencia, afirmar que cuando habilita casos de decretos de necesidad y urgencia los controles deben ser más estrictos por imperio de la excepcionalidad de la atribución presidencial. Por otro lado, señalar que es la antesala de la concepción propiedad-remedio imperante en el período de tiempo seleccionado y que esta última concepción abre paso en las sociedades actuales a la búsqueda de soluciones a las múltiples contradicciones económico-sociales que se dan en ellas.

Por último, y en relación al derecho de propiedad hay que destacar que la mayoría de los votos examinados coinciden en su preocupación por asegurar la esencia del derecho de propiedad. Ahora bien, ¿cómo establecer cuál es la esencia de un derecho?

Zambrano y Cianciardo²¹ explican esta cuestión desde el punto de vista del derecho comparado. Al respecto, en Alemania confluyen dos teorías una absoluta y otra relativa. La primera, dice que en cada derecho hay que distinguir dos círculos concéntricos, el anillo de la periferia se encuentra en contacto con el resto de los derechos y forma “el contenido no-esencial” o contenido regulable del derecho. El núcleo del círculo sería el

21 ZAMBRANO, P. y CIANCIARDO J. “El caso Massa. La interpretación constitucional en casos difíciles y el derecho de propiedad”. Cita Online: 0003/013475

contenido esencial e indisponible. La segunda teoría explica que el respeto del contenido esencial equivale a la exigencia de que toda medida que afecte a los derechos se encuentre justificada atravesando con éxito el principio de proporcionalidad, es decir si fuera adecuada, necesaria y razonable en sentido estricto.

Expuesto lo anterior, resta ahora preguntarnos ¿cuál es, según la Corte Suprema, el contenido esencial del derecho de propiedad? Para responder a esta pregunta conforme las causas analizadas tomaremos el caso Massa en tanto se retoma una clara distinción. En dicha sentencia se distinguió con nitidez entre las medidas que imponen una “reprogramación” de obligaciones y medidas que implican una “quita” del monto debido. Según el Tribunal, en situaciones de emergencia económica es admisible la constitucionalidad del primer tipo de medidas, no así de las segundas. Se puede “reprogramar” pero no “quitar”.

En consecuencia, la distinción apuntada permite visibilizar una visión del derecho de propiedad y más general, de los derechos con contenido patrimonial distinta de la acuñada en los orígenes de nuestro constitucionalismo.

En base a ello, podemos indicar que el derecho de propiedad tiene una estructura particular que la distingue de la del resto de los derechos humanos. Primeramente, porque la universalidad de los derechos humanos es difícilmente reconocible en el derecho de propiedad si se lo entiende como la propiedad o el dominio concreto de algún bien, es decir, el alcance universal del derecho de propiedad no se traduce en un derecho humano de dominio porque si así fuera no podría existir la expropiación, por ejemplo, y teniendo en cuenta el carácter inalienable de los derechos humanos sería difícil explicar la compraventa poniendo otro ejemplo. En definitiva, por esta vía el derecho de propiedad se confundiría con las consecuencias negativas del tráfico jurídico y la paz social.

Por otro lado, existe una perspectiva que toma como base la distinción entre título, fundamento y medida de un derecho. El título indica la titularidad del derecho, el fundamento es la cualidad que tiene un sujeto de ser titular de derechos y la medida es la delimitación intrínseca y extrínseca de cada derecho. Aplicado ello al derecho de propiedad, podemos señalar que como derecho de dominio —en su versión habitual— no es propiamente un derecho humano en tanto que el título se segmenta nítidamente del fundamento. Esto significa que se trata de un derecho que no cuenta con los niveles de protección adicionales que se les reconocen a los derechos humanos.

Esta afirmación escurre en la siguiente conclusión, el derecho de propiedad es un derecho humano como cualquiera de los otros cuando su objeto es un conjunto de bienes indisponibles para el desarrollo digno de la persona. Ahora bien, cuando el título y el fundamento del derecho aparecen diferenciados este derecho no funciona como humano.

MÍNIMO ARGUMENTATIVO REQUERIDO PARA ROMPER LA UNIDAD DE TIPO ENTRE AUTOR Y DETERMINADOR EN LOS EVENTOS EN QUE UN DETERMINADOR – POR MOTIVOS DE IDENTIDAD DE GÉNERO – LE PAGUE A UN SICARIO PARA QUE LE CAUSE LA MUERTE A SU PAREJA, Y ÉSTE ÚLTIMO EFECTIVAMENTE REALICE DICHA ACCIÓN, MOTIVADO POR EL ÁNIMO DE LUCRO

Laura Andrea Escolar Galofre¹

La realidad actual a la que nos enfrentamos hoy día, viene por naturaleza llena de un sinfín de acontecimientos novedosos, sobre los cuales muy seguramente cada persona va a tener un punto de vista diferente o una particular forma de entenderlo (que es a lo que Amartya Sen ha llamado como posicionalidad de observación y conocimiento). En ese orden de ideas, a raíz de dichos sucesos tienden a surgir miles de debates - tanto en lo común del día a día (en el denominado lenguaje social), como al interior del ámbito jurídico -; contexto que nos obliga a acudir a una herramienta fundamental denominada “*la argumentación*”, la cual nos permite exponer nuestros puntos de vista y concepciones, de una manera clara, concisa y sobre todo entendible para un público, por lo que a través de la misma debemos dar a conocer una serie de soportes – bien sean científicos, doctrinales, jurisprudenciales o legales -, que nos permitan sustentar la variación posicional que adoptemos en el caso en concreto.

Es por ello, que debemos abrogarle a la argumentación jurídica, la posibilidad que nos brinda para defender nuestros puntos de vista, pero sobre todo aquella facultad que nos otorga de dar a conocer los fundamentos que los cimientan.

Dentro de las realidades más alarmantes que hoy día como sociedad nos acechan es el asesinato de las mujeres por el hecho de ser mujeres, - conducta a la que se le ha denominado al interior de las legislaciones como feminicidio o femicidio, dependiendo de cada país-. Estos crímenes si bien constituyen una práctica que ha sido desarrollada por siglos, y que apenas hace unas décadas pasadas incluso era defendida por los diversos ordenamientos jurídicos a nivel mundial, en los que se contemplaban circunstancias de atenuación y hasta de exoneración de las respectivas sanciones, como cuando las agresiones eran ejecutadas en contra de la mujer fundamentada en motivos de adulterio o “desobediencia”, fue finalmente reconocida hace algunos años como delito.

Dicho reconocimiento, se debe gracias a una serie de movimientos en pro de la igualdad de género, para los cuales se inició exigiendo una serie de prerrogativas como lo fue el derecho al voto, la posibilidad de ocupar puestos políticos, y el reconocimiento de una igualdad de derechos en el ámbito laboral, por lo que podemos afirmar que dicho avance no ocurrió de la noche a la mañana, de hecho fue muy paulatino. Finalmente, ante la creciente cifra de asesinatos de mujeres por el hecho de serlo, se exigió a gritos una modificación del Código Penal, en la que se incorporara la tipificación de una serie de delitos denominados *delitos de género*, - como los delitos sexuales, la violencia intrafamiliar agravada, las lesiones personales agravadas y con ácido, y el feminicidio -, sobre los cuales se demandaban penas ejemplificantes, así como la prohibición en la

¹ Universidad Libre, Barranquilla, Colombia.
Abogada con especialización en Derecho Penal.

concesión de subrogados y demás beneficios, ello en aras de colmar el ideal de justicia aclamado por las víctimas.

Para el caso del delito de feminicidio, este ha logrado impregnar la mayoría de legislaciones de América Latina, como lo fue en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, entre otras. Para el caso de Colombia, el reconocimiento de este como delito autónomo (al haber estado antes consignado como una causal de agravación del homicidio), tuvo lugar tras el asesinato de Rosa Elvira Cely, mujer que fue víctima de agresiones sexuales aberrantes (como el empalamiento), por parte de un compañero de universidad, lesiones que fueron de tan grande entidad que le terminaron causando la muerte.

Tras dicho asesinato, se inició un movimiento feminista que buscaba otorgarle un nombre a dicha realidad, que como Rosa Elvira, ya había cobrado innumerables víctimas, crímenes que quedaban inmersos en la denominación de “homicidios”. Es por ello, que tras múltiples luchas, se logró por medio de la Ley 1761 de 2015, - más comúnmente denominada como Ley Rosa Elvira Cely -, la tipificación del feminicidio como delito autónomo, para aquellos casos en los que se le causare la muerte a una mujer por motivos de identidad de género o misoginia. Delito, que trajo consigo unas circunstancias antecedentes (o hechos contextuales), que permiten al funcionario judicial inferir el dolo feminicida, así como la prohibición de realizar preacuerdos, una limitante en torno a la rebaja propia de los allanamientos a cargos, así como la obligatoriedad de imponer una medida de aseguramiento intramural en aquellas causas penales seguidas por este delito.

Dicho reconocimiento trajo consigo un cúmulo de argumentos – tanto a favor, como en contra -, los primeros resaltaban la necesidad de saldar la deuda histórica que se tiene con el género femenino, el endurecimiento de las penas, la limitación en el otorgamiento de los beneficios, entre otros miles. En cambio, aquel conglomerado social que se rehusaba al reconocimiento del mismo, planteaban argumentos relacionados con la inutilidad, el populismo punitivo, entre otros factores un tanto endebles.

A pesar de la existencia de ambas corrientes argumentativas, triunfó la primera de ellas, la que defendía la tipificación o el reconocimiento (dependiendo de cada legislación) de este delito. No obstante lo anterior, los retos no terminaron ahí, ya que tal y como lo hemos podido ver en el día a día y en los medios de comunicación, a mayor velocidad va el delito que la norma, por lo que surgieron modos criminales como la utilización del sicariato para matar a las mujeres, hipótesis frente a la que no se dispuso una única respuesta a nivel jurisprudencial, de hecho en ningún momento se contempló dicha posibilidad, hasta hace recientemente con la Sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia SP 1167-2022, con el Radicado No. 57957, en la que se estudia la consecuencia jurídica que acarrea aquella situación que surge cuando la pareja de la víctima, le paga (es decir determina) por motivos de identidad de género a un sicario, para que este, motivado por el precio o la promesa remuneratoria le cause la muerte a la víctima.

Este supuesto fáctico en concreto, ha tenido diversos abordajes a nivel dogmático y jurisprudencial, por lo que existen – nuevamente – dos posturas o argumentos contrapuestos, los cuales en aras de ser adoptados (cualquiera sea el extremo a defender), deben contar con una argumentación sólida, debidamente soportada y desarrollada, ya que como bien es sabido, no basta con plantear una solución – que en gracia de discusión puede a concepto de muchos ser la correcta -, si la misma no cuenta con los mínimos argumentativos necesarios para ser soportada. Lo anterior, corresponde a lo sucedido en

la sentencia que procederemos a abordar muy brevemente, en la que la Corte, optó por romper la unidad de tipo – entendiéndose por esta cuando se condena al determinador por un delito diferente al del autor -, yendo en contra de los lineamientos dogmáticos que rigen la materia para el caso en concreto – los cuales afirman que la responsabilidad del determinador, es accesoria a la del autor, por lo que el primero debe responder por el mismo delito del autor -.

Sentencia Corte Suprema de Justicia SP1167-2022, Radicado No. 57957, MP Myriam Ávila Roldán.

La Honorable Corte Suprema de Justicia, el pasado 06 de abril de 2022, resolvió el recurso de impugnación especial interpuesto por el defensor del caso, revocando la providencia absolutoria y en su lugar condenando al procesado por primera vez como determinador del delito de feminicidio agravado en modalidad de tentativa.

Los hechos que fundamentan la presente providencia, señalan la existencia de una relación de pareja entre el determinador y la víctima, la cual se tornó conflictiva una vez la víctima inició una nueva relación sentimental, momento en el que el agresor comenzó a ejercer conductas celotípicas al haberla amenazado y acosado, al punto de incluso haber agredido físicamente a su nueva pareja.

Alrededor de las 2:00 de la mañana, del día 09 de junio de 2017, mientras la víctima se desempeñaba como vigilante fue atacada por un sicario, quien le causó graves heridas con arma blanca, el cual fue capturado. La víctima se salvó de morir gracias a la oportuna atención médica. El sicario fue condenado por el delito de homicidio agravado tentado, en razón de un preacuerdo, al haber señalado que la agresión había estado motivada porque la ex pareja de la víctima y determinador del delito, le había ofrecido una suma de dinero a cambio de que atentara contra la vida de su ex compañera.

El determinador fue posteriormente capturado, y enjuiciado por el delito de feminicidio agravado tentado a título de determinador, cargo del que fue absuelto en primera instancia, y condenado en segunda, decisión frente a la cual se realizó el estudio del doble conforme por parte de la Corte Suprema de Justicia, en la que se determinó que el instigador hizo nacer la idea criminal – por motivos de identidad de género – en el sicario, para que este atentara en contra de la vida de la víctima, argumentos que a concepto de la Corte fundamentan su responsabilidad como determinador en la comisión del delito de feminicidio, para lo cual utilizó argumentos como que se logró inferir el dolo feminicida por parte del instigador; que se cumplen los elementos de la determinación, motivos por los que concluyó la Corte Suprema de Justicia, que el determinador efectivamente debía ser condenado por el delito de feminicidio, a diferencia del autor (sicario) condenado por el delito de homicidio agravado, inobservando con ello, la regla dogmática que afirma que la responsabilidad del partícipe (en este caso el determinador), es accesoria a la del autor (el sicario), por lo que el juicio de reproche del determinador debe ser por el mismo delito que el del autor.

Una vez abordada la anterior providencia, debemos hacer alusión a que una decisión jurídica se considera justificada o bien fundamentada, si la conclusión a la que llega, viene acompañada de argumentos sólidos que la respalden. En ese orden de ideas, podemos afirmar que el contenido del argumento es completo y suficiente, solamente si el contenido en sus premisas (normas jurídicas y hechos jurídicamente relevantes), son

aceptados y concordantes. Lo anterior, para el caso de una sentencia (como la estudiada previamente), requiere tanto el argumento correcto de la Corte, como soportes para apoyar la utilización de cada una de las premisas que lo componen.

Lo anterior, es lo que el doctor Manuel Atienza² ha denominado como el cuarto enfoque del derecho – el derecho como argumentación -, el cual se fundamenta en que este debe ser visto como un intento o una técnica utilizada para la solución de determinados problemas prácticos. En ese orden de ideas, es una visión eminentemente instrumental y dinámica, por lo que se debe proyectar el derecho, teniendo en cuenta los problemas que puede llegar a enfrentar al momento de su ejecución.

Enfoque, que se encuentra compuesto por una serie de fases desde las que debe intervenir el derecho: (i) *la intervención desde lo legislativo*, desde la que usualmente se implementa la tipificación de determinados delitos – como lo fue la tipificación del feminicidio como delito autónomo; (ii) *la intervención del derecho desde la jurisprudencia*, la cual se encarga de resolver las dudas que surjan al aplicar lo dispuesto desde la legislación; (iii) *intervención desde la dogmática jurídica o la doctrina*, en la que se posibilita acudir a especialistas, en aras de auxiliar a los legisladores, por medio de la propuesta de soluciones prácticas a los problemas de la realidad jurídica; y (iv) *la intervención desde la filosofía*, por medio de la que se pretende brindarle significado a las intervenciones anteriormente realizadas.

Con base en lo anterior, es que se plantea que no son las decisiones sino las razones que se implementan al interior de las mismas las que le otorgan su validez, por lo que se torna menester que en la decisión judicial – independientemente del enfoque que se haya adoptado, explicativo o justificativo -, es imprescindible exponer en debida forma los argumentos que soportan dicha decisión, lo cual no fue realizado por parte de la Corte en la sentencia estudiada.

Por lo que si bien, la decisión de la Corte fue acertada – con base en la exposición de motivos que llevó a tipificar el delito de feminicidio -, así como que existen corrientes dogmáticas (que si bien son minoritarias), sirven para fundamentar su variación -, estos argumentos no fueron expuestos en la providencia, por lo que al esta carecer de motivación, estaríamos en presencia de una decisión arbitraria. Lo antedicho, ya que no se plasmó en ningún momento el argumento formado por la premisa normativa y la premisa fáctica – es decir los hechos jurídicamente relevantes y la norma jurídica aplicable-, los cuales derivan en una conclusión, que en este caso vendría siendo la decisión judicial adoptada.

En síntesis, las sentencias judiciales pueden ser analizadas como argumentaciones, por lo que en estas el argumento central tiene como conclusión el contenido de la decisión; como premisas el enunciado normativo general y la descripción de los hechos jurídicamente relevantes; y para el caso de los subargumentos, estos deben expresar las razones para apoyar cada una de las premisas adoptadas³. Lo cual va a variar dependiendo de la complejidad de cada caso en concreto, ya que en aquellos en los que se presentan más desacuerdos o discrepancias durante el proceso, en la sentencia el juez, tribunal o la Corte, deben reflejar dichas discusiones, dándole respuesta debida a cada una de ellas. Por lo

² Atienza, M, *Derecho y argumentación*, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

³ Banorino, P y Peña Ayazo, J, *Argumentación judicial: Construcción, reconstrucción, y evaluación de argumentaciones orales o escritas*, Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005.

que aquellas cuestiones que no generaron polémica durante el proceso no suelen requerir extensas argumentaciones del juez cuando las resuelve. Pero, en aquellas en las que se produjeron desacuerdos profundos, entre las partes, con la consiguiente formulación de argumentaciones en sentidos opuestos, exigen del juzgador un desarrollo más amplio⁴, que no fue expuesto por parte de la Corte en la sentencia estudiada, en la que se han debido abordar los siguientes aspectos:

- (i) La identificación del material normativo relevante para resolver la cuestión;
- (ii) La forma como el material normativo debe ser interpretado; y
- (iii) La prueba de los enunciados en los que se describen los hechos relevantes para resolver la cuestión general – cuáles son los hechos probados relevantes para resolver el caso -.

En ese orden de ideas, a manera de síntesis, tenemos que si bien la Corte identifica el material normativo para resolver el problema jurídico, no acude a las formas en las que este debe ser interpretado, omitiendo hacer alusión a la corriente dogmática y doctrinaria a la que se ciñe en aras de adoptar su decisión, lo cual pone en jaque la solidez de la misma, debilidad o incorrección que sin lugar a equívocos trae consecuencias negativas en la validez de la sentencia, que pretende dar solución a una problemática tan trascendental como lo es la ejecución de feminicidios por medio del sicariato, la cual hoy en día sigue sin contar con una respuesta concreta por parte de la legislación o la jurisprudencia.

⁴ Ibid.

RELACIONES INFERENCIALES COMPLEJAS AL INTERIOR DEL RAZONAMIENTO PROBATORIO. UN ENSAYO SOBRE LA MAL LLAMADA PRUEBA INDICIARIA O POR INDICIOS. UN ÉNFASIS ESPECIAL EN LA JURISPRUDENCIA PENAL COLOMBIANA

David Modesto Güette Hernández

PUNTO DE PARTIDA

Se asume como punto de partida, que el proceso esté diseñado como un canal institucional orientado a la acreditación de hechos acontecidos en el pasado que serán objeto de verificación al interior de éste, con el propósito que se declare la consecuencia contenida en una determinada norma. El anterior punto de partida tiene cimiento normativo en la regulación procesal civil colombiana, puntualmente en el artículo 167 que consagra el principio de la carga de la prueba, estableciendo que en el proceso se debe probar el supuesto de hecho de la norma que contempla el efecto jurídico que se persigue. Es simple, si se demuestran los supuestos de hechos contenidos en una regla, se aplica la consecuencia contemplada en la regla.

Siguiendo con la anterior afirmación y de cara a la acreditación de los supuestos de hecho, acontece que al interior del proceso existen narraciones que se materializan mediante un específico dispositivo lingüístico “Los enunciados fácticos”, contemplados ya sea en la demanda, o para el caso penal, en el escrito de acusación. La sinergia del proceso se mueve entonces en torno a comprobación de la verdad de los enunciados que justifican la aplicación de la sanción a los casos contemplados en ella.

Se asume que un enunciado fáctico está probado cuando existe un soporte empírico para sostener esa afirmación (Ferrer Beltrán, 2007), siendo esos soportes empíricos al interior del proceso: los medios de prueba. En principio un enunciado fáctico probado se relaciona como uno verdadero, dependiendo de la noción de verdad.

Bajo esa línea de principio, se sigue que cuando un enunciado lingüístico que tiene relación con el supuesto de hecho contenido en la formulación de la regla, se encuentra probado, entonces se aplica la consecuencia jurídica. El gran problema surge debido a que hay enunciados lingüísticos sometidos a reconstrucción probatoria, que no tienen una relación inescindible con el supuesto de hecho contenido en la formulación normativa de la regla, que permiten ante su acreditación, que se acredite el supuesto de hecho, y por ende puede aplicarse la consecuencia jurídica contenida en la norma. A esto se le denomina por la doctrina y la jurisprudencia como prueba de indicios, o prueba por indicios.

En estas líneas justificaremos, la razón por la que hablar que los indicios son un medio de prueba, es un error, y más bien se trata de una forma de razonar. Justificar esa tesis genera no solo consecuencias lingüísticas, sino procesales.

LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Iniciemos, por el principio, y el principio de todo proceso surge con un acto introductorio, llámese demanda, o para el caso penal, escrito de acusación. Estos actos introductorios incluyen tanto enunciados lingüísticos, como pretensiones. Estos enunciados lingüísticos que se les denomina por algunos como “hechos”, son o se constituyen en el objeto epistémico del proceso, o dicho de otra manera, aquellos hechos pasados que tienen relevancia jurídica para la aplicación de la consecuencia contenida en la formulación de la regla que se propende por su aplicación. El proceso gira luego en torno a la comprobación de esos hechos; siendo esto es lo que se conoce por la jurisprudencia y

parte de la doctrina como tema de prueba. El tema de prueba como lo establece la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se constituye por los hechos incluidos en la acusación y, adicionalmente, los propuestos por la defensa cuando opta por presentar hipótesis factuales alternativas. (Casación Penal Sentencia del 21 de Junio de 2023 SP235 Rad. 55126).

Esos hechos son conocidos en la doctrina, y la jurisprudencia como: hechos jurídicamente relevantes. La noción de hecho jurídicamente relevante es desarrollada de manera extendida por Taruffo (2011) quien sostiene que es una noción eminentemente valorativa, y depende de la construcción interpretativa realizada por el intérprete, de cara al caso que tiene bajo su estudio. Bajo esa idea, un hecho jurídicamente relevante no puede mirarse únicamente desde una visión literal-deductiva, que toma como referencia únicamente las palabras exactas o conceptos utilizados en la regla; más bien dependerá de las relaciones inferenciales que se requieran para la acreditación de esas hipótesis.

Donde mayor incidencia tiene la noción de hecho jurídicamente es en materia penal, en la medida que la regulación adjetiva, contempla que en el proceso deben acreditarse y relacionarse los hechos jurídicamente relevantes (Art. 337 No.2. Ley 906 de 2004). Sucede sin embargo que en materia penal, la noción desarrollada de hecho jurídicamente relevante es restrictiva, distinta a la que emplea Taruffo, y más bien tiene su desarrollo en posiciones dogmáticas. Un ejemplo de esto, es un texto muy difundido en Colombia titulado: los hechos jurídicamente relevantes (Saray Botero & Peláez Mejía, 2022), en donde se definen estos como “los hechos del caso concreto que encajan, se subsumen o encuadran en el supuesto fáctico o la hipótesis de conducta de la norma jurídica” (Pág. 12). Precisa a renglón seguido que “aquellos hechos que no encajan en ninguno de los requisitos de la norma no serán jurídicamente relevantes” (Pág. 12).

Tomo la anterior referencia como partida, debido a que es la mayormente acogida, no solo por la doctrina, sino además por la jurisprudencia en Colombia. En efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia los define como: (i) -los que pueden subsumirse en la respectiva norma penal (CSJSP, 8 mar. 2017, Rad. 44599, entre muchas otras).

Esta noción de hecho jurídicamente relevante, toma en cuenta únicamente aquellas afirmaciones que tienen relación directa e inescindible con los supuestos de hechos, o para el caso penal, con los elementos del tipo contemplados en la norma, excluyendo por contera todo aquello que no se apege literalmente a ese contenido. Por esta razón la llamo una concepción dogmática.

En línea de principio a lo contemplado, se sigue que solo puede ser tema de prueba en un proceso aquellos hechos que se encuentren como hipótesis requerida en el supuesto de hecho de la formulación normativa, para aplicar una determinada consecuencia jurídica contenida en una norma. Excepcionalmente se permite que sean tema de prueba hechos que no sean jurídicamente relevantes, pero tengan una relación con el hecho jurídicamente relevante. A estos se les conoce como hechos indicadores. En la misma providencia citada en precedencia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostiene que (ii) hechos indicadores -son aquellos a partir de los cuales pueden inferirse los hechos jurídicamente relevantes- (CSJSP, 8 mar. 2017, Rad. 44599, entre muchas otras).

Para la Sala de Casación Penal de la Corte, si bien estos hechos llamados indicadores no son equiparables a los jurídicamente relevantes, sostiene que deben incluirse dentro del tema de prueba (Al respecto Sentencia del 8 de Marzo de 2017, Rad. 44599; del 12 de octubre de 2016, Rad. 37.175; del 5 de Junio de 2019, Rad. 51.007)

En síntesis hasta aquí se sostiene que los hechos jurídicamente relevantes son siempre tema de prueba; que existen hechos que no son (bajo un visión literal deductiva)

“jurídicamente relevantes” como los hechos indicadores, que también son tema de prueba.

Se genera entonces una dificultad conceptual en esta postura, en la medida que hay en ellas hechos que sin ser jurídicamente relevantes, son tema de prueba, en este caso, los hechos indicadores. Serían entonces estos hechos indicadores, aquellos que sin ser relevantes son, o hacen parte del tema de prueba. ¿Pero entonces, son relevantes los hechos indicadores? Esto es una contradicción conceptual que acontece con esta teoría, debido a que no tendría sentido que algo que no sea relevante, como son los hechos indicadores, sean relevante a la vez, y se considere tema de prueba. Para mostrar esta contradicción realizaremos unas precisiones conceptuales.

LOS HECHOS, LA VERDAD, Y LA PRUEBA

Para realizar las precisiones que me propongo aclarar el sentido en el que se emplea la noción de prueba. El concepto de prueba como el de derecho probatorio tiene dificultades al momento de su concreción, por ejemplo Miranda Estrampes (1997) plantea que el concepto contiene 3 aspectos fundamentales:

1. Un aspecto objetivo.
2. Un aspecto subjetivo.
3. Un aspecto mixto.

Desde la primera visión se mira la prueba como los medios para convencer al juez, sostiene Couture (1958), que desde ésta perspectiva la prueba es un medio para convencer al juez; el aspecto subjetivo se equipara al resultado probatorio, de manera que cuando se habla que algo está probado o existe prueba sobre algo, se hace referencia a una afirmación que sostiene que en efecto existe evidencia sobre un hecho que le da la categoría o calificación de probado, desde esta perspectiva sostiene Couture (1958), la prueba es una forma de crear convicción. El tercer aspecto compendia tanto 1, como 2, ubicando la noción de prueba como una actividad.

Afirmado lo anterior debe precisarse ahora que los hechos no son prueba ni tampoco se prueban; más allá, se prueban los enunciados empíricos que hacen referencia a la ocurrencia de un hecho. Sobre el tema señala González Lagier (2005) que “la verdad no se predica directamente de los hechos (ni de los objetos), sino de las creencias y de los enunciados descriptivos. Los hechos suceden o acaecen, y si «suceder» o «acaecer» hace verdaderas o falsas a nuestras proposiciones, pero no son ellos mismos verdaderos o falsos” (Pág. 85)

Se pretende sostener con todo esto que en el proceso no se prueban las hipótesis contempladas en las formulaciones normativas de las reglas, o supuestos de hecho, sino afirmaciones empíricas relacionadas con eventos acontecidos en el pasado y que pueden subsumirse en las referidas hipótesis. De esa manera la regla que establece que quien mate a otro incurre en pena de prisión, tiene como hipótesis matar, y consecuencia incurrir en prisión. Se debe probar por ende un evento pasado que tenga relación con esa hipótesis, en este caso que un sujeto X mató a otro sujeto Y, para que concomitante a ello se imponga la consecuencia, que para el caso es que incurra en pena de prisión. Esa afirmación es lo que se entendería como: hecho jurídicamente relevante.

Pueden ocurrir otros eventos, en los que no exista-como sostienen algunos procesalistas y la Corte- prueba directa sobre esa afirmación, sino hechos indicadores. Siguiendo el

mismo ejemplo, puede asumirse en este caso que si bien nadie vio como X mató a Y, existen hechos indicadores tales como, huellas de sangre, casquillos del arma disparada, y muestras de ADN, que permiten inferir que en efecto X mató a Y. Esos hechos, o dicho en términos precisos, esas afirmaciones empíricas que se realizan, son lo que se llama hechos indicadores. Se insiste, estos aunque se les quiera mostrar en la postura dogmática que criticamos, como de menor relevancia, consideramos que siguen siendo hechos relevantes para el tema de prueba.

Aquí se debe realizar otra precisión conceptual, y es que el termino: hecho indicador, surge o emana de otra noción que criticamos que es la de prueba indiciario o prueba por indicios.

LA MAL LLAMADA PRUEBA INDICIARIA, O PRUEBA A PARTIR DE INDICIOS.

La llamada prueba indiciaria o prueba a partir de indicios es, según lo establece la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

[u]n medio de **prueba** crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho [indicador o indicante] del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso [hecho indicado], el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido. CSJ SP, 26 oct. 2000, rad. 15610

Respecto al tema de los indicios la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. CSJ SP1569–2018, 9 may. 2018, rad. 45889, reiterada en CSJ SP5286–2018, 5 dic. 2018, rad. 51543 y CSJ SP922–2019, 20 mar. 2019, rad. 53473), indica:

A la hora de construir un indicio lo primero es contar con un hecho indicador debidamente probado, siendo necesario señalar cuáles son las pruebas del mismo y qué valor se les confiere. Ello, por cuanto si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, obviamente no puede declararse probado y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de ningún indicio. Probado el hecho indicador, el segundo paso es explicitar la regla de la experiencia, de la que va a depender, en buena medida, el carácter o fuerza probatoria del indicio. Además, por cuanto la regla de la experiencia eventualmente usada puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene, es indispensable expresarla como presupuesto de su contradicción y, de esa forma, garantizar adecuadamente el derecho de defensa.

Fijada la regla de la experiencia, el tercer paso será enunciar el hecho indicado, cuyo grado de asentimiento dependerá, se insiste, del alcance de la regla de la experiencia. Por último, ha de valorarse el hecho indicado, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir finalmente qué se declara probado.

De ahí que la jurisprudencia (CSJ SP, 17 abr. 1997, rad. 9573) haya remarcado que:

[l]a valoración integral del indicio exige al juez la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, porque sólo cuando la

balanza se inclina seriamente hacia las primeras y descarta las segundas, puede afirmarse la gravedad de una prueba que por naturaleza es contingente. Rechazar la otra posibilidad lógica que puede ofrecer un hecho indicador, sin cerciorarse de que ella en realidad haya sido objeto de examen y desestimada expresa o tácitamente por el juez, sólo porque éste ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, sería alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la valoración probatoria.

Plantea además la Corte que un indicio será: (i) necesario, cuando el hecho indicador, de forma cierta o inexorable, revela la existencia de otro hecho, a partir de relaciones de determinación constante, verbigracia, las que se presentan en las leyes de la naturaleza; o (ii) contingente, en el evento en que el hecho demostrado, puede o no evidenciar la realidad del inferido, según el grado de probabilidad de su causa o efecto, vale decir, cuando es dable atribuirlo a diferentes causas, razón para que haya de determinarse, entre las posibles, su verdadera procedencia.

Los últimos, a su vez, los califica de: (i) graves o vehementes: entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que surgen de la común ocurrencia de las cosas y que revelan que el hecho indicador se perfila como la causa más probable del hecho indicado; y (ii) leves: categoría menguada en la que el nexo entre el hecho indicador y el indicado, constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece. (Casación Penal Sentencia SP654–2022, Radicado N° 53020)

Si se aprecia, existe una confusión conceptual en la noción del indicio, para el caso se entenderá el llamado hecho indicador, como una afirmación empírica a partir de la cual, utilizando una regla de la experiencia, o de la ciencia, se puede inferir otro hecho o acontecimiento que a su vez se expresa como una afirmación empírica llamado hecho indicado. Se precisa, que el hecho indicador no es un medio de prueba, es una afirmación sometida a prueba. El hecho al que se llega tampoco es un medio de prueba. Por eso se habla de una contradicción conceptual, en la medida que se asume como un medio de prueba, cuando lo que se prueban con medios son los hechos indicadores, en tanto afirmaciones empíricas que permiten inferir (no deducir) otro hecho llamado indicado. Recordemos que en el proceso se prueban afirmaciones empíricas, y ellas no son pruebas.

Esta posición fue acogida en algunas posturas desarrolladas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que reconocieron que la llamada prueba indiciaria -mal llamada- es más bien un conjunto de relaciones inferenciales entre hechos, dentro de estas la radicada 24468, en donde se debatió sobre la aplicación de ese medio de cognición al interior del proceso penal, sosteniendo que si bien no aparece enlistado como medio de prueba, puede aplicarse en virtud del principio de libertad probatoria; precisando además que el indicio más que un medio de prueba es como una reflexión lógico semiótica sobre los medios de prueba.

Hasta aquí esperamos haber podido justificar la imprecisión conceptual existente, entre hechos, afirmaciones empíricas, hechos jurídicamente relevantes, y hechos indicadores. Para los que siguen dudando, le pondremos un ejemplo, no solo para despejar dudas, sino, y además, para mostrar las implicaciones procesales que tiene la confusión.

Asumamos en el ejemplo que se ha venido trabajando en torno al delito de homicidio. En ese caso sostuvimos que si se afirma en el escrito introductorio que X estaba en el lugar de los hechos el día y la hora de la muerte de Y, podríamos asumir que por esa razón X cometió el homicidio de Y. En este caso el hecho indicador estaría probado, digamos para el caso, con un testimonio. A esto se mal llama como prueba de indicios. Como mostré, aquí lo que hay es una prueba (testimonio) de una afirmación (X estaba en el lugar de los hechos el día y la hora de la muerte), que permite concluir para el caso que X mató a Y. Con esto se quiere mostrar que el indicio no es la prueba del homicidio, sino el testimonio la prueba de una afirmación empírica que permite con una regla de inferencia, asumir que otro hecho tuvo ocurrencia.

Digamos que en este evento, el hecho de sostener que la muerte está probada con un indicio, o un testimonio, no tiene mayor relevancia, pudiendo asumir que esto no es más que una convención válida en el derecho debido a que permite cumplir el propósito que busca: dar a entender que una afirmación se encuentra acreditada. El problema de estos atajos al construir conceptos, en los que se utilizan casos en los que la identidad hace innecesario esforzarse para separar los conceptos, radica en que existen otros eventos, en los que se si se generan problemas.

Asumamos en el mismo ejemplo que el testigo que sostiene que X estuvo en el lugar de los hechos el día y la hora de la muerte, lo hace debido a que lo vio entrar en digamos que al edificio donde vive Y. De esa manera sería un hecho indicador que X estuvo en el lugar de los hechos el día del homicidio, que toma como referencia el testimonio que indica que se le vio entrar y salir al edificio donde vive Y. En este caso digamos para darle fuerza, X es amigo de Y, por lo que se puede asumir que X se dirigía a la residencia de Y. Esquematicémoslo así:

1. T sostiene que X entró al edificio que vive Y
2. T sostiene que X salió del edificio en que vive Y
3. T y X son amigos.
4. El juez asume que X estaba en el lugar de los hechos.
5. Como se asume que X estaba en el lugar de los hechos, se asume a su vez que X cometió el homicidio de Y

En este caso las afirmaciones 1,2, y 3, son hechos indicadores (en la teoría clásica) de la afirmación X estaba en el lugar de los hechos. Estas afirmaciones se encuentran probadas con el testimonio de T, por lo tanto se asume (mal asume) que hay una prueba indiciaria para acreditar 4. Surge entonces el cuestionamiento en torno a 5. En este caso 5, se infiere de 4, pero esa afirmación no tiene un soporte probatorio, sino que fue inferida, por lo tanto no puede ser llamada prueba indiciaria, ni tampoco 4 puede ser llamado un hecho indicador, porque están por fuera de la definición de cada uno de ellas.

Si se asumiere que lo que ocurre es que 5 se prueba a partir de una inferencia que parte de 1,2 y 3, podríamos asumir que es una inferencia válida, pero no un indicio. En este caso hablamos de una inferencia probatoria compleja. Vamos a profundizar sobre esto.

LAS RELACIONES INFERENCIALES ENTRE HECHOS.

La visión epistemológica que desarrolla esta tesis, sostiene que no existe algo así como pruebas indirectas, ni tampoco indicios, tratándose de una distinción que debe ser

matizada y sosteniendo que lo que hay son pruebas que demuestran hechos, y hechos que acreditan otros hechos a partir de relaciones inferenciales. Dentro de los autores que acogen esta postura tenemos al profesor catedrático de la Universidad de Alicante: Daniel González Lagier.

En esta concepción se toma como referencia el modelo argumentativo de Stephen Toulmin (2003), y se sostiene que el hecho a probar constituye la pretensión; el hecho probatorio, o pruebas constituyen las razones; la garantía será el nexo o relación inferencial que conecta los hechos a probar con los hechos probatorios. Finalmente existe un respaldo que es o se constituye en una razón justificatoria para apoyar la garantía.



Con este modelo se permite justificar que un hecho indicado dentro de la estructura de los indicios, puede ser un hecho indicador para otro hecho indicado. En el primer caso surge lo que se llama como conclusiones intermedias. De allí que ese hecho indicado que resulta de la conclusión intermedia, sea un hecho probatorio (hecho indicador en la tesis procesal) por sí solo, sin necesidad de requerir prueba para acreditar otro hecho indicado. Lo que surge es el ejercicio de otra relación inferencial. A este tipo de inferencias les denominamos: relaciones inferenciales complejas.

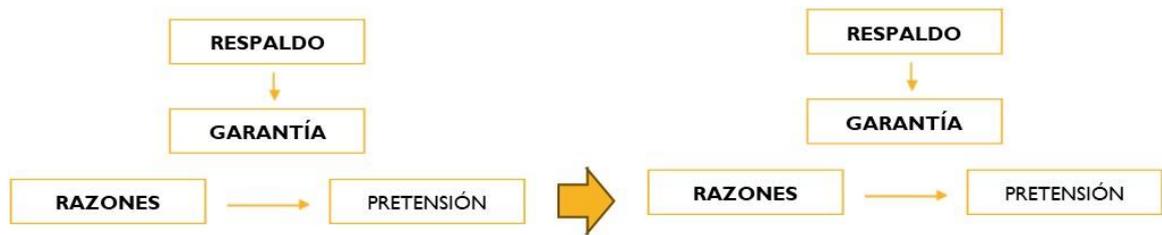
El eje de esta forma de razonamiento es la garantía, debido a que la confirmación lógica de ella, permitirá la posibilidad de la confirmación lógica de los hechos probatorios y los hechos a probar.

Se aprecia entonces que con independencia del nomen iuris, ambas posturas comparten la misma idea, solo que la visión epistemológica permite incluir la figura de las conclusiones intermedias. Con esto se quiere justificar además, que un hecho indicador, puede ser un hecho jurídicamente relevante, y por lo tanto ser o constituir parte del tema de prueba; empero dependerá de la teoría del caso presentada por el sujeto procesal.

Se quiere mostrar además, que cuando se pretende establecer el hecho jurídicamente relevante a partir de inferencias, se debe prestar especial atención a la demostración de los hechos indicadores o datos que sirven de base a ese proceso (objetivo epistémico), para evitar el riesgo de construir argumentos cuya solidez sea solo aparente por estar estructurados sobre realidades fácticas que no tienen el suficiente respaldo probatorio.

Lo anterior sin perjuicio de la explicación del paso de los llamados hechos indicadores (en la visión procesal) al hecho jurídicamente relevante, que bien puede hacerse a través de una máxima de la experiencia o una regla técnico científica, o por la pluralidad de datos convergentes y concordantes que le imprimen suficiente fuerza a la conclusión sobre el dato inferido (CSJSP, 9 marzo 2011, R.. 34896; CSJSP, 18 Ene. 2017, R.. 40120; entre otras).

Ahora, la ventaja de poder asumir este modelo, es que se puede explicar de manera adecuada el ejemplo que vimos previamente, y lo podemos realizar con el siguiente esquema:



En este caso las razones de la primera relación inferencial serán:

1. T sostiene que X entró al edificio que vive Y
2. T sostiene que X salió del edificio en que vive Y
3. T y X son amigos.

Digamos que utilizamos como garantía una regla de la experiencia según la cual. Es muy probable que una persona tenga un amigo en un edificio, y entra a éste, es porque va al apartamento de su amigo.

Como pretensión podemos asumir:

P1: X estaba en el lugar de los hechos.

En la segunda relación inferencial las razones son

4. Y está muerto
5. Ese día solo X entró a su vivienda

La garantía puede ser:

Quien el día de un homicidio sea la única persona que visite a la víctima, será en alta probabilidad el homicida.

La pretensión es

P2: X mató a Y

En este caso se insiste, las razones no son hechos indicadores en la inferencia. No se puede explicar bajo esa idea. Empero, si se puede afirmar que a partir de la prueba de las razones 1,2 y 3, se puede inferir la razón 5, que a la vez, permite inferir la pretensión 2.

La reunión de todos estos hechos más allá de ser entendida por como indicadores y jurídicamente relevantes, puede acuñarse el termino que utiliza Taruffo (2010) de: narraciones procesales. Visto de esta manera, no diferenciaríamos hechos jurídicamente relevantes de indicadores, más allá asumiríamos que una narración procesal debe contener tanto los aspectos jurídicos como fácticos, teniendo siempre presente las relaciones inferenciales en las que se apoyan estos, o a las que sirven de apoyo, con el propósito de acreditar una hipótesis central o teoría del caso.

Aplicar esta forma de analizar los hechos proporciona una mejor manera de entender las reglas de valoración de la prueba, y la forma en como fluctúan los hechos al interior del proceso inferencial.

LAS REGLAS DE VALORACIÓN DE LAS RELACIONES INFERENCIALES.

El modelo epistemológico permite o ayuda a explicar de mejor manera la forma de valoración de la prueba, que para el caso colombiano, se enmarca dentro del sistema de valoración libre y racional de la prueba, y se lleva a cabo por las reglas de la sana crítica (Art. 171 CGP), la ciencia, la lógica y la experiencia. Gran parte de la doctrina procesal

colombiana sigue la tesis según la que la sana crítica connota las reglas de la ciencia, de la lógica y la experiencia; sin embargo la posición doctrina foránea, sobre todo en la tendencia epistemológica no lo hace de esa manera. González Lagier (2022) establece que la sana crítica constituye una serie de criterios normativos de racionalidad epistemológica. Las reglas de la lógica son por su parte, dentro de ese modelo, aquellas que permiten llevar a cabo las relaciones inferenciales, y se expresan en este caso con el modelo de Toulmin antes expuesto. Las reglas de la la experiencia son enunciados generales y abstractos, que dan cuenta de la manera como casi siempre ocurren ciertos fenómenos, a partir de su observación cotidiana (CSJ AP, 29 Ene. 2014, R.. 42086, entre muchas otras). Las reglas de la ciencia son enunciados generales que han sido objeto de un proceso de contrastación científica.

Desde este esquema, la valoración de las relaciones inferenciales entre hechos, toman en cuenta inicialmente las reglas de la lógica. Sucede igual dentro del modelo procesal, pero con categorías conceptuales distintas.

Se establece aquí, que la manera de valorar una relación inferencial se lleva a cabo a partir de:

- 1) La fuerza de la garantía, o regla de inferencia
- 2) Las inferencias resultantes entre la evidencia o hechos probatorios y la pretensión o hecho a probar.
- 3) Los elementos epistemológicos que respaldan la evidencia o hechos probatorios.

Para el caso de la posición procesal, se puede advertir una línea similar. Al efecto la Sala de Casación Penal de la Corte Sostiene en sentencia del 19 de mayo de 2021 radicado 34827 que para controvertir la prueba indiciaria se pueda atacar:

A la prueba con la que se dio por verificado el hecho indicador, evento en el cual debe especificar si el medio probatorio fue valorado erradamente producto de un error de hecho o de derecho y por vía de cuál falso juicio, si de existencia, identidad, raciocinio (para el error de hecho), legalidad o convicción (para el de derecho), o

A la inferencia lógica, lo que le exige aceptar la validez del medio probatorio con el que se acreditó el hecho indicador, y demostrar que el juzgador en el proceso de conferirle eficacia se alejó de las reglas de la sana crítica, esto es, de las leyes de la ciencia, los principios lógicos, o las máximas de la experiencia, o

Al proceso de valoración conjunta al apreciar la convergencia y concordancia de los varios indicios entre sí y entre estos y las restantes pruebas.

Este tipo de referencias, es a lo que se refiere la doctrina foránea, como reglas de la sana crítica. Dentro de la propuesta de Gonzales Lagier se establecen como criterios de la sana crítica los siguientes:

1. Cuantos más elementos de juicios tengamos a favor de una hipótesis, mejor confirmada estará esta.
2. Cuanto más variados sean los elementos de juicios, mejor confirmada estará la hipótesis
3. Cuanto más fiables sean los elementos de juicio, mejor confirmada estará la hipótesis.
4. Cuanto mas fiables sean los elementos de juicio, mejor confirmada estará la hipótesis.
5. Cuanto mejor fundadas estén las máximas de experiencia en generalizaciones inductivas, más sólida es la hipótesis.

6. Cuanto mayor sea la probabilidad expresada en máximas de experiencia, más sólida es la hipótesis.
7. La hipótesis no debe haber sido refutada ni directa, ni indirectamente.
8. Si las hipótesis derivadas de la hipótesis principal pueden conformarse, mejor confirmada estará la hipótesis principal.
9. Cuanto más coherente desde un punto de vista narrativo sea la hipótesis, mejor confirmada estará.
10. Cuantos más elementos de juicio queden explicados por la hipótesis, mejor confirmada estará esta.
11. Cuantas menos hipótesis alternativas incompatibles con la hipótesis principal subsistan, mejor confirmada estará la hipótesis principal.

LA FLUCTUACIÓN DE LOS HECHOS EN EL PROCESO INFERENCIAL

Con lo hasta aquí expuesto, y para no solo criticar una postura, sino ir un paso adelante, y realizar una reconstrucción conceptual, debemos sostener que hay una diferencia entre lo que se sostiene en la posición dogmática como hechos jurídicamente relevante. Para efectos de la valoración probatoria, un hecho jurídicamente relevante es o constituye un evento vertido en el proceso como sucesos pasados, que requieren de su acreditación por el antecedente de la regla que se utiliza como fundamento de la pretensión punitiva. Desde esta posición será relevante toda aquella afirmación empírica que permita demostrar la hipótesis contenida en la formulación normativa, y requerida para aplicar la consecuencia jurídica.

Estas afirmaciones, analizadas desde la arista de las relaciones inferenciales se les identifica como hipótesis. Una hipótesis para Hempel (2021), son enunciados sometidos a un proceso de contrastación. Contrastar no es otra cosa que poner a prueba, someter a un debate. La hipótesis, sostiene Perfecto Andrés Ibañez (2007), son un intento de explicación de algo que ha sucedido, que surge desde el primer momento de la investigación. Se tiene en cuenta que en el proceso penal surge una peculiaridad, y es que la teoría del caso presentada por la Fiscalía, fue en un momento una hipótesis, que se convirtió en teoría luego de ser contrastada por el Fiscal; sin embargo al iniciar el juicio se convierte en una hipótesis para el Juez, que será objeto de una nueva contrastación. Las teorías sostiene Popper (1980), son el conocimiento resultante de la confirmación de hipótesis; son o constituyen generalizaciones derivadas de procesos de inducción.

Para seguir con el proceso penal, debe señalarse que en la estructura de éste, se habla de teoría del caso; Esa teoría contiene una doble finalidad, mostrar el resultado de la investigación realizada por el fiscal, dentro del proceso de contratación realizado en la fase de indagación e investigación; y constituirse para el juez en una hipótesis delictiva que será objeto de contratación al interior del proceso. Esto es un ejemplo del llamado racionalismo crítico, que sostiene que los conocimientos inductivos siempre serán provisionales, y pueden ser objeto de refutaciones posteriores.

Cuando se somete a contrastación una hipótesis delictiva (llamada para el Fiscal: teoría del caso) la evidencia recaudada en el proceso, que se recopila de cara a la acreditación de los hechos jurídicamente relevantes, no es sino, información requerida para la justificación de la hipótesis. En el método científico se le llaman a los hechos jurídicamente relevantes: hipótesis auxiliares (Hempel, 2021). Una hipótesis requiere para su acreditación varias hipótesis auxiliares. Se implica entonces, que la acreditación

de la hipótesis delictiva (principal, o teoría del caso), se acredite siempre que estén demostrados los hechos jurídicamente relevantes (hipótesis auxiliares).

De esta manera sostiene Perfecto Andrés Ibañez (2007), que “la hipótesis acusatoria que tiene por objeto el hecho principal, es susceptible de descomponerse en un conjunto de sub-hipótesis, relativas a los diversos hechos secundarios, que serán objeto de prueba de forma individualizada”. (Pág. 171)

De las hipótesis debe decirse, que marcan el punto de partida de una investigación; estas a su vez se elaboran con la evidencia disponible, la que a su vez sirve para establecer las hipótesis auxiliares. El proceso de elección y contrastación de hipótesis, no es más que una forma de poner en práctica la *inventio*, de la que sea pertinente señalar, no se encuentra gobernada por reglas inamovibles, y mas bien toma como referencia esencial la observación y la imaginación. Por esto, al inicio de toda investigación se deben tomar en cuenta para realizar la contrastación, los supuestos auxiliares y las condiciones iniciales. Las condiciones iniciales será toda aquella información disponible que pueda presentar algún tipo de soporte a una hipótesis.

Al interior del Juicio, las hipótesis se juzgan de acuerdo a su capacidad explicativa.

Tal y como lo sostiene Taruffo (2020) en un ensayo titulado: las inferencias en las decisiones judiciales; una hipótesis estará confirmada por la información disponible en la evidencia, siempre que se pueda hacer referencia a una garantía que conecte la evidencia y los hechos. Sin embargo, tal y como lo expresa Taruffo en ese mismo ensayo, la evidencia puede generar cadenas inferenciales que permitan soportar varias hipótesis; o puede existir evidencia distinta que pueda soportar una hipótesis distinta. A esto se le llama una hipótesis alternativa.

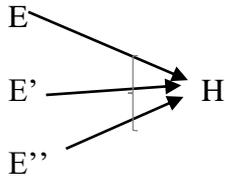
Cuando se trabaja con hipótesis, puede suceder que la hipótesis principal se confirme, o sea falseada; o que exista una hipótesis alternativa, y está a su vez puede ser confirmada o falseada. También puede suceder que ambas estén confirmadas, o que se falsee la principal, y se confirme la alternativa, inclusive que ambas sean falseadas:

1	2	3	4	5	6	7	7
Hp	Hp	Ha	Ha	Hp^Ha	Hp^Ha	Hp^Ha	Hp^Ha
C	F	C	F	C^C	C^F	F^C	F^F

La determinación de la confirmación o falsación de las hipótesis pueden generarse conforme a la evidencia disponible. La evidencia puede incidir en las hipótesis de distintas maneras, de suerte que puede solo confirmar una; o confirmar la principal y la alternativa; o confirmar la principal y refutar la alternativa, o solo confirmar la alternativa. A su vez la evidencia puede apoyar la hipótesis de manera independiente, o de manera conjunta. Así, puede suceder que la evidencia apoye la hipótesis dándole un apoyo recíproco compatible e independiente. En esta eventualidad las evidencias proporcionan de manera convergente e independiente una confirmación a la hipótesis.

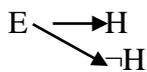
Otro evento que acontece es cuando a pesar de ser convergentes, el apoyo a la hipótesis requiere de todas las evidencias, para poder una confirmación real a la hipótesis. En estos casos ninguna de las evidencias por si solas es capaz de apoyar la hipótesis, como si ocurre en el evento pasado. En este caso la evidencia hace parte las premisas de la inferencia.

2.



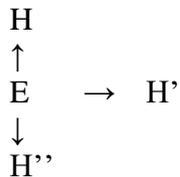
Puede acontecer que la evidencia apoye tanto la hipótesis principal como la negación de esta.

3.



O que la evidencia apoye distintas hipótesis compatibles, dependiente de la regla de inferencia o garantía:

4.



Y finalmente los casos en los que la evidencia, junto con iguales reglas de inferencia, o con distintas, apoya hipótesis incompatibles, ya sea una negativa a la principal, o una alternativa. En este caso se generan todas las combinaciones posibles entre todas las cadenas inferenciales.

En los eventos en que se presente un apoyo inferencial tanto a la hipótesis principal como a la hipótesis alternativa, el juez debe elegir entre una de las dos, a menos que la evidencia siga generando apoyo conjunto, presentándose en éste ultimo caso un problema de dudas.

CONCLUSIÓN

Lo que a la postre queremos mostrar en estas líneas es que la confusión conceptual existente en torno a hechos jurídicamente relevantes, prueba, e indicios, tiene incidencias en lo relacionado con la valoración de la prueba. Muy a pesar que en la practica general,

estos problemas no son sino solamente lingüísticos, esto termina convirtiéndose en un gran problema cuando ingresamos en el tema de valoración probatoria.

Superar las imprecisiones, permite realizar una reconstrucción en torno al tema, y dejando de lado la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, y hechos indicadores; y más bien centrarse en la noción de narraciones procesales y la incidencia de estas tomando en cuenta las relaciones inferenciales. Este avance, permite una comprensión heurística del proceso, que además ayuda a generar precisión al realizar una explicación del tema.

Bibliografía

- Couture, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: De Palma.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *Valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2014). *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado.
- Gonzalez Lagier, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima. Bogotá: Palestra. Temis.
- González Lagier, D. (2022). *Quaestio facti II*. Lima: Palestra.
- Hempel, C. (2021). *Filosofía de la ciencia natural*. Madrid: Alianza editorial.
- Ibáñez, P. A. (2007). *Los hechos en la sentencia penal*. México DF: Fontamara.
- Miranda Estrampes, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Popper, K. (1980). *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos.
- Saray Botero, N., & Peláez Mejía, J. M. (2022). *Los hechos jurídicamente relevantes en el proceso penal*. Bogotá: Leyer.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2020). Las inferencias en las decisiones judiciales sobre los hechos. En J. Ferrer Beltran, & C. Vásquez, *El razonamiento probatorio en el proceso judicial* (págs. 177-188). Madrid: Marcial Pons.
- Toulmin, S. (2003). *Los usos de los argumentos*. Barcelona: Ediciones península.

PROPUESTAS PARA EL RECLAMO JURÍDICO AMBIENTAL DE ASPECTOS MARÍTIMO PORTUARIOS EN EL PROCESO JUDICIAL.

Adriana Angélica Hernández

Introducción:

Estudio en este trabajo el planteo por un daño ambiental proveniente del sector marítimo portuario, por lo cual necesariamente analizo primero el derecho ambiental, sus rasgos y características. Sostengo que la construcción de cualquier discurso jurídico de esta naturaleza debe contemplar las premisas que las ciencias naturales poseen y aplican. El litigante necesariamente deberá acompañar estudios científicos y pericias realizadas por expertos para tratar de comprobar que su hipótesis es certera. Se unen aquí las ciencias jurídicas y las ciencias naturales con aspectos sociales que se deben tener en cuenta. Que aspectos del discurso jurídico debo enfatizar para fortalecer la teoría de mi caso es lo que propongo en este trabajo.

El derecho ambiental y sus características. Su influencia en el discurso jurídico diferenciado.

La disciplina ambiental convoca a tener en cuenta todas las ciencias con las que se relaciona e interactúa. Así, mi reclamo por daño ambiental marítimo portuario, debe en principio, contemplar que normativa comprende y en que fuero demandaré, para luego, aplicarle la normativa específica prevista en nuestra constitución nacional y en la Ley General de ambiente.

El desarrollo de las Ciencias que estudian el ambiente y su regulación constitucional constituye a estas en un plexo normativo con autonomía propia y con un orden diferenciado. La argumentación de premisas en debates ambientales marítimo portuarios indicaría que estos requieren un planteo diferenciado, complementado en las ciencias naturales que estudian el ambiente. Estas disciplinas con sus principios y presupuestos que se plasman en pericias, en inspecciones oculares, en procedimientos, que el Juez no puede dejar de considerar en sus sentencias y en las resoluciones sobre medidas cautelares. Entiendo que la Teoría del caso y de la Argumentación jurídica de Robert Alexy es aplicable al reclamo ambiental y aporta elementos que el litigante debe tener en cuenta y no puede desconocer. Analizo en este trabajo que aspectos de esa teoría son aplicables al reclamo marítimo portuario, que datos debe necesariamente contener la demanda judicial en esta materia, y que criterios y detalles específicos que las Ciencias Naturales. En rigor de verdad, éstas exigen mayor precisión y certeza en el discurso jurídico y a su vez, lo complementan, le aportan claridad, precisión y certeza, más propias de las ciencias de la naturaleza y sus recursos naturales. Robert Alexy, con la ayuda de instrumentos lógicos, buscó demostrar que el razonamiento jurídico consiste en inferencias lógicas (justificación interna) pero precisando que el propósito principal de la lógica en el razonamiento jurídico es revelar las premisas que demandan una justificación adicional (justificación externa) 1

Robert Alexy subrayó tanto la importancia de la lógica como sus límites. Por primera vez fue posible separar analíticamente aquellas partes del razonamiento jurídico que derivan principalmente de enunciados autoritarios, de aquellas partes que provienen de juicios de intérpretes individuales. Tres puntos principales de la monografía de Alexy deben examinarse con mayor detalle. El propio Alexy los ha señalado como los aspectos más importantes de tal trabajo:

1.- La tesis del caso especial: sostiene que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Esta tesis subraya dos puntos. Primero, el discurso jurídico es

un caso del discurso práctico general, por ello es relacionado a cuestiones prácticas que conciernen a lo que es obligatorio, prohibido o permitido. Segundo, el discurso jurídico es un caso especial. Por eso no intenta responder preguntas prácticas en un sentido absoluto o general, sino más bien dentro del marco de un sistema jurídico específico. El marco jurídico impone restricciones al discurso práctico a través normas vinculantes, precedentes y doctrinas derivadas de la dogmática. Por lo tanto, el discurso jurídico es un caso especial ya que, al contrario del discurso práctico general, tiene un carácter institucional y autoritario. Aún así, las restricciones impuestas por el marco jurídico no son tan poderosas como para anular completamente el impacto del discurso práctico general en la argumentación jurídica. Esto se debe a la textura abierta del derecho. En ciertos casos, no es posible decidir basándose únicamente en el material autoritario. Las intenciones del legislador pueden ser poco claras, el lenguaje del rey puede ser vago, las normas pueden estar en conflicto y los precedentes pueden ser revocados. Por lo tanto, el razonamiento jurídico se refugia en razones derivadas del discurso práctico general 2

2. La pretensión de corrección. Los razonamientos de las sentencias judiciales necesariamente pretenden ser correctos. Cualquier aserción jurídica contiene necesariamente un compromiso discursivo de que la decisión es procesal y sustantivamente correcta. Este compromiso posee tres elementos. El primero es la aserción jurídica. Esta, a su vez, se encuentra complementada por una exigencia de justificación o fundamentos. La argumentación jurídica es un juego de dar y pedir razones en el sentido de la pragmática normativa de Brandon. 3

3. El tercer punto principal de la Teoría de la Argumentación jurídica se refiere a la posibilidad de una argumentación jurídica racional. Asumiendo una visión optimista, Alexy suscribe esta posibilidad. Alexy rechaza que la argumentación práctica carezca de racionalidad, objetividad y corrección, anclando la corrección teórico- discursiva entre los extremos de la objetividad pura y de la subjetividad pura (Alexy, R. 2001, 672). La corrección teórico discursiva se basa en una teoría procesal del discurso práctico, según la cual una proposición práctica es correcta si puede ser el resultado de un discurso racional. Alexy construye el concepto de discurso racional mediante un sistema de veintiocho reglas y formas de argumentos, lo cual hace posible la demostración tanto de las condiciones como de los límites de la racionalidad discursiva del derecho. Las condiciones, por un lado, se explican por las formas y reglas del discurso. Ellas deben seguirse para justificar el resultado racionalmente. Por otro lado, los límites de la racionalidad en el derecho se derivan del hecho de que el discurso jurídico no conduce a una única respuesta correcta. Más bien debe distinguirse entre tres posibles resultados del discurso jurídico (Klatt, 2011). Basado en las reglas de este, los resultados pueden ser discursivamente necesarios, posibles o imposibles. Es decir, varias interpretaciones en conflicto podrían ser igualmente racionales al final del discurso jurídico”.1

Reglas y principios de la Teoría de la argumentación jurídica aplicado al caso ambiental

La teoría de Alexy descansa en el análisis de los derechos fundamentales como principios, los cuales, en su opinión, son significativamente diferentes de las reglas. El concepto de principio de Alexy difiere del concepto convencional, el cual distingue los principios de las reglas por su nivel más general y su peso inferior. 4 Aplicar estos al reclamo jurídico ambiental es materia de este trabajo.

Primeramente analizaré cuales son los derechos fundamentales en materia ambiental y como estos se traducen en reglas que el litigante debe tener en cuenta a la hora de realizar sus reclamos. La Constitución Nacional y a los Tratados internacionales que por ella se incorporan imponen que el derecho ambiental aplique derecho público y normas que son

obligatorias, tanto para quién juzga, como para quién pretende demandar intereses legítimos individuales o colectivos de quién representa. La ley general del ambiente ley 25.675, los precedentes y fallos jurisprudenciales deben ser analizados. Los derechos fundamentales son tenidos en cuenta en la teoría como mandatos de optimización y esto conduce al examen de proporcionalidad. Este examen suministra una prueba teórica sólida para evaluar lo que demanda un derecho fundamental en un caso concreto. El examen de proporcionalidad de un derecho fundamental se realiza en tres pasos: un examen de idoneidad, un examen de necesidad y un examen de proporcionalidad en sentido estricto.

La Constitución nacional, habilita "...cualquier ciudadano que se considere afectado por un daño de naturaleza ambiental, pueda reclamarlo en forma individual o colectiva ante un juez o Tribunal competente, acreditando su afectación directa y la relación causal"⁵ La reforma constitucional de 1994 contempla el cuidado del ambiente y tanto la legislación complementaria específica sobre el tema, como la doctrina y los fallos judiciales están obligados a contemplar, estudiar, legislar y proteger el cuidado del ambiente en general y aplicar ante cada caso concreto en tratamiento la normativa. El juzgador, debe necesariamente contemplar y aplicar las normas de nuestra Constitución Nacional y la ley 25.675, también llamada Ley General del Ambiente. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aceptó la competencia de la justicia federal fundada en el art. 7º, ley 25.675, cuando resolvió admitir la radicación del asunto ante esa sede reglada por el art. 117 de la Constitución Nacional por tratarse de la contaminación de recursos ambientales jurisdiccionales y ser parte el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires, con respecto a la pretensión que, como legitimados extraordinarios en los términos reglados por los arts. 41 y 43 de la Ley fundamental. La recepción en la Constitución Nacional supone una implicancia distinta, un resguardo mayor, una tutela desde el punto de vista no sólo civil y comercial, sino también penal. La forma de articular este reclamo es posible en procura de resguardar el interés público, el interés colectivo, incluso ante un interés difuso. El art. 30 de la ley 25.675 tiene por objeto la defensa del bien de incidencia colectiva de uso común. Entiendo que la incidencia colectiva hace que el caso, a diferencia del derecho penal, que es único e indiscutible, tenga que ser analizado con las reglas del discurso, pero con un criterio más global y extensivo, al aludir a supuestos que se harán extensivos a otros en iguales circunstancias. No me refiero a la norma análoga sino al caso con incidencia colectiva a otro sujeto de derecho en igual situación.

La Constitución nacional establece los presupuestos mínimos de protección ambiental. Las provincias, conservan el derecho originario de sus recursos naturales y pueden dictar las normas para su reglamentación y aplicación interviniendo el Poder Judicial en caso de conflicto inter jurisdiccional. En esta materia, tomó intervención y falló, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios derivados de la Cuenca Matanza Riachuelo." ⁵ Este fallo aporta datos fundamentales para conceptualizar el ambiente al que define como "bien colectivo", "bien de incidencia colectiva" o "bien colectivo" y agrega "que por su naturaleza jurídica es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes". También indica que "el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La mejora o degradación del ambiente toda la ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y excede lo meramente individual. Se puede hablar de un patrimonio ambiental que incluye no sólo las res comunes y los bienes en propiedad colectiva de hacienda pública sino también las cosas que incluyen bienes de propiedad privada". ⁵

“El derecho ambiental norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el uso, el goce, la preservación y el mejoramiento del ambiente. Tiene por objeto condicionar la conducta humana respecto de ese uso, goce, preservación y mejoramiento induciendo acciones y abstenciones a favor de la protección del ambiente. Su contenido es difuso, ya que abarca las relaciones normadas por todo el espectro jurídico en cuanto esas relaciones condicionan el ambiente”. 6

La constitución nacional dice que el ambiente constituye un principio rector del Estado. Ello surge del reconocimiento de la obligación que tienen los Estados (nacional y provincial) de proteger los recursos naturales (art. 41 y 124 C. N. y 125 C. P.). No hay ninguna duda, dice el Doctor Mario Valls 7, que es un deber indelegable del Estado preservar la salud de la población y con ello se relaciona íntimamente el saneamiento ambiental y la prohibición de ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de radio activos (art. 41 C.N. y 28 C.P.) 7. “El art. 41 de nuestra Constitución nacional reconoce al ambiente como un derecho colectivo, al otorgar a todas las personas el derecho a gozar de un ambiente sano y a participar en las decisiones que puedan afectarlo. Establece el amparo colectivo para proteger al ambiente (art. 43). Reconoce la integridad cultural de las comunidades indígenas (art. 75 inc. 17) sin perjuicio del respecto a la identidad y pluralidad cultural (art. 75 inc. 19), lo que concuerda con el 2do. Párrafo del art. 41 que exige a las autoridades “...la preservación del patrimonio cultural...”, como integrante del derecho al ambiente.”8

El reclamo ambiental y el discurso jurídico aplicado al caso

Los reclamos ambientales se pueden realizar por distintas vías procesales y pueden efectuarlo los ciudadanos en su carácter de tales que se consideren afectados. Así, el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado se exige por la vía procesal del amparo. Homero Bibiloni expresa que: “...el tratamiento normativo de la acción de amparo en la Constitución de 1994 y luego en su recepción normativa le ha quitado al instituto el carácter de remedio excepcional y de interpretación restrictiva que tenía, transformándolo en un instrumento formidable al servicio de la comunidad, el resultado es un instituto procesal remodelado, acorde con las exigencias de estos nuevos tiempos”. 9

Cómo y quién lo puede efectuar es algo que lo diferencia del derecho común por cuanto cuando hablamos de legitimación activa en materia ambiental la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha fijado un criterio amplio. Así, la S.C.B.A. (Ac. 60094 S 19-5-1998, “Almada, Hugo Néstor c/ Copetro S. A. y otros/ Daños y perjuicios”), ha resuelto: “La titularidad personal de un derecho o un interés legítimo no desaparece cuando el derecho o el interés son compartidos con y por otros, o con y por todos los demás que se hallan en igual situación...”. Dice la Corte: “El individuo ostenta un interés propio, y por añadidura, conforma o forma parte de otro interés distinto, colectivo, de pertenencia difusa, si se quiere, pero que también le confiere legitimación para accionar.” Por su parte, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su artículo 28 trata expresamente la protección al ambiente y lo ubica como un derecho de todos los habitantes de la provincia al decir: “Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras”. “La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambiental adecuada”. 10

El art. 43 legitima explícitamente al afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a proteger el derecho al ambiente, registradas conforme a la ley, para

plantear por vía de amparo la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva del derecho constitucional al ambiente (art. 43).

La Suprema Corte Nacional ha sido rigurosa en cuanto a que la denuncia del daño ambiental no puede realizarse en forma genérica, y que debe precisarse el modo en que se habría producido la degradación ambiental que se pretende imputar, al igual que al momento de indicar los responsable, sin perjuicio de la solidaridad establecida en el art. 31 de la Ley General del Ambiente. Ello, con fundamento en el derecho constitucional de defensa en juicio. Por ello, hizo lugar a la excepción de defecto legal, expresando: “Que en el sub lite se configura ese extremo (por la excepción antedicha) ya que, la sola lectura del escrito de demanda es suficientemente demostrativa de las deficiencias en que se ha incurrido en su elaboración, en la medida en que la generalidad de sus términos hace extensible la pretensión a toda alteración del medio ambiente eventualmente producida en la denominada "Cuenca Neuquina" que tenga su origen en la explotación del hidrocarburo en cualquiera de sus formas, con total indiferencia por precisar la causa fuente del daño, o la pluralidad de ellas, por individualizar a los agentes productores de éste, por diferenciar la aportación de cada uno de ellos en el proceso causal del deterioro que se invoca resultante y, en su caso, la gravedad”. 11

Reclamo por daños ambientales en la legislación argentina: Ley General del Ambiente, presupuestos mínimos ambientales.

La constitución nacional impone al Estado la protección ambiental y prohíbe introducir al país residuos actual o potencialmente peligrosos. El art. 43, norma y reconoce la acción de amparo ambiental y, de ese modo, lo complementa. El art. 41 norma el Derecho al ambiente como el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano. Se plasma el Deber de preservar el ambiente en buen estado. Su incumplimiento dará lugar a resarcimiento y reparación y cualquier ciudadano o habitante que se considere lesionado podrá exigir y pedir. Todo ciudadano puede accionar en defensa del ambiente propio y ajeno y tiene derecho a que la comunidad le resarza los perjuicios sufridos y los gastos incurridos en el cumplimiento de su deber. La Constitución nacional establece los "presupuestos mínimos" que se deben respetar.

El Congreso de la Nación, mediante la ley 25.675, intentó definir esos presupuestos mínimos que debe dictar acotando su objeto al de imponer las condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental (art. 6º). Prohibición de introducir al país residuos actual o potencialmente peligrosos Atribuye jerarquía constitucional a la prohibición anticipada en 1991 por la ley 24.051 de Residuos Peligrosos (art. 3º). La ley 25.675 de protección del Ambiente define los presupuestos mínimos de protección ambiental: 25.612 de Residuos Industriales, 26.916 de Residuos Domiciliarios, 25.688 de Gestión Ambiental del Agua, 26.331 de Bosques Nativos, 26.562 de Eliminación de Vegetación mediante el Uso del Fuego, 26.639 de Protección Ambiental para la Preservación de los Glaciares, y 26.815 de Protección Ambiental contra Incendios Forestales y Rurales. 12

“La ley General del Ambiente establece los presupuestos mínimos generales para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sostenible. Establece también un marco general sobre información y participación en asuntos ambientales, la responsabilidad por daño ambiental y la educación ambiental. La nueva distribución de competencia legislativa entre la Nación y las provincias (arts. 75 inc. 12 y 121 C.N.), se orienta a lograr una más equilibrada y homogénea tutela ambiental en las distintas provincias argentinas a partir de la determinación de niveles mínimos de protección uniforme o común en todo el territorio, a lo que contribuye la política ambiental de concertación prevista en la Ley General del Ambiente”. 13

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con competencia originaria, y algunos tribunales de la Nación, han reconocido que aquellos afectados, persona física o jurídica, que se sientan con derecho a reclamo, pueden reclamar por un interés individual o colectivo por un daño ambiental que los afecte a sí o a terceros. Así, en “Kattan, Alberto E. y otro c/ Estado Nacional, ha reconocido y aceptado el reclamo colectivo. Entiendo que quién reclama invocando un interés colectivo, debe necesariamente indicar y fundamentar las razones por las que lo involucra o afecta. El individuo ostenta un interés propio, y por añadidura, conforma o forma parte de otro interés distinto, colectivo, pero que también le confiere legitimación para reclamar aun cuando no sea un damnificado directo. En la causa “Kattan” 14 se establece un criterio de legitimación activa amplio que fue trascendental y novedoso. La demanda fue motivada por dos autorizaciones de empresas japonesas dadas por el Poder Ejecutivo para pescar catorce toninas overas, circunstancia que los demandantes consideraban que podía resultar, de concretarse, de importancia suficiente como para alterar el ambiente en que habitaban estos animales y la forma y expectativas de vida de los mismos. Solicitaban en su presentación la suspensión de dichos permisos hasta tanto existan estudios acabados acerca del impacto ambiental y faunístico que dicha caza pueda provocar. El gran aspecto a destacar en Kattan es la legitimación y esta al ser más amplia requiere una fundamentación mayor, más completa, porque estoy reclamando sin ser un damnificado directo. Tendré que demostrar que como ciudadano hay una afectación al ambiente donde vivo.

Daños ambientales derivados de un hecho marítimo portuario. Fundamentación

Las relaciones que suceden en un ámbito portuario y sus inmediaciones comprenden el ambiente donde estas se desarrollan. Por lo cual, involucran la aplicación del derecho ambiental en igual forma que la legislación del derecho de la navegación. El ambiente marítimo portuario está sometido a variadas normas jurídicas que sancionen las distintas comunidades sobre las que se extienda. Podemos decir que tanto el derecho marítimo portuario como el derecho ambiental, es un derecho integral, porque distintas legislaciones lo regularán tanto de derecho público (penal, administrativo, constitucional) como de derecho privado (legislación agraria y rural, código civil y comercial. A su vez distintas regulaciones pueden aplicarse en forma conjunta así un mismo hecho es producto de normativa provincial, nacional o municipal a la vez. “Esta distribución normativa es una consecuencia jurídica de la forma de gobierno adoptada y de la metodología legislativa que la Constitución Nacional impone. A ello hay que agregar, además, que si bien el derecho argentino siempre registró las presiones sectoriales y regionales sobre el ambiente e incorporó normas ambientales a la Constitución Nacional en 1994, hasta finalizar el siglo, la única ley específicamente ambiental federal era la 24.051, que norma los residuos que considera peligrosos y los somete a la jurisdicción nacional (art. 1º, ley 24.051), pero en las últimas décadas del siglo pasado el Congreso aprobó muchos tratados internacionales de sustancia ambiental y de otras materias que contienen cláusulas ambientales. De ese modo se fueron diseminando por todo el derecho federal argentino normas jurídicas ambientales de fuentes internacionales sobre temas determinados. En 2002, el Congreso empezó a sancionar una multiplicidad de leyes ambientales que proveyeron una miscelánea de medidas singulares y parciales, protectoras del ambiente, uniformes, por ser normas de fondo y presupuestos mínimos, pero que no proveen un ordenamiento de la legislación ambiental federal ni de sus principios generales, sino que aumentan su dispersión. De ese modo, no alcanzan a resolver la variedad de temas ambientales que se suscitan, y la interpretación y la aplicación del sistema jurídico ambiental se dificultan cada vez más. En conclusión, lo ambiental siempre estuvo legislado; el Congreso de la Nación no lo legisló mediante

cuerpos sistemáticos, sino parcialmente e incorporando normas ambientales a distintas leyes que sancionaba, por lo que cada vez más leyes rigen el ambiente”. 15

Así se constituye un marco jurídico ambiental heterogéneo, extenso, en constante expansión, integrado por normas que se van incorporando a través del tiempo constantemente. Es dinámico y reglamentario. La coordinación de estas a la hora de su aplicación constituye una tarea compleja que el Juez debe apreciar, solucionar y contemplar. Reconoce la doctrina y la jurisprudencia la importancia de su incorporación en el texto constitucional de 1994. “El abordaje del tema medio ambiental en la Argentina reconoce un “antes” y un “después” delimitado por la reforma constitucional de 1994. Hasta la reforma la normativa vigente estaba signada por la fragmentación. A partir de la reforma el enfoque holístico del tema y el mandato proteccionista se han hecho nítidos, pero su implementación constitucional sigue denominada, en gran medida, por la fragmentación y aún por la contradicción. La fragmentación proviene del subsistente y, en ocasiones ineludible abordaje normativo sectorial del tema ambiental y remite a la pregunta: es posible concretar objetivos satisfactorios (consistentes y durables) a partir de normativas medioambientales que analicen cada recurso en particular (flora, fauna, suelo, aire, etc.) o, es necesario hacerlo desde una perspectiva global ?. En el primer caso (legislación específica por recurso), no terminará consagrándose o convalidándose una situación de privilegio de algún recurso natural por sobre otro, basándose en razones económico- productivas antes que científico- proteccionistas?, no terminarán anulándose los efectos positivos propios de la utilización racional de cada recurso específico, en la medida en que la “preservación de todos en forma simultánea” conlleva imprimir “desde afuera de la economía” un mismo ritmo de utilización a recursos rentables y no rentables?. La “contradicción” se genera cuando distintas especialidades del derecho asumen el bien jurídico a tutela de modo diferente, reinstalándose el debate en torno al punto de equilibrio entre autoridad y libertad, comunidad y sociedad, Estado y Mercado”. 16

Conclusiones

La construcción de cualquier discurso jurídico de reclamos de naturaleza ambiental debe contemplar las premisas y principios que las ciencias naturales poseen y aplican. El litigante necesariamente deberá conocer y acompañar estudios científicos y pericias realizadas por expertos. En derecho ambiental las ciencias naturales son tan importantes como las normas jurídicas y la legislación aplicable al tema nacional e internacional. Es otra lógica que brinda mayor certeza al juzgador, quién si bien no está obligado a seguir el dictamen, tendrá que brindar las razones por las cuales se aparta de este en todo o en parte. Esto modifica el discurso y la descripción de la teoría del caso a aplicar. A su vez, las características integrales del derecho ambiental que comprende aspectos de derecho público y privado y es integral e internacional, proporciona al litigante herramientas a tener en cuenta a la hora de formular sus reclamos, defender los intereses de su representado y tratar de demostrar sus razones con la mayor convicción posible. Será la fuerza de su discurso y los motivos de su fundamentación las que convencerán o no al Juez que su propuesta es posible.

Referencias bibliográficas:

- 1 Klatt, Matthias. “La Filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho (2929), 43 e-ISSN: 2386-4702/ ISSN: 0214-8676
- 2 Alexy, R. (1997), 213 y ss. Teoría de la Argumentación jurídica y Alexy, Robert. (2007).
- 3 Bandom. 2005, 37, 96, 108, citado por Klatt, (2017)

- 4 Vid Schauer, (1997), 911-922 Kumm contrasta la terminología de Alexy con diferentes sugerencias discutidas en la filosofía del derecho angloamericana, vid, Kumm, 2004. 576-578 citado por Klatt, Matthias. “La Filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho (2929), 43 e-ISSN: 2386-4702/ ISSN: 0214-8676).
- 5 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y perjuicios en Cuenca Matanza Riachuelo”, (8 de Julio de 2008)
- 6 Maddalena, Paolo. (1992) “Las transformaciones del Derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales”. Revista de Derecho industrial, Año 14 nro. 41, agosto 1992. Editorial De Palma.
- 7 Valls Mario. (Edición año 2016) Editorial Abeledo Perrot. Derecho ambiental.
- 8 Hutchinson, Tomás- Falbo, Aníbal J. (Edición 2011). Derecho Administrativo Ambiental en la Provincia de Buenos Aires. Librería Editora Platense. Págs. 70 a 72.
- 9 Bibiloni, Héctor Jorge, Cafferata, Néstor. (2005). El Proceso Ambiental. Derecho Administrativo y Derecho Ambiental. Revista Lexis Nexis, p. 397. Año 2005.
- 10 S.C.B.A. (1998) (Ac. 60094 S 19-5-1998, Almada, Hugo Néstor c/ Copetro S. A. y otros/ Daños y perjuicios”.
- 11 Corte Suprema de Justicia de la Nación autos “Asociación Superficiares de la Patagonia v/YPF S.A. s/daños y perjuicios” (2006) en resolución interlocutoria dictada con fecha 29 de Agosto de 2006.
- 12 Sbdar, Claudia B. “Los principios ambientales en materia de las decisiones judiciales”. La Ley. 9 de febrero de 2023.
- 13 M. Victoria Taylor y Diego P. “Breve sistematización de fallos en materia ambiental” Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, 16 de marzo de 2009.
- 14 “Kattan, Alberto E. y otro. c/ Gobierno Nacional. Poder Ejecutivo s/ Daños y Perjuicios”. 10/5/1983. J.N. Federal Contencioso Nacional en lo Contencioso administrativo federal nro. 2. Citado por Essain, José Alberto, en “Breve reseña de la jurisprudencia histórica en el Derecho Ambiental Argentino”. La Ley D.576.
- 15 Márquez Buitrago, Mauricio. “La protección del ambiente y los límites del derecho penal” Universidad de Caldas (www.dialnet.unirioja.es/servlet/fichero-articulo). ISSN-2017, publicado en Dial net jurídicas 2018.
- 16 Rosatti, Horacio D. “Derecho Ambiental Constitucional”. Rubinzal- Culzoni. Editores Santa Fe 30 abril de 2007).Daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo”.

INSTRUMENTOS APTOS PARA EVALUAR Y CONSTRUIR ARGUMENTOS JURÍDICOS

José Antonio Virginis¹

1.- Consideraciones previas

En el presente trabajo se expondrán diferentes instrumentos para evaluar y construir argumentos jurídicos utilizando tablas, esquemas y modelos con la finalidad analizar diferentes situaciones que se pueden presentar en un litigio.

Son herramientas que el jurista en general (jueces, fiscales, defensores, abogados) pueden utilizar para: a) evaluar el peso y la fuerza probatoria (tabla de probabilidad); b) dar respuesta a un planteo jurídico determinado (el Modelo de *Toulmin*); c) organizar la prueba y los argumentos (listados, cronologías y narraciones); d) analizar un caso completo (el *Chart Method de Wigmore*).

2.- Tabla de probabilidad

En general, se usa para evaluar el peso y la fuerza probatoria. Ahora bien, encontrar reglas de pruebas infalibles que aseguren una decisión justa, es por la naturaleza de las cosas, absolutamente imposible². Pero afirmar que no existen reglas de valoración significa que el Derecho no prescribe reglas generales sobre el peso o la fuerza de tipos específicos de pruebas aunque existen formas de ejercer un control limitado sobre valoración de las pruebas³.

Para ilustrar la cuestión, se utilizará como analogía la calificación de exámenes y la valoración de pruebas. En ese sentido, el punto de similitud se relaciona con el grado en que ambos modos de toma de decisiones constituyen una guía racional de justificación. Así, al momento de calificar con notas se espera que el proceso no sea completamente arbitrario, irracional o al azar, sin negar la existencia de un elemento personal inevitable en el momento de la decisión. Lo mismo ocurre con la valoración de las pruebas⁴.

Por ejemplo, al evaluar exámenes distinguimos entre:

- 1) Los modos convencionales de expresar notas o puntajes (porcentajes de 0 a 100, nota numérica de 0 a 10, aprobado o desaprobado).
- 2) Los estándares requeridos para alcanzar un resultado en particular (los estándares para la nota de aprobado, para obtener una distinción o reconocimiento).
- 3) Los criterios usados para asignar notas o las razones para realizar una particular calificación: Por ejemplo, para para determinados trabajos de posgrado al tenerse en cuenta:
 - a) identificación del problema jurídico planteado y formalidades requeridas del trabajo,
 - b) análisis crítico y reflexiones personales,
 - c) fuentes bibliográficas en cantidad y calidad que demuestren la investigación del tema.
- 4) Los modos para combinar juicios sobre las notas (determinar que la calificación final estará conformada por el resultado de la evaluación conjunta de dos factores: el primero y principal es un trabajo escrito, crítico y analítico, y el segundo de índole complementaria, es una calificación derivada de la participación informada en las discusiones desarrolladas en clases).

¹ Miembro titular del Departamento de Derecho Judicial de la Facultad de Derecho (Universidad Austral); Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba).

² Anderson, T.; Schum, D. y Twining, W., *Análisis de la prueba*, Título original: *Analysis of Evidencde. Second Edition*, -Cambridge, Cambridge University Press, 2005. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, p. 279.

³ *Ibidem*, p. 280.

⁴ *Ibidem*, p. 281.

5) La medida que tales criterios pueden ser expresados en reglas.

Al valorar la prueba, es necesario hacer algunas distinciones similares. En particular, diferenciar entre las siguientes preguntas, aunque están íntimamente relacionados tanto en la teoría como en la práctica:

- 1) ¿Cómo podemos expresar evaluaciones de peso? (esquema de notas).
- 2) ¿Cuáles son los estándares para las decisiones de cuestiones de hecho? (nota de aprobación).
- 3) ¿Cuáles son los criterios para evaluar la fuerza probatoria de elementos individuales de prueba o el peso conjunto de pruebas en un caso determinado? (razones para asignar o restar puntuación o para obtener una nota final global).
- 4) ¿En qué medida podría el Derecho probatorio prescribir reglas de peso o valoración? (las reglas de calificación).

En el discurso jurídico, es usual la invocación de términos que conllevan una evaluación de probabilidad. Los abogados, los jueces y los juristas hablan de credibilidad de las pruebas y de los testigos, o de la plausibilidad de un argumento, y de la verosimilitud de que un evento haya ocurrido vaya a ocurrir⁵.

POSIBILIDAD	FRECUENCIA	APUESTA	CREENCIA (SUBJETIVA)	FUERZA DEL RESPALDO (OBJETIVA)	NOTAS
1	100 por 100	No hay disputa	Yo sé	Más allá de toda duda	A+
0,9	90 por 100	9-1	Me consta	Abrumadora	A
0,8	80 por 100	8-2 / 4-1	Estoy seguro	Convincente	A-
0,7	70 por 100	7-3	Confío	Fuerte	B+
0,6	60 por 100	6-4 / 3-2	Yo pienso	Más probable que no	B
0,5	50 por 100	Iguala / 1-1	Me pregunto si	Igualmente equilibrado	B-
0,4	40 por 100	4-6 / 2-3	Sospecho	No muy probable	C+
0,3	30 por 100	3-7	Supongo	Improbable	C
0,2	20 por 100	2-8 / 1-4	Dudo que	Débil	C-
0,1	10 por 100	1-9	Dudo mucho que	Mínimo	D+
0	0	0	No creo	Cero	D/F

6

3.- El modelo de Stephen Toulmin

El modelo desarrollado por STEPHEN TOULMIN, tiene por finalidad la búsqueda de certezas mediante la aplicación y utilización de esquemas que permite dar respuesta a un planteo jurídico determinado.

La intención de TOULMIN fue oponerse a una concepción de la lógica que la redujera a una ciencia formal comparable con la geometría, ya que la misma aportaba poco o nada

⁵ Anderson, Schum y Twining, *ob. cit.*, p. 283. Los autores usan el término “probabilidad” en su sentido convencional como un término general para expresar juicios acerca de la fuerza y el efecto probatorio de la prueba, sin ningún compromiso necesario con algún criterio en particular para evaluar la corrección de específicos juicios de probabilidad.

⁶ Anderson, Schum y Twining, *ob. cit.*, p. 284. Tabla 8.1. Una tabla de probabilidad.

al razonamiento práctico, a la vida cotidiana, a la toma de decisiones, puesto que su perspectiva era la de la lógica práctica, operativa o explicada⁷.

Propuso como punto de partida el razonamiento jurídico y el proceso judicial, como un modelo de razonamiento práctico a partir del cual se pueda comprender las argumentaciones en general y evaluar su adecuación a contextos donde funcionan, con base a un esquema mínimo⁸.

El punto de partida es la constatación de que uno de nuestros modos de comportamiento lo constituye la práctica de razonar, de dar razones a otros a favor de lo que hacemos, pensamos o decimos⁹.

En el modelo de TOULMIN se distinguen los siguientes elementos¹⁰: a) la pretensión (*claim*), punto de partida y de llegada de nuestra argumentación; b) las razones (*grounds*), hechos específicos del caso, relevantes y suficientes, que dan cuenta de la corrección de la pretensión; c) la garantía (*warrant*), regla que permite el paso de un enunciado a otro, autoriza el enlace (regla de experiencia, norma o principio jurídico); d) el respaldo (*backing*), conjunto de informaciones que justifican la garantía aducida; e) los cualificadores modales (*qualifiers*), condiciones que modulan la fuerza de los argumentos; y f) las refutaciones (*rebuttals*), posibles refutaciones, reservas, objeciones, excepciones.

TOULMIN	TRADUCCIONES	TÉRMINOS AFINES	CONCEPTOS/DEFINICIONES
Claim	Pretensión Aserción	Conclusión Tesis Aseveración Proposición Asunto Causa Demanda Hipótesis	Es la mayor prueba de que la línea argumental se ha realizado con afectividad
Grounds	Bases Razones Datos	Fundamento Argumento Evidencia Soporte Base	
Warrant	Garantía Justificación		Esta permite la conexión entre la tesis y las evidencias
Backing	Respaldo	Apoyo	Es el apoyo que puede brindar a los argumentos
Modals qualifiers	Modalidad Cualificadores modales	Modalidad Matización	Indica el grado de fuerza o de probabilidad de la tesis
Rebuttals	Posibles refutaciones Reservas	Refutaciones Reservas Objeciones Excepciones Salvedad Limitaciones	Expresa posibles objeciones o refutaciones que se le puede formular

⁷ Chaumet, M. E., *Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo*, Editorial Astrea S.R.L., Buenos Aires, 2017, p. 121.

⁸ *Ibidem*, p. 122.

⁹ Atienza, *Las razones del derecho*, p. 138.

¹⁰ Ver Chaumet en *Argumentación*, pp. 122/127 para profundizar los conceptos y desarrollo del tema. Asimismo, ver en Atienza en *Las razones del derecho* pp. 135/165 el análisis de la teoría de Toulmin donde el autor español realiza una valoración crítica de la teoría y el aporte de la misma en lo referido a "Teorías de la Argumentación".

TOULMIN proponía un “razonamiento hacia atrás”, a partir de una proposición que se avanza, en busca de su explicación y justificación.

El esquema opera de la siguiente manera: a partir de una evidencia (datos) se formula una aserción (proposición). Una garantía conecta los datos con la aserción y se ofrece su cimiento teórico o experimental: el respaldo. Los cualificadores modales (claramente, sin duda) indican el modo en el que se interpreta la aserción como verdadera, contingente o probable. Finalmente se consideran sus posibles reservas u objeciones¹¹.

El esquema de TOULMIN para representar a los argumentos puede usarse para dar cuenta de la inferencia probatoria. Así DANIEL GONZÁLEZ LAGIER entiende que “*los hechos probatorios constituirían las razones del argumento; los hechos a probar, la pretensión o hipótesis del caso; la garantía estaría constituida por las máximas de experiencia, las presunciones y otro tipo de enunciados generales que correlacionan el tipo de hechos señalados en las razones con el tipo de hechos señalados en la pretensión; y el respaldo estaría configurado por la información necesaria para fundamentar la garantía*”¹².

El esquema en estudio, es una herramienta simple, de gran utilidad que puede utilizar cualquier magistrado para analizar la prueba aportada a la causa. Dicha tarea se efectúa realizando una revisión hacia atrás de lo ocurrido con la finalidad de dictar una sentencia debidamente fundada acorde a los hechos efectivamente ocurridos.

En caso que el oponente cuestione de alguna forma la pretensión, el proponente deberá dar razones (*grounds*) en favor de su pretensión inicial, que sean al mismo tiempo relevantes y suficientes¹³. Las razones no son pues teorías generales, sino los hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate.

La garantía (*warrant*) no es un enunciado que descifra hechos, sino reglas que permiten a autorizar el paso de enunciados a otros. ATIENZA utiliza el ejemplo del pastel para graficar la diferencia entre las razones y las garantías al señalar que los hechos o razones son como los ingredientes del pastel, la garantía es la receta en general¹⁴.

Para ello deberá indicar el campo general de información o el respaldo (*backing*) que está presupuesto en la garantía aducida, y que naturalmente, variará según el tipo de argumento.

Seguidamente, se proponen dos casos reales del fuero del trabajo para aplicar el modelo y analizar cada uno de los elementos que lo forman para ilustrar su funcionalidad.

3.1.- Caso de despido haciendo lugar a la demanda¹⁵

La demanda la inició una kinesióloga contra el centro médico donde prestó servicios en calidad de profesional dependiente y la relación laboral estuvo sin registrar. La actora cumplía un horario de trabajo, recibía órdenes de sus superiores, atendía a pacientes propios de la clínica y percibía una remuneración mensual mediante la facturación mensual en concepto de servicios. Ante la denuncia del contrato de trabajo la clínica negó la relación laboral y alegó la existencia de un contrato de locación de servicios. En la causa de probó y acreditó la relación laboral entre las partes.

¹¹ Chaumet, *Argumentación*, nota 9 p. 123.

¹² Chaumet, *Argumentación*, p. 324.

¹³ Cfr. Atienza, *Las razones del derecho*, p. 140.

¹⁴ Atienza, *Las razones del derecho*, p. 144.

¹⁵ Juzgado Nacional del Trabajo N° 30 autos Pedre Celeste c/ Semed Servicios S.A. s/ Despido, Expte. 56565/2012, Sentencia definitiva N°: 22.387 de fecha 8 de octubre de 2015.

(B) Respaldo: El art. 246 de la LCT dispone: "*Cuando el trabajador hiciese denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245*". El art. 8 de la ley 24.013 dice: "*...El empleador que no registre una relación laboral abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, computadas a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente...*".

(W) Garantía: Es la presunción establecida en el art. 23 de la LCT que dispone: "*El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio*".

(G) Razones: El desconocimiento de la relación laboral y de la deuda salarial por parte de la empresa ante el reclamo formulado por la trabajadora

(Q) Cualificadores modales: Según parece y conforme surge de la prueba producida en autos quedó probada la relación laboral denunciada por la actora.

(C) Pretensión: Obtener una sentencia condenatoria contra el empleador para que pague las indemnizaciones provenientes del despido y las multas por la no registración de la relación laboral.

3.1.1.- (B) Backing/Respaldo

Se trata de la normativa dispuesta en la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744) y Ley Nacional de Empleo (Ley 24.013), en que se basan los rubros reclamados en la demanda y que se encuentran detallados en el capítulo liquidación del escrito de inicio.

3.1.2.- (W) Warrant/Garantía

Está constituida por la presunción establecida en el artículo 23 de la LCT sobre la existencia de un contrato de trabajo y que correlacionan las razones (G) con la pretensión (C). La vinculación estaría dada por la siguiente afirmación: Las razones (G) que motivaron el inicio de la demanda (C) con la finalidad de obtener una sentencia condenatoria contra la accionada está dada por la presunción prevista en la LCT. Así, corresponde aplicar la presunción prevista en el art. 23 de la LCT puesto que opera igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales (locación de servicios) como tampoco obsta el hecho de que la actora haya emitido facturas y hubiese estado inscripta como monotributista, pues debe prevalecer el principio de la primacía de la realidad.

El fallo evidencia el punto en el siguiente pasaje: "*...En atención a los términos en que la accionada dedujera su defensa estimo necesario referir en forma previa que, como se ha sostenido en forma prácticamente unánime, el art. 23 de la LCT establece una presunción en favor del trabajador en función de la cual, el mero hecho de la prestación de servicios personales en favor de otro hace presumir la existencia de un contrato de trabajo. Así, el texto legal expresa -a mi juicio, en forma inequívoca- que lo que debe*

presumirse es la existencia de contrato de trabajo dependiente, sin que su texto autorice la lectura propuesta por un sector doctrinario minoritario que, al exigir la prueba del carácter subordinado de esos servicios, le resta toda virtualidad a la presunción legal...”.

3.1.3.- (G) Grounds/Razones

Se encuentran descriptos en la demanda y resumidos en los Autos y Vistos de la sentencia y se encuentra reflejado en el siguiente pasaje: “...*Manifiesta que no se encontraba registrada legalmente, que emitía facturas en concepto de honorarios (...) Relata que el 27/08/12 le negaron tareas (...) Frente a ello la demandada, (...) rechazó y negó la relación de dependencia manifestando que se trataba de una locación de servicios. Refiere que el 4/09/12 remitió Telegrama considerándose despedida e intimando por el pago de las sumas adeudadas y la entrega del certificado del Art.80 LCT. A fs.11 vta practica liquidación y asimismo reclama las indemnizaciones previstas en los arts. 80 de la LCT, 2 de la ley 25323, 8 y 15 de la ley 24013 y la entrega del certificado de trabajo...”.*

3.1.4.- (Q) Qualifiers/Cualificadores modales

Expresa toda posibilidad e indica el grado de fuerza o de probabilidad de la tesis.

“...En el caso bajo examen el análisis de las pruebas aportadas por las partes al proceso (conf. arts. 386 CPCCN y 90 de la LO) permiten tener por suficientemente probado que la Sra. Pedre ha prestado servicios de carácter personal e infungible en favor de Semed Servicios S.A. y, ningún elemento objetivo de juicio aportó la demandada a fin de demostrar que las labores prestadas obedecieran a un vínculo no laboral, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 21 a 23 LCT, tendré por probado que entre la demandada Semed Servicios S.A. y la demandante existió un vínculo de naturaleza laboral...”.

3.1.5.- (C) Claim/Pretensión

También se encuentra detallada en la demanda y en la sentencia en el siguiente pasaje del fallo: “...*La Sra. Celeste Pedre a fs.5/13 inicia demanda contra Semed Servicios S.A. en procura del cobro de los rubros salariales e indemnizatorios que a fs. 11 vta detalla...”.*

3.2.- Caso de despido rechazando la demanda¹⁶

El reclamo lo hizo un comerciante alegando que trabajó para una empresa y extendió la responsabilidad contra dos personas físicas en calidad de dueños o directivos de la misma. El actor sostuvo que la relación laboral estuvo sin registrar, cumplía un horario, recibía órdenes y cobraba un sueldo. El vínculo existente entre las partes fue la íntima amistad del demandante con uno de los directivos que le prestó sus oficinas para que desarrolle sus actividades, atienda a sus propios clientes y lleve a cabo su propio negocio. Ante la denuncia del contrato de trabajo todos los demandados negaron la relación laboral y se denunció la íntima amistad con uno de sus integrantes. La demanda fue rechazada por no probarse el mentado vínculo laboral entre las partes.

¹⁶ Juzgado Nacional del Trabajo N° 37, autos: “Viaytes Christian Ariel c/ Rysound International S.A. y otros s/ Despido”, Expte. N° 18.298/2011, Sentencia Definitiva N° 12.369 de fecha 27 de mayo de 2015.

(B) Respaldo: El art. 246 de la LCT dispone: "*Cuando el trabajador hiciere denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, tendrá derecho a las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245*". El art. 8 de la ley 24.013 dice: "*...El empleador que no registre una relación laboral abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, computadas a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente...*".

(W) Garantía: Es la presunción establecida en el art. 23 de la LCT que dispone: "*El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio*".

(G) Razones: El desconocimiento de la relación laboral y de la deuda salarial por parte de los demandados ante el reclamo formulado por el trabajador.

(R) Refutación: .- Del El análisis de las pruebas reseñadas, valoradas conforme a las reglas de la sana crítica se concluye que no ha existido vínculo laboral alguno entre el actor y la demandada al no haberse acreditado los extremos fácticos en los que el demandante funda su pretensión.

(C) Pretensión: Obtener una sentencia condenatoria contra el empleador para que pague las indemnizaciones provenientes del despido y las multas por la no registración de la relación laboral.

3.2.1.- (B) Backing/Respaldo

Se trata de la normativa dispuesta en la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744) y Ley Nacional de empleo (Ley 24.013), en que se basan los rubros reclamados en la demanda y que se encuentran detallados en el capítulo liquidación del escrito de inicio.

3.2.2.- (W) Warrant/Garantía

Está constituida por la presunción establecida en el artículo 23 de la LCT sobre la existencia de un contrato de trabajo y que correlacionan las razones (G) con la pretensión (C). La vinculación estaría dada por la siguiente afirmación: Las razones (G) que motivaron el inicio de la demanda (C) con la finalidad de obtener una sentencia condenatoria contra los accionados está dada por la presunción prevista en la LCT y para que juegue la misma, los ser vicios deben haberse prestado en relación de dependencia para otro siendo esta la nota tipificante tanto de la relación como del contrato de trabajo.

3.2.3.- (G) Grounds/Razones

Se encuentran descriptos en la demanda y resumidos en los Autos y Vistos de la sentencia reflejados en el siguiente pasaje: "*A fs. 6 el actor inicia demanda contra Rysound International S.A., Martín Esteban Martínez y contra Gerardo Giunta (...) Sostiene que la relación laboral se mantuvo en la total clandestinidad. Que comenzaron a adeudarle salarios, por lo que en fecha 18/11/10 le remitió a su empleadora la CD 943351065,*

intimándola a regularizar la situación laboral, entregar certificados de trabajo y de depósitos de aportes, y a abonar SAC y vacaciones adeudadas, salarios de septiembre y octubre de 2010 y comisiones directas e indirectas por ventas y cobranzas desde enero del 2010, todo ello bajo apercibimiento de considerarse despedido (...) Plantea la responsabilidad solidaria de Martín Esteban Martínez y Gerardo Giunta, en su calidad de dueños reales y ostensibles de la explotación de la firma Rysound. Funda su derecho, practica liquidación, ofrece prueba y peticona...”.

3.2.4.- (R) Rebutals/Refutación

Expresa las posibles objeciones o refutaciones que se pueden formular a la procedencia o no de la pretensión o de la demanda instaurada por el trabajador.

“...Los fundamentos que anteceden y la orfandad probatoria señalada conducen derechamente al rechazo de la acción entablada por ausencia de causa que la genere (art. 499 del C.C.), por cuanto –reitero- no se encuentra demostrado que entre las partes medió un vínculo de naturaleza laboral. Así lo declaro...”.

3.2.5.- (C) Claim/Pretensión

El actor inicia demanda contra los demandados y plantea la responsabilidad solidaria de los mismos, en su calidad de dueños reales y ostensibles de la explotación de la firma demandada, funda su derecho, practica liquidación, ofrece prueba y peticona.

4.- Listados, cronologías y narraciones

Una de las fortalezas del método de esquema es su utilidad para organizar la prueba y los argumentos. En el listado, cada una de las *probanda* penúltimas¹⁷ es un encabezado principal en el esquema.

Las cronologías pueden ser usadas para comprobar la integridad de un análisis en cualquier etapa de una investigación. En la mayoría de los casos, es útil construir tres tipos de cronologías: a) cronologías testigo por testigo, b) cronologías de documentos y demás prueba tangible, y c) una cronología maestra¹⁸.

Esto sirve para tres propósitos¹⁹:

Primero: provee una base para evaluar la integridad y la consistencia de la probable declaración de un testigo. ¿Existen hechos adicionales que este testigo debería conocer? ¿Hay ambigüedades o inconsistencias que necesitan ser aclaradas y resueltas?

Segundo: provee una base a partir de la cual el abogado puede identificar las diferentes maneras en la que la declaración del testigo puede ser presentada para hacerla estratégicamente efectiva. ¿En qué parte del relato que ha de ser establecido (o refutado) en juicio encaja esta declaración del testigo? ¿Puede esta declaración ser organizada para presentar un capítulo coherente y efectivo de ese relato?

Tercero: las cronologías de testigo (y las de prueba tangible) proveen la base para construir la cronología maestra.

La cronología maestra coloca todos los eventos, que son o podrán ser relevantes para el caso, en el orden en el que ocurrieron. En las primeras etapas de un caso, la cronología maestra permite al analista identificar lagunas que requieren más investigación e hipótesis

¹⁷ Son proposiciones simples, cada una de las cuales afirma un elemento del delito, pretensión o defensa que debe ser establecido, para que quien las propone prevalezca. Las *probanda* penúltimas de un caso pueden derivarse del *probandum* o *probanda* finales para el caso y representar la descomposición de una proposición compleja en proposiciones simples que identifican cada uno de sus componentes esenciales. Para casi todos los efectos, cada una de las *probanda* penúltimas es un hecho material o un hecho en cuestión. Cfr. Anderson, Schum y Twining, *ob. cit.*, p. 449.

¹⁸ Anderson, Schum y Twining, *ob. cit.*, p. 191.

¹⁹ *Ibidem*, p. 191.

que deberían ser explotadas. En las etapas finales de un caso, se convierte en un mecanismo para testear la integridad del esquema o listado que el analista ha preparado. En cualquier etapa provee la base para identificar en la prueba los relatos posibles²⁰.

Dicho listado de eventos permite analizar en un primer tramo elementos de relevancia para detectar si hubo o no prevención en el lugar del accidente, si se han realizado o no tareas de reparación, control, inspección u otras, si se han hecho o no cursos de capacitación al personal, si hubo o no inspecciones, si existen o no antecedentes por siniestros anteriores o similares, si se realizaron auditorías en la gestión de prevención, etc.

La narración, como herramienta analítica, puede ser usada para construir relatos lógicos que pueden ser respaldados por prueba. Una narración es una herramienta que complementa, pero no puede sustituir un análisis detallado, y que al usarla, el analista está interesado en construir relatos que ordene la prueba de manera tal que otorguen respaldo lógico a su teoría del caso²¹.

5.- El Chart Method de John H. Wigmore

JOHN H. WIGMORE distinguió dos partes en el estudio de la prueba: una se refiere a la prueba, en general, esto es, al razonamiento probatorio o sobre cuestiones de hecho; y la otra, a la regulación jurídica de la prueba, al Derecho probatorio. Pensaba que en los estudios académicos sólo se había prestado atención a la segunda parte y, por ello, se propuso desarrollar la primera. Para ello, para dar cuenta de las inferencias probatorias, ideó un método el *chart method*²².

El método de WIGMORE después de su muerte en 1943 había caído en el olvido, y a partir de los sesenta autores como WILLIAM TWINING, TERENCE ANDERSON y DAVID SCHUM lo han vuelto a poner en circulación, introduciendo en el mismo algunos cambios que consistieron en simplificarlo para ser más fácil su utilización²³.

5.1.- Características del *chart method*

Se trata de un método flexible que puede ser utilizado por diversos operadores jurídicos y en diversas fases del proceso, que permite tanto un análisis completo del caso, como un análisis pormenorizado de una de las fases del proceso argumentativo: o sea, un análisis macro o micro²⁴.

Es una técnica específica para analizar un cuerpo complejo de elementos de prueba. En relación con un determinado caso o cuestión disputada de carácter fáctico, todos los datos que son relevantes y potencialmente utilizables en un argumento a favor o en contra de una conclusión particular (“el último *probandum*”)²⁵ se analizan en proposiciones simples que se incorporan en un listado de proposiciones.

Las relaciones entre todas las proposiciones del listado que se presentan entonces en forma de un diagrama usando una serie de símbolos prescitos, de manera que el producto final es un diagrama de (un típicamente complejo) argumento²⁶.

²⁰ *Ibidem*, p. 192.

²¹ Anderson, Schum y Twining, *ob. cit.*, p. 192.

²² Atienza, *Curso de Argumentación*, *ob. cit.*, p. 445.

²³ *Ibidem*, p. 445. El método de Wigmore usaba 64 símbolos y fue reducido a 8.

²⁴ Atienza, *Curso de Argumentación*, *ob. cit.*, p. 445.

²⁵ *Probandum* literalmente es una proposición que debe ser probada. Una *probandum* final es una proposición que debe ser probada por la parte que la afirma, en algún grado especificado, para poder ser exitosa en el caso, por ejemplo, los hechos materiales o hechos en cuestión. Cfr. Anderson, Schum y Twining, *ob. cit.*, p. 449.

²⁶ Atienza, *Curso de Argumentación*, *ob. cit.*, p. 446.

5.2.- Utilidades del *chart method*

- 1.- El método es semejante a tablas cronológicas, índices, historias y otros dispositivos en cuanto es útil para ordenar o manejar cuerpos complejos de datos, de manera que pueden ser considerados como un todo; difiere de ellos que el principio organizativo es la relación lógica entre proposiciones en un argumento más bien que la secuencia temporal, la coherencia narrativa, la fuente (de prueba), el orden alfabético o la taxonomía (clasificación u ordenación en grupos de cosas que tienen unas características comunes).
- 2.- El método es también útil para identificar puntos fuertes y débiles en un argumento y para someter esos puntos clave a un análisis riguroso, detallado, microscópico.

5.3.- Las bases del *chart method*. La metodología de los siete pasos²⁷

PASOS	CONTENIDO DE CADA PASO
Paso 1: Clarificar el punto de vista del analista	Dando respuestas claras y precisas a cuatro preguntas: ¿Quién soy? ¿En qué etapa de qué proceso estoy? ¿Qué materiales están disponibles? ¿Qué estoy tratando de hacer? Uno de los principales valores de un método de análisis riguroso es ser una herramienta para organizar, ordenar o estructurar la prueba y las inferencias derivadas de ella, como algo preliminar para perseguir algún otro objetivo. Así el objetivo normalmente es evaluar la prueba ofrecida para determinar si un caso fue correcta o justificablemente decidido con referencia a algún estándar determinado.
Paso 2: Formular cuidadosa y precisamente el potencial probandum final o las probanda	El primer paso debe ser formular (o identificar) las proposiciones de derecho aplicables. Las proposiciones sustantivas constituyen las premisas mayores; el <i>probandum final</i> o las <i>probanda</i> son las premisas menores –aquellas proposiciones fácticas que si se encuentran probadas en el grado requerido, obligan o apoyan la conclusión que la parte con la carga de la prueba debe resultar victoriosa-.
Paso 3: Formular potenciales probanda penúltimas	Habitualmente el <i>probandum final</i> o las <i>probanda</i> son proposiciones complejas con más de una condición que debe ser satisfecha. Determinar las <i>probanda penúltimas</i> , inicialmente y como mínimo, requiere que el analista convierta el complejo <i>probandum final</i> en una proposición compuesta y dividida (y a menudo subdivida) esa proposición en proposiciones componentes simples.
Paso 4: Formular las teorías provisionales del caso	La teoría del caso es la afirmación lógica formulada como un argumento que apoya una o más conclusiones sobre el caso como un todo. La división del <i>probandum final</i> en oraciones declarativas simples que constituyen las <i>probandas penúltimas</i> , identifica los principales “hechos de importancia” del caso. La especificación de una teoría del caso provisional hace posible usar un <i>probandum penúltimo</i> como un “imán para atraer las proposiciones probatorias relevantes. Los datos probatorios deben ser registrados en una forma proposicional, siendo la cronología una herramienta común.

²⁷ Anderson, Schum y Twining, *ob. cit.*, pp. 166-177.

<p>Paso 5: Formular la lista clave</p>	<p>1.- ¿Qué es una lista clave? Es una lista numerada de proposiciones, donde colectivamente debe incluir cada proposición que el analista concluya que es importante para los argumentos en respaldo o en contra del <i>probandum final</i>.</p> <p>2.- Formular las proposiciones El primer paso es identificar aquellos ítems de datos probatorios que están disponibles para ser ofrecidos y convertirlos en proposiciones simples (Ej.: proposiciones que implican solo una condición y susceptibles de calificarse como “verdaderas / falsas”; “probadas / no probadas”, etc.). El siguiente paso es identificar cada proposición inferida que sea necesaria para mostrar cómo una proposición probatoria respalda o socava un hecho de importancia (Ej.: la credibilidad de un testigo).</p> <p>3.- Seleccionar proposiciones para ser incluidas Del universo de datos disponibles, la lista clave puede (y probablemente debe) limitarse a lo que es relevante para el <i>probandum final</i>.</p> <p>4.- Ordenar las proposiciones en la lista clave Las proposiciones en la lista clave final deberían estar ordenadas, tanto como sea posible, para que la estructura del argumento sea visible de inmediato.</p>
<p>Paso 6: Preparar el(los) producto(s)</p>	<p>Los productos finales son el esquema y la lista clave.</p>
<p>Paso 7: Refinar y completar el análisis</p>	<p>El esquema y lista clave son medios, no fines. El fin es desarrollar un análisis lógicamente sólido, que a la luz de los objetivos específicos de quien analiza, organice un conjunto de pruebas y esquematice las inferencias necesarias para relacionar todos los datos relevantes que son significativos para la proposición final de la cuestión. Normalmente el proceso de revisión y de refinamiento es continuo, con juicios previamente efectuados que se revisan en cada paso sucesivo del análisis.</p>

5.4.- El esquema de Wigmore fuera del *Common Law*

Al igual que en el caso del modelo de Toulmin, también se proponen dos casos reales del fuero del trabajo para aplicar el esquema y analizar cada uno de los elementos que lo forman para ilustrar su funcionabilidad.

El primer caso propuesto para aplicar el esquema es un reclamo de un trabajador que sufrió lesiones en su columna vertebral como consecuencia de las tareas repetitivas y de esfuerzo que realizaba en un frigorífico. Se demandó a la empleadora y a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo por haber incumplido con el deber de prevención que estaba a su cargo.

En dicho esquema se analizan las cuestiones de hecho, la evidencia, el deber de cuidado, la previsibilidad, la ruptura del deber, la consecuencia y los daños.

TEORÍA JURÍDICA	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL				
ELEMENTOS DE LA TEORÍA	DEBER DE CUIDADO	PREVISIBILIDAD	RUPTURA DEL DEBER	CONSECUENCIA	DAÑOS
RELATO (CUESTIONES DE HECHO)	A cargo de la demandada y de la ART (Aseguradora de Riesgos del Trabajo).	Se debieron haber tomado medidas de prevención por parte de la empleadora que pudieron consistir, en rotar de puesto, cambiar la forma de trabajo con la ayuda de más compañeros, provisión de elementos de traslado en buen estado, la revisión del lugar de trabajo respecto a las condiciones del espacio laboral, controles médicos periódicos, control y supervisión de la ART, realización de cursos de capacitación, etc.	No se acredita: a) la provisión de medios facilitadores del traslado ni para preservar su integridad física, b) que fuera rotado en sus tareas de modo de morigerar semejantes exigencias. Los elementos a manipular resultaban impropios para su movimiento y traslado inocuo, poseyendo una calidad por ende viciosa, debiendo así la empleadora responder por las consecuencias dañosas que tal situación provocó al actor.	El trabajo en posiciones forzadas repetitivas han actuado sobre los discos afectados comprimiendo las raíces nerviosas con los síntomas de lumbociatagias agudas. Tal conclusión debe tenerse por correcta atendiendo a los antecedentes y estudios complementarios practicados al actor, los cuales otorgan rigor científico y plena objetividad a la misma.	El actor presenta una hernia discal que comprime las raíces lumbosacras L5-S1 produciéndose lumbociatagias con trastornos neurológicos compatible con la mecánica referida en autos con secuelas lumbociatagias crónicas L4-L5 y L5-S1 bilateral a predominio izquierdo, dolores parestésicos irradiados a los miembros limitación por contractura antálgica columna de carácter parcial y permanente equivalente a la pérdida de 20 % del T.O.
EVIDENCIA (PRUEBA)	Contrato de afiliación entre empleadora y ART.	Prueba testimonial.	Prueba testimonial.	Prueba testimonial.	Pericia médica.

28

El segundo caso propuesto es un reclamo de una trabajadora que también sufrió lesiones en su columna vertebral como consecuencia de las tareas repetitivas y de esfuerzo que realizaba en un supermercado. También se demandó a la empleadora y a la Aseguradora de Riesgos del Trabajo por haber incumplido con el deber de prevención.

²⁸ Juzgado Nacional del Trabajo N° 24, autos “Luciano Miguel Esteban c/ MAPFRE Argentina ART y otra s/ Accidente – Acción Civil”, Expte. N° 50820/2010 Sentencia Definitiva N° 13.595 de fecha 19 de marzo de 2014.

TEORÍA JURÍDICA	RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL				
	ELEMENTOS DE LA TEORÍA	DEBER DE CUIDADO	PREVISIBILIDAD	RUPTURA DEL DEBER	CONSECUENCIA
RELATO (CUESTIONES DE HECHO)	A cargo de la demandada y de la ART (Aseguradora de Riesgos del Trabajo).	No se tomaron medidas de prevención por parte de la empleadora y de la ART que pudieron consistir, en rotar de puesto, cambiar la forma de trabajo con la ayuda de más compañeros, provisión de elementos de traslado en buen estado, la revisión del lugar de trabajo respecto a las condiciones del espacio laboral, controles médicos periódicos, control y supervisión de la ART, realización de cursos de capacitación, etc.	No hay constancias de entrega de elementos de seguridad a la actora. Hay constancias de visitas efectuadas, pero no hay constancias de registros de cursos ni de exámenes médicos realizados.	En el caso existe: a) una relación etiológica entre las tareas prestadas para la demandada y la incapacidad determinada: los movimientos repetitivos y constantes por la carga de pesos considerables en el desempeño de su actividad laboral durante más de seis años; b) una relación cronológica: ya que las secuelas se agravaron al transcurrir el tiempo de trabajo conforme las licencias médicas otorgadas por la accionada que fueron descriptas en la contestación de demanda; c) una relación topográfica: toda vez que coinciden plenamente la lesión reclamada con los segmentos corporales activos durante la mecánica de las tareas realizadas.	La actora presenta una incapacidad parcial y permanente del 15% más factores de ponderación atribuible al trabajo por su artrosis lumbar con discopatías discales múltiples. Presenta un cuadro de reacción vivencial neurótica con componente depresivo grado II, que guardaría relación causal con las lesiones columnarias. Estima que posee, entonces, un 5% de incapacidad psicológica en relación con el trabajo. Fija, en definitiva, la incapacidad psicofísica parcial y permanente del 24,80% en relación al trabajo.
EVIDENCIA (PRUEBA)	Contrato de afiliación entre empleadora y ART.	Prueba testimonial. Pericia Contable. Pericia Técnica. Pericia Médica	Prueba testimonial. Pericia Contable. Pericia Técnica. Pericia Médica	Prueba testimonial. Prueba informativa del Centro Gallego. Pericia contable. Pericia Técnica. Pericia Médica.	Pericia médica.

29

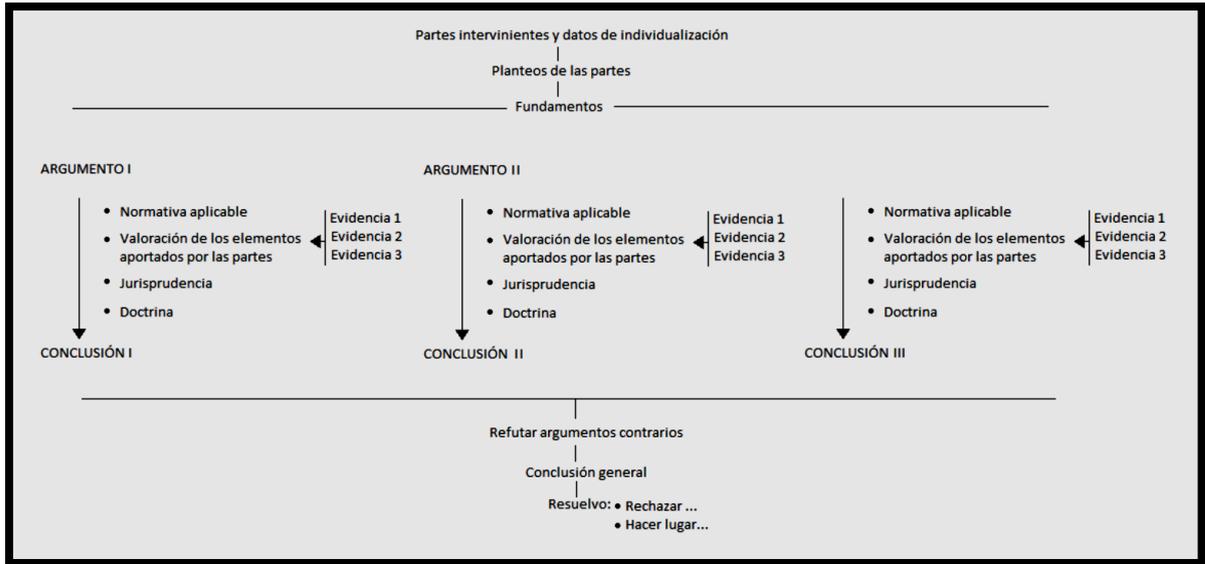
6.- La inclusión de diagramas argumentativos

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 que ayuda llevarlo a cabo.

Cabe agregar que tales diagramas permiten visualizar y tener un esquema.

²⁹ Juzgado Nacional del Trabajo N° 37, autos “Fernández, Noemí Sara c/ Horizonte Cía. Argentina de Seguros y otra s/ Accidente – Acción Civil”, Expte. N° 8935/2011 Sentencia Definitiva N° 12.760 de fecha 30 de marzo de 2017.

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 siguientes³⁰: 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.



31

³⁰ Atienza, *ob. cit.*, pp. 429-431.

³¹ 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.

HOLISMO SEMÁNTICO Y DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE DERECHOS HUMANOS EN LA ADJUDICACIÓN. PRESUPUESTOS EPISTEMOLÓGICOS DESDE LAS TEORÍAS SUSTANCIALISTAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Eliana De Rosa

Como es sabido, la configuración del actual escenario jurídico constituye el producto de la confluencia de al menos tres factores: (i) En primer lugar el advenimiento del llamado neo constitucionalismo, que ha supuesto la incorporación y jerarquización de principios a la par de las normas dentro de los marcos de referencia operativos de la agencia judicial. (ii) En segundo lugar, y como implicancia de lo anterior, el tránsito del paradigma de la subsunción al de la argumentación, y con ello, el reconocimiento de la dimensión discursiva del fenómeno jurídico. (iii) Por último, este esquema quedaría incompleto si se prescindiera del fenómeno designado como *Soft Law*, expresión que se emplea para referirse a la incidencia y vinculación del nuevo derecho internacional de los DDHH en los ordenamientos jurídicos nacionales, y que, en el concreto ámbito de la agencia judicial se materializa en controles de convencionalidad que se añaden a anteriores controles de constitucionalidad llamados a tener lugar en el contexto de las decisiones judiciales. Este fenómeno obedece lo que el jurista italiano Francesco Viola desinó como “modelo cooperativo”, el cual se caracteriza por la recíproca “compenetración” política y económica de los Estados, con vistas a la realización de fines comunes de la más variada naturaleza (desde la protección de los derechos humanos, hasta la promoción de la ciencia, la técnica, y la ecología). (Viola, 2018, 21).

En la práctica, el resultado de este proceso se ha traducido un considerable ensanchamiento aquello que Hart denominó ‘zona de penumbra’ (Hart, 1961, 126) en la que se excede el ámbito del descubrimiento de sentido para avanzar hacia uno de asignación-creación. En otras palabras, a la vaguedad intencional del lenguaje normativo se le añade la dificultad adicional consistente en la formulación de expresiones lingüísticas que remiten directamente a esquemas de razonamiento moral. En este sentido, señala acertadamente Michele Zezza:

“Dentro de un modelo de cultura jurídica sustantiva (un contexto caracterizado por la presencia de estilos interpretativos y argumentativos que realzan perfiles morales relacionados a la ‘justicia’ en el caso particular) las disposiciones constitucionales confiriendo derechos fundamentales y sus limitaciones son usualmente formulados mediante un amplio uso de expresiones evaluativas o locuciones (‘igual dignidad social’) y expresiones indeterminadas (“derecho a la salud”, “derecho a la vida”, “familia como institución natural”, etc.)” (Zeza, 2022, 260).

De este modo uno de los retos más relevantes que enfrenta la agencia judicial consiste en la llamada determinación del contenido de derechos humanos fundamentales en el acto de la adjudicación cuando los marcos de referencia disponibles y aplicables resultan extremadamente genéricos, abstractos, vagos y ambiguos. Concretamente, resultan especialmente relevantes en este sentido los siguientes desafíos, a saber: (i) el primer nivel de la interpretación de premisas jurídico-normativas que los reconocen y consagran cuando las mismas son abstractas, genéricas y muchas de ellas yuxtapuestas y contradictorias (ii) el segundo correspondería al de los juicios de valor en la asignación de sentido, en los cuales resulta decisivo las concepciones morales previas del agente que debe realizar el juicio mismo, las cuales, como el sabido, pueden no ser compartidas tanto por los destinatarios del acto como por los demás miembros de la comunidad (iii) Por último, el desafío más relevante del adjudicador consiste en que la exteriorización de estos

procesos de razonamiento judicial resulte inteligible no solo para los justiciables, sino para toda la comunidad jurídica, de modo tal que la decisión sea aprehendida como cualquier agente racional lo hubiese hecho en idénticas circunstancias (Aarnio, 1991).

Este panorama ha impulsado una serie de propuestas tendientes a brindar herramientas heurísticas aptas para determinar los presupuestos epistémicos necesarios para afrontar el desafío de la determinación del contenido de derechos humanos en el marco de la agencia judicial. En concreto, pretendo focalizarme en la naturaleza de la interpretación como operación cognitiva que integra el proceso de conocimiento propio constitutivo de la decisión judicial desde la recepción de aportes provenientes de las teorías lingüísticas enmarcadas en el llamado holismo semántico (Searle, 1979, Wittgenstein, 1954, Davidson, 1967), las cuales se abocan a las asignaciones de sentido en función de la dependencia semántico-contextual del significado, su transposición al ámbito de la interpretación judicial y su impacto en el proceso argumentativo-justificativo posterior.

Esta exposición se desarrolla en el marco de una investigación que en la que se pretende problematizar el tópico analizando críticamente el denominado holismo semántico y su traslación al ámbito concreto de la interpretación jurídica como método hermenéutico para determinar el contenido de principios iusfundamentales por considerar que, si el bien el mismo pretende erigirse en respuesta a las dificultades que surgen de la vaguedad intencional del lenguaje normativo en general con las cambiantes circunstancias de tiempo y lugar en las que se aplican, no obstante su adopción irrestricta e ilimitada en el marco operativo de la agencia judicial genera el riesgo de licuar categorías jurídicas fundamentales, con la consiguiente alteración de la seguridad jurídica. Para evitar este efecto, entendemos que el abordaje hermenéutico contextual requiere, además de límites propios de impuestos por la específica naturaleza de la interpretación jurídica –la cual viene dada por las disposiciones normativas- un abordaje epistemológico específico que atienda a la cuestión semántica y a la cuestión teleológica de la interpretación en el acto adjudicativo. Seguimos en este punto los aportes de la profesora argentina Pilar Zambrano y del profesor de Oxford John Finnis.

¿Qué se entiende por holismo semántico?

Toda actividad que implique operaciones de cognición o intelección necesariamente debe considerar el lenguaje como instancia de mediación necesaria para la aprehensión de los objetos de cognición, esto es, a los significados. La relevancia de la investigación desde el aspecto lingüístico-semántico se explica fundamentalmente en el hecho de que el estudio del significado debe dar cuenta de la relación del lenguaje con el mundo (Nubiola & Conesa, 2002, p. 101). Profundizando esta noción, Nubiola y Conesa apuntan:

“La teoría semántica ofrece conceptos relacionales que pongan en conexión los niveles ontológicos y lingüísticos. Estas nociones son fundamentalmente las de referencia y verdad, pues mediante ambas es posible conocer mejor las relaciones entre el lenguaje y el mundo” (2002, p. 102).

Dentro de las teorías lingüísticas del significado es bien conocida la polarización entre las teorías holísticas y las teorías atomistas. Según las primeras, el significado de las palabras no es inteligible sino dentro de un determinado sistema lingüístico en el que se insertan y le confieren sentido, y en esa dinámica, el cambio en el significado de un término o expresión genera una alteración consecuente de toda la red lingüística. De acuerdo a este enfoque, cualquier modificación del significado de un enunciado supone un impacto traslativo a todo el sistema del que forma parte. Señala Michele Zezza que en el holismo semántico “el significado del enunciado presenta una prioridad lógica sobre el del único término del cual constituye la *ratio cognoscendi*” (Zezza, 2023, 87). Por lo

tanto, para conocer el significado de un término o enunciado es preciso conocer también el juego del lenguaje dentro del cual tiene lugar.

Ya Wittgenstein había señalado la variabilidad de los significados de los enunciados en función del contexto dentro del que se empleen. Más aún, cuando Wittgenstein refiere a la categoría ‘juego lingüístico’ señala como una de sus dimensiones la posibilidad de innovación semántica según esquemas no determinables por adelantado (Zezza, 2023, p. 88, citando *Philosophical Investigations*). Donald Davidson formuló una teoría del significado por la cual el significado de un enunciado se explica a partir de las palabras que componen el enunciado, las cuales deben cumplir con las condiciones de verdad, un estas se cumplen cuando se está en condiciones de mostrar qué se comprende lo que dicho enunciado significa en el lenguaje (Davidson, 1991, p. 24), o bien, cuando se entiende el sentido en que se emplea.

A partir de su teoría del significado, Davidson entiende que está en condiciones de interpretar cualquier lenguaje aun cuando no se conozca, con solo observar las actitudes de los sujetos hablantes cuando estos asignan condiciones de verdad a los enunciados que formulan. Dicho de otro modo, el intérprete debe poder acceder a la información que comporten los hablantes en virtud de los cuales se asigna carácter verdadero a un enunciado “Si no podemos encontrar una manera de interpretar las expresiones y otros comportamientos de una criatura como si revelaran un conjunto de creencias en gran medida consistentes y verdaderas según nuestros propios estándares, no tenemos ninguna razón para considerar a esa criatura como tal como racional, como tener creencias o decir cualquier cosa. (pág.137).

El otro exponente es Willard Van Orman Quine, quien también, partiendo de la crítica y ruptura de lo que denominó ‘los dos dogmas del empirismo’, propuso un enfoque epistemológico empirista-holista o global, en el cual, en las teorías, las proposiciones no se confirman o verifican una a una o por separado, sino en bloques o conjuntos. Es decir, las palabras y oraciones se entienden mejor en términos de nuestro discurso científico como un todo (Nubiola y Consesa, 2002, p. 133). En este orden de ideas, Quine sostiene que la noción de ‘significado’ es difusa porque remite a entidades abstractas o ideales, y en su lugar, propone atender al uso del lenguaje.

El rol de las teorías semánticas en la interpretación judicial.

Como se apuntó al inicio, el actual fenómeno del neoconstitucionalismo ha problematizado de modo tal las prácticas jurídicas que es fácil comprobar aquello que hace algunos años señalaba Pilar Zambrano respecto a que “el juego del lenguaje de los principios y derechos fundamentales se ha fragmentado al compás de la fragmentación social y cultural, de modo tal que, (...) cada vez se torna más difícil distinguir los derechos de los deseos, tanto en el plano político como en el plano jurídico” (Zambrano, 2014, p. 427).

En este esquema se advierte que la práctica interpretativa judicial también se ha enmarcado en una dinámica eminentemente contextualista, entendiendo que de este modo se logra aquello a lo que refería Ferreres Comella sobre “la integración política de los miembros de una sociedad plural (...) adentro de una cultura pública basada en valores compartidos” (Ferreres Comellas, 1997, p. 138). A esta atmósfera cabe añadir que, desde el plano semántico del discurso jurídico, muchas corrientes contextualistas han heredado el convencionalismo semántico, esto es, aquella teoría en la que los significados son producto de una construcción social con prescindencia de la referencia a la cual se aplican (Zambrano, 2019).

En este punto resultan particularmente relevantes los aportes de Pilar Zambrano, quien señala que como implicancia lógica “los principios iusfundamentales que sirven de premisas implícitas y explícitas de toda decisión judicial están semánticamente

conectados a fuentes axiológicas o metajurídicas (...) lo que multiplica las posibilidades interpretativas del conjunto de enunciados normativos vigentes” (Zambrano, 2019, p. 132). En consecuencia, “la interpretación se concibe como una forma de completar el discurso jurídico cuando su comprensión acaba en la identificación de más de una solución normativa y sin ningún criterio de elección” (Zambrano, 2019, p. 133).

Esto último condiciona seriamente la inteligibilidad del discurso en contextos de pluralismo moral propio de las sociedades globalizadas, lo que expone al riesgo de generar una licuación de categorías jurídicas que ‘como es el caso de los derechos humanos’ remite a dimensiones de operación netamente metajurídicas, produciendo resultados determinativos que en definitiva quedan sujetos a estándares valorativos propios de las agendas hegemónicas del momento.

Presupuestos semánticos y epistémicos de la actividad hermenéutica judicial

Según lo expuesto, y dada la vocación de estabilidad, permanencia y objetividad del derecho se advierte un doble reto que enfrenta la agencia judicial: (i) En primer lugar ¿cómo garantizan los jueces la estabilidad del lenguaje normativo en el plano diacrónico de la operación? (ii) ¿cómo identificar marcos referenciales sobre los que recaen los enunciados normativos sujetos a interpretación de modo tal que posibilite la una comprensión compartida por los todos los integrantes de la comunidad jurídica. Este reto es aún más grave cuando de lo que se trata es de determinar el contenido de principios iusfundamentales.

Zambrano sostiene que la comprensión del discurso jurídico exige el abandono del convencionalismo semántico que termina por asignar un sentido sesgado y solo inteligible a una determinada comunidad lingüística, y que por esa misma razón entra en un proceso de circularidad tautológica que veda la posibilidad de arribar a una justificación última de cualquiera proposiciones, argumentos o razonamiento, viéndose la necesidad de sostenerse mediante la incorporación –dentro de los esquemas de razonamiento- de premisas de corte dogmático. “El corte dogmático- concluye Zambrano- no es por ello una vía apta de argumentación cuando lo que se pretende afirmar es la veracidad universal de las conclusiones” (Zambrano, 2019, p. 142).

De este modo la propuesta consiste en avanzar sobre un abordaje de la actividad interpretativa desde una perspectiva semántica realista, esto es, aquella en la que se dé prioridad a la referencia por sobre el significado de modo tal que –como apunta Zambrano- el discurso jurídico remita a un orden inherentemente inteligible de valores, acciones y cosas (Zambrano, 2019, p. 133). De este modo, identifica como vías de superación del problema descrito las siguientes:

“La primera es sustituir la introducción de dogmas (premisas afirmadas dogmáticamente) por enunciados intrínsecamente indiscutibles. Esto es, premisas cuyo significado y veracidad es evidente para cualquier agente racional que es el camino largamente recorrido por la tradición del derecho natural para justificar la obligatoriedad del derecho. En la segunda vía se ubican quienes niegan la existencia de premisas autoevidentes e inherentemente inteligibles y (...) sustituyen el principio de justificación de la verdad por el principio de racionalidad del proceso de discusión (...) Podría decirse, en este orden de ideas, que ambas tradiciones asumen la regla 1.4. de racionalidad práctica esbozada por Robert Alexy, en virtud de la cual ni siquiera podría entablarse un diálogo si las partes no usaran las expresiones con el mismo sentido” (Zambrano, 2019, p. 142).

Siguiendo estos lineamientos, se sigue que uno de los presupuestos epistémicos del acto cognitivo implicado en la interpretación judicial llamada a la construcción de un discurso transmisible a una determinada comunidad jurídica consiste, precisamente, en la identificación de una plataforma referencial susceptible de aprehensión por todos los integrantes de dicha comunidad, o –en palabras de Zambrano- información compartida

acerca de los fines que informan prácticas que son constitutivamente sociales e institucionales.

Esto último remite a otro presupuesto epistémico. Si el agente judicial en la labor hermenéutica y, desde un abordaje semántico realista, mira a la referencia de los enunciados normativos, esta misma referencia lo coloca frente al desafío de indagar sobre su naturaleza. De ahí que, quienes abogan por la superación de los problemas derivados de la indeterminación del discurso jurídico, como es el caso de Zambrano, pero también de otros iusfilósofos como Jonathan Crowe (2019), hayan señalado la necesidad de adopción de una teoría cognitivista de los bienes humanos básicos que resulte susceptible de identificar dicha referencia.

John Finnis ensayó un elaboró una teoría de la razón práctica, que, como es sabido, transpuso a la órbita de la teoría jurídica con el fin de explicar por qué el derecho suministra razones para la acción. Los desarrollos teóricos de Finnis, teniendo en cuenta nuestros propósitos, resultan particularmente pertinentes por los siguientes motivos: (i) remite a dimensiones estructurales de la naturaleza humana vinculados –no a características descriptivas de esa naturaleza- sino operativas, esto es, al uso de la razón práctica (ii) ese mismo extremo hace que su desarrollo teórico quede inmune a la acusación de incurrir en la falacia naturalista. En ese orden de ideas, un bien humano puede definirse en términos de oportunidades inteligibles y /o condiciones de realización humana que se constituye en razones últimas para la acción (Fnnis, 2011) para cualquier agente racional en cualquier circunstancia. A esto cabe añadir la inconmensurabilidad como característica inherente a la naturaleza de tales bienes.

El razonamiento jurídico es, para Finnis, una instancia de concreción dentro del razonamiento práctico que se origina con la captación intelectual de los principios de la razón práctica generando razones para la acción que trascienden el plano individual cuando se identifican bienes comunes o bienes individuales de cuya participación es condición de realización para cualquier empresa colectiva, y en esa lógica el proceso avanza hacia las dimensiones éticas, políticas y jurídica para finalmente constituirse en explicación última del Estado y del derecho. La indagación sobre estos bienes- fines es lo que permite la comprensión de prácticas humanas individuales y colectivas, a condición de que las mismas discurran dentro del cauce de la racionalidad.

En esta lógica, Finnis se propone definir una serie de condiciones elementales que debe cumplir el razonamiento jurídico para no devenir en irracional: entiende que el razonamiento jurídico constituye el último paso en el proceso de razonabilidad práctica, y la adjudicación así es la instancia de concreción final de este proceso. No obstante, se trata de un tipo de razonamiento técnico que si bien se relaciona no debe confundirse con el razonamiento moral.

“Como todo razonamiento técnico, -explica Finnis- se ocupa de lograr un propósito particular, un estado de cosas definido que se puede alcanzar mediante disposiciones eficientes de los medios para lograr un fin. El fin particular aquí es la resolución de disputas (y otras acusaciones de mala conducta) mediante la provisión de una directiva suficientemente definida y específica para identificar a una parte como correcta (en lo correcto) y a la otra como incorrecta (no en lo correcto)” (Finnis, 2011, 220).

Aún así, los componentes de esta técnica asegurada por valores que –como la certeza y la seguridad jurídica- son de naturaleza procesal, no puede ignorar que todos ellos están al servicio de fines de la una práctica, como señala Finnis “está en sí misma al servicio de un bien más amplio que (...) no es reducible a una meta definida, sino que es más bien un bien indefinido que las personas pueden alcanzar, y sus comunidades pueden participar sin capturar ni agotar jamás: el bien de la armonía justa. Este bien es un bien

moral en la medida en que es promovido y respetado como un aspecto del ideal de realización humana integral. Como bien moral, sus implicaciones están especificadas por todos los principios morales que podrían afectarlo” (Finnis, 2011, p. 220).

En otras palabras, en los fines que informan las prácticas sociales en general y las prácticas jurídicas en particular siempre se pueden identificar los bienes subyacentes que dirigen los procesos de razonamiento.

El problema que sigue inmediatamente es el siguiente: poniendo en foco el desempeño de la judicatura, y Finnis argumenta contra Dworkin que no hay forma de comprometerse con la búsqueda de la respuesta correcta sin a su turno comprometerse con algún criterio de evaluación de dicha respuesta consideradas todas las alternativas posibles. De este modo, aporta algunos lineamientos que contribuyan a orientar las operaciones implicadas en el razonamiento jurídico que –como la interpretación- supone optar entre distintas alternativas será racional en alguno de estos tres sentidos posibles: (i) cuando cumple con todos los requerimientos de la razonabilidad práctica y, por tanto, sea moralmente correcta; (ii) cuando la elección que está motivada racionalmente en el sentido de que su objeto ha sido moldeado por la inteligencia práctica y tiene un atractivo racional, incluso si en algún aspecto está motivada en última instancia por el sentimiento más que por la razón, sentimientos que hasta cierto punto han encadenado y la razón instrumentalizada, y por lo tanto es irrazonable e inmoral, aunque racional; y (iii) decisión y acción que es técnica (tecnológicamente) correcta, es decir, que es identificable según algún arte o técnica como la más efectiva para alcanzar el objetivo técnico relevante; típicamente, la decisión para la cual existe, dentro de esta técnica (por ejemplo, este juego). (Finnis, 2011, pp. 218-219).

En los casos en los que el razonamiento jurídico tiene que articular premisas que se desenvuelven en un nivel predominantemente moral más que jurídico, las elecciones que deban realizarse en este contexto deben cumplir al menos con el primero de los sentidos. En esa lógica, “uno de los principios de la moralidad, (...) excluye actuar contra una razón básica eligiendo destruir o dañar cualquier bien humano básico en cualquiera de sus instancias en cualquier persona humana. Porque estas ejemplificaciones no son más que aspectos de las personas humanas, presentes y futuras, y las personas humanas no pueden reducirse racionalmente a los factores conmensurables capturados por el razonamiento técnico”. (Finnis, 2011, p. 225).

El reconocimiento de lo que está implicado en la noción de bien y la consecuente identificación de bienes humanos constituyen axiomas primarios dentro de los cuales debe discurrir el razonamiento jurídico como instancia determinativa dentro del razonamiento práctico. En consecuencia, y siguiendo estos lineamientos una vez que se ha identificado una referencia como bien y se los ha receptado en el plano jurídico, cualquier interpretación posterior que se haga requiere coherencia con dicho extremo, no obstante los condicionamientos que pueda ejercer el contexto en el plano diacrónico de la interpretación.

Conclusión

Lo dicho hasta aquí no equivale a desechar sin más las aproximaciones contextualistas en el ámbito de la agencia judicial porque ciertamente no se puede desconocer que la evolución social complejiza las prácticas e impone desafíos que no se le presentaron al legislador originario, y que exigen correlativos cambios y ajustes. No obstante, toda práctica en clave contextualista requiere cierto compromiso con presupuestos epistémicos a fin de llevar adelante los procesos cognitivos implicados en el acto adjudicativo de modo tal que se evite que los factores ideológicos predominantes en determinados contextos históricos sociales y políticos, no solo produzcan un divorcio

rotundo con los objetivos del legislador originario sino que también coloquen en riesgo de que conquistas de categorías jurídicas centrales se diluyan en función de los contextos.

Esta necesidad se torna aún más imperiosa cuando se trata de interpretar principios iusfundamentales cuyo proceso culminará con la concreción del contenido de derechos humanos. Más aún, el reto de determinar el contenido de derechos humanos vía interpretación de enunciados normativos en el contexto de una práctica institucionalizada como es la agencia judicial requiere un abordaje meta-jurídico pero también meta-ético, que indague sobre la búsqueda y consecución de fines comunes que orientan los procesos de razonamiento práctico para encontrar allí esa plataforma de información compartida necesaria para la comprensión de los discursos públicos.

Entendemos que la mutabilidad de las circunstancias en las cuales se desarrollan las prácticas jurídicas de ningún modo habilitan a desplazar de los esquemas de razonamiento jurídico aquellos elementos del contexto que contribuyen a hacer inteligibles las prácticas jurídicas precisamente en función de que hacen a dimensiones estructurales de la realidad humana, no obstante, su historicidad o mutabilidad. Solo de este modo, el derecho en toda su complejidad podrá de mantener su pretensión de legitimidad como estándar racional de conducta.

Bibliografía:

- Aarnio, A. (1991) *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. Garzón Valdez, E., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Crowe, J. (2019) *Natural Law and the Nature of Law*, Cambridge University Press.
- Davidson, D. (1991). *Truth and Meaning y Radical Interpretation. Inquiries into Truth and Interpretation*. Clarendon Press.
- Ferrerres Comella, V. (1997), *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de estudios Políticos y Constitucionales.
- Finnis, J., (2011), “Aquinas’ Moral, Political and Legal Philosophy”, en *Stanford Encyclopedia of Law*, Stanford, última revisión 2011. Disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.
- Finnis, J., (2011), “Legal reasoning as practical reason”, en *Collected Essays I, Reason and Action*, Oxford University Press.
- Finnis, J., (2011), *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press.
- Hart, H. L. A (1961) *El concepto del derecho*, trad. Genaro Carrió, Abeledo Perrot.
- Nubiola, J & Conesa, F. (2002), *Filosofía del lenguaje*, Herder.
- Viola, F. (2018) “Il futuro del diritto”, en *Persona y Derecho Vol 79*, pp. 9-36.
- Zambrano, P (2014), Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción, en *Dikaion Vol 23*, n° 2, pp. 423-445.
- Zambrano, P., (2019) “Convencionalismo jurídico e inteligibilidad del derecho. El uso como espejo de las fuentes en la teoría jurídica de Andrei Marmor”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 42, pp. 35-61.
- Zambrano, P. (2019), “Comprender o interpretar el derecho. El convencionalismo semántico en su propio laberinto”, en *Revista Chilena de Derecho*, pp. 131-154.
- Zeza, M., (2022), The contextual dependence in the interpretation of the constitutional rights: An analysis from the point of view of the post- neopositivist epistemology, en *The Age of Human Rights Journal*, 18, pp. 257-283 ISSN: 2340-9592 DOI: 10.17561/tahrj.v18.6517.

ISBN 978-950-863-520-4



9 789508 635204