

ACTAS DE LAS IV JORNADAS
INTERNACIONALES Y V JORNADAS
NACIONALES

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA ARGUMENTACIÓN EN EL SIGLO XXI

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

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



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

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

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

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

10 y 11 de noviembre de 2025

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



Actas de las IV Jornadas Internacionales y V Nacionales Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI. Avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica / Adriana Angélica Hernández ... [et al.] ; Compilación de Helga Lell ; Juan Pablo Lionetti Zorzi. - 1a ed. compendiada. - Santa Rosa : Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa, 2025. Libro digital, PDF - (Actas de Eventos Académicos ; 16)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-950-863-558-7

1. Derecho. I. Hernández, Adriana Angélica II. Lell, Helga, comp. III. Lionetti 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.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA

Rector: Oscar Daniel Alpa

Vicerrectora: María Ema Martín

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

Decano: Francisco Marull

Vicedecana: Cynthia Diner

AUTORIDADES DE LA 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 Gabriela Bertolotto / Marité Romina Zaldarriaga Giménez
- María de los Angeles Bruni / Natalia Cazaux
- María Soledad Mieza / Araceli Elisabet Hernández

Comité Académico:

Dr. Gabriel Encinas (Universidad Autónoma de Baja California - México).
Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas (Euskal Herriko Unibertsitatea - España).
Dr. Marcelo Fernández Peralta (Universidad Católica de Cuyo; Universidad del Congreso).
Dr. Gabriel Juan (Universidad de Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo).
Dra. Helga María Lell (Conicet, Universidad Nacional de La Pampa).
Mg. Carolina De Mitri (Universidad Nacional de Tucumán).
Dra. Alejandra Niño Amieva (Universidad del Museo Social Argentino).
Dr. Jorge Nuñez (Manchester Metropolitan University - Inglaterra).
Dr. Edgar Iván Ortega Peñuelas (Universidad Autónoma de Baja California - México).
Dra. Florencia Ratti Mendaña (Universidad Católica Argentina)
Dra. Marcela Vigna (Facultad de Derecho, Universidad de la República - Uruguay)

Coordinación general:

Prof. Juan Pablo Lionetti de Zorzi (Universidad del Museo Social Argentino, Universidad de Buenos Aires).

ÍNDICE

DESAFÍOS DE LA ERA DIGITAL QUE INFLUYEN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL SIGLO XXI	10
RITA DE CÁSSIA DIAS DE FARIA	
DEFENSA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.....	23
ADRIANA ANGÉLICA HERNÁNDEZ	
“ROBOTS DEFENDIENDO HUMANOS”: ¿LA REALIDAD VIRTUALIZADA PUEDE CONFIGURAR DOGMA Y JURISPRUDENCIA JUSTA Y CONFIABLE PARA HUMANOS?¿DE LAS LÓGICAS DE ORDENAMIENTO MATEMÁTICO A LAS DEL ORDENAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO?	29
ADRIANA LUCÍA SAVIO CORVINO	
DESAFÍOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN CONTEXTOS DE LEGITIMACIÓN DE MEDIDAS DE EXCEPCIÓN Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	38
EDGAR IVÁN ORTEGA PEÑUELAS	
ERRADICAÇÃO DO SUB-REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO: BREVES APONTAMENTOS DA FILOSOFIA DO DIREITO SOBRE A QUESTÃO BRASILEIRA.....	56
KALINE MARIELE SANT'ANA MONTEIRO	
LA REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS DESAFÍOS HERMENÉUTICOS EN LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN BRASIL.....	65
ROSALIE ROCHA BAKKER VIANA	
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL: O STF NA ADPF 760 E OS DESAFIOS DA EFETIVIDADE ECOLÓGICA DIANTE DA COP 30 EM BELÉM, BRASIL.....	71
CRISTIANE BORTOLUZZI CORINO	
LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DESDE EL IUSPOSITIVISMO, EL IUSNATURALISMO Y EL REALISMO ...	82
RAFAEL MARIANO BRAGA	
¿EXISTEN REALMENTE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA? UN DEBATE ENTRE JORDI FERRER Y DANIEL GONZÁLEZ LAGIER.....	93

DAVID MODESTO GÜETTE HERNANDEZ

LAS CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DEL DERECHO Y SU IMPACTO EN LA ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA: EL CASO DE LOS PREACUERDOS PENALES EN COLOMBIA..... 103

DIANA FACIOLINCE MARTINEZ

LA ANOMIA EN LA ARGENTINA CONTEMPORÁNEA, UN ANÁLISIS DURKHEIMIANO DE LA
INOBSERVANCIA DE LA LEY PRESUPUESTARIA Y SUS CONSECUENCIAS SOCIOECONÓMICAS ... 113

HERNAN JORGE LLEBARA

LA CORTE SUPREMA COMO ACTOR POLÍTICO: ENTRE BUENAS RAZONES Y EL LAWFARE. UNA
LECTURA DEL FALLO “VIALIDAD” 121

MATÍAS MANUEL RINGA

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, TEORÍA RACIONAL DE LA PRUEBA Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA.
UNA LECTURA FILOSÓFICA POLÍTICA DE LA OBRA ANALÍTICA DE JORDI FERRER BELTRÁN 132

NICOLÁS EMANUEL OLIVARES

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. ANÁLISIS DE LA
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA APLICADA A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS TRIBUNALES DE
CASACIÓN PENAL 151

GISELA CELESTE COMETTO

INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL Y UNIVERSALIZACIÓN DE LA PONDERACIÓN EN LOS CONFLICTOS
DE DERECHOS. UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTEXTUALISMO HERMENEÚTICO DESDE UN
ABORDAJE EPISTEMOLÓGICO..... 157

ELIANA DE ROSA

ARGUMENTACIÓN Y RAZONAMIENTO JURÍDICO FRENTE A LA PRUEBA DE REFERENCIA EN DELITOS
SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD: IMPLICACIONES PARA LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL
SISTEMA PENAL COLOMBIANO (LEY 906 DE 2004) 164

LAURA ANDREA ESCOLAR GALOFRE

PEÍTHO/PEÍTHOMAI, ARGUMENTACIÓN Y OBLIGACIÓN POLÍTICA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DERECHO 170

EDUARDO ESTEBAN MAGOJA

LA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA DEL DERECHO DE MACCORMICK EN EL DEBATE SOBRE LA
FORMA Y LA SUSTANCIA DEL RULE OF LAW 179

RICARDO MARQUISIO

HACIA UNA RAZÓN JUSTA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL..... 191

ANDRÉS NAHUEL COLASO

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FORMALIDADES CONTRACTUALES IMPUESTAS EN EL
CÓDIGO CIVIL: FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO VERSUS SEGURIDAD JURÍDICA 199

CARLOS ALBERTO SÁNCHEZ CORONADO

ALTERNATIVAS PARA DISIPAR SESGOS COGNITIVOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA
DE HECHOS 211

GABRIEL ALBERTO DOS SANTOS

PROBLEMAS Y SOLUCIONES DE UNA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ESTANCADA..... 220

JUAN PABLO LIONETTI DE ZORZI

LA PARADOJA DE LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS OBTENIDAS MEDIANTE PROCESOS COLECTIVOS
..... 229

BLANCA MARÍA VILLAVICENCIO

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y GESTIÓN PÚBLICA: FUNDAMENTOS PARA LA TOMA DE
DECISIONES ESTRATÉGICAS 238

ITALO DELL'ERBA UGOLINI

EL PRECEDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD COMO REGLA DE DERECHO EN EL ÁMBITO DEL PODER EJECUTIVO 247

NATALIA L. MONGE

ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS A LA IMPOSIBILIDAD IDEOLÓGICA DE ALCANZAR LA VERDAD EN
EL PROCESO SEGÚN MICHELLE TARUFFO 251

JUAN CARLOS RIOS YARINGAÑO

MÉTODO RACIONALISTA VS. MÉTODO CONSTRUCTIVISTA PARA LA TOMA DE DECISIONES
JURISDICCIONALES 257

JOSÉ FRANCISCO OYARZÚ Y MARCELA VIGNA

DESAFÍOS DE LA ERA DIGITAL QUE INFLUYEN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL SIGLO XXI

Rita de Cássia Dias de Faria¹

INTRODUCCIÓN

Es sabido que en el siglo XXI, el Derecho ha sido profundamente impactado por las transformaciones tecnológicas que atraviesan diversas áreas del conocimiento y de la sociedad.

La incorporación de herramientas digitales, como la inteligencia artificial, la jurimetría y los sistemas de automatización jurídica, ha provocado cambios significativos en la forma en que los argumentos jurídicos se construyen, presentan y evalúan. Esta nueva realidad impone desafíos paradigmáticos a la argumentación jurídica tradicional, basada en la interpretación normativa, en los principios constitucionales y en la fundamentación racional como pilares de la legitimidad del discurso jurídico clásico guiado por grandes juristas como Ruy Barbosa.

De esta manera, frente a la creciente digitalización de los procesos judiciales y la utilización de algoritmos en apoyo a las decisiones judiciales, surgen cuestiones éticas, epistemológicas y prácticas que requieren una reflexión crítica. Por un lado, las tecnologías ofrecen oportunidades para mejorar la eficiencia, la transparencia, la celeridad y el acceso a la información jurídica; por otro, presentan riesgos relacionados con la opacidad de los sistemas automatizados, la posible deshumanización del proceso decisorio y la fragilidad de la fundamentación jurídica cuando esta es mediada por máquinas para resultados humanos y sociales.

Este artículo tiene como objetivo analizar la influencia de la tecnología en la construcción de la argumentación jurídica contemporánea, identificando los principales desafíos y oportunidades de esta transformación en la era digital. Para ello, se realiza una revisión teórica interdisciplinaria que aborda las principales corrientes de la argumentación jurídica, el impacto de las tecnologías digitales en el Derecho, las implicaciones éticas y epistemológicas y los nuevos paradigmas emergentes. Busca contribuir al desarrollo de una argumentación jurídica técnicamente calificada, éticamente orientada y compatible con los valores del Estado Democrático de Derecho.

En este contexto, se plantea la siguiente pregunta: ¿cómo influye la inserción de la tecnología en la argumentación jurídica sobre los procesos decisorios y cuáles son los principales desafíos y oportunidades que surgen de esta transformación?

Siguiendo esta línea de razonamiento, se corrobora la hipótesis de que la creciente inserción de tecnologías digitales en la argumentación jurídica influye en los procesos decisorios al promover mayor eficiencia, celeridad y democratización del acceso a la justicia; sin embargo, también impone desafíos significativos, como la opacidad algorítmica y la deshumanización del discurso jurídico, que solo pueden mitigarse mediante un enfoque crítico, ético y regulatorio.

Así, el estudio se centra en objetivos específicos: investigar las tecnologías digitales aplicadas al Derecho y sus efectos; examinar los desafíos éticos de la

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade de Buenos Aires - AR - *Universidad Del Museo Social Argentino*. Mestranda em Educação, Especialista em Mediação de conflitos e em Gestão de pessoas, Bacharela em Direito e em Administração com habilitação em gestão e negócios; Formação no Magistério, Palestrante; Experiência em Assessoria de Desembargador, TRF6 - MG; Docente do curso de Direito e escritora. faria.ritadecassia@gmail.com

argumentación jurídica tecnológica; evaluar oportunidades; y proponer directrices para la argumentación jurídica.

La metodología adoptada es de enfoque cualitativo de naturaleza teórica, con método deductivo y fundamentada en una revisión bibliográfica interdisciplinaria que contempla doctrinas jurídicas, artículos, legislación y técnicas de investigación bibliográfica. Metodológicamente, el artículo se estructura de la siguiente manera: inicialmente, se presenta el marco teórico, abordando las principales corrientes de la argumentación jurídica, como el positivismo, la hermenéutica jurídica y el neoconstitucionalismo, así como las contribuciones contemporáneas relacionadas con la racionalidad comunicativa y la ética discursiva.

A continuación, se analiza el panorama actual de la tecnología en el Derecho, con énfasis en el uso de la inteligencia artificial, la jurimetría y la automatización en los procesos judiciales. El tercer eje del trabajo aborda los impactos éticos y epistemológicos de la automatización en la argumentación jurídica, incluyendo los riesgos de la opacidad algorítmica y la deshumanización del discurso.

Posteriormente, se evalúan las oportunidades discutidas derivadas de innovaciones como el Legal Design y el Visual Law, herramientas que facilitan el acceso a la justicia y hacen que el lenguaje jurídico sea más accesible. Desde esta perspectiva, se concluye que el estudio reflexiona críticamente sobre los efectos de la transformación digital en la práctica argumentativa y propone directrices para una integración tecnológica responsable, alineada con los principios del Estado Democrático de Derecho.

Este artículo se sustenta en pilares teóricos para el adecuado desarrollo del marco conceptual, compuesto por las principales teorías de la argumentación jurídica: el positivismo, la hermenéutica jurídica, la racionalidad comunicativa de Habermas y el neoconstitucionalismo. Complementariamente, contempla estudios sobre inteligencia artificial y automatización jurídica, discusiones éticas y epistemológicas sobre el uso de la tecnología en el Derecho, así como conceptos contemporáneos de Legal Design y Visual Law y enfoques relacionados con el acceso a la justicia.

El marco teórico de este estudio se apoya en las principales corrientes de la argumentación jurídica, que constituyen la base para comprender los procesos de construcción y validación del discurso jurídico en el siglo XXI.

Se destacan, inicialmente, las contribuciones del positivismo jurídico clásico (Kelsen, 1990)², que enfatiza la validez formal de la norma, y la hermenéutica jurídica (Gadamer³, 2004; Ricoeur, 2007)⁴, que valora la interpretación y contextualización del texto normativo, esenciales para entender el Derecho como fenómeno histórico y social.

En la contemporaneidad, Jürgen Habermas⁵ (1987) propone que la racionalidad comunicativa proporciona la base para comprender la argumentación jurídica como un proceso dialógico fundamentado en la búsqueda de legitimación democrática del Derecho. Esta visión se amplía con el neoconstitucionalismo (Alexy, 2002)⁶, que destaca la importancia de los principios constitucionales y los derechos fundamentales como guías para la argumentación jurídica, especialmente frente a contextos tecnológicos que desafían la aplicación normativa tradicional.

² Kelsen, H. (2003). *Teoria pura do direito* (6ª ed.). Martins Fontes. (Original publicado em 1990).

³ Gadamer, H.G. (2004). *Verdade e método* (2ª ed.). Vozes.

⁴ Ricoeur, P. (2007). *O conflito das interpretações*. Loyola.

⁵ Habermas, J. (1987) *Tendências de juridicização* (P. Guibentif, Trad.). *Sociologia – Problemas e Práticas*, nº 2, pp. 185–204.

⁶ Alexy, R. (2002) *A Theory of Constitutional Rights* (J. Rivers, Trad.). Oxford University Press. (Original publicado em 1985).

En el ámbito de la tecnología aplicada al Derecho, autores como Susskind (2019)⁷ y Remus & Levy (2016)⁸ discuten el impacto de la inteligencia artificial y la automatización en la práctica jurídica, mientras que estudios sobre jurimetría y legal analytics (Katz, 2013)⁹ evidencian la transformación en la producción y análisis de datos jurídicos. Paralelamente, reflexiones éticas y epistemológicas son aportadas por investigadores como Calo (2017)¹⁰ y O'Neil (2016)¹¹, quienes alertan sobre los riesgos de la opacidad algorítmica y la deshumanización del proceso decisorio.

En el ámbito normativo y constitucional, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 (CRFB/1988)¹², en su artículo 5º, garantiza el derecho al debido proceso, la defensa amplia y la motivación de las decisiones judiciales, fundamentos que exigen argumentación transparente y racional, incluso frente al uso creciente de tecnologías digitales.

Además, el Código de Proceso Civil - Ley nº 13.105/2015 (CPC/15)¹³ refuerza la exigencia de fundamentación adecuada de las decisiones judiciales, según establece el art. 489, párrafo 1º, CPC/2015, subrayando la necesidad de una argumentación jurídica sólida, específica, clara y no automatizada, dado que las decisiones pueden verse influenciadas por algoritmos y herramientas de jurimetría, por lo que la fundamentación debe continuar siendo racional y constitucional.

De esta manera, incluso con el avance de tecnologías aplicadas al Derecho, la fundamentación de las decisiones judiciales sigue sujeta a las garantías constitucionales del debido proceso, defensa amplia y motivación (CRFB/1988, art. 5º, incisos LIV y LV; art. 93, IX). El CPC/2015, en su art. 489, §1º, refuerza esta exigencia al prohibir decisiones genéricas o automatizadas. Por lo tanto, la inserción de la tecnología en el proceso judicial requiere argumentación jurídica transparente, crítica y racional, conforme a los principios del Estado Democrático de Derecho.

En el ámbito judicial, las jurisprudencias recientes del Superior Tribunal de Justicia (STJ) y del Supremo Tribunal Federal (STF) han reconocido el uso de herramientas tecnológicas como medio para mejorar la eficiencia y celeridad procesal, sin renunciar a los derechos fundamentales. Tribunales estatales y federales han implementado sistemas de jurimetría y automatización de decisiones, lo que evidencia la consolidación de esta nueva forma de argumentación jurídica.¹⁴

⁷ Susskind, R. (2019). *Online courts and the future of justice*. Oxford University Press.

⁸ Remus, D., & Levy, F. (2016). *Can robots be lawyers? Computers, lawyers, and the practice of law*. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 30, nº 3, pp. 501–558. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092 (acesso em 09 set. 2025).

⁹ Katz, D. M. (2013) *Quantitative legal prediction—or—how I learned to stop worrying and start preparing for the data driven future of the legal services industry*. *Emory Law Journal*, vol. 62, nº 4, pp. 823–966. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol62/iss4/6> (acesso em 09 set. 2025).

¹⁰ Calo, R. (2017). *Artificial intelligence policy: A primer and roadmap*. *UC Davis Law Review*, vol. 51, nº 2, pp. 399–435. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/2/Symposium/51-2_Calo.pdf (acesso em 09 set. 2025).

¹¹ O'Neil, C. (2016) *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*. Crown Publishing Group,

¹² Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm (acesso em 09 set. 2025).

¹³ Brasil. *Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015*. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm (acesso em 09 set. 2025).

¹⁴ Supremo Tribunal Federal. (2023, 25 de agosto). Ministra Rosa Weber lança robô VitorIA para agrupamento e classificação de processos. <https://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=509999>

ConJur. (2025, 25 de janeiro). Seção Judiciária da Bahia apresenta projeto de atendimento virtual em congresso de IA. <https://www.conjur.com.br/2025-jan-25/secao-judiciaria-da-bahia-apresenta-projeto-de-atendimento-virtual-em-congresso-de-ia/>

En la contemporaneidad surgen conceptos innovadores como Legal Design y Visual Law, incorporados para facilitar el acceso a la justicia y hacer el discurso jurídico más claro y comprensible, alineados con los principios constitucionales de publicidad y transparencia.

Así, el concepto de Legal Design se entiende como el enfoque que aplica métodos de diseño centrados en el usuario al ámbito jurídico, con el objetivo de hacer los servicios, documentos y procesos legales más comprensibles, funcionales y accesibles. La propuesta involucra empatía, claridad y enfoque en la experiencia del destinatario de la información jurídica (Chung & Kim, 2022).¹⁵

Según Pereira de Andrade et al., (2024), el concepto de Visual Law es la aplicación de elementos visuales como íconos, diagramas de flujo e infografías en documentos jurídicos, con el objetivo de facilitar la comunicación, aumentar la comprensión y hacer el contenido jurídico más accesible al público general. Se trata de una herramienta derivada del Legal Design, orientada a la humanización y modernización del lenguaje jurídico sistémico.¹⁶

Finalmente, se concluye que la creciente incorporación digital en el ámbito jurídico, especialmente mediante la inteligencia artificial (IA), influye en la argumentación judicial y en los procesos decisorios, a pesar de los desafíos enfrentados por los operadores del derecho y el Poder Judicial. Esto genera oportunidades para que el ciudadano común acceda a la justicia en un entorno transformado por la modernidad sistémica de la era digital, mediante la inserción de herramientas que facilitan la comunicación judicial, como el Legal Design y el Visual Law.

La hipótesis de la investigación se confirma: estas innovaciones amplían la eficiencia judicial, siempre que estén acompañadas de ética y responsabilidad. Por lo tanto, los impactos derivados de los desafíos y oportunidades de la era digital influyen en la argumentación jurídica en el siglo XXI, frente a la celeridad procesal de la contemporaneidad, a pesar de la posibilidad de deshumanización en el discurso jurídico.

1. Fundamentación Teórica

Es sabido que la argumentación jurídica es la base del razonamiento y la fundamentación en el Derecho, esencial para la legitimación de las decisiones judiciales y administrativas. Diversas corrientes teóricas han contribuido a su construcción, desde el positivismo normativista hasta modelos más dialógicos y principialistas, reflejando las transformaciones sociales, políticas y tecnológicas.

En este sentido, la tradición del positivismo jurídico, representada por Hans Kelsen (1990)¹⁷, entiende el Derecho como un sistema jerárquico de normas cuya validez deriva exclusivamente de su conformidad con la norma superior. Para Kelsen, la función de la argumentación jurídica se limita a la aplicación lógica de las normas positivas, de forma neutral y objetiva, sin considerar aspectos morales o valorativos. Esta visión, aunque garantiza previsibilidad y seguridad jurídica, ha sido criticada por su rigidez frente a conflictos complejos.

Por el contrario, la hermenéutica filosófica, representada por autores como Paul Ricoeur (2007), introduce la idea de que interpretar el Derecho es un acto de comprensión

¹⁵ Chung, S., & Kim, J. (2022). Systematic literature review of legal design: Concepts, processes, and methods. *The Design Journal*, 26(3), 399–416. <https://doi.org/10.1080/14606925.2022.2144549>

¹⁶ Pereira de Andrade, S., Carnaval, D. B. R., Bechtluft, I. G., Peixoto, I. C., & Fernandes, I. V. N. (2024, May 17). Visual Law e Legal Design: Do conceito à aplicação. Machado Meyer Advogados. <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/contencioso/visual-law-e-legal-design-do-conceito-a-aplicacao>

¹⁷ Kelsen, H. (2003). *Teoria pura do direito* (6ª ed.). Martins Fontes. (Original publicado em 1990).

histórica y lingüística, en el que el intérprete interactúa con el texto normativo y el contexto. Gadamer (2004, p. 312) sostiene que la interpretación siempre está determinada por el horizonte del intérprete, convirtiendo la argumentación jurídica en un ejercicio de reconstrucción continua de sentido¹⁸.

La teoría de la racionalidad comunicativa de Jürgen Habermas (1987)¹⁹ avanza esta concepción al proponer que la validez de las normas debe buscarse mediante el discurso racional entre los sujetos. Para Habermas, el Derecho moderno debe legitimarse mediante la argumentación pública y democrática, donde los participantes tengan iguales condiciones de diálogo. La argumentación jurídica, en este modelo, se convierte en una forma de consenso racional dentro de una comunidad discursiva.

Con el avance del neoconstitucionalismo, especialmente a partir de las experiencias de redemocratización en América Latina y Europa tras la guerra, gana fuerza la concepción de un Derecho fundado en la centralidad de los principios constitucionales y los derechos fundamentales. En este sentido, Robert Alexy (2002)²⁰ sostiene que los principios son mandatos de optimización que guían la interpretación normativa, aplicándose mediante ponderación y argumentación racional. Barroso (2017)²¹ argumenta que la Constitución Federal brasileña no es solo un texto jurídico, sino un proyecto político de sociedad, lo que exige una argumentación jurídica comprometida con valores democráticos, igualdad y justicia sustancial.

Por último, todas estas corrientes positivista, hermenéutica, comunicativa y neoconstitucional, forman el marco teórico a partir del cual se pueden analizar los impactos de las tecnologías digitales en la construcción de la argumentación jurídica contemporánea. La inserción de herramientas como inteligencia artificial, jurimetría y automatización plantea cuestiones fundamentales sobre la racionalidad, la ética, la transparencia y la legitimidad de las decisiones tomadas o asistidas por sistemas tecnológicos, temas que se desarrollarán en los próximos capítulos.

2 Tecnologías Digitales Aplicadas al Derecho

En las últimas décadas, el Derecho ha sido significativamente transformado por el avance de las tecnologías digitales. Herramientas como inteligencia artificial (IA), big data, jurimetría, automatización de documentos y sistemas de análisis predictivo están cada vez más presentes en las rutinas jurídicas, tanto en el sector público como en el privado. Estas innovaciones tienen el potencial de alterar profundamente la manera en que se construyen, procesan y comprenden los argumentos jurídicos.

La inteligencia artificial en el Derecho, según Susskind (2019), no se limita a automatizar tareas repetitivas, sino que también es capaz de realizar análisis complejos de jurisprudencia, sugerir fundamentaciones jurídicas e incluso prever probabilidades de éxito de acciones judiciales basándose en patrones estadísticos. En Brasil, tribunales como el Superior Tribunal de Justicia (STJ) utilizan sistemas basados en IA, como Athos, que clasifica documentos procesales y sugiere precedentes aplicables a partir del lenguaje natural.²²

¹⁸Gadamer, H. G. (2004). *Verdade e método* (2ª ed.). Vozes.

¹⁹Habermas, J. (1987). Tendências de juridicização. In *Sociologia – Problemas e Práticas*, (nº 2, pp. 185–204). (P. Guibentif, Trad.)

²⁰Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights* (J. Rivers, Trad.). Oxford University Press. (Original publicado em 1985)

²¹Barroso, L. F. (2017). *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* (3ª ed.). Saraiva.

²²Susskind, R. (2019). *Online courts and the future of justice*. Oxford University Press. STJ. Sistema Athos. Disponível em: <https://stj.jus.br/athos> (acesso em 09 set. 2025).

En esta línea de pensamiento, de acuerdo con Katz (2013)²³, la jurimetría permite mapear patrones decisorios, identificar tendencias de resolución y ofrecer previsibilidad a abogados y magistrados.

Según Melo (2019), frente al crecimiento exponencial de la demanda judicial, el Poder Judicial brasileño ha invertido en tecnología y soluciones de Inteligencia Artificial (IA) como estrategia para ampliar la eficiencia y el acceso a la justicia. Diversas iniciativas de los tribunales han sido sistematizadas y compartidas por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), conforme a la Portaria nº 25/2019, que instituyó el Laboratorio de Innovación del Proceso Judicial Electrónico (Inova PJe) y el Centro de Inteligencia Artificial Aplicada al PJe.²⁴

En esta misma línea, el Tribunal de Justicia de São Paulo (TJSP) utiliza el sistema Victor, en colaboración con el Supremo Tribunal Federal (STF), para la selección y análisis automatizado de recursos extraordinarios con repercusión general de mayor incidencia en la Corte.

El Poder Judicial de Bahía (TJBA) emplea Judi, asistente virtual incorporada para agilizar la atención al público y a los funcionarios; y Sofia, asistente virtual de los Juizados Especiales del TJBA, en la Plataforma Digital del Poder Judicial (PDPJ-Br). Según Consultor Jurídico (2025), Juju y Jefinho son chatbots desarrollados por la Sección Judicial de Bahía para atención vía WhatsApp (+55 71 3616-4656) en los Juizados Especiales Federales.²⁵

El Estado do Río de Janeiro utiliza a Justa, asistente virtual para atención electrónica en la 27ª Vara Federal - Tribunal Regional Federal de la 2ª Región. Por su parte, el Tribunal de Justicia de Minas Gerais (TJMG) posee Ágil, un robot que, mediante el título de la acción, examina las varas del Estado y gabinetes de los desembargadores para identificar desviaciones en la distribución. El Tribunal de Justicia de Pernambuco (TJPE), con Elis, agiliza miles de procesos.²⁶

Según Melo (2019), la creatividad alcanza su máximo con una familia de robots en actividad en el Tribunal de Justicia del Río Grande del Norte (TJRN), resultado de una asociación con la Universidad Federal del Río Grande del Norte (UFRN), dando lugar a Poti, Clara y Jerimum, destinados a automatizar tareas repetitivas y acelerar los procesos administrativos. Poti realiza bloqueos y desbloqueos vía BACENJUD y emisión de certificados en segundos; Clara está siendo entrenada para leer documentos, sugerir tareas, recomendar decisiones como la extinción de ejecuciones fiscales e insertar borradores en el sistema; Jerimum clasifica y etiqueta procesos. Estas herramientas liberan a los operadores del Derecho para actividades de mayor complejidad y juicio crítico (Tribunal de Justicia, 2019).²⁷

Susskind (2019)²⁸ argumenta que los profesionales del Derecho que se destacarán en el futuro no serán necesariamente reemplazados por máquinas, sino superados por quienes sepan manejar adecuadamente las tecnologías emergentes y utilizarlas estratégicamente en la práctica jurídica. Estos avances no significan la sustitución del

²³ Katz, D. M. (2013). Quantitative legal prediction—or—how I learned to stop worrying and start preparing for the data driven future of the legal services industry. *Emory Law Journal*, 62(4), 823–966. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol62/iss4/6>

²⁴ Melo, T. (2019). A tecnologia e o acesso à justiça: desafios e perspectivas. *Revista de Direito e Tecnologia*, 15(1), 45-62.

²⁵ Consultor Jurídico. (2025). Chatbots no Judiciário: iniciativas brasileiras em destaque. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-set-09/chatbots-judiciario-iniciativas-brasileiras>

²⁶ TJMG, TJPE. Sistemas de automação judicial. Informações internas dos tribunais.

²⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. (2019). Robótica e inovação no TJRN: Poti, Clara e Jerimum. Disponível em: <https://www.tjrn.jus.br/inovacao/robotica>.

²⁸ Susskind, R. (2019). *Online courts and the future of justice*. Oxford University Press.

jurista, sino su reconfiguración en el escenario contemporáneo del sistema de técnicas y argumentación jurídica.

Por ello, es urgente discutir cómo estas tecnologías influyen en la construcción de la argumentación jurídica, generando eficiencia pero también exigiendo nuevos formatos de responsabilidad, ética y fundamentación, como se analizará en los próximos capítulos.

3 Desafíos Éticos de la Argumentación Jurídica en la Era Digital

Es sabido que la sociedad jurídica enfrenta diversos retos éticos, epistemológicos y prácticos en la argumentación jurídica mediada por la tecnología y los avances digitales.

La adopción creciente de tecnologías digitales en el Derecho impone una serie de desafíos que trascienden la dimensión técnica, afectando aspectos éticos, epistemológicos y prácticos de la argumentación jurídica. La promesa de eficiencia y racionalidad, a menudo asociada con la automatización y la inteligencia artificial, debe equilibrarse con los principios fundamentales de la estructura democrática, como la transparencia, la amplia defensa y la motivación de las decisiones.

3.1 Opacidad Algorítmica y Rendición de Cuentas

Uno de los principales problemas éticos es la opacidad algorítmica, es decir, la dificultad de comprender cómo los sistemas llegan a determinadas conclusiones o sugerencias. Según Cathy O'Neil (2016, p. 23), “los algoritmos no son neutrales, llevan los prejuicios de sus creadores y refuerzan desigualdades preexistentes”. Esta falta de transparencia compromete el deber de fundamentación previsto en el art. 93, IX de la CRFB/88, que exige decisiones judiciales debidamente motivadas. El uso de sistemas de IA en decisiones judiciales puede, por tanto, violar principios constitucionales si no hay control humano y explicabilidad.²⁹

3.2 Fragilidad de la Fundamentación

La lógica estadística de la jurimetría y de los sistemas predictivos puede inducir a la fragilidad de la fundamentación jurídica, sustituyendo la argumentación basada en normas y principios por patrones cuantitativos de decisiones anteriores. Como advierte Alexy (2002)³⁰, la argumentación jurídica requiere una justificación racional e intersubjetivamente controlable, lo que no siempre es posible en sistemas automatizados. La lógica de predicción puede ser incompatible con la exigencia de ponderación basada en principios en casos concretos.

3.3 Riesgo de Deshumanización e Imparcialidad Automatizada

Otro punto crítico es el riesgo de deshumanización del proceso decisorio, especialmente en sectores como los juzgados especiales o demandas repetitivas, donde los sistemas automatizados pueden asumir funciones decisorias. Remus y Levy (2016) alertan que la automatización puede comprometer la sensibilidad jurídica y la consideración de elementos subjetivos relevantes en cada caso. Además, algoritmos entrenados con datos sesgados pueden reproducir discriminaciones históricas, lo que

²⁹ O'Neil, C. (2016). *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*. Crown Publishing Group.

³⁰ Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights* (J. Rivers, Trans.). Oxford University Press. (Original work published 1985)

vulnera los principios de igualdad (CRFB/88, art. 5º, caput) y dignidad humana (CRFB/88, art. 1º, III).³¹

3.4 Exclusión y Asimetría Digital

La exclusión digital representa un desafío práctico relevante: el acceso desigual a la tecnología y a la información jurídica profundiza barreras sociales y compromete derechos como el contradictorio y la amplia defensa, afectando a jurisdicionados y operadores del derecho con menor capacitación tecnológica. Según el Ministro Barroso (STF, 2017),³² democratizar el acceso a la justicia requiere no solo apertura institucional, sino también interlocución jurídica efectiva y accesible.

Contrariamente, el uso inadecuado de tecnologías puede generar desequilibrios institucionales y servir como instrumento de persecución, falsificación documental y prácticas autoritarias a través de medios digitales. Un caso emblemático es el relato del exasesor del TSE, Eduardo Tagliaferro, quien expuso la manipulación de informes por orden judicial con fines controvertidos (Oeste Sem Filtro, 2025)³³, lo que evidencia el potencial de las herramientas digitales para el uso indebido de la comunicación jurídica. Estos episodios señalan la necesidad urgente de una regulación ética del empleo de la tecnología y de la preservación de la dignidad humana como principio constitucional.

3.5 Falta de Regulación Específica

A pesar de las iniciativas, la Ley General de Protección de Datos (nº 13.709/2018, LGPD) y la Ley de Gobierno Digital (nº 14.129/2021) aún presentan vacíos regulatorios respecto de la responsabilidad sobre actos jurídicos y decisiones automatizadas en el ámbito judicial. La ausencia de un marco regulatorio claro sobre IA en el Poder Judicial brasileño compromete la seguridad jurídica y la protección de derechos fundamentales, especialmente cuando las decisiones impactan directamente la vida de las personas en ejecuciones fiscales, beneficios previdenciarios y acciones de familia, más allá de los casos de uso inadecuado del sistema digital por autoridades judiciales.³⁴

Se concluye, estos desafíos no implican el rechazo del uso de tecnologías en el Derecho, sino la necesidad de criterios éticos, jurídicos y operativos rigurosos para garantizar una argumentación jurídica íntegra, ética, segura y transparente, cumpliendo su función de racionalizar el poder y proteger los derechos fundamentales constitucionales.

4 Oportunidades e Innovaciones en la Argumentación Jurídica por la Tecnología

A pesar de los desafíos éticos y epistemológicos, las tecnologías ofrecen innovaciones que fortalecen la argumentación jurídica. Cuando se regulan y utilizan críticamente, pueden contribuir a un sistema jurídico eficiente, transparente y accesible.

4.1 Eficiencia Procesal y Celeridad

³¹ Remus, D., & Levy, F. (2016). Can robots be lawyers? Computers, lawyers, and the practice of law. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 30(3), 501–558. Disponible em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092

³² Barroso, L. R. (2017). *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Saraiva Educação.

³³ Jornal Oeste sem Filtro (set. 2025) <https://www.youtube.com/watch?v=iuCyP4cBPbM>

³⁴ Brasil. (2018). *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Diário Oficial da União. Disponible em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

Brasil. (2021). *Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021. Lei do Governo Digital*. Diário Oficial da União. Disponible em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

Tecnologías como la automatización de documentos, la clasificación inteligente y el análisis predictivo reducen el tiempo en tareas repetitivas. Sistemas como Athos (STJ) y Victor (STF) filtran recursos y sugieren precedentes rápidamente, liberando a los magistrados para cuestiones más complejas (CNJ, 2022). Esta eficiencia está alineada con el principio de duración razonable del proceso (CRFB/88, art. 5º, inc. LXXVIII).³⁵

4.2 Transparencia y Previsibilidad

La jurimetría y el legal analytics aumentan la previsibilidad al identificar patrones judiciales, ampliando la base argumentativa de los operadores del Derecho (Katz, 2013). Los dashboards públicos, adoptados por tribunales como el TJSP y TRF4, elevan la transparencia y el control social, en consonancia con el principio de publicidad (CRFB/88, art. 37).³⁶

4.3 Lenguaje Jurídico Accesible

Las plataformas digitales acercan al ciudadano al Poder Judicial, facilitando el acceso remoto incluso en regiones alejadas (CNJ, 2021). Legal Design y Visual Law hacen que el contenido jurídico sea más comprensible para el público general, promoviendo dignidad humana e inclusión social (Kim, 2020; Redish, 2018).³⁷

4.4 Nuevo Perfil Jurídico

La tecnología demanda juristas con competencias técnicas, éticas y comunicacionales. Susskind (2019)³⁸ enfatiza que el profesional del futuro debe interpretar datos y tomar decisiones tecnológicas manteniendo fundamentos jurídicos.

En este contexto, el plan de estudios de la carrera de Derecho debe incorporar nuevas asignaturas esenciales para la evolución de las tecnologías digitales y del mundo jurídico, tales como ética digital, derecho de las tecnologías y diseño jurídico.

Así, las tecnologías, usadas responsablemente, amplían la argumentación jurídica de manera accesible y transparente.

5 Directrices para la Argumentación Jurídica en la Era Digital

Frente a las transformaciones tecnológicas, es esencial preservar los valores del Estado Democrático de Derecho. La argumentación jurídica debe permanecer humana, racional y ética.

De esta manera, la proyección de la argumentación jurídica en la era digital, es futuro de la argumentación jurídica estará marcado por la integración cada vez más

³⁵ Tribunal da Justiça. (2019, 4 de abril). *Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial*. Tribunal da Justiça. Disponível em: tribunadajustica.com.br

Supremo Tribunal Federal. (2022, julho 13). *Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral*.

Conselho Nacional de Justiça. (2022). *Relatório Justiça em Números*. <https://www.cnj.jus.br/publicacoes/relatorio-justica-em-numeros/>

Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União. pdf

³⁶ Katz, D. M. (2013). Quantitative legal prediction—or—how I learned to stop worrying and start preparing for the data driven future of the legal services industry. *Emory Law Journal*, 62(4), 823–966. <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol62/iss4/6>

Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União. pdf

³⁷ Redish, J. (2018). *Letting go of the words: Writing Web content that works* (2nd ed.). Morgan Kaufmann. Kim, M. (2020). *The principles of legal design: Visualizing law for better access to justice*. Stanford Legal Design Lab. <https://www.legaltechdesign.com>

Conselho Nacional de Justiça. (2021). *Juízo 100% Digital: A transformação digital da Justiça brasileira*. <https://www.cnj.jus.br/juizo100digital/>

³⁸ Susskind, R. (2019). *Online courts and the future of justice*. Oxford University Press.

profunda entre tecnologia, ética y teoría del Derecho. Las innovaciones digitales permiten no solo la eficiencia procesal, sino también una expansión del alcance de la justicia y de la argumentación fundada en principios.

5.1 Centralidad de la Fundamentación Racional

Conforme el art. 93, IX de la CRFB/88, las decisiones judiciales deben estar motivadas y ser comprensibles para todos. El Visual Law y el lenguaje claro refuerzan la legitimidad democrática (Kim, 2020)³⁹.

La combinación de big data y algoritmos avanzados posibilita un Derecho predictivo capaz de identificar tendencias jurisprudenciales y riesgos legales, pero debe equilibrarse con la ética y la fundamentación jurídica. Como sostiene Floridi (2019)⁴⁰, la inteligencia artificial debe servir como apoyo a la toma de decisiones humanas y no como reemplazo de la racionalidad ética.

5.2 Sistemas Tecnológicos

Las tecnologías deben ser explicables y auditables para evitar la opacidad algorítmica, con documentación técnica y control externo (Calo, 2017)⁴¹.

Por último, las futuras herramientas de Inteligência Artificial explicativa podrán generar argumentos jurídicos basados en normas, precedentes y principios, manteniendo la trazabilidad del razonamiento. Esto contribuye a la transparencia, al cumplimiento del deber de motivación judicial y a la rendición de cuentas, evitando la opacidad algorítmica.

Los sistemas basados en IA y *big data* deben respetar la igualdad, la dignidad, la no discriminación y el acceso a la justicia, de acuerdo con la LGPD⁴² y los principios constitucionales. Los profesionales deben estar capacitados para identificar riesgos éticos.

El desarrollo de competencias digitales y éticas se vuelve esencial para los profesionales del Derecho. La educación debe incluir formación en herramientas tecnológicas, comprensión de sesgos algorítmicos, análisis de datos y diseño de sistemas legales. Esto asegura que los juristas del futuro puedan interpretar, evaluar y cuestionar recomendaciones tecnológicas sin comprometer los principios del Derecho.

5.3.1 Instrumentalización Digital en los Tribunales

Los tribunales brasileños han adoptado asistentes virtuales e IA, como Victor en el STF, que realiza OCR, clasificación de recursos e identifica temas de repercusión general (Jus.com.br, 2024; STF, 2022). RAFA 2030 clasifica los casos según los Objetivos de Desarrollo Sostenible, con alta precisión (STF, 2023). VitorIA agrupa procesos por similitud textual para uniformizar la jurisprudencia (STF, 2024)⁴³.

³⁹ Kim, M. (2020). *The principles of legal design: Visualizing law for better access to justice*. Stanford Legal Design Lab. <https://www.legaltechdesign.com>

Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União. Pdf

⁴⁰Floridi, L. & Cowls, J. (2019). *A unified framework of five principles for AI in society*. *Harvard Data Science Review*. https://philarchive.org/s/Luciano%20Floridi?utm_source=chatgpt.com

⁴¹Calo, R. (2017). Artificial intelligence policy: A primer and roadmap. *UC Davis Law Review*, 51(2), 399–435. https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/2/Symposium/51-2_Calo.pdf

⁴²Brasil. (2018). *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm

⁴³ Jus.com.br. (2024). *Robôs no tribunal: O papel das IA's no Judiciário brasileiro*. Jus.com.br. Recuperado de <https://jus.com.br/artigos/107614/robos-no-tribunal-o-papel-das-ia-s-no-judiciario-brasileiro> Jus Navigandi

Supremo Tribunal Federal. (2022, julho 13). *Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral*.

Otros sistemas, como Judi (TJBA), Sofia (Juzgados Especiales-BA), Justa (27ª Vara Federal-RJ) y los robots del TJRN, automatizan tareas repetitivas, liberando a los funcionarios para actividades complejas y aumentando la eficiencia y la celeridad (Tribunales, 2019-2021).

Estos sistemas amplían la capacidad de gestión procesal sin reemplazar el análisis humano ni comprometer el debido proceso legal⁴⁴.

5.4 Interdisciplinaridad jurídica

El jurista del futuro debe dialogar con ingenieros, científicos de datos y diseñadores, lo que exige una formación interdisciplinaria que incluya ética de la tecnología, derecho digital y diseño jurídico (Susskind, 2019)⁴⁵.

5.4.1 Regulación Internacional y Cooperación

La globalización de la información y los flujos digitales demanda coordinación internacional en materia de regulación de IA y sistemas automatizados. Marcos como el Reglamento General de Protección de Datos (UE) y recomendaciones de la UNESCO sobre IA y ética jurídica muestran caminos posibles para la creación de normas que garanticen transparencia, justicia y equidad.

5.5 Preservación humana em las decisiones jurídicas

La argumentación jurídica es una práctica discursiva orientada por valores y razones, no por respuestas automatizadas (Alexy, 2002)⁴⁶. El Derecho resulta de la interacción entre hechos sociales, valores y normas (Reale, 2003)⁴⁷.

Así, el uso de la tecnología exige compromiso ético y racionalidad discursiva, pilares de la práctica jurídica legítima. La inteligencia artificial ya forma parte irreversible de la transformación del acceso a la justicia y de los procesos jurídicos⁴⁸.

Supremo Tribunal Federal. (2022, 12 de maio). *STF lança RAFA, ferramenta de inteligência artificial para classificar ações na Agenda 2030 da ONU*.

Supremo Tribunal Federal. (2023, agosto 25). *Ministra Rosa Weber lança robô VitorIA para agrupamento e classificação de processos*.

Supremo Tribunal Federal. (2024). *Relatório final do Chamamento Público nº 001/2023: Propostas para uso de inteligência artificial na criação de sumários automatizados de processos judiciais*. Brasília: STF.

⁴⁴ Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (2021, 18 de agosto). *Votação escolhe Judi para o nome da assistente virtual do PJBA pelo WhatsApp*. TJBA. Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/portal/votacao-escolhe-judi-para-o-nome-da-assistente-virtual-do-pjba-pelo-whatsapp>.

Conselho Nacional de Justiça. (2022, 10 de outubro). *Assistente virtual Sofia está disponível na Plataforma Digital do Judiciário*. Agência CNJ de Notícias. Recuperado de <https://www.cnj.jus.br/assistente-virtual-sofia-esta-disponivel-na-plataforma-digital-do-judiciar>

Supremo Tribunal Federal - Presidência. (2021, 16 de dezembro). *Justa - Assistente Virtual da 27ª Vara Federal/RJ - Justiça Federal - 2ª Região*. Disponível em: <https://www.trf2.jus.br/juizo/jfrj/27vf/justa-assistente-virtual>.

Tribunal da Justiça. (2019, 4 de abril). *Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial*. Tribunal da Justiça. Disponível em: tribunadajustica.com.br

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. (2021, 18 de agosto). *Votação escolhe Judi para o nome da assistente virtual do PJBA pelo WhatsApp*. TJBA. Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/portal/votacao-escolhe-judi-para-o-nome-da-assistente-virtual-do-pjba-pelo-whatsapp>

Tribunal de Justiça da Bahia

⁴⁵ Susskind, R. (2019). *Online courts and the future of justice*. Oxford University Press.

⁴⁶ Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights* (J. Rivers, Trans.). Oxford University Press. (Original work published 1985)

⁴⁷ Reale, M. (2003). *Lições preliminares de Direito* (27. ed.). São Paulo: Saraiva.

⁴⁸ Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights* (J. Rivers, Trans.). Oxford University Press. (Original work published 1985)

Reale, M. (2003). *Lições preliminares de Direito* (27. ed.). São Paulo: Saraiva.

5.5.1 Argumentación Jurídica Centrada en Derechos Humanos

La proyección del Derecho en la era digital debe priorizar principios constitucionales y derechos humanos como eje central de cualquier argumentación jurídica.

La tecnología no puede reemplazar el juicio crítico ni la ponderación de principios, sino reforzar la justicia mediante sistemas que apoyen la argumentación ética, inclusiva y fundamentada.

Por último, ante este panorama, se concluye que la argumentación jurídica en la era digital exige la armonización entre la innovación tecnológica y los fundamentos éticos, constitucionales y humanistas que estructuran el Estado Democrático de Derecho. La incorporación de sistemas basados en inteligencia artificial, big data y automatización judicial puede fortalecer la eficiencia y ampliar el acceso a la justicia, siempre que vaya acompañada de transparencia, auditabilidad y control humano cualificado. La centralidad de la fundamentación racional, la preservación de la dignidad humana y la interdisciplinariedad se convierten en elementos indispensables para asegurar que las tecnologías actúen como instrumentos de mejora y no de sustitución de la racionalidad crítica propia de la práctica jurídica. Así, la evolución digital del Derecho no debe alejarse de sus principios, sino reafirmarlos, consolidando una argumentación jurídica ética, inclusiva y orientada a la protección de los derechos humanos.

6 Consideraciones Finales

Esta investigación tiene como objetivo general analizar cómo la tecnología influye en la construcción de la argumentación jurídica en el siglo XXI, considerando los desafíos y oportunidades que emergen en la era digital. Los objetivos específicos incluyen la investigación de los impactos de las tecnologías digitales en los procesos argumentativos, el análisis crítico de sus riesgos, como la opacidad algorítmica, y la identificación de prácticas innovadoras, como el *Legal Design* y el *Visual Law*, que contribuyen a la democratización y la transparencia del Derecho. El problema central consistió en comprender cómo la inserción de la tecnología en la argumentación jurídica influye en los procesos de toma de decisiones en medio de los desafíos y oportunidades derivados de esta transformación.

La hipótesis formulada se confirma: el uso creciente de las tecnologías en la era digital influye en la argumentación jurídica y en los procesos decisorios, pudiendo generar avances en términos de eficiencia y acceso a la justicia, pero exige un enfoque crítico y ético para mitigar los riesgos estructurales, los desafíos significativos y la falta de una legislación efectiva que garantice la seguridad jurídica. A pesar de las oportunidades, la hipótesis fue confirmada. A lo largo del trabajo se demostró que, aunque las tecnologías digitales, como la inteligencia artificial y la automatización de documentos jurídicos, promueven celeridad y estandarización, también plantean cuestiones éticas, jurídicas y epistemológicas relevantes.

El desarrollo teórico integró a autores clásicos de la argumentación jurídica, como Kelsen, Alexy y Habermas, con la reflexión contemporánea sobre el uso de tecnologías digitales en el Derecho, observando además lo establecido en la Constitución Federal de 1988 (art. 5º, incisos LIV y LV; art. 93, IX) y en el Código de Proceso Civil de 2015 (art. 489, §1º), que refuerzan la exigencia de fundamentación adecuada y transparente de las decisiones judiciales, incluso en contextos mediados tecnológicamente.

Se concluye que la tecnología, cuando se utiliza con responsabilidad, puede fortalecer la legitimidad del proceso judicial, siempre que respete los principios del

Estado Democrático de Derecho y no sustituya la racionalidad exigida por las normas jurídicas.

Este estudio defiende la integración crítica entre el Derecho y la era digital, con énfasis en el lenguaje digital y en el uso de herramientas judiciales.

La interdisciplinariedad es esencial para una justicia efectiva, inclusiva y transparente.

Ante la compleja relación entre tecnología y argumentación jurídica en la Era Digital, se hace necesaria una formación profesional amplia y transversal. Asignaturas como ética de la tecnología, derecho digital, ciencia de datos jurídicos y diseño de la información jurídica deben integrar los planes de estudio de las facultades de Derecho.

Por último, a nueva argumentación exige más que una adaptación tecnológica: requiere compromiso con la ética, la democracia y la racionalidad discursiva, pilares innegociables de la práctica jurídica. Las innovaciones en el acceso a la justicia, en el formato de las audiencias y en la comunicación jurídica, impulsadas por la inteligencia artificial, conforman un escenario irreversible del Poder Judicial.

DEFENSA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Adriana Angélica Hernández¹

I.- Introducción:

El sistema acusatorio imperante en el proceso penal de la Provincia de Buenos Aires exige, para lograr una sentencia ajustada a derecho, que las partes desde el inicio de su intervención, planifiquen y desarrollen sus premisas con el objeto lograr la mejor conclusión para los intereses de su representado. El abogado litigante se convierte así en un creador de verdad procesal que sostendrá con argumentos sólidos. “La argumentación encuentra su apoyo no sólo en una exigencia moral y ética propia de un Estado de Derecho Constitucional, sino también al ser reconocida por las Cartas Constitucionales... Con ello se establece expresamente, en el rango constitucional provincial, la garantía a los ciudadanos y también la exigencia a quienes emiten este tipo de pronunciamientos (sentencias judiciales), de fundar suficientemente decisiones”¹

Si bien tanto la Constitución Nacional de la República Argentina alude a la obligatoriedad de que todas las sentencias estén fundadas en ley anterior al hecho del proceso, en un sistema dispositivo como el imperante en la Provincia de Buenos Aires, las partes: Fiscal y defensor en un proceso penal, tendrán que fundamentar con razonamientos acordes su planteo. Sólo de estos podrá el Juez tomar elementos para sus resoluciones no pudiendo sustituirse en lo que las partes no plantearon. “La argumentación tributa al ejercicio del derecho de defensa. Resumidamente, podemos concebir fácilmente la idea de que, conocer las razones en las que se apoya una decisión, los motivos de la elección de esas razones por sobre otras, y la exteriorización del trabajo ponderativo de quien decide, favorece: - el control que pueden ejercer las partes del proceso, - la aceptación de los argumentos brindados por el magistrado o magistrada, - la tarea crítica de los aspectos que se consideraban en desacuerdo con el acto sentencia, es decir, el ejercicio recursivo de las partes a fin de obtener una modificación del decisorio”.¹

El desarrollo de las Ciencias jurídicas, la implementación del procedimiento de juicio por jurados y sus técnicas, la inmediatez procesal, son elementos que exigen cada vez mayores conocimientos al litigante. La regulación constitucional del juicio por jurados contribuye a que configure una exigencia para poder presentarse correctamente y con argumentos sólidos ante un jurado que desconoce el derecho, pero al que tendré que convencer.

La argumentación de premisas en debates en materia correccional y criminal requiere un planteo diferenciado, complementado con un estado profundizado de todas las pruebas obrantes en la causa y ser estudioso conocedor de estrategias.

Conocimientos básicos en Argumentación y técnicas de litigar, en estos tiempos, configuran necesidades básicas y elementales de quién pretende representar a una persona imputada de un delito en cualquier escenario. 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 la más utilizada. Si bien aporta elementos concretos que el litigante debe tener en

¹ Adriana Angélica Hernández. Abogada. Defensora oficial. Docente Universitaria Autorizada Univ. Nacional La Plata. Especialista en Derecho Aeronáutico y Espacial (I.N.D.A.E.) Especialista en Derecho Ambiental (U.B.). Alumna del Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales U.M.S.A

cuenta y no puede desconocer, con el transcurso de los diez años de implementación del procedimiento de juicios por jurados en la provincia de Buenos Aires requiere que la apliquemos sin desconocer otras y nuevas reglas tales como Las reglas de evidencia, los principios de examen de prueba y contra examen, el desarrollo de la teoría de Psicología del testimonio, todas enfocadas en la prueba, en el discurso y en la memoria, que hacen al análisis argumentativo del planteo a la hora de realizar la crítica del relato de la contraparte.

En rigor de verdad, estas exigen mejor lenguaje, precisión y certeza en el discurso jurídico y a su vez, lo complementan, le aportan claridad, precisión y certeza.

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) ²

II.- El razonamiento jurídico a partir del análisis de un caso especial. Teoría del caso

Robert Alexy en este sentido, 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 ³

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. ⁴

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, 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 ella racionalidad en el derecho 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”.⁵

III.- Reglas y principios de la Teoría de la argumentación jurídica aplicado al caso penal

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.

La Constitución Nacional y a los Tratados internacionales que por ella se incorporan, posibilitan al imputado que está siendo juzgado por delitos con penas altas (se establece el mínimo de estas) pueda elegir con cual procedimiento ser juzgado. Así escoge, no sólo ser juzgado ante jueces que no son técnicos, sino que las reglas y normas que son obligatorias, tanto para quién juzga, como para quién pretende su absolución, sufrirán necesariamente una adaptación integral al caso, con casi iguales reglas procesales de admisibilidad de prueba pero rotundas diferencias en el discurso argumentativo que desarrollarán las partes. El jurado popular común desconoce los principios procesales y la reglas de evaluación de la prueba en un proceso penal ordinario, que si bien se le informan, queda muy ligado a su íntima convicción y o intuición y análisis sin otro elemento que controle que la intuición a la que llegue es la correcta. La valoración en este caso juega un papel muy importante.

El examen de la prueba, la veracidad del relato de un testigo, y el peso que se le dé a este para llegar a la conclusión, dependerá en mayor medida de la formación anterior del jurado y su intuición como de la habilidad del litigante. Se dice en muchos casos que representa una oportunidad para el litigante hábil de llegar a una verdad procesal más favorable a su cliente. Hasta el principio de inocencia es más difícil de romper para quién no tiene la formación jurídica académica letrada y debe condenar a una persona sin preparación previa, lo cual constituye una de las mayores críticas al procedimiento de jurados en la Provincia de Buenos Aires que ya cumplió diez años desde su implementación. La otra es que sea el imputado quién elige el proceso en que se lo va a juzgar sin participación alguna de la víctima, quién, en su caso, podrá decir que no acepta la aplicación de un procedimiento de medio alternativo de solución de conflictos como es el juicio abreviado. Pero lo cierto es que el procedimiento de juicio por jurados es una manda plasmada en nuestra constitución nacional de 1994 que se debe respetar en un Estado de Derecho y que exige determinadas destrezas en los adversarios procesales a la hora de argumentar sus reclamos.

IV.- Defensa y planificación estratégica

La planificación es una etapa importante en el trabajo del abogado defensor que debía ser previa a la intervención, para después ir adecuando la misma a las circunstancias que se presenten en el proceso. Conforme a lo que quiera demostrar, desarrollará su plan de

acción, la prueba con que cuenta y cómo estructura su relato. El cómo lo haga, validará su relato y fortalecerá su hipótesis. Por eso hablamos de planificación estratégica, la cual, tendrá que ser flexible, porque el defensor aguarda la acusación sobre su representado, para luego responder correctamente, delimitando de qué lo acusan y cómo sostienen esos extremos. En base a ello, mostraré o no la prueba con la que cuente y quiera producir en juicio.

A lo largo de la historia, se ha hablado de la importancia de la argumentación que exponga. Sin seguir una teoría específica, los litigantes exponemos nuestras mejores armas con la finalidad de colocar a nuestro asistido en la mejor situación procesal posible. Buscamos mejorar su situación, no buscamos la justicia, como valor. Buscamos resguardar el derecho de defensa de quién está investigado. En esta tarea, la teoría de la argumentación supone un aporte muy valioso para que nuestros planteos resulten más eficaces y creíbles.

La fundamentación de las resoluciones judiciales fue plasmada como una exigencia constitucional para las resoluciones de los jueces. Los distintos sistemas procesales imponen que quién litiga deba demostrar. Y para ello necesita valerse de una o más teorías. Se trata de sistematizar el discurso para hacerlo más creíble. Se trata de convencer. Ahora, me pregunto: es lo mismo argumentar ante un juez técnico que ante un jurado popular? Ante este, conformados por ciudadanos, apelamos más al sentido común que a la lógica, tratamos de convencer de que nuestra prueba es la válida, nuestro relato, el más cercano a la verdad de cómo los hechos sucedieron. Se habla de examen y contra examen, el que también controlará el Juez técnico que dirige el debate, aún cuando el procesado escoja ser juzgado por ese procedimiento.

“... fue la teoría ius positivista, la legalista del siglo XIX o la kelseniana, la que resultó funcional en orden a explicar, avalar y promover a dicho paradigma, pero dicha teoría terminó resultando inviable para cumplir esa triple función en relación con el Estado de Derecho, por ello fue paulatinamente sustituida focalmente por las distintas versiones que hoy se conocen como “neo constitucionales”. Sin perjuicio de la novedad de sus planteos, lo cierto es que muchas de sus tesis coinciden con otras similares que eran auspiciadas tradicionalmente por el iusnaturalismo clásico. Estos vientos rehabilitadores impulsaron el descubrimiento de la argumentación jurídica, que exige a quién va a definir derechos y deberes lo haga a través de un discurso racional donde sus premisas se conecten respetando la lógica, y que ellas se encuentren justificadas o avaladas por razones o argumentos suficientes y válidos. Por esa vía, el derecho vuelve a reconciliarse con la razón práctica y deja de estar adscripto a voluntades que no necesitan justificarse racionalmente. Por supuesto este “descubrimiento” remite a las enseñanzas que en la filosofía jurídica clásica se hacía al estudiar la prudencia y los razonamientos no necesarios o apodícticos sino verosímiles o plausibles. Ya había enseñado Tomás de Aquino que argumentar significa argüir razones para sostener una propuesta en caso de duda. No necesitamos argumentar frente a lo evidente, pero sí cuando enfrentamos alternativas que lucen respaldadas racionalmente”⁶

La razón práctica a la que alude Vigo nos habla de los valores “la pregunta medular es si el contenido de esos valores lo define cada uno (subjetivismo ético), lo define la sociedad (intersubjetivismo), depende de las consecuencias dado que no hay actos buenos o malos en sí mismos (consecuencialismo), lo define Dios y lo da a conocer a los que tienen fé”. Habla también de “Los principios jurídicos”, en contraposición a las normas o reglas, indicando que mientras aquellas contienen respuestas explícitas, los principios son derecho concentrado o respuestas jurídicas implícitas que el jurista deriva para los casos que asume, a tenor de las posibilidades y circunstancias que se presenten. Dice L. Vigo ⁶ que existen casos difíciles, y, por lo tanto, habrá otros fáciles, lo cual es muy controvertido

porque quién es juzgado necesita que no se tome su representación como un caso de menor entidad. Nos dice el Profesor A. Grajales ⁷, que para Dworkin, en la interpretación de los casos difíciles, los jueces deben acudir a los principios, pero como no media una jerarquía preestablecida, es posible que se fundamenten decisiones distintas. Entiende que los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de "canonizarlos" está condenado al fracaso.

Por esta razón, la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial y la "integración del razonamiento" en una teoría. El juez, ante un caso difícil, debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. Los principios serían determinantes para resolver un caso según este autor. Por lo cual, el litigante debe conocer las normas y los principios, conjuntamente con las reglas para aplicarlos al caso concreto más allá de la normativa vigente. "Dworkin sostiene que un sistema jurídico positivo no está integrado únicamente por normas, sino también por principios, esto es, por enunciados que establecen objetivos sociales, económicos, políticos, etc. (directrices), y exigencias de justicia, equidad y moral positivas (principios en sentido estricto). Tales enunciados no serían propiamente normas, en la medida en que no están determinadas con precisión las condiciones de su aplicación, pero que juegan un papel importante a la hora de establecer, por vía interpretativa, el significado de las normas del sistema, a fin de brindar solución a los casos jurídicos. Entiende, además, que mantener la tesis de que el derecho está integrado por principios (y no sólo por normas) es incompatible con el positivismo jurídico de Hart, que parte de la separación entre el derecho y la moral (distinción que no puede hacerse al nivel de los principios) y de la existencia de una regla de reconocimiento que establece cuáles son los enunciados que forman parte del derecho positivo (la que no serviría como criterio de "reconocimiento" de los principios "⁷."

El derecho es ante todo, argumentación. Tengo que convencer que tengo razón y saber demostrarla. Para lo cual, todas las teorías amplían nuestros recursos estratégicos y nos brindan herramientas necesarias para litigar mejor. El derecho es dinámico y el trabajo del abogado defensor en un proceso penal exige destrezas cada vez más mayores y más específicas. Sistema acusatorio donde las partes son las que tienen que demostrar y el Juez no puede suplir esta tarea, exige diligencia y contar con herramientas de argumentación y lógica. Los conocimientos serán de gran utilidad pero para convencer de que nuestra hipótesis es la correcta, materializando el relato de nuestro representado, necesitamos saber que se dijo a lo largo de la historia de cómo tenemos que argumentar nuestro relato.

Citas bibliográficas

- 1 Ruhl, Luciano Blas, Breves reflexiones en torno a la argumentación jurídica y su contexto (2021) Revista Argumentos de la Provincia de Córdoba)
- 2 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)
- 3 Alexy, R. (1997), 213 y ss. Teoría de la Argumentación jurídica y Alexy, Robert. (2007).
- 4 Bandom. 2005, 37, 96, 108, citado por Klatt, (2017)
- 5 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 Dere2018-D, cho (2019), 43 e-ISSN: 2386-4702/ ISSN: 0214-8676).

6 Vigo, Rodolfo L. La argumentación jurídica: actualidad y exigencias (2018) La Ley 2018-D, 1068.

7 Grajales, Amós A. - Negri, Nicolás Jorge. “Ronald Myles Dworkin y la teoría de la argumentación jurídica (in memoriam) Publicado en: SJA 24/04/2013, 3 LALEY AR/DOC/5242/2013.

**“ROBOTS DEFENDIENDO HUMANOS”: ¿LA REALIDAD
VIRTUALIZADA PUEDE CONFIGURAR DOGMA Y
JURISPRUDENCIA JUSTA Y CONFIABLE PARA HUMANOS?
¿DE LAS LÓGICAS DE ORDENAMIENTO MATEMÁTICO A LAS
DEL ORDENAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO?**

Adriana Lucía Savio Corvino¹

PERTINENCIA:

“Una de las peores manifestaciones de la inercia intelectual es permanecer ajenos a los límites del lenguaje, que son también los del método científico.

El error de absolutizar la razón matematizante, de no entender que hay cosas que solo se pueden mostrar (mostrar viviendo), lleva a pensar como máquinas –y a delegar en las máquinas los juicios éticos”
(Echarte, Luis; *Ética Médica*; Universidad Navarra)

La pertenencia del presente artículo académico, radica en comenzar a reflexionar acerca de la EFECTIVIDAD o no, de la implicancia activa y ejecutiva Decisora, DE la IA al momento DE elaborar una argumentación jurídica correspondiente. ¿Podemos “legar” completamente en la IA – por más sensibilizada que se halle- la sensibilizada pertenencia y agudeza necesaria para una causa, a la hora de argumentar una defensa?

¿Podemos creer ciegamente en la potestad de la acción ABOGAR de parte de una IA interactuando desde un rol humano racional para defender a otro humano vivenciando una circunstancia la realística legal y no de la introyectada como escenario plausible para la IA? ¿Cuál es la realidad de acción o espectro de acción las “CRIATURAS EMPÍRICAS”-razonamiento-toma de decisiones jurídicas- en el mundo de la

Jurisprudencia en la realidad? ¿Podemos legar las responsabilidades las sentencias impartidas a la IA centrada en MATRICES MATEMATICAS BINOMICAS – BIAS SESGO ERROR IA – ELECTIBILIDAD de OPCIONES- que no involucran terceras opciones u opciones alternativas nodales en la realidad multicausal compleja del ser humano?

¿Podría la IA a pesar de contar con todo el INPUT más que completo ingresado, realizar observaciones y llegar a conclusiones propias al análisis jurisprudencial, sin nunca poder haber integrado la realidad del mundo cotidiana y especializada la forma y por los canales que lo hacemos los seres humanos cumpliendo nuestra función técnica especializada?

¿Si habilitásemos la participación conceptual la IA en la argumentación jurídica, deberíamos ingresar la IA a un terreno de Derechos donde los NEURO DERECHOS deberían estar comprendidos e interpretados para habilitar la participación de la IA en nuestro plano real también? Planteamientos reflexivos a la luz del pensamiento led

¹ Psic Clínica y Forense. Perito Forense / Neurofisiología Clínica – EUTM. DELAR Mstrand En Derechos y Políticas Públicas infancia y dolescencia Prof Filosofía Instituto de Profesores “Artigas”. Estudiante Derecho y Notariado UDELAR. . psicadrianasavio@gmail.com

filósofo israelí YUVAL NOAH HARARI acerca de lo que le “faltaría” a la IA para desplegar razonamientos y organización silogismos tan completos como los hace la mente desde la aplicación una acción humana interviniendo en una ciencia humana y social como lo es el Derecho.

Me basare principalmente en los aspectos meramente propedéuticos metodológicos y no precisamente temáticos o referentes a la materia judicial a las que puedan referir las causas. Por ello me interesará principalmente desarrollar las preguntas problemas desde y a partir de la mirada filosófica-argumentativa, así como la psicológica jurídica volviendo con ambos parámetros científicos análisis, a la base central que nos convoca como lo es la jurídica argumentativa.

Sostengo que existen dos tipos terrenos donde se despliegan los sistemas tecnológicos una vez desarrollados a niveles para auxiliar al saber humano; uno es el de auxiliario en las tareas siempre tutorados o asesorados por la decisión racional final del ser humano; y otro muy diferente es cuando la IA comienza a suplantar de forma cuasi totalitaria la tarea del ser humano ya que participan en todos los momentos del proceso incluso en el final definitorio y que expide la sentencia u opinión jurídica a la hora cerrar una causa.

Propondré caminos alternativos como lo es el estudio del lenguaje argumentativo desde la conceptualización Wittgenstein, así como desde el derecho a partir de Teorías innovadoras de enfoque tales como la de Roxyn entre otros, acompañándolo de ciertos lineamientos auxiliares desde la matemática probabilística del profesor Nash entre otros-

Introducción General:

Como todos ya reconocemos, existen dentro del terreno de las nuevas TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS del SXXI un sinnúmero de consecuencias generando desafíos en el ámbito de lo dogmático aplicado, así como en lo ético jurídico en sí mismo.

Con las actuales herramientas, más que nunca se INTERACTÚA, SESIONES Y SE ORGANIZAN A NUESTRAS SOCIEDADES, por lo cual es central tener en cuenta, que la IA BIOTECNOLOGÍA CHAINS, SISTEMAS AUTÓNOMOS, NO SOLO MODIFICAN ESTRUCTURAS ECONÓMICAS Y POLÍTICAS, SINO QUE

INSTALAN DESAFÍOS DE GRAN complejidad jurídica

El aprendizaje autónomo de la IA constituye en sí mismos Inteligencias disruptivas que toman decisiones y organizan la vida bio psico social, y los sistemas informáticos aprenden para la ejecución de tareas complejas sin intervención de la mente humana de forma directa

Desde lo Ético uno de ellos principales DESAFÍOS será la OPACIDAD ALGORÍTMICA, muchos sistemas IA operan como “Backs Boxes” dificultando la comprensión procesual de cómo se alcanza determinada decisión – ello trayendo repercusiones en todas las materias del Derecho e función de la alteración del DEBIDO PROCESO DEL DERECHO y las explicaciones debidas del DERECHO PROCESAL por se- Ello afecta transparencia, confianza pública, el derecho a la explicación y además el aprendizaje automático puede reproducir y amplificar en multiplicación “dramática” sesgos históricos y epistemofiliados presentes a lo largo de la historia bio psico social de la información recabada, generando DISCRIMINACIÓN en variados ámbitos como la contratación laboral, otorgamiento de “cuotas” o la justicia basada en aspectos “distributivos” pero no anclados en parámetros sensibles a las necesidades de equidad del momento y del ámbito sobre el cual aplicarlo.

Otro gran dilema Ético jurídico de relevancia, será la DES-HUMANIZACIÓN de las decisiones sensibles, en este caso el PRINCIPIO DE IGUALDAD vinculado a los accesos a determinados servicios se verá completamente afectado, y segmentarizado

acorde a parámetros que se tornarán en cuasi “ley pétrea” desde la lógica matemática, pero serán totalmente injustos y desempatizados desde el terreno de la realidad humana para el cual se aplican.

Se corre el riesgo de que la complejidad humana se reduzca a la complejidad humana mero patrones estadísticos; ignorando complejidades subjetivas humanas y por ende los imperativos categóricos morales quedando completamente por fuera de dicha ecuación – tanto desde lo ejecutivo matricial matemático como desde lo propedéutico programático- En cuanto a su aplicabilidad en la vigilancia masiva también reviste problemas de aplicabilidad, ya que se viola el derecho a la privacidad desde el momento que se modelizan perfilamientos faciales sin la estipulación de un consentimiento informado previo.

En lo jurídico específicamente surgen problemas en referencia a las responsabilidades por daños civiles, generadas por sistemas autónomos, simplemente ver el caso de Fabrica Chilena donde un Robot escaneo errado y confundió una puerta con un cuerpo humano generando una muerte. Posteriormente la jurisprudencia chilena instaló el Derecho de Persona jurídica al primer robot e la historia del mundo con el fin de poder poner responsabilidades y elucidar la carga de la prueba entre la máquina, el programador o el empresario. Emerge un nuevo nivel para categorizar que se conformara por la Personería JURÍDICA ALGORÍTMICA O LA PERSONERÍA JURÍDICA ELECTRÓNICA. Todo

Redunda sobre los desafíos ético jurídicos en torno a la autonomía progresiva de las IA y Robots, lo cual implica necesariamente regulación interdisciplinaria y regulación sensible proactiva acompañante de forma constante y continuada a la par del avance.

En este punto es central analizar bajo que criterios matemáticos, y probabilísticos de suceso se harán las delegaciones de funciones a máquinas; Sabemos actualmente y en parte por lo que desplegaré en el presente artículo, que la IA no puede tomar parte decisivo en juicios que impliquen la “tercera alternativa” como decisoria, o si se quiere como parámetros personalísimos

Ello significa, una IA no está ni en las potestades estructurales ni propedéuticas de poder hacerlo; lo que es más, si bien es viable acorde a planteamientos como los de Nash corregir y perfilar ajustando cada vez, las probabilidades de respuesta dentro de las permutaciones de miles de opiniones como respuesta; el “gris” de la brecha entre si y no aun sigue siendo el gran “agujero de gusano” de la Informática; género que esta “incertidumbre” – desde la matemática expresada con números “Irreales”- se acondiciona y vire más, hacia el lado de las presuntas “Discrecionalidades” contemplativas dentro del marco jurídico; que pueda aspirar a un futuro muy lejano en responder y ocupar el rol ejecutivo de un juez u humano en este aspecto.

LA autonomía técnica no equivale a una autonomía moral, ello exige determinar límites claros la delegación de funciones sensibles. En este aspecto, saber que si bien las matrices algorítmicas pueden seguirse tallando y sofisticando en cuanto a los parámetros decisorios dentro de la franja de las “lógicas difusas” existe una franja de respuestas cuasi imposible u “irreal” de alcanzar que es la que se podría definir únicamente por la determinación ofrecida por factores propios del parámetro del tiempo lineal cartesiano- como lo conocemos en nuestro paradigma científico y según se rigen nuestros sistemas ordenáticos como el LEGAL- Un factor decisivo, pero casi inalcanzable sería el de la incertidumbre de acción a futuro cuando es un factor indeterminado por aunarse a un coeficiente como el tiempo espacial- Ello ya demuestra que la matriz a perfeccionar estará siempre – por lo menos según la ciencia actual la cual ya esta mirando a los aportes de la física cuántica- por ahora, limitada en sus aproximaciones acorde a la sensibilidad algorítmica, de las respuestas subjetivas y por ende de las que involucren imperativos

morales categóricos y la articulación de ellos mismos según intereses personales explicables al contexto en el que se suscitan y deben ser juzgados.

En este aspecto la DESHUMANIZACIÓN de las relaciones sociales y por ende las implicadas en el proceso judicial – a sabiendas de que el Derecho es una ciencia social – es un factor a contemplar especialmente para evitar consecuencias indeseables.

La atención automatizada puede caer en sustituir y por ende generar una pérdida a largo plazo, de las respuestas y producciones generadas resultado de la interacción,

También podemos pensar en la complejidad que existe en cuanto al uso ilegítimo de la fuerza y las responsabilidades al respecto. Generándose a su vez, un desafío de las categorías de responsabilidad jurídica civil y penal; la dificultad para ofrecer responsabilidad en sistemas que aprenden y evolucionan instalan la responsabilidad de la personería jurídica algorítmica y la personalidad algorítmica electrónica. Quedando así las IA sobre un IATO o margen GRIS siendo no totalmente Persona, pero tampoco siendo persona jurídica per se.

Las NUEVA Fronteras. LAS BCI como interfases cerebro-maquina

Neuro tecnología y Neuro Derechos Chile fue el primer país en el mundo en habilitar la ley de protección de neuro derechos basada en la privacidad neuro cognitiva, libertad de conocimientos, etc. En este sentido será central reforzar el CONSENTIMIENTO ASISTIDO sobre nuestros derechos, ya que muchas de estas aplicaciones por IA ingresan a un terreno ultra sensible humano como lo es la Cognición, la Voluntad, La intencionalidad y el saber mismo. Pensemos también de qué manera podría interpretarse este avance en pro del bien de los sistemas penológicos probabilísticos de sucesos como lo es el de Roxyn.

La VÍA REGIA Y PLENA DE UNA REGULACIÓN: Marcos Normativos sensibilizados de forma Anticipatoria, colaborativa e Integrativa interdisciplinar. Ejemplo proyecto de ley del Dr. Goñi Parlamento Uruguayo – Marzo 2025- para la gestación de comisión bicameral integrativa de todos los partidos y dos cámaras, para el análisis e la regulación propicia en materia de IA a partir de las recomendaciones que AGESIC crea conveniente y haya comunicado al respecto.

GARANTIZAR NATURALEZA ALGORÍTMICA Y APLICABILIDAD-TODA

DECISIÓN IFF que afecte derechos debe ser comprensible, transable, y realizables y deben exigirse mecanismos de autoría externa técnica jurídica accesible para portar al derecho de explicación a todos los usuarios. Fundamental como ámbito de Garantías será: Consentimiento informado explícito, e irrevocable; es clave que readapten formatos de consentimiento a públicos bajo esa sensibilidad vulnerabilidad de baja alfabetización digital.

Protección privacidad datos personales con derechos fundamentales

Prevención de la discriminación algorítmica y la equidad; e prevenir la discriminación algorítmica promoviendo la equidad, implicando exigir evaluaciones de impacto algorítmico en sistemas y plataformas de IA y en el BIG DATA. Incorporar criterios de justicia distributiva. Rawls- y no discriminativa ni criminalizadora, en diseño y entrenamiento de los modelos.

Educar e instruir en Neuro derechos, así como munir propiciamente de los mismos a los ordenamientos jurídicos como las constituciones y los códigos que ayudan a la IA y al derecho informático en general.

Ahora la protección de datos pasa a ser un DERECHO COLECTIVO y deja de ser individual en pro de la masificación y crecimiento exponencial de integración de la IA a todos los procesos que involucran decisión jurídica o ético moral, así como la aplicabilidad de la misma en las áreas también metodológicas prácticas de

procesamientos de datos en general.

A partir del nacimiento de la IA surgen los derechos informáticos como naturaleza de vulneraciones colectivas; en este sentido es central que las Constituciones en referencia a los términos que refieren a la protección de los derechos fundamentales – 1972- consideren si no requiere revisión u interpretación para incorporar nueva perspectiva tecnológica que a las constituciones analógicas las deja atrás. CONSTITUCIONES ANALÓGICAS VS CONSTITUCIONES 9 G tema a investigar a futuro -que involucren el parámetro de la ALTERNATIVA o PARÁMETRO ALTERNATIVO que habilita a la realidad la intersección de la IA con la realidad humana en el manejo del Derecho-

Introducción: cuando la NARRATIVA HUMANA y la NEURO CONECTIVIDAD NATURAL no puede ser ni emulada ni superada por la IA

Un conflicto matemático vinculado al parámetro “Tiempo” y sus consecuencias de carencias argumentativas en el terreno de la Jurisprudencia

Uno de los tantos aspectos que busco investigar por medio del presente análisis es abordar la POSIBLE INTERSECCIÓN entre la TEORÍA JURÍDICA DE CLAUS

ROXIN Y LA TEORÍA DE LOS JUEGOS – más específicamente el Equilibrio matemático lógico de Nash- vinculando el análisis probabilístico-matemático y los algoritmos aplicados al Ámbito del Derecho con el objetivo de predecir los comportamientos punibles. Este último aspecto se ha desarrollado exponencialmente en la actualidad a razón de la inserción masiva de la herramienta IA en el ámbito del Derecho de todas las materias a nivel mundial. Sin embargo, sostengo que únicamente la matemática y más específicamente la que analiza las lógicas difusas como lo es la del Premio Nobel Dr. Nash será la que se atreva analizar ofreciendo más garantías a la hora de dominar los derroteros por los que puede conducir la IA aplicada al ámbito jurisprudencial. -

Tal es así que pienso que los puntos conectores entre un mundo conceptual y otro; se centran en aspectos como; referenciando a la TEORÍA DE ROXIN en su basamento de Sistema del Derecho Penal basado en la política criminal o específicamente lo que se conoce por FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO; concibiendo al Derecho penal como instrumento Directriz y de control social con fines especialísimos en la PREVENCIÓN- Muchos académicos sostendrán así que la Teoría del Dr. Roxyn no data de una Dogmática sino más bien, de un SISTEMA AXIOLÓGICO ORDENATIVO con determinadas particularidades aplicables con fines prevencionistas en el terreno penológico. Pienso central que, la configuración teleológica e incluso tautológica que aplica el Dr. Roxyn es casi ideal para dar cabida al ingreso articulador posible con la Teoría analítica lógica de Nash que busca explicar desde una perspectiva matemática, las presuntas

“lógicas” existentes de manifestación de ciertas “respuestas” y sus frecuencias en lo que a los ámbitos probabilísticos de sucesiones y circunstancias aleatorias se refiere. Si pudiésemos aunar ambas concepciones, buscando articularlas en un solo sistema, la Teoría ordenativa penal de Roxyn podría hallar ciertos parámetros matemáticos probabilísticos de respuestas que solo la teoría de Nash podría aportar.

El enfoque roxynista se presta a la perfección para la intervención de aporte que busco realizar en mi investigación ya que el mismo, por ejemplo, despliega un enfoque centrado en la introducción de la categoría de la responsabilidad o necesidad de pena basada en la prevención.

La teoría de Roxyn si bien no incorpora directamente un análisis probabilístico matemático per se, si habilita en ese intersticio conceptual dogmático la integración de un análisis matemático probabilístico como el de Nash centrado en una valoración y teleología

de fines de las categorías jurídicas con mayores propiedades, ya que las matemáticas podrían acercarnos aún más, a afinar la probabilística de resultados esperables y por ende ofrecerme un margen más anticipado de acción preventiva al respecto.

Con los aportes de Nash podríamos mejorar y perfilar cada vez más los perfilamientos especializados de algoritmos en referencia a las decisiones políticas, criminales que sustentan el modelo roxiano y que buscan de forma implícita, influenciar en la probabilidad jurídico penal de futuros delitos a monitorear (Sesgamientos Esperables)

Vínculos con el Derecho: La Teoría de Juegos y el Equilibrio de Nash tienen una aplicación considerable en el Análisis Económico del Derecho (AED). Se utiliza para:

- ✓ Predecir el comportamiento racional: Modelar situaciones legales (negociación de contratos, litigios, cumplimiento de la ley) como "juegos" donde los individuos actúan racionalmente para maximizar su utilidad, considerando las posibles acciones de los demás.

- ✓ Evaluar la eficiencia de las normas: Determinar si una norma legal conduce a un equilibrio deseado o eficiente (por ejemplo, disuadir el crimen, el famoso modelo de Gary Becker sobre la delincuencia).

- ✓ Estrategias Mixtas: El concepto de estrategias mixtas (donde se asignan probabilidades a la elección de diferentes acciones) es inherentemente probabilístico y se aplica para modelar incertidumbre o comportamientos aleatorios en el contexto legal.

En este sentido baso mi análisis en la importancia de comenzar a investigar acerca del área filosófica jurídica científica que concierne y constituye al Derecho como ciencia social, buscando desplegar un plano más mensurable y objetivamente más transparente gracias a las matemáticas, centrado en la explicación de las razones circunstanciales a partir de la naturaleza probabilística estudiada de los "cambios" de conductas y no en el completamiento de estos espacios abstracto conceptuales con meras opiniones e ideología no jurídico política o dogmática. El Delincuente será el que llegue a calcular las "ganancias" o "ventajas" obtenidas en pro de la aplicabilidad de una acción ilícita y las comparará con aquello que puede perder en comparación con lo que gana si comete el ilícito. Ganancia criminal Según los aportes de Nash podríamos conocer la casuística probabilística de elección de una opción criminal u otra, analizando matemáticamente las ondulaciones de acción probabilísticas según las integrales matemáticas. La predictibilidad del

comportamiento "racional" según la lógica económica jurídica de las "ganancias" será aquello que cuanto más pulible desde la ciencia matemática, aportará mayores garantías en los pronósticos esperables, según la jurisprudencia y teorías aplicadas a la hora de intervenir en los casos jurídicos específicos tratar. Ello instalar una jurisprudencia también más agudizada en materia de resuelta jurisprudencial, así como aportara, por ende, mayor articulación de aplicabilidad y transparencia a la realidad que se interviene y que refleja.

Predecir el comportamiento jurídico desde las lógicas materia legales como las generables desde la aplicación de la Teoría nashiana, nos permitirá modelar situaciones legales donde interactúen dos o más partes implicadas con intereses creados caso de contratos, litigaciones, cumplimiento de la ley; como si fuesen modelos de "juegos" donde los individuos interactuaran para maximizar como resultado de sus accionares, la utilidad de las interacciones de sus conductas pre acordadas, buscándose beneficiar de maneras máximas a futuro.

Ello también podría aportar en relación a la eficiencia de las normas; estudiando si la norma legal conduce o no a un equilibrio deseado; así como estudiar las estrategias de forma mixtas donde se podría analizar matemáticamente la TENDENCIA entre la

predisposición probabilística el análisis de la incertidumbre y el comportamiento aleatorio dentro de un contexto legal u escenario jurisprudencial.

Una característica cuasi única de la Especie animal Humana es la de poder NARRAR y crear un mundo en función de su intersubjetividad basada en dichas narraciones; las cuales también se generan con estéticas lógicas similares a las formas de interconectividad nodal de las glías neurales en nuestros sistemas nerviosos. La narrativa como la capacidad de crear JUEGOS con pares, son dos capacidades cuasi únicas del homo sapiens; incluso ya se constato en videos intrauterinos los juegos por horas que atienen los fetos con el cordón umbilical que es su primer “interlocutor” silencioso.

La narrativa y el juego serán por ende, las dos dimensiones que justamente la IA quizás no pueda igual ni siquiera ni a futuro; ya que integran una lógica difusa con criterios oscuros pero coherentes, de funcionamiento que son cuasi indescifrables por lo menos desde nuestros sistemas de análisis formales matemáticos.

EL ALGORITMO CRIMINÓGENO: BECKER TEORÍA ECONOMICISTA DEL DELITO

Creo central el poder analizar las probabilidades de la Decisión del Delincuente; el cual actúa como un agente racional que calcula la utilidad esperada de la actividad ilegal y la compara, con la utilidad de la actividad legal (ejemplo: trabajo honesto), considerando los siguientes parámetros: Factor Descripción Impacto en la Decisión Beneficio de la Actividad Ilegal. La ganancia o "recompensa" que se obtendría al cometer el delito (dinero, bienes, satisfacción, etc La Fórmula de Decisión Criminal de un individuo es que: cometerá el delito si su utilidad esperada de la actividad ilegal es mayor que la utilidad de la actividad legal

Implicaciones para la Política Criminal que podría ser calculada y modelada desde la matemática algorítmica

Los algoritmos pueden **ayudar a prever** el comportamiento punible (aunque con grandes controversias éticas y de sesgo). Al analizar grandes conjuntos de datos sobre crímenes, reincidencia, factores socioeconómicos, etc., estos sistemas buscan patrones para **identificar riesgos**. Sin embargo, esto no es una "predicción" en el sentido determinista, sino una **estimación de riesgo probabilístico**.

Aspecto	Teoría de Roxin (Funcionalismo)	Equilibrio de Nash (Teoría de Juegos)	Conexión Conceptual
Objetivo Central	Prevención del delito y control social.	Predicción del comportamiento racional para optimizar el <i>payoff</i> .	Ambos buscan influir o predecir el comportamiento humano en el contexto de las "reglas" (normas jurídicas y estructura de pagos/penas).
La Norma	Es una directriz de comportamiento orientada a los fines (evitar la lesividad).	Es una restricción que modifica los <i>payoffs</i> y las estrategias posibles (la pena es un <i>castigo/costo</i>).	El análisis de Nash puede modelar cuán efectiva es la amenaza de la pena (un pilar de la prevención en Roxin) para disuadir al agente racional.

La teoría de Roxin es un marco filosófico-valorativo para la dogmática penal (fines de la pena, estructura del delito), mientras que la Teoría de Nash proporciona un **instrumento matemático y predictivo** que podría ser empleado para **evaluar la eficacia político-criminal** de las normas que Roxin justifica teleológicamente.

La teoría de Roxin es un marco filosófico-valorativo para la dogmática penal (fines de la pena, estructura del delito), mientras que la Teoría de Nash proporciona un **instrumento matemático y predictivo** que podría ser empleado para **evaluar la eficacia político-criminal** de las normas que Roxin justifica teleológicamente. Si vamos un poco más allá, podríamos decir que de la misma manera que Nash con su Teoría de las Probabilidades matemáticas de Coincidencia y esperabilidad de resultados de los juegos; podría aportarnos una aproximación científico matemática a los márgenes de comisibilidad de ciertos actos punibles; que quizás a futuro, interceptados en un sistema de IA de análisis de probabilidades podría ser el inicio para programas preventivos de las conductas criminales, o por lo menos reducir sus consecuencias a mas del 50% lo cual ya sería un avance astronómico en este ámbito tan sensible y controversial como lo es el de la criminalidad y la justicia penal.

Para finalizar quizás podríamos comenzar pensar en la discutible frontera entre la tecnología, la filosofía y el Derecho, explorando la futura configuración de la justicia en la era de la inmersión digital y la Inteligencia Artificial (IA). Entonces: ¿Puede la Realidad Virtualizada configurar Dogma y Jurisprudencia Justa y Confiable?

Lo que si sabemos es que la **Realidad Virtual (RV)** y la **Realidad Aumentada (RA)** están siendo incorporadas activamente en el proceso judicial, pero su rol se limita a ser una **herramienta de prueba y visualización**, no la base del dogma o la jurisprudencia en sí misma.

La RV se podría utilizar para **reconstruir escenas del crimen** (*virtopsia* en medicina forense o lo que se podía apreciar en MINORITY REPORT Film futurista de Cruise) o accidentes, permitiendo a jueces y partes **interactuar** con las pruebas y tener una mejor comprensión espacial de los hechos. En ese sentido la RV mejora la **percepción de los hechos**, pero la **sentencia** y la **valoración de la culpabilidad** siguen siendo actos de razonamiento y netamente juicio humano. Por lo que concluyo que si bien la RV es un **medio didáctico-probatorio** potentísimo con el que ya se cuenta en la actualidad; la **dogmática y la jurisprudencia discrecional**, seguirán requiriendo el **juicio humano** para la interpretación y la valoración ética – aquí nos hallamos ante un CONFLICTO CON LA NARRATIVA HUMANA, LA OPINIÓN epistemológica Y LA SUBJETIVIDAD-histórico cultural de la era en la que vivimos.

Componente	Dimensión Automatizada (IA)	Componente Humano (Juez/Abogado)
Función	Procesar, predecir, estandarizar y calcular.	Interpretar, valorar, ponderar y justificar.
Aportación	Eficiencia, velocidad y coherencia formal.	Justicia, equidad y legitimidad ética.

La **Argumentabilidad Jurídica *per se*** requiere el **diálogo filosófico** y la **ponderación ética**, que son atributos de la conciencia humana. La IA puede **fabricar argumentos sintácticos**, pero el humano debe **ejecutar la justificación semántica y axiológica** para que la decisión sea legítima y justa.

Creo que uno de los desafíos más preponderantes que nos lega el ingreso de la IA al ámbito jurídico procesal es que el ser humano se esfuerce aún más, en la evolución

lógico-matemática interpretativa de ordenamientos jurídicos más organizados desde las lógicas matemáticas probabilísticas y estadísticas

Mientras la OPINIÓN es algo que nos caracteriza patognonicamente como especie humano a diferencia con otras especies; quizás sea hora de acrecentar las articulaciones matemático lógicas deductivas en el terreno de la Justicia y tornarnos un factor de supremacía consultiva a la hora de ejercer contralores semánticos y argumentativos sobre las IA intervinientes.

Entre ambas configuraciones se pueden alcanzar por medio de un trabajo armónico y concordante, objetivos hace siglos atrás, impensables. El nuevo desafío quizás sea entonces; mediar concordantemente entre ambos mundos y apostar así, finalmente, a un universo mas equilibrado y feliz para todas sus partes.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA:

Babragelatta, Aníbal “La Teoría del Estado” Ed Mdeo Uruguay 1967

Campos Zamora, F.J.: “Nociones Fundamentales Del Realismo Jurídico”, Revista de Ciencias Jurídicas, n°. 122, 2010

Edwards, L. & Veale M.: “Enslaving the Algorithm: From a ‘Right to an Explanation’ to a ‘Right to Better Decisions’?”, IEEE Security and Privacy, vol. 16, n°. 3, 2018, p. 46–54. <https://doi.org/10.1109/MSP.2018.2701152>.

Kelsen, H. “Teoría General del Estado” Buenos Aires, 1934

Nash, John “Teoría de los Juegos” en Apuntes de Ciencias Económicas Facultad de Ciencias Económicas UDELAR

Pérez, A. (s.f.) “Derecho constitucional. Funciones del Estado” FCU Mdeo Uruguay

Rivadeneira J:C: “Prometea: inteligencia artificial para la revisión de tutelas en la Corte Constitucional”. Legis. Ámbito Jurídico: 2019

Roxyn “Derecho Penal” Roxin, Claus, Publikationsverzeichnis, <http://www.claus-roxin.de/> (30 de enero de 2009)

Solove D. A Taxonomy of Privacy University of Pennsylvania Law Review, 154: 2006

Sourdin, T.: “Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making”, UNSW Law Journal, vol. 41, n°. 4, 2018, p. 1114–33.

Trazegnies F “¿Seguirán existiendo jueces en el futuro?: el razonamiento judicial y la inteligencia artificial? Granda Ius et Veritas, 23: 2013

Wittgenstein and Legal Theory, Boulder-San Francisco-Oxford: Westview Press,1992

DESAFÍOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN CONTEXTOS DE LEGITIMACIÓN DE MEDIDAS DE EXCEPCIÓN Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Edgar Iván Ortega Peñuelas*

I. Aspectos preliminares

En la actualidad, existen múltiples factores sociales, políticos, económicos, culturales o jurídicos que condicionan la vida normal de los países en el mundo. Muchos de ellos, son debidamente regulados por la normatividad institucional –ya sea de carácter nacional o internacional-, no obstante, existen situaciones o realidades que escapan a las expresiones normativas establecidas en el orden mundial o nacional moderno. Para contener o resolver las situaciones apremiantes –llámese conflictos, pandemias, o factores que condicionan el orden común o la paz social, se han instruido al interior de las naciones los denominados estados de excepción, mismos que plantean acciones o estrategias para abordar las problemáticas bajo lineamientos que muchas veces sobrepasan los límites establecidos por la política o el derecho, los cuales se implementan con el objetivo de hacer frente a la situación de manera -supuestamente- pertinente e inmediata. Con ello, se puede precisar –en un primer momento- que el “Estado de excepción es un apotegma que designa y ordena los dispositivos constitucionales para enfrentar un peligro extraordinario, usualmente una invasión extranjera, una guerra civil o un acontecimiento natural catastrófico. Estado de excepción es una respuesta constitucional frente a lo extraordinario, a lo que está en otro orden de magnitudes, a lo que, al momento de promulgarse una constitución, no puede ser nombrado con precisión porque su forma, intensidad y sentido son desconocidos o apenas intuitivos”.¹ Es decir, la norma fundamental –así como los ordenamientos jurídicos provenientes de la misma- no son suficientes para comprender la realidad compleja en la que se desarrolla el individuo y la sociedad, demandando un reacomodo de las directrices normativas y la relación de los derechos parte de la situación. Por lo que el estado de excepción “es la institución creada para enfrentar la que Jean Rivero denomina “hipótesis de peligro público” y que autoriza a concentrar poderes en una autoridad, limitar ciertos derechos o, en general, adoptar medidas que no se admiten en circunstancias normales”.² Lo cual lleva a que las autoridades –por lo general el Poder Ejecutivo en quien se depositan facultades plenas para la toma de acciones o estrategias-, conduzcan sus esfuerzos de manera discrecional, contrapesando derechos y garantías en sumisión a implicaciones que escapan de la normalidad en la que habitualmente se desarrolla la vida del Estado. En este sentido, “Agamben define el estado de excepción como una zona de indeterminación entre

* Profesor Investigador en la Facultad de Derecho Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación. Correo electrónico: edgar.ortega73@uabc.edu.mx

¹ Rodríguez Kuri, A., “Modalidades y límites del estado de excepción en México: del liberalismo histórico a la guerra sucia”, *H Mex*, n° 4, 2025, p. 1530.

² Aguilar Andrade, J. P., “Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción”, *Iuris Dictio*, n° 13, 2010, p. 2.

“dentro” y “fuera”, dado que la suspensión del orden jurídico no lo derrumba y la anomia que se instala no está tampoco tan fuera de la norma”.³

Dichas precisiones reflejan importantes cuestiones desde la argumentación jurídica. La primera de ellas es en relación con la incertidumbre entre lo normado y lo inusual – cuestiones de facto no previstas dentro de la norma-; la otra cuestión es relativa a los parámetros de razonabilidad con los cuales debe actuar la autoridad que monopoliza el ejercicio del poder para hacer frente a la situación extrema. En el primero de los supuestos planteados, los estados de excepción plantean “la apertura de un espacio en el cual la aplicación y la norma exhiben su separación y una pura fuerza-de-ley-actúa (esto es, aplica des-aplicando) una norma cuya aplicación ha sido suspendida. (...) la soldadura imposible entre norma y realidad, y la consiguiente constitución del ámbito normal, es operada en la forma de la excepción, esto es, a través de la presuposición de su nexos (...) para aplicar una norma se debe, en última instancia, suspender su aplicación, producir una excepción”.⁴ En el segundo de los supuestos, “el estado de excepción es una potestad de la que disponen los Estados para conjurar problemas y defender los derechos de las personas que viven en su territorio y que, por una situación no previsible, no pueden ser garantizados con los mecanismos regulares y ordinarios establecidos en la Constitución y en la ley. El Estado utiliza, entonces, esta figura jurídica para solventar crisis extraordinarias y emergentes”.⁵ Dichas expresiones nos muestran como en los estados de excepción nos encontramos con antinomias normativas o axiológicas al no existir parámetros o reglas establecidas que hagan frente a la situación compleja. Es en este sentido, en donde la potestad del Estado concentra sus esfuerzos en una autoridad representativa que en un escenario de no sumisión a la ley desempeña funciones esenciales para hacer frente a la complejidad, dotando de expectativas de cumplimiento a la sociedad que busca resolver la problemática en la que vive en ese momento.

De igual forma, cabe precisar que los estados de excepción son “etapas transitorias de anormalidad constitucional orientadas únicamente a la restauración de la normalidad constitucional. No pueden concebirse para una perpetuación de la excepcionalidad, o de un determinado ejercicio autoritario del poder, sino como la única garantía de retorno al funcionamiento ordinario de las instituciones democráticas”.⁶ Siendo así que cualquier exceso en cuanto a las acciones desempeñadas por la autoridad instruida para tal fin, debe responder a las exigencias planteadas en cuanto a la temporalidad, sobriedad en el ejercicio del poder ostentado y la restitución de un estado de derecho del cual proviene la potestad de ejercicio ante las circunstancias de apremio.

Con ello, se dan ciertas características que se deben respetarse en los estados de excepción:

- 1) Deben distinguirse claramente de los estados de normalidad sin que pueda extenderse el uso de normas de excepción a situaciones normales. 2) Debe estar claramente separada la competencia para decidir en qué momento y lugar se empieza a aplicar el Derecho de excepción y la competencia para aplicar real y efectivamente las medidas previstas en el

³ Taccetta, N., “Violencia y derecho: Benjamin, Schmitt, Agamben y el estado de excepción”, *Devenires*, n° 32, 2015, p. 5.

⁴ Gómez Orfanel, G., “Excepción, necesidad y constitución”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 48, 2021, p. 83.

⁵ Aguilar Andrade, J. P., *op. cit.*, p.p. 7-8.

⁶ Pérez Véliz, A. & Montesino Santana, F., “Razonamiento judicial y restricción de derechos en situaciones excepcionales: del legalismo dogmático al judicialismo argumentativo”, *Revista cubana de derecho*, n° 1, 2021, p. 193.

Derecho de excepción. 3) El órgano legislativo o su representante deben poder modelar el Derecho de excepción aplicable al tipo de crisis al que haya que hacer frente. 4) Establecerse un principio de responsabilidad del Estado por los posibles perjuicios que las actuaciones de los poderes públicos pudieran ocasionar en la aplicación de las medidas excepcionales.⁷

Ante ello, los estados de excepción deben ser considerados solo en relación a problemáticas extremas y fuera del cauce normal de aplicabilidad de la norma, sin que ello conlleve a considerar cualquier hecho -que por relevante que sea- como un supuesto propio de los estados de excepción. Para ello, se debe definir dentro de los textos fundamentales e internacionales aquellas circunstancias de especial relevancia -de manera pormenorizada y específica- como situaciones especiales, dando paso a la permisión de la instauración de medidas indispensables para hacer frente a las dinámicas imprevistas. Otro aspecto importante es el relativo a la aplicación territorial y la temporalidad, dentro de los cuales solo en las zonas que ameriten el control excepcional y no expandirse o generalizarse a todo el núcleo territorial del Estado y solo bajo el tiempo necesario para ello. De igual forma, deben existir controles de verificación de las actuaciones estatales respecto a las acciones o estrategias tomadas para hacer frente a la situación excepcional sin las cuales podrían carecer de validez en un contexto determinado. Asimismo, la garantía de la responsabilidad del Estado juega un papel fundamental al concebir el ejercicio de esta facultad otorgada desde parámetros de control y valoración de los efectos producidos, mismos que deberán ser restituidos en casos de perjuicio o afectación a los derechos fundamentales.

En cuanto a su fundamento internacional, el estado de excepción se encuentra comprendido en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁸ mismo que otorga la facultad a los Estados parte para adoptar medidas para hacer frente a situaciones excepcionales de conformidad con la más estricta de las limitaciones posibles y sin descuidar las obligaciones internacionales adquiridas dejando a salvo el derecho a la no discriminación y la no suspensión de derechos esenciales como la vida, la prohibición de la tortura, los tratos crueles e inhumanos, la esclavitud, entre otros, bajo el requerimiento de informar a la comunidad internacional sobre los hechos y las modalidades para hacer frente a la situación. De igual forma, el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁹ establece la permisibilidad de adoptar disposiciones para suspender garantías asociadas a derechos fundamentales sin afectar los relativos a la personalidad, la vida, la integridad, esclavitud, legalidad y retroactividad, por mencionar algunos, retomando aspectos esenciales como la temporalidad de las medidas adoptadas, el cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas, la no discriminación y el requerimiento de información a la comunidad internacional, de conformidad con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, existen las opiniones consultivas 8/87 y 9/87 emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hacen especial referencia al *habeas corpus* y las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales respecto de los estados de excepción. Es así, que en la primera de las observaciones se hace énfasis en la existencia de un mecanismo de defensa práctico como el *habeas corpus* el cual no puede ser suspendido en situaciones de excepción dado que va en contra de la protección de derechos esenciales reconocidos por la Corte Interamericana.¹⁰ En la

⁷ *Ibidem*, p. 194.

⁸ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de fecha 23 de marzo de 1976.

⁹ Cfr. Convención Americana de Derechos Humanos de fecha 11 de febrero de 1978.

¹⁰ Cfr. Opinión consultiva 8/87 de fecha 30 de enero de 1987.

segunda de las observaciones se hace referencia a que tanto el *habeas corpus*, el amparo o cualquier otro recurso efectivo ante las autoridades jurisdiccionales serán reconocidos como medios de protección de derechos en los estados de excepción por lo cual no se suspenden bajo ninguna modalidad de conformidad con los criterios establecidos por el Tribunal interamericano.¹¹ Por último, pero no menos importante se tiene la Observación general 29 pronunciada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos misma que explica lo relativo a los estados de emergencia y otorga claras apreciaciones sobre esta figura jurídica consagrada en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹² En lo que respecta al marco nacional las regulaciones son diversas y por lo general se encuentran reconocidas en las norma fundamental de cada país –como el caso de México, que la mención a los estados de excepción se encuentra reconocida en el artículo 29 de la Constitución Nacional, sin embargo, para aportar un estudio que pueda servir al marco de países de la región, se optará por realizar el estudio desde la perspectiva interamericana.

II. Planteamiento del problema

a. La paradoja del estado de excepción

No son pocas las voces que expresan su preocupación en relación con la instauración del estado de excepción como estrategia para afrontar sucesos extraordinarios que otorgan facultades exclusivas a los gobernantes en cuanto a determinadas anomalías. Ante esto, “el estado de excepción pone en tensión todo el sistema de fuerzas materiales y simbólicas que conforman la soberanía”.¹³ La capacidad de respuesta es fundamental para la consolidación de los Estados que mediante sus esfuerzos normativos o políticos, dan pauta a la elaboración de acciones que buscan contener y superar las situaciones extremas que adolecen a la sociedad de la que forman parte. “Al toparse con lo imprevisto, por imprevisible, las pautas de normativización hasta entonces vigentes entran en crisis, las categorías que ordenan jurídicamente el universo de situaciones vitales se revelan incapaces de aferrar el sentido de lo novedoso, el sistema ignora la especificidad de la fuerza de ruptura que impulsa a lo excepcional”.¹⁴ En este sentido, la realidad se sobrepone a lo regulado, dado que existen situaciones que no son contempladas por la norma jurídica, creando una especie de limbo entre el hecho extraordinario y su debido procesamiento normativo. Bajo esta paradoja, ¿Cuál es el papel de la argumentación jurídica? ¿De qué forma son aplicables los elementos de la argumentación para hacer valer el razonamiento sobre cualquier otra forma de persuasión? ¿Qué tipo de argumentación es conveniente en un escenario en donde el no derecho prevalece? Esto es así debido a que “si las medidas excepcionales son el fruto de los períodos de crisis política y, en tanto tales, están comprendidas en el terreno político y no en el terreno jurídico constitucional (...) ellas se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho, y el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal”.¹⁵ Entonces este es uno de los primeros planteamientos a resolver por la argumentación jurídica en cuanto a qué concepción dentro del derecho es aplicable a lo construido dentro del no derecho. Es por esto que “Schmitt reivindica la excepción como lo imprevisible

¹¹ Cfr. Opinión consultiva 9/87 de fecha 6 de octubre de 1987.

¹² Cfr. Observación general 29 de fecha 31 de agosto de 2001.

¹³ Rodríguez Kuri, A., *óp. cit.*, p. 1531.

¹⁴ Dotti, J. E., “Teología política y excepción”, *Revista de Filosofía*, n° 13, 1996, p. 4.

¹⁵ Agamben, G., *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, (trad. Costa, F. y Costa, I.), Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2005, p. 24.

amenazante, que entra en antagonismo con las conceptualizaciones ya establecidas, para dirimir la interpretación de los principios rectores del orden jurídico”.¹⁶ Con esto, se contrarresta todo avance de racionalidad debido al alto impacto de la imprevisibilidad de lo real fuera del contexto argumentativo, poniendo en entre dicho la efectividad de la argumentación jurídica que en el mayor de los casos pudiera verse reducida a argumentos como el de autoridad o mayoría de razón, por mencionar algunos, los cuales determinarían las razones conducentes en el contexto extraordinario. “El aspecto normativo del derecho puede ser así impunemente obliterado y contradicho por una violencia gubernamental que, ignorando externamente el derecho internacional y produciendo internamente un estado de excepción permanente, pretende sin embargo estar aplicando el derecho”.¹⁷ Por estas razones, se deben reducir los márgenes de discrecionalidad estatal de lo no jurídico, creando verdaderos parámetros de razonabilidad que incentiven un freno y contrapeso del poder soberano en quien recae la facultad de decidir fuera del marco normativo. Esto es así debido a que “el soberano, que decide sobre el estado de excepción, también es el garante del orden jurídico pero, precisamente porque la decisión se vincula con la anulación de la norma y porque el estado de excepción es la inclusión de un espacio que no está ni dentro ni fuera, el soberano garantiza el orden jurídico estando fuera de él. “Estar-fuera y, sin embargo, pertenecer: esta es la estructura topológica del estado de excepción”.¹⁸ En este sentido, si el giro de la función de la autoridad gubernamental se detenta por encima de la norma jurídica, la argumentación debe desarrollar esquemas *ad hoc* que permitan la incentivación de razonamientos que otorguen parámetros claros y precisos sobre lo que se espera que los detentadores del poder realicen en el ejercicio de su función. Es decir, una tarea justificada en el ejercicio de sus delegaciones para atender las situaciones extraordinarias, evitando con ello, afectaciones o limitaciones a los derechos fundamentales sin sustento argumentativo válido.

b. Racionalidad versus excepcionalidad

Otro desafío a considerar en cuanto a la implementación de los estados de excepción es su desincorporación de los elementos de racionalidad, mismos que generan las pautas a seguir de conformidad a lineamientos justificados que aprueben el proceder de las autoridades públicas en el ejercicio de su función. En este sentido, “la crítica schmittiana al racionalismo liberal es de haber pretendido legitimar las instituciones del Estado de derecho recurriendo a una presunta capacidad de la norma para autofundarse, para instituirse a sí misma en virtud de la sola lógica intrínseca del sistema "racional", como si semejante *ipse movens* hipostasiado no tuviera necesidad de una apertura o remisión a una instancia de alteridad, a algo-otro respecto del sistema normativo en su funcionamiento regular, precisamente para que éste pueda constituirse como tal y alcanzar efectividad”.¹⁹ Dicha crítica deja ver la necesidad de apertura del raciocinio normativo a cuestiones que surgen de conformidad con las dinámicas sociales, políticas o culturales, que condicionan –y dimensionan- una realidad que en muchas ocasiones sale del contexto normativo o regulativo y por consiguiente, a la percepción de lo racional *a priori* de la norma jurídica. “En consecuencia, regla y excepción se encuentran plasmadas en normas de distinto rango jerárquico, y la regla constitucional deja de ser válida tan pronto se apruebe la excepción introducida por una norma de rango infraconstitucional

¹⁶ Dotti, J. E., *óp. cit.*, p. 5.

¹⁷ Agamben, G., *óp. cit.*, p.p. 155-156.

¹⁸ Taccetta, N., *óp. cit.*, p. 7.

¹⁹ Dotti, J. E., *óp. cit.*, p. 4.

que implica su propia negación”.²⁰ En este contexto, la necesidad se presenta como condición del Derecho –y de la argumentación jurídica- en donde las pautas a seguir en base a los lineamientos normativos pierden fuerza, basta la declaración de una norma inferior para debilitar la potestad fundamental en favor de los derechos y promover la reconfiguración del ejercicio político. De esta forma, “el racionalismo, según Schmitt, teme a la excepción y procura desdibujarla, con lo cual cae tanto en el desconocimiento de la metafísica del mal, sobre la que se asienta lo excepcional, como también en la ignorancia de la personalidad jurídica o intrínseca juridicidad de la excepción, que en absoluto queda desmentida por el conflicto que ella abre con el orden normativo vigente”.²¹ Sin embargo, no se puede dejar de concebir la realidad fuera de la norma, la esencia de lo no regulado forma parte de la vida y de su propia configuración. Por lo tanto, es condición para la existencia de la vida humana, una especie de conducción que escapa a lo normado, requiriendo la adaptabilidad de lo diferente a lo estipulado por el contexto normativo. Con ello, se desarrollan acciones tendientes a abordar la situación extraordinaria, sea con el contenido expresado en la norma jurídica o fuera de él, dando paso a la delegación de funciones en favor de una autoridad pública que monopoliza las funciones esenciales del Estado. De esta forma, “en tiempos de crisis, el gobierno constitucional debe ser alterado en la medida en que sea necesario para neutralizar el peligro y restaurar la situación normal. Esta alteración implica inevitablemente un gobierno más fuerte: es decir, el gobierno tendrá más poder y los ciudadanos menos derechos”.²² No obstante, esta delegación del poder estatal no debe extraerse a los parámetros de la argumentación jurídica, debido a que todo ejercicio de las autoridades instauradas en el estado de excepción no pueden gozar de una discrecionalidad abierta, en la que no rindan cuentas por el ejercicio de sus funciones, o justifiquen sus acciones - u omisiones- en argumentaciones débiles que retraen la legitimidad de su desempeño. Bajo esta precisión, “Agamben muestra que el estado de excepción termina funcionando como un dispositivo técnico de control ilimitado de los sometidos a él. El estado de excepción estaría inescindiblemente atado a una lógica de la manipulación del individuo él critica a la racionalidad técnica como una racionalidad manipuladora, que trata como objeto al sujeto; por otra, empero, asume una doctrina del estado de excepción que, precisamente, trata como objeto al sujeto”.²³ En este punto cabría precisar que la racionalidad técnica es una forma de degradación de racionalidad, entendida -en el contexto de los estados de excepción- como la argumentación utilizada por la autoridad detentadora del poder quien sin mayor justificación aplica las indeterminaciones jurídicas para legitimar su actuar, limitando los derechos de las personas y fortaleciendo su dominación.

c. Sobre el principio de necesidad

Por otro lado, los estados de excepción se basan en condiciones de extrema urgencia que deben ser resueltas con prontitud y de manera apropiada en un contexto determinado –o indeterminado al no conocer los efectos de la problemática que irrumpe en la normalidad-. En este sentido, el “concepto de Constitución como norma suprema lleva seguramente a entender la excepción justamente como una excepción a la sujeción a ciertas normas

²⁰ Álvarez Álvarez, L., “Estado y derecho de excepción. La juridificación del principio la necesidad no conoce reglas”, *UNED, Teoría y realidad constitucional*, n° 48, 2021, p. 18.

²¹ Dotti, J. E., *óp. cit.*, p. 4.

²² Agamben, G., *óp. cit.*, p. 35.

²³ Herrera, H. E., “Racionalidad técnica y excepción. La crítica de Giorgio Agamben a la doctrina del estado de excepción de Carl Schmitt y sus alcances”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, n° 1, 2014, p. 3.

constitucionales, traducida formalmente en una derogación —principio la necesidad no conoce reglas— que se produce una vez se introduce una regulación infraconstitucional basada en la idea de necesidad —principio la necesidad crea sus propias reglas”.²⁴ En este contexto, la necesidad se presenta como aquello que no puede ser contenido por la norma fundante en razón de que los postulados de la misma obstruyen el grado de efectividad en la aplicación de acciones o estrategias que darían un tratamiento adecuado a la situación extraordinaria, de ahí la condición de permitir al agente instituido —la autoridad que ejerce el control del poder para hacer frente a la circunstancia extrema— una regulación *ad hoc* que contenga los parámetros que den paso a su función protectora o reparadora. Bajo estas implicaciones se expresa que “una opinión recurrente ubica en el fundamento del estado de excepción el concepto de necesidad (...) *necessitas legem non habet*, “la necesidad no tiene ley” (...) dos sentidos opuestos: “la necesidad no reconoce ley alguna”, “la necesidad crea su propia ley”.²⁵ Ello representa una tarea compleja para la argumentación debido a la desincorporación de los lineamientos normativos por parte del principio de necesidad, sin embargo; no es condición suficiente para desapegarse de los parámetros de razonabilidad, es decir; el no reconocer ley alguna no es causal convincente para emitir acciones o estrategias que escapen a los imperativos de razonabilidad que deben conducir el ejercicio de las funciones de la autoridad instaurada para hacer frente a las situaciones extremas. Por otro lado, al crearse la ley *ad hoc* la misma entra dentro de los requerimientos de razonabilidad, al ser este el elemento indispensable en relación a la justificación de la norma excepcional en sí. Por lo tanto, “la teoría de la necesidad no es otra cosa que una teoría de la excepción (*dispensatio*), en virtud de la cual un caso singular es sustraído a la obligación de observar la ley. La necesidad no es fuente de ley ni tampoco suspende, en sentido propio, la ley; se limita a sustraer un caso singular a la aplicación literal de la norma”.²⁶ En este contexto, la necesidad no debe entenderse como un desprendimiento total de los postulados esenciales de la norma fundante, su implicación solamente establece que existen situaciones que deben ser consideradas de manera flexible pero sin provocar un detrimento en las razones que se aporten para darle un tratamiento jurídico o político al problema relevante. Es por ello que debemos comprender que “el estado de necesidad no es un “estado del derecho”, sino un espacio sin derecho (aun cuando no se trata de un estado de naturaleza, sino que se presenta como la anomia que resulta de la suspensión del derecho)”.²⁷ Con esto, se debe comprender que la necesidad no debe ser el indicativo para incentivar la injustificabilidad, sino que esta anomalía o espacio entre lo normado y lo anormal, solamente representa una fuerza que condiciona lo normativo a través de lo extraordinario y que de no existir norma jurídica aplicable no se sustrae a la razonabilidad. Por lo tanto, “cabe rever las críticas de aquellos juristas que muestran como la necesidad, lejos de presentarse como un dato objetivo, implica con toda evidencia un juicio subjetivo; y que obviamente solo son necesarias y excepcionales aquellas circunstancias que son declaradas como tales”.²⁸ De esta forma, la necesidad no puede representar la última *ratio* dentro del discurso argumentativo, sino una situación *sui generis* en la cual lo extraordinario reconfigura el quehacer del razonamiento, dando paso a la creación de formas de razonabilidad que permitan comprender y solucionar la anomalía tomando en consideración el contexto de necesidad

²⁴ Álvarez Álvarez, L., *óp. cit.*, p. 19.

²⁵ Agamben, G., *óp. cit.*, p. 60.

²⁶ *Ibidem*, p. 62.

²⁷ Agamben, G., *óp. cit.*, p. 100.

²⁸ *Ibidem*, p.p. 67-68.

pero dando un seguimiento y dirección a las acciones o estrategias implementadas en base a técnicas o herramientas del razonamiento en sí.

d. Cuestiones de subsumibilidad y vigencia de la norma

Otra cuestión que cobra relevancia para la argumentación es la falta de subsumibilidad de la situación extraordinaria dentro de la norma. Si bien es cierto que las normas especifican o describen las conductas o hechos relativos a la sociedad y las autoridades gubernamentales, en una situación de excepción esto sale del cauce de previsibilidad. Esto es así debido a que no existe una especie de integración jurídica que permita reconocer semejanzas o diferencias de la anormalidad con lo ya decidido mediante la norma o la interpretación que se ha realizado de ella. En este contexto se dice que “el problema de la no subsumibilidad es el de la aplicación de un principio universal a una realidad concreta marcada por antagonismos; aplicación que es siempre un gesto político, decisionista. Lo cual no significa irracionalismo, sino que toda predeterminación o previsibilidad se vuelve inoperante cuando irrumpe el caso excepcional”.²⁹ Esto gira en contra de todo lo incentivado por la normatividad, en razón a que una de las finalidades de la misma es la de establecer pautas claras y precisas sobre lo que sucede en la cotidianidad, y de ahí crear principios normativos universales que permitan prever las situaciones con anterioridad y que sean expresadas dentro de la realidad concreta, esto no pasa en el caso de la excepcionalidad. El suceso extraordinario pone en tela de juicio a todo lo expresado en la norma -o en gran parte de ella- al retar a través de situaciones límite los postulados prescriptivos de lo regulado. Por medio de hechos particulares -anormales-, deja sin efecto o anula lo establecido por la regla, dando paso a un escenario de incertidumbre, entre lo normado y lo que acontece, siendo un claro factor de no subsumibilidad al no estar estipulado dentro del ordenamiento jurídico. Por ende, “cuando el soberano establece la existencia de la crisis, cuando entiende que se ha desencadenado lo extraordinario, entonces lo concreto ya no puede ser considerado como caso previamente tipificado, deja de ser subsumible bajo lo universal (bajo el régimen normativo ordinario), y la norma cede su función de orden a la decisión normalizadora”.³⁰ Bajo estas ideas, el reto de la argumentación jurídica se debe perfilar en reconciliar lo irreconciliable -la imprevisibilidad de la norma con la situación que se excluye de la norma-, abrirse paso a partir de lo establecido en la regla para lograr expandir su contenido o desarrollar nuevas dimensiones que permitan alcanzar la situación extrema, consolidarse como la principal vía de razonabilidad que se imponga a cualquier otra forma de persuasión -como las de índole político o económico-. Esto con la finalidad de permitir que las potestades de decisión que no obedecen a los postulados de razonabilidad sean neutralizadas -o controladas a través de la argumentación- para evitar sustracciones tanto a lo normado como a lo razonable.

En este sentido autores como Germán Gómez Orfanel han expresado que:

La apelación a estados de necesidad no previstos, ni escritos, basados en principios suprapositivos son la mayoría de las veces trampas y trucos jurídicos para desligarse del cumplimiento de la Constitución y de las leyes y en tal sentido coincide con clásicos como Jellinek y Kelsen. Desconfío por otro lado de las justificaciones extraconstitucionales como, propone O. Gross, aunque pretendan una legitimación posterior, puedan surgir situaciones no previstas, en que no puedan aplicarse los preceptos constitucionales y sea preciso adoptar medidas proporcionales y temporales dirigidas a restaurar lo antes posible y mantener la supremacía normativa de la

²⁹ Dotti, J. E., *óp. cit.*, p. 134.

³⁰ *Ibídem*, p. 139.

Por lo tanto, el compromiso de la argumentación jurídica debe orientarse a evitar decisiones o acciones irracionales que justifiquen el uso de medidas restrictivas de derechos, la legitimación de potestades gubernamentales que no sean apropiadas para las circunstancias concretas de lo excepcional, o la desvinculación de principios sustanciales en situaciones de extrema relevancia como la proporcionalidad o la protección del óptimo funcionamiento del Estado. De esta forma, todo estado de excepción debe estar vinculado a los elementos esenciales de razonabilidad, dado que, aunque existe una situación extrema que no encuentra sustento en lo desarrollado en la norma, esta no deja de ser parte del derecho al encontrar su vinculación directa a través de la cognición jurídica. Por ende “la fuerza disolvente de lo excepcional vuelve infundada toda prognosis sobre la eficacia del sistema para regularizar lo anormal. La emergencia de la debilidad ontológica del ser humano en la excepción, en cuanto puesta en crisis de las previsiones constitucionales, reclama la lógica del decisionismo, y ésta remite al carácter incontrolado del gesto de poder que inaugura todo sistema legal de control del poder mismo”.³² No obstante, toda remisión al poder no puede ser supeditada a factores fuera de la esfera del equilibrio entre derechos -o la protección o garantización de los mismos-, o una exacerbación de las funciones esenciales de los órganos de gobierno, o en sí, a la inobservancia o desincentivación de los principios esenciales que conforman la sociedad democrática, o la falta de remisión a los planteamientos normativos que orientan -de alguna forma- el fenómeno extraordinario, en donde la argumentación jurídica debe operar como un canalizador de las equidistancias presentes en la anormalidad y el orden jurídico.

e. Disrupción del estado de derecho

Es de sostenerse que cuando se instaura un estado de excepción con el objetivo de hacer frente a un evento que rompe con la cotidianeidad y que, por sus características propias, los gobiernos deben hacer uso del poder mediante la delegación misma a un detentador universal, dicha modificación del estado de derecho se torna disruptiva. Es decir, se da un quebrantamiento entre lo establecido en el ejercicio del poder y las funciones esenciales de los entes en quienes la norma fundamental ha confiado dicha atribución, dando paso a una posible autocratización que se ejerce de manera unilateral y discrecional. En este orden, se reconoce que “para Benjamín, es claro que quien manda está destinado a “detentar dictatorialmente el poder durante el estado de excepción, cuando la guerra, la rebelión u otras catástrofes así lo provoquen”.³³ Dada la premura de la situación extraordinaria, asociada a factores como la falta de normatividad precisa, la falta de recursos económicos, el disenso político o falta de infraestructura necesaria para hacer frente a la situación anormal, por mencionar algunos ejemplos, el depositario del poder hace prevalecer decisiones unilaterales que si no se apoyan en un fuerte contenido de razonabilidad, consenso político o social, amplían su distanciamiento de la legitimidad sustancial que le ha sido otorgada por la norma fundamental, dando paso a un ejercicio autoritario del poder al afrontar la crisis o el problema extra normal. Por lo que se comprende que “las personas autoritarias se orientan hacia enfoques sancionadores contra quienes actúan desviándose de la norma, mostrando una mayor voluntad de violar

³¹ Gómez Orfanel, G., *óp. cit.*, p. 19.

³² Dotti, J. E., *óp. cit.*, p.p. 135-136.

³³ Taccetta, N., *óp. cit.*, p. 11.

las libertades civiles y apoyar medidas de fuerza para la resolución de conflictos”.³⁴ En este punto es cuando se habla de disruptibilidad en el sentido de que la misma necesidad de la situación conlleva a que la autoridad instaurada para tal fin ejerza acciones anormales para conseguir la normalización a través de mecanismos como la tortura, el ejercicio restrictivo injustificado de derechos y garantías o la perpetuidad del estado de excepción. Dichas excesividades forman parte de las mayores preocupaciones para el entorno social democrático, en donde la misma autoridad en quien se confía la salvaguarda de los derechos y libertades, así como la confianza en la resolución de la problemática atípica, se convierte en el principal desincentivador -e intromisor- de dichas enmiendas esenciales. Es por esto que “las disposiciones casi dictatoriales de los sistemas constitucionales modernos, sean éstas la ley marcial, el estado de sitio o los poderes de emergencia constitucional, no pueden realizar controles efectivos sobre la concentración de los poderes. En consecuencia, todas estas instituciones corren el riesgo de ser transformadas en sistemas totalitarios, si se presentan condiciones favorables”.³⁵ Dada la complejidad del ejercicio del poder -a través de la contención de las realidades que superan la normatividad institucional a través de medidas especiales- la autoridad detentadora tiende a controlar a las demás instituciones y a la sociedad en una lucha por hacer prevalecer sus convicciones que más allá de su propia apreciación subjetiva de justificabilidad, escapan al consenso político y social, dando paso a la imposición de formas especiales de gobernanza como la autocrática que perpetúan su operatividad incluso después de superar la situación extraordinaria. Por esto es que se ha considerado que “el estado de excepción es puro funcionalismo sin substancia, sin referencia a una realidad distinta a esa construcción racional. No viene ya a recomponer un orden, sino simplemente a establecer un vínculo ficticio entre norma y vida, un vínculo amparado en la violencia. En la caracterización del estado de excepción planteada por Agamben emerge una cierta ambigüedad”.³⁶ En consecuencia, la argumentación jurídica debe jugar un rol protagónico al inhibir la práctica desmedida y absolutista del ejercicio del poder en el contexto de los estados de excepción, para ello, debe retomar cualquier componente de razonabilidad que le permita hacer frente a este tipo de anomalías entre el derecho y la realidad desplegada.

III. Del control judicial como contrapeso a los estados de excepción

Por estas razones, debe existir un contrapeso que reconozca los límites y la pertinencia en el actuar de las autoridades que ejercen facultades extraordinarias para enfrentar la anormalidad. En un primer sentido, como lo refiere Juan Pablo Aguilar Andrade:

La aplicación de las causales para declarar el estado de excepción debe evaluarse a la luz de los principios de necesidad (“solamente se puede recurrir a las medidas de excepción cuando sea rigurosamente necesario”, proporcionalidad (“la adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas ... y la naturaleza e intensidad de la crisis”) y razonabilidad (entendido dentro del concepto de interdicción de la arbitrariedad). A estos principios se agrega la exigencia de que el estado de excepción sea temporal, territorialmente delimitado y difundido públicamente. Así mismo, se establecen siempre derechos que se mantienen intangibles aún durante el estado de excepción, sin que sea admisible la suspensión de los instrumentos de garantía de los derechos. Esto último incluye la existencia de mecanismos de control constitucional de la propia declaratoria del estado

³⁴ Silva Forné, C., *et. al.*, “Tolerancia social a la mano dura: apoyo a la tortura y medidas de excepción en México”, *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, n° 243, 2021, p. 7.

³⁵ Agamben, G., *óp. cit.*, p. 34.

³⁶ Herrera, H. E., *óp. cit.*, p. 6.

de excepción.³⁷

En este aspecto, si bien es cierto de que la situación extraordinaria sale del cauce de lo descrito en la norma, ello no es óbice para inobservar principios esenciales que pueden garantizar la validez de las medidas adoptadas y la protección de los derechos fundamentales que pudieran ser suprimidos. Estos principios son el de necesidad, en el sentido de que no exista otra forma de conducir la anomalía hacia una solución adecuada, el de proporcionalidad que establece las directrices mediante las cuales la medida genere un equilibrio entre las acciones realizadas por el ente gubernamental y el ejercicio óptimo de los derechos involucrados; así como el de razonabilidad mediante el cual se espera un ejercicio argumentativo convincente que exprese los motivos y las retribuciones en favor de los derechos afectados. De conformidad con Héctor Fix-Zamudio, el control judicial es la “única manera efectiva de evitar la arbitrariedad en las declaraciones de emergencia”; la revisión judicial “puede utilizarse durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptan con motivo de las declaraciones de los estados de excepción, incluyendo las declaraciones mismas”.³⁸ Esto es así en razón de que la autoridad judicial por su naturaleza es la indicada para generar una evaluación del ejercicio desproporcionado del poder, representa el último eslabón garante de la aplicación y el respeto de los valores esenciales que consagra la norma fundamental, así como los lineamientos en cuanto al ejercicio de funciones optimas por parte de la autoridad instruida para solucionar la anomalía. De ahí que exista la necesidad de que “la norma convierta a la Corte en instrumento de control del Ejecutivo y en garante de la preservación de los derechos constitucionales; evitar el ejercicio arbitrario de la potestad presidencial de decretar la excepción resulta ser, así, un cometido fundamental que la Constitución asigna a los jueces constitucionales, para la protección de los derechos”.³⁹ Es por ello, que aunque exista una delegación del poder en favor del Ejecutivo para hacer frente a la circunstancia adversa, esto no escapa del control que pueda ejercerse mediante los otros poderes que integran el Estado. Es de precisar que “la tendencia histórica ha sido restringir el margen de discrecionalidad política en el contexto de los poderes de excepción del Presidente de la República. Esta tendencia parece haber llegado a un punto en que el Poder Judicial tiene competencia para enervar las actuaciones del Presidente, incluida la de declarar un estado de excepción constitucional”.⁴⁰ Con esto se privilegiaría un estado de control sobre el uso desmedido o desproporcional del poder, en donde las Cortes Supremas no tendrían por qué ceder sus funciones esenciales como la de ser el mayor garante de la norma fundamental. De esta forma, “el argumento descansa en que todos los órganos del Estado están sujetos a Derecho (premisa mayor). Quienes dicen lo que es el Derecho son los tribunales de justicia (premisa menor). Conclusión: los tribunales son competentes para controlar que el Presidente de la República se sujete a Derecho al declarar un estado de excepción constitucional”.⁴¹

De esta forma, “el estado de excepción no puede convertirse en un permanente actuar Estatal (...) para establecer políticas gubernamentales o suspender los derechos de la

³⁷ Dávalos, D., “Estados de excepción: ¿Mal necesario o herramienta mal utilizada? Una mirada desde el constitucionalismo contemporáneo”, citado en Aguilar Andrade, J. P., *op. cit.*, p. 4.

³⁸ *Ibidem*, p.p. 6-7.

³⁹ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁰ Silva Irrázaval, L. A., “El control judicial de los estados de excepción constitucional: la supremacía del Presidente de la República”, *Revista Chilena de Derecho*, n° 1, 2018, p. 5.

⁴¹ *Ibidem*, p. 6.

población de forma descontrolada”.⁴² Por lo tanto, los Tribunales de justicia bajo el más estricto análisis argumentativo pueden dar revés a políticas y acciones implementadas sin un sustento de razonabilidad congruente y válido. Esto debido a que en muchas ocasiones la deliberación política no asume como ejercicio efectivo la elaboración de razonamientos que operen en favor de una validación plena y conforme a los requerimientos constitucionales e internacionales. Es de precisar que “los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción. Contra esta primera afirmación, podría decirse que aquello que está fuera del alcance de los tribunales es la calificación de los fundamentos y circunstancias que justifican la declaración del estado de excepción, pero que la constatación de dichos fundamentos y circunstancias, en cambio, es algo que sí les compete”.⁴³ De esta forma, la adopción de medidas por parte del Ejecutivo será competencia del Tribunal una vez que las mismas busquen implementarse o se hayan implementado dentro del entorno de excepcionalidad, en atención a la fecha de entrada en vigor de dicha acción dictada por parte del Estado, es cuando se debe considerar competente al juzgador para pronunciarse sobre dichas medidas. En su defecto, de encontrarse vulnerante la acción llevada a cabo por la autoridad instaurada se procedería a aplicar el rigor argumentativo por parte del Tribunal que conozca de la causa. Es de precisar que respecto a la función de la autoridad judicial, debe comprenderse que “el análisis que la Corte haga de las declaratorias de estado de excepción debe ser, en todo caso, restrictivo: “en los casos dudosos, le corresponde a la Corte Constitucional guiarse por el principio *‘pro favor libertatis’*, pues para ello se tiene presente que la restricción es lo excepcional, y ello debe justificarse sin dejar margen a la duda”.⁴⁴ Bajo estas puntualizaciones, se busca frenar el ejercicio del poder desmedido durante el estado de excepción, expresar argumentos sólidos del porqué la limitación –o si se quiere, lograr una moderación en el uso de potestades para enfrentar la anomalía-, que en contrapeso, debe privilegiar –sin desatender las excepciones que puedan ser justificadas- los derechos y libertades de los individuos y los grupos sociales.

Para lograr este cometido, los Tribunales se pueden auxiliar de los elementos y herramientas que provee la argumentación jurídica con el objetivo de analizar si las medidas adoptadas por la autoridad que ejerce el control, cumplen con los requerimientos de razonabilidad que deben imperar en todo Estado de Derecho Constitucional democrático. Para ello, “se partirá de asumir como modelo o alternativa más satisfactoria la del test de proporcionalidad, en el entendido de que permite valorar de manera más eficaz la constitucionalidad de una restricción de derechos humanos o fundamentales por parte de los jueces en situaciones excepcionales, así como argumentar su decisión”.⁴⁵ Bajo esta herramienta de escrutinio judicial se puede establecer si las autoridades dentro del estado de excepción cumplen con parámetros de razonabilidad necesarios para la acreditación o convalidación de las medidas empleadas en el estado de anomalía. En este sentido, “los sistemas judiciales más avanzados han optado por la aplicación del test de proporcionalidad, como metodología objetiva para valorar y argumentar resoluciones judiciales en el marco de los estados de excepción. Esta metodología se inscribe dentro de las formas más avanzadas de funcionamiento del paradigma judicialista argumentativo”.⁴⁶ Con ello, lograr un equilibrio entre los derechos y las directrices

⁴² Aguilar Andrade, J. P., *óp. cit.*, p. 7.

⁴³ Silva Irrarázaval, L. A., *óp. cit.*, p. 10.

⁴⁴ Aguilar Andrade, J. P., *óp. cit.*, p. 9.

⁴⁵ Pérez Véliz, A. & Montesino Santana, F., *óp. cit.*, p. 209.

⁴⁶ *Ibídem*, p. 211.

planteadas por el gobierno que asume la función predominante dentro del estado de excepción y así, lograr que dicha autoridad se someta al control del juez constitucional y a su vez, a los parámetros prescritos de razonabilidad, mostrando que todo proceder desproporcionado será descalificado e invalidado por la autoridad judicial. Pero, de todo ello surge el siguiente cuestionamiento: “¿cuáles son y bajo qué criterios se ponderan las acechanzas que ameritan la suspensión de una parte o de la totalidad de la constitución?”⁴⁷ Para realizar una ponderación de las acciones realizadas por las autoridades habilitadas dentro del estado de excepción, se deben seguir -y cumplir- ciertas máximas que otorgan una justificación -o injustificación en su caso- válida en el desempeño realizado, estas categorizaciones estarán integradas por principios, reactivos o fórmulas que permitan descubrir -y desentrañar- fuera de lo normado, la veracidad o autenticidad de las motivaciones así como su conveniencia y preservación de los ideales básicos de la sociedad democrática. En este sentido autores como Pérez Veliz y Montesino Santana sostienen que:

Cuando existe la restricción de un derecho, particularmente en los llamados estados o situaciones de excepción, los jueces que examinan los casos deben valorar la importancia social del beneficio que se logra con la realización adecuada de la medida restrictiva; y si esta importancia es mayor que la importancia social de evitar la vulneración causada por la restricción del derecho humano o fundamental, entonces puede concluir que la restricción al derecho es proporcional, y por ello constitucional. Pero no basta con esta valoración general, hay que desentrañar paso por paso cada uno de los cuatro componentes de test de proporcionalidad.⁴⁸

De esta forma, al interpretar lo sostenido en líneas precedentes se puede establecer la siguiente formula:

$$\frac{RP}{Pii}$$

Pi = la importancia social de evitar la vulneración causada por la restricción del derecho humano o fundamental.

Pii= la importancia social del beneficio que se logra con la realización adecuada de la medida restrictiva.

RP= la restricción al derecho que es proporcional.

En este caso, la necesidad de prevalecer la medida restrictiva -para afrontar la anomalía que se describe a través de la situación extraordinaria- corresponde al beneficio causado en relación con otros derechos que deben ser protegidos; por encima de la importancia de evitar la vulneración causada a la restricción de un derecho humano o fundamental -que obstruye la realización de la medida idónea y necesaria, por lo tanto; la restricción al derecho es proporcional y por consiguiente, constitucional, esto siempre y cuando las medidas sean justificadas y superen las gradas de los parámetros de razonabilidad. Por consiguiente, “debe analizarse siempre la proporcionalidad entre las medidas restrictivas de derechos y el objetivo pretendido con ellas (límite), que para resultar legítimo debe ser más concreto que la mera referencia al peligro para la vida de la nación (...). El canon de proporcionalidad utilizado es más o menos exigente pero ello tampoco depende del estado

⁴⁷ Rodríguez Kuri, A., *óp. cit.*, p. 1531.

⁴⁸ Pérez Véliz, A. & Montesino Santana, F., *óp. cit.*, p. 212.

de excepción sino de la naturaleza del derecho afectado”.⁴⁹ De esta forma, debe privilegiarse el derecho vulnerado -o la eminente vulneración- por encima de cualquier estado de necesidad que, si bien es cierto, marca la pauta para emprender acciones concretas y efectivas, también lo es que la misma no puede trastocar los valores esenciales y su núcleo fundamental. Es por esto que “la derogación o suspensión, que son términos sinónimos, no equivale a una desaparición temporal de los derechos, pues estos continúan vigentes durante los estados excepcionales, declarados o no”.⁵⁰ En conclusión, dentro de la anomalía de la realidad en donde la norma no es suficiente para dirigir la situación hacia una solución justa, el parámetro de razonabilidad cobra relevancia. Esto a través de la fórmula de proporcionalidad -aquí desarrollada de manera muy elemental-, puede estudiar si la medida restrictiva es correspondiente con el beneficio a lograr -ya sea la protección de derechos o valores de mayor relevancia- y, a su vez, que el derecho a restringir sea prescrito de manera válida y justificada, por lo que su vulneración será correspondiente con el parámetro de constitucionalidad. De esta forma, la permisibilidad “de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte”.⁵¹ Con ello, garantizar un mínimo de razonabilidad en el ejercicio de los estados de excepción que no conocen reglas pero que no se excluyen de la razonabilidad que forma parte del derecho.

IV. ¿Hacia una teoría sobre los límites del estado de excepción?

De todo lo mencionado en líneas anteriores se puede establecer la necesidad de crear una teoría sobre los límites del estado de excepción con la finalidad de: a) establecer los parámetros jurídico-políticos universales aplicables a los casos de necesidad que ameriten flexibilización normativa; b) delimitar los excesos que puedan representar una afectación directa –o indirecta a los derechos fundamentales de las personas y la sociedad. Claro es que existe un ámbito de desincorporación de la anomalía a los postulados normativos, no obstante, esto no escapa a las modulaciones del razonamiento jurídico. De esta forma, como lo plantea Schmitt, el caso de excepción “sigue siendo accesible al conocimiento jurídico, porque ambos elementos, tanto la norma como la decisión, permanecen en el ámbito de lo jurídico”,⁵² Consecuentemente, aunque la situación extraordinaria escape a lo postulado en la norma, sigue siendo parte del Derecho al componerse en los fundamentos esenciales del mismo. En este sentido, “el estado de emergencia supondría un vacío sin ley, y un agujero negro legal en el que el estado actuaría sin ataduras jurídicas. Lo que se propone demostrar Scheuerman por el contrario, sería la compatibilidad de la democracia liberal con los poderes de emergencia que pueden someterse con éxito a mecanismos legales y constitucionales”.⁵³ Es por ello que, las formulaciones legales y judiciales –llámese procesos, interpretaciones, aplicaciones, creaciones, argumentaciones, etc.- lejos de perder vigencia frente a la autoridad detentadora, prevalecen en cuanto a la modulación y convalidación de las acciones o estrategias de reconocimiento y aplicación en el caso de excepcionalidad, con ello se agudiza la importancia del límite a las percepciones clásicas del ejercicio del poder

⁴⁹ *Ibidem*, p. 145.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 144.

⁵¹ *Ibidem*, p. 137.

⁵² Dotti, J. E., *óp. cit.*, p. 139.

⁵³ Gómez Orfanel, G., *óp. cit.*, p. 16.

frente a las situaciones extremas. “Para ello la doctrina ha desarrollado una serie de exigencias que se han ido incorporando en la legislación y que parten de considerar al estado de excepción, no como una huida de la legalidad, sino como una institución del Estado de Derecho que, “como tal, debe reunir determinadas condiciones y requisitos que obran a la manera de garantías jurídicas para preservar los derechos humanos en las situaciones de crisis”.⁵⁴ De esta forma, la existencia de nociones o referencia a los estados de excepción dentro de la norma fundamental, son un esfuerzo por incorporar las situaciones extremas y el proceder de la autoridad en quien se depositan facultades extraordinarias para hacerle frente, la temporalidad y territorialidad, así como el núcleo de derechos que son irreducibles, forman parte de las limitaciones que la doctrina jurídica debe seguir desarrollando.

No obstante, se reconoce que las normas fundamentales —e incluso los ordenamientos infraconstitucionales—, no son suficientes para comprender las realidades y problemáticas que emergen en un mundo cada vez más complejo, es por ello que “la tarea esencial de una teoría no es la de aclarar al menos la naturaleza jurídica del estado de excepción, sino sobre todo la de definir el sentido, el lugar y los modos de su relación con el derecho”.⁵⁵ En este sentido, una teoría de los límites de los estados de excepción deberá ser capaz de establecer lineamientos que sirvan de base para las situaciones inexploradas, dando paso a principios esenciales que sirvan de guías o directrices para la autoridades que ejerzan las funciones de contención y reacción ante circunstancias anormales. Bajo este supuesto, una teoría de los límites a la situación de excepción solo puede ser posible a partir de: “a) la existencia de un acto normativo expreso que defina el tránsito de la normalidad hacia la excepcionalidad, b) la limitación de la vigencia de la excepcionalidad, que implique la reinstauración de la normalidad —el principio de reversibilidad de la excepción— y c) la limitación de las concretas normas constitucionales cuya sujeción resulta justamente exceptuada en la situación de excepción”.⁵⁶ De este modo, la declaración del estado de excepción debe representar una formalidad por la cual las autoridades conozcan y prevengan a la sociedad sobre las posibles declaraciones que hará valer la autoridad detentadora, que la misma no representará una permanencia absoluta sino solamente en relación a la erradicación de la anomalía, el catálogo de derechos y garantías que son irrestrictos, así como la posibilidad de que los demás derechos y libertades no enunciados serán sometidos a un escrutinio judicial para determinar si existe la real necesidad de ser interferidos. De esta forma cobra relevancia el principio de proporcionalidad, en el sentido de que:

Si el objetivo último del derecho de excepción no solo es superar la situación de emergencia, sino también restablecer la vigencia de la normalidad constitucional, tanto más fácil será, cuanto mayor fidelidad se guarde durante el período de excepción a lo que la Constitución era y pretende seguir siendo. La vuelta condiciona el alcance del «sacrificio» constitucional en que consiste la terapia. Si el remedio no quiere ser peor que la enfermedad, para que la Constitución se imponga de nuevo no puede perder un ápice de legitimidad, propugnando medidas irrazonables y desproporcionadas que hagan irreconocibles sus principios estructurales.⁵⁷

Ante ello se puede precisar que un Estado que ha implementado la excepcionalidad, debe conservar los lineamientos expresados por la norma fundamental, esto con la finalidad de

⁵⁴ Despouy, L., “Los derechos humanos y los estados de excepción”, citado en Aguilar Andrade, J. P., *óp. cit.*, p. 61.

⁵⁵ Agamben, G., *óp. cit.*, p. 101.

⁵⁶ Álvarez Álvarez, L., *óp. cit.*, p. 9-10.

⁵⁷ Pérez Véliz, A. & Montesino Santana, F., *óp. cit.*, p. 117.

mitigar los impactos que las posibles afectaciones hayan producido en detrimento de los derechos y libertades y en cuanto a las funciones que con anterioridad eran reservadas para una esfera específica del gobierno, en otras palabras; el regreso al estado de normalidad será mayormente efectivo si no se afectan con desproporcionalidad los derechos y las libertades que se tenían con anterioridad a la implementación del estado excepcional. Por otro lado, es necesario que dentro de los textos fundamentales se dé un tratamiento más específico en cuanto a las máximas de “a) la necesidad crea sus propias reglas y b) la necesidad no conoce reglas. En lo relativo a la primera, la Constitución de excepción debería regular nuevos órganos y procedimientos de creación y de aplicación de normas para afrontar la situación excepcional, y a través de los que se apruebe una regulación jurídica basada en la necesidad”.⁵⁸ Esto con la finalidad de reducir el margen de discrecionalidad en relación a la autoridad que ejercerá acciones o estrategias específicas para abordar la anormalidad producida. De esta forma, existen modelos constitucionales que pueden servir como orientación, entre ellos están el “*Business as usual model*, basado en que las normas existentes sirven sin tener que ser modificadas para las situaciones de emergencia y crisis. (...) «*Accommodation models*», que pretenden mantener intacto el sistema en la mayor medida posible, aunque haya que realizar cambios relevantes para enfrentarse a las situaciones de emergencia”.⁵⁹ En el primer modelo bastaría con una interpretación extensiva o reductiva de la norma fundamental para dar paso a la incorporación de la anormalidad en el cauce jurídico y con ello, aplicar todos los elementos propios de la dinámica jurídica en el problema en concreto. De igual forma, en el segundo de los modelos, se daría paso a una especie de creación de contenidos -en cuanto a principios- sería la propuesta para determinar el alcance de un derecho o directriz que puede alojar la realidad dispar en el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, una teoría de la limitación del estado de excepción deberá utilizar las formas normativas para dar tratamiento a la nueva dimensión de la realidad producto de las situaciones extremas.

Conclusiones

El estado de excepción es una forma especial del Estado por medio de la cual se delega el poder en favor de una autoridad instaurada -por ejemplo, el Poder Ejecutivo- quien realiza acciones o toma decisiones especiales para hacer frente a una situación extraordinaria que debido a su imprevisibilidad y trascendencia, escapa a los postulados normativos, creando circunstancias complejas entre lo normado y lo que se encuentra fuera de la norma que de conformidad con el principio de necesidad, desconoce lo regulado por ser inoperante o inaplicable e impone sus propias prescripciones que en muchos casos, pueden cimbrar los preceptos esenciales de una sociedad democrática, así como los derechos y libertades reconocidos en la ley fundamental.

En este contexto, la argumentación jurídica juega un papel esencial en la modulación de los estados de excepción debido a que provee de elementos que permiten dar un tratamiento a aquellos hechos que se sustraen a las exigencias de la norma fundamental. Por ende, mediante el uso de la razonabilidad existe la posibilidad de valorar las medidas especiales que la autoridad detentadora utiliza para hacer frente a la situación de apremio a través de ordenanzas que de conformidad con el principio de necesidad hacen frente a las circunstancias de manera genérica y sin un sustento

⁵⁸ Álvarez Álvarez, L., *óp. cit.*, p. 13.

⁵⁹ Gómez Orfanel, G., *óp. cit.*, p. 16.

normativo sino -en el mayor de los casos- uno de índole político.

El test de razonabilidad permite la limitación de las acciones desproporcionadas e injustificadas que representan un déficit en la realización de los derechos fundamentales y de la operatividad de los sistemas de gobierno. Esto en razón a que en donde no hay una norma que rijan el hecho excepcional existe la posibilidad de aplicar los elementos, reactivos, formulaciones e ideas propias de la argumentación jurídica con el afán de delimitar los espacios existentes entre la anomalía de la realidad y las expresiones jurídicas, dando un tratamiento adecuado de conformidad con los parámetros de una buena práctica argumentativa justificada.

Las Cortes Supremas representan el contrapeso ideal para frenar los abusos y la inobservancia de los principios esenciales que conforman la sociedad y que rigen a los derechos fundamentales. Como órganos garantes de los postulados constitucionales, proveen de ejercicios argumentativos que pueden limitar a las autoridades que detentan el poder excepcional en relación a usos desmedidos del mismo, la inviabilidad de las medidas adoptadas o todas aquellas acciones que representen una intromisión injustificada de los derechos y libertades de la sociedad.

Es pertinente dar paso a la creación de una teoría de la limitación de los estados de excepción con el objetivo de esclarecer los parámetros que envuelven a esta forma especial que circunda en los límites del derecho y las realidades dadas en el contexto de la sociedad democrática. De igual forma, generar lineamientos normativos que permitan regular -o al menos establecer directrices claras y oportunas- las situaciones extraordinarias de manera objetiva, justa y equitativa con la finalidad de elevar la protección de los derechos fundamentales y una debida justificación en caso de que estos sufran algún detrimento.

Relación Bibliográfica

ÁLVAREZ, L., “Estado y derecho de excepción. La juridificación del principio la necesidad no conoce reglas”, *UNED, Teoría y realidad constitucional*, n° 48, 2021.

AGAMBEN, G., *Estado de excepción. Homo sacer, II, I*, (trad. Costa, F. y Costa, I.), Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2005.

AGUILAR ANDRADE, J. P., “Entre la retórica de lo nuevo y la persistencia del pasado: la Corte Constitucional y los estados de excepción”, *Iuris Dictio*, n° 13, 2010.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS de fecha 11 de febrero de 1978.

DOTTI, J. E., “Teología política y excepción”, *Revista de Filosofía*, n° 13, 1996.

GÓMEZ ORFANEL, G., “Excepción, necesidad y constitución”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 48, 2021.

HERRERA, H. E., “Racionalidad técnica y excepción. La crítica de Giorgio Agamben a la doctrina del estado de excepción de Carl Schmitt y sus alcances”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, n° 1, 2014

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva 8/87 de fecha 30 de enero de 1987.

- - -, Opinión consultiva 9/87 de fecha 6 de octubre de 1987.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos, Observación general 29 de fecha 31 de agosto de 2001.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS de fecha 23 de marzo de 1976.

PÉREZ VÉLIZ, A. & Montesino Santana, F., “Razonamiento judicial y restricción de derechos en situaciones excepcionales: del legalismo dogmático al judicialismo argumentativo”, *Revista cubana de derecho*, n° 1, 2021.

RODRÍGUEZ KURI, A., “Modalidades y límites del estado de excepción en México: del liberalismo histórico a la guerra sucia”, *H Mex*, n° 4, 2025.

SILVA FORNÉ, C., *et. al.*, “Tolerancia social a la mano dura: apoyo a la tortura y medidas de excepción en México”, *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, n° 243, 2021.

SILVA IRARRÁZAVAL, L. A., “El control judicial de los estados de excepción constitucional: la supremacía del Presidente de la República”, *Revista Chilena de Derecho*, n° 1, 2018.

TACCETTA, N., “Violencia y derecho: Benjamin, Schmitt, Agamben y el estado de excepción”, *Devenires*, n° 32, 2015.

ERRADICAÇÃO DO SUB-REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO: BREVES APONTAMENTOS DA FILOSOFIA DO DIREITO SOBRE A QUESTÃO BRASILEIRA

Kaline Mariele Sant'Ana Monteiro¹

1 Introdução

A interpretação da norma jurídica constitui um dos pilares fundamentais para a efetividade do Estado Democrático de Direito, pois é por meio dela que os direitos humanos e as garantias constitucionais se concretizam na prática social. Nesse contexto, o conceito de cidadania assume uma dimensão ampla, que ultrapassa o mero exercício de direitos políticos e abrange a plena realização da dignidade humana e o acesso aos direitos fundamentais.

À luz da teoria da argumentação jurídica, a interpretação da norma torna-se instrumento essencial para assegurar a eficácia desse reconhecimento, exigindo uma leitura comprometida com os valores da justiça, da igualdade e da inclusão. O marco inaugural da cidadania é o registro civil de nascimento, ato que confere existência jurídica ao indivíduo e o reconhece como sujeito de direitos.

O registro civil de nascimento no Brasil corresponde à inscrição de um fato juridicamente relevante no ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais competente, materializado para os usuários pela Certidão de Nascimento. É servindo-se dele que o Estado reconhece e identifica o cidadão.

O assento civil de nascimento é um direito fundamental e um pressuposto da cidadania, para o acesso aos serviços públicos básicos nas áreas da educação, da saúde e da assistência social, constituindo uma preponderante etapa para o exercício desta no país, a partir da certidão de nascimento, que é documento basilar para a obtenção dos demais documentos.

A ausência de registro de nascimento é ainda um problema nos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos. No caso do Brasil, trata-se de um sério problema que despreza os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

A pessoa sem registro civil no Brasil é um indivíduo inexistente em seus direitos perante o Estado e a sociedade, sofrendo dessa forma consequências em que os seus direitos fundamentais acabam desrespeitados, tornando-se indivíduos relegados e tendo os seus direitos básicos usurpados.

A ausência de registro civil configura, à luz da Teoria Atienziana, uma falha de justiça material, pois revela uma distância entre o direito posto e a realidade social. as normas jurídicas devem ser interpretadas a partir de razões relevantes, sólidas e moralmente justificáveis². Dessa forma, uma interpretação constitucionalmente adequada das normas que regulam o registro civil exige que o Estado e seus operadores atuem com

¹ Mestre em Negócios Internacionais e em Direito Fundamental pela MUST, Bacharel em Ciências Contábeis e em Direito. Especialização em Controladoria Governamental e em Direito Social e Direito Processual e Previdenciário. E-mail: kalmarielle@hotmail.com. Doutoranda em Ciências Jurídicas – DCJ-UMSA (AR)

² Atienza, M. *Las razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

base em uma argumentação comprometida com os valores da igualdade, inclusão e dignidade.

Diante disso, tem-se a questão norteadora: de que forma o acesso às políticas públicas de registro civil interliga o cidadão aos seus direitos fundamentais? O texto em questão objetiva destacar as políticas públicas voltadas para erradicar o sub-registro no cenário brasileiro a partir do acesso aos direitos fundamentais dos cidadãos não registrados com aspectos da filosofia do direito.

A justificativa para a realização da pesquisa está apoiada no entendimento de que as políticas públicas viabilizam o acesso a direitos fundamentais do cidadão, possibilitando, dessa forma, que uma parcela dos brasileiros consiga alcançar uma vida mais digna, com mais qualidade, além de usufruir conforme os preceitos constitucionais diante de um sistema com acentuadas disparidades.

Além disso, busca identificar como a falta do registro de nascimento e consequente ausência de nome e documentos traz prejuízos ao direito da individualização e da personalidade no aspecto da filosofia do direito.

2 Registro civil de nascimento como direito fundamental à cidadania no Brasil

O nascimento no Brasil é considerado um instituto de natureza naturalística e pode ser classificado como fato jurídico natural ordinário³, no qual é regulamentado pela Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, conhecida como Lei dos Registros Públicos ou Lei dos Cartórios de Registros Públicos. O registro de nascimento é um mecanismo estatal para identificar o indivíduo que nasceu, ou seja, é um marco inicial da pessoa natural.

Esse fato jurídico, de natureza jurídica declaratória do nascimento e constitutiva do nome, torna-se um documento de total relevância, uma vez que, é indispensável para muitos atos da vida civil, garantindo autenticidade, segurança e eficácia do ato (nascimento). É amparado legalmente pela Lei dos Registros Públicos-LRP, em seu capítulo IV, art. 50 a 69⁴.

Há a obrigatoriedade do registro de nascimento, uma vez que todas as pessoas nascidas no Brasil devem ser registradas, visto que a Constituição Federal reconhece como brasileiro o indivíduo nascido em território nacional, ainda que seja filho de estrangeiro⁵.

Conforme dispõe o artigo 50 da Lei nº 6.015⁶, a obrigatoriedade do registro dos nascimentos ocorridos em território nacional deve ser cumprida no local onde ocorreu o parto ou no domicílio dos pais. A norma também estabelece o prazo de quinze dias para a realização do ato, admitindo, contudo, a prorrogação para até três meses quando a residência estiver situada a mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

Determina o art. 52 da Lei de Registros Públicos a obrigatoriedade e a ordem pela qual as pessoas, ligadas ao nascimento, devem providenciar-lhe o registro. O registro de nascimento é de interesse público pelo acervo estatístico da nacionalidade, pelo começo de identificação de todos os cidadãos para garantia do exercício de seus direitos. A declaração deve corresponder com a realidade⁷.

³ Kümpel, V. F., Ferrari, G. M., & Viana, G. M. *Direito Notarial e Registral em síntese*. 2. ed. Editora YK: 2024.

⁴ Gagliardi, A. R., & Salaroli, M. *Registro civil das pessoas naturais*. 6 ed. São Paulo: Editora Foco.

⁵ Debs, M. E. *Legislação Notarial e Registros Públicos- comentadas: doutrina, jurisprudência e de questões de concursos*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

⁶ Brasil. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília: DF, 1973.

⁷ Debs, M. E. *Legislação Notarial e Registros Públicos- comentadas: doutrina, jurisprudência e de questões de concursos*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

A lavratura do assento de nascimento tem como finalidade dar publicidade ao nascimento, ou seja, tornar pública a ocorrência do fato e perpetuar essa informação, de modo que o princípio da publicidade registral assegura o conhecimento do estado civil e dos dados de personalidade da pessoa natural⁸.

Para que seja efetuado o registro civil de nascimento da criança, é necessário a apresentação de alguns documentos, como, por exemplo, o documento de identidade de quem declara o nascimento. Além do documento de identificação do declarante, é necessária a apresentação da Declaração de Nascido Vivo, a qual consiste em um formulário preenchido pelos funcionários das maternidades⁹.

As declarações de nascido vivo são aquelas que atestam o nascimento da criança. O Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰ - ECA em seu art. 10, prevê que os hospitais e estabelecimentos de saúde de gestantes deverão identificar os recém nascidos mediante o registro de sua impressão plantar, bem como impressão digital da mãe, podendo ser utilizada outra forma normalizada pela autoridade administrativa competente a fim de fornecer a declaração de nascimento, que deverá conter as intercorrências do parto e do desenvolvimento neonato¹¹.

Na hipótese de o nascimento não ter sido atestado por médico ou parteira, a lei admite, como prova, declarações de duas testemunhas. Entretanto, quando presente o médico durante o parto, sua declaração circunstanciada sobre o nascimento, o sexo do recém-nascido e a identificação da mãe é suficiente, dispensando-se a indicação de testemunhas¹².

Conforme o artigo 54 da Lei de Registros Públicos¹³, quando o parto é realizado em hospital ou maternidade, os referidos estabelecimentos expedem documento com os mesmos dados, afirmando o nascimento, a ser apresentado com a declaração do interessado quando do registro de nascimento no Cartório de Registro Civil competente.

A declaração de nascido vivo será emitida pelo hospital, constando nela o nome e dados da mãe e a impressão plantar do recém-nascido, sendo de praxe sua emissão pelos hospitais e maternidades quando do nascimento da criança, todavia, conforme se percebe, a declaração normalmente será emitida em nome daquela que deu à luz.

A filiação é comprovada pela certidão de nascimento, inscrito no Registro Civil, na forma dos arts. 1.603 e 9º, I, do Código Civil¹⁴, e ainda de acordo com os arts. 50 e seguintes da Lei nº 6.015/73¹⁵. Dessa forma, o estabelecimento da filiação é condição de suma importância para que seja efetuado o registro civil, seja ela, biológica, afetiva ou presumida pelo parto, no caso da maternidade.

Como se observa, o registro de nascimento é marco inicial para a documentação básica do ser humano e, portanto, para a existência no plano jurídico. O serviço extrajudicial realizado pelo registrador civil é de suma pertinência, pois, o registro de nascimento é o primeiro ato registral da vida da pessoa natural¹⁶. É este que terá origem

⁸Debs, M. E. *Legislação Notarial e Registros Públicos- comentadas: doutrina, jurisprudência e de questões de concursos*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

⁹Loureiro, L. G. *Registros Públicos Teoria e Prática*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

¹⁰Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: DF, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm

¹¹Gagliardi, A. R., & Salaroli, M. *Registro civil das pessoas naturais*. 6. ed. São Paulo. Editora Foco, 2024.

¹²Gagliardi, A. R., & Salaroli, M. *Registro civil das pessoas naturais*. 6. ed. São Paulo. Editora Foco, 2024.

¹³Brasil. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília: DF, 1973.

¹⁴Brasil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: DF, 2002.

¹⁵Chaloub, L. M. o princípio da imutabilidade relativa do nome civil e suas principais flexibilizações. *Revista da EMERJ*, v. 23, n. 1, 2021, p. 185-212.

¹⁶Loureiro, L. G. *Registros Públicos Teoria e Prática*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

de todos os outros documentos do indivíduo, permitindo que este exerça sua cidadania e de todos os seus direitos plenamente.

Importante destacar que, as Estatísticas do Registro Civil têm como objetivos basilares: fornecer informações para que os gestores públicos possam usufruir destes para melhor atender aos interesses da sociedade brasileira, por meio de estudos demográficos; propiciar a construção de indicadores vitais do país para diagnósticos regionais e locais. O registro contribui, também, para o aprimoramento de programas sociais das três esferas governamentais (municipal, estadual e federal) nos campos educacionais, previdenciário, econômico, urbanísticos, sociais e da saúde pública.

É a partir do nascimento que alguém se torna cidadã, e posteriormente inserida no contexto jurídico de acordo com o Codex Civil¹⁷. O direito ao Registro é o direito à existência. A partir do momento em que é registrada, a pessoa tem acesso aos direitos universais e poderá ser incluída nos benefícios sociais. Todavia, ao não possuir o seu registro de nascimento, o indivíduo torna-se impossibilitado de ter acesso a direitos básicos, dentre eles os serviços de assistência social prestado pelo Estado, como a vacinação e a realização da matrícula em uma escola. Desse modo, o sujeito se encontra em uma realidade de exclusão, tanto no âmbito social, quanto institucional¹⁸.

O Registro Civil de Nascimento é um direito que o Estado fornece a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. A Certidão de Nascimento garante às crianças e aos adolescentes direitos fundamentais como o nome, a nacionalidade e o vínculo familiar¹⁹.

Pessoas não registradas civilmente enfrentam dificuldades em requerer seus direitos fundamentais, podendo limitar o seu acesso a programas sociais e a sua plena cidadania. O registro civil é muito mais do que um ato burocrático, ele é um direito fundamental que serve como porta de entrada para a cidadania e o exercício de outros direitos²⁰. Sem o registro, uma pessoa acaba na invisibilidade, impedindo que a mesma seja plenamente integrada à sociedade. A ausência de registro civil impacta diretamente a vida das pessoas em diversos aspectos²¹, quais seja:

i) Saúde: sem um registro, uma pessoa pode ter dificuldades para ser atendida em hospitais públicos, ter acesso a vacinas ou receber medicamentos.

ii) Educação: a matrícula em escolas públicas é, na maioria dos casos, condicionada à apresentação da certidão de nascimento.

iii) Trabalho: o registro é necessário para a obtenção da carteira de trabalho, inviabilizando empregos formais. Isso, muitas vezes, direciona o indivíduo para a informalidade, onde não há proteção trabalhista.

iv) Justiça: pessoas não registradas não podem mover ações judiciais ou se defender, tornando-se extremamente vulneráveis.

Do ponto de vista filosófico e humanitário, o registro civil é uma condição para a dignidade humana. Ele garante o direito ao nome, à filiação e à comprovação da nacionalidade, que são elementos essenciais para a identidade e a dignidade de qualquer pessoa. Negar o registro é negar a própria existência do indivíduo, violando um dos princípios mais básicos de qualquer sociedade democrática: o reconhecimento da individualidade de cada um.

¹⁷ Brasil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília: DF, 2002.

¹⁸ Machado, B. M. P., & Bitti, L. C. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 20, n. 2, 2022, p. 1-12.

¹⁹ Debs, M. E. *Legislação Notarial e Registros Públicos- comentadas: doutrina, jurisprudência e de questões de concursos*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

²⁰ Gagliardi, A. R., & Salaroli, M. *Registro civil das pessoas naturais*. 6. ed. São Paulo: Editora Foco, 2024.

²¹ Chaloub, L. M. o princípio da imutabilidade relativa do nome civil e suas principais flexibilizações. *Revista da EMERJ*, v. 23, n. 1, 2021, p. 185-212.

O direito ao registro civil é tão fundamental que é reconhecido por tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção sobre os Direitos da Criança. Esses documentos garantem que toda criança tem o direito de ser registrada imediatamente após o nascimento²². Por outro lado, é importante ressaltar que a prestação de serviços básicos pelo Estado fornecido ao cidadão com o objetivo de atender o mínimo da dignidade da pessoa humana é efetuado a partir do registro de nascimento e devidamente documentado, logo, se não há essa documentação, a efetividade dos direitos fundamentais é prejudicada²³. Desse modo, nota-se o quão é relevante que as políticas públicas consigam eliminar o sub-registro, que é uma forma de exclusão social no Brasil.

Em síntese, o registro civil não é um privilégio, mas uma porta de entrada para a cidadania plena. Ele assegura que o indivíduo não seja um "fantasma" para o Estado, mas um cidadão com direitos e deveres, capaz de participar da vida social, econômica e política de seu país.

3 O plano nacional de erradicação do sub-registro como forma de acesso aos direitos fundamentais no contexto brasileiro e uma visão filosófica sobre a questão

Em 2022, o Brasil registrou um total de 2.574.556 nascimentos. Desses, 1,31% não foram registrados oficialmente dentro do prazo legal, que se estende até março de 2023. Isso equivale a 33.726 bebês. Essa taxa de sub-registro é a mais baixa desde 2015 e representa uma melhoria significativa em comparação com o ano anterior, 2021, quando a taxa foi de 2,06% (55.417 nascimentos)²⁴.

Apesar da redução a nível nacional, as diferenças entre as regiões do país ainda são grandes. A Região Norte apresentou o maior índice de nascimentos não registrados, com 5,14%, seguida pelo Nordeste, com 1,66%. O Sul teve a menor taxa, com apenas 0,21%. Os pesquisadores atribuem essa diferença regional no registro de nascimentos à dificuldade de acesso aos cartórios. Em áreas remotas, onde os cartórios são mais distantes, o processo de registro pode ser demorado e, por isso, muitas vezes não é concluído. Outro fator que influencia o sub-registro de nascimentos é a idade da mãe. A maior taxa de sub-registro ocorre entre mães com menos de 15 anos (8,06%), e a maior taxa de subnotificação se dá entre aquelas com 49 anos (7,84%)²⁵.

As mães adolescentes, em geral, não completam o registro em cartório mesmo após o atendimento médico²⁶. Isso pode acontecer por falta de orientação ou de uma rede de apoio que as ajude a registrar a criança. A demora para a inclusão do nome do pai no registro também contribui para o atraso.

O Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (MDHC), que integra o Governo Federal, tem trabalhado para mobilizar estados e municípios em uma ação conjunta de combate ao sub-registro civil de nascimento. Com a finalidade de eliminar o sub-registro civil de nascimento, o Decreto nº 10.063²⁷, de 14 de outubro de 2019,

²² Loureiro, L. G. *Registros Públicos Teoria e Prática*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

²³ Machado, B. M. P., & Bitti, L. C. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 20, n. 2, 2022, p. 1-12.

²⁴ Brasil. *IBGE divulga sub-registros e subnotificações de nascimentos e óbitos de 2022*. 2024. Disponível em: <https://agenciagov.ebc.com.br/noticias/202404/ibge-divulga-sub-registros-e-subnotificacoes-de-nascimentos-e-obitos-de-2022>.

²⁵ Rodrigues, A. S. *Sem registro civil de nascimento: como a estatística dos “invisíveis” no Ceará foi alterada*. 2024. Disponível em: <https://unipacealece.al.ce.gov.br/index.php/repositorio/visualizar/assessoria-parlamentar-2021?page=4>.

²⁶ Idem.

²⁷ Brasil. *Decreto nº 10.063, de 14 de outubro de 2019*. Dispõe sobre o Compromisso Nacional pela Erradicação do Sub-registro Civil de Nascimento e Ampliação do Acesso à Documentação Básica, o

estabeleceu o Plano Nacional de Erradicação do Sub-Registro. Esse plano, incentivava estados e municípios a participarem de ações conjuntas e coordenadas. Além disso, o Decreto criou a Semana Nacional de Mobilização para o Registro Civil de Nascimento e ocorre costumeiramente no mês de maio de cada ano. O objetivo dessa semana é guiar a população e garantir que todos tenham acesso à sua documentação civil básica.

O governo brasileiro também tem usado campanhas publicitárias para promover a erradicação do sub-registro civil de nascimento. A iniciativa conta com a participação de personalidades famosas, como o jogador Ronaldo Nazareno, cantora Ivete e costuma ser veiculada nos principais meios de comunicação do país²⁸

Entre os desafios²⁹ enfrentados pelas ações da Agenda Social do governo, tem-se: i) relação com os cartórios privados, a comunicação e a cooperação com esses estabelecimentos, que são fiscalizados pelo Poder Judiciário, são um desafio; ii) identificação e atendimento da população: é difícil localizar e dar assistência a pessoas que não possuem registro ou documentos; iii) o tamanho do Brasil e a diversidade da população dificultam o atendimento em todo o território; iv) a necessidade de uma previsão orçamentária adequada acaba dificultando a execução das ações da Agenda; v) a colaboração entre os poderes Executivo e Judiciário e os cartórios, para cumprir os acordos estabelecidos, ainda é um desafio.

Outros desafios que o Estado e suas políticas públicas enfrentam são as causas do sub-registro³⁰, como:

a) Vulnerabilidade social: a falta de registro civil está diretamente ligada à pobreza e exclusão social. Moradores de bairros com baixo Índice de desenvolvimento humano, altos índices de mortalidade infantil, gravidez na adolescência e violência são os mais afetados.

b) Dificuldade de acesso e informação: embora haja iniciativas como os cartórios dentro das maternidades no Brasil, ainda existem barreiras. Mães e pais, especialmente os mais jovens ou sem uma rede de apoio, muitas vezes não têm a orientação necessária para realizar o registro. O processo pode ser percebido como complexo ou demorado, fazendo com que o registro seja postergado.

c) Situação de migrantes e pessoas em rua: Um grupo particularmente vulnerável são os migrantes que chegam à cidade sem documentação, o que impede o registro de seus filhos. Além disso, pessoas em situação de rua também enfrentam grandes dificuldades para obter a documentação básica.

d) Gravidez na adolescência: mães adolescentes (geralmente menores de 16 anos) apresentam uma das maiores taxas de sub-registro. A falta de conhecimento sobre o processo, a ausência de um responsável legal e a espera pela participação do pai, pode atrasar o processo.

Apesar dos desafios, o Estado brasileiro tem tomado medidas para combater o problema, como a criação do Comitê Gestor Municipal de Políticas de Erradicação do Sub-registro, que foi instituído pelo Decreto nº 9.929³¹ e a implementação de unidades de

Comitê Gestor Nacional do Compromisso Nacional pela Erradicação do Sub-registro Civil de Nascimento e Ampliação da Documentação Básica e a Semana Nacional de Mobilização para o Registro Civil de Nascimento e a Documentação Básica. Brasília: DF, 2019a.

²⁸ Claro, C. A. B. Políticas públicas para erradicação do sub-registro civil de nascimento no Brasil. *Revista de Políticas Públicas*, v. 24, n. 1, 2020, p. 468-483.

²⁹ Claro, C. A. B. Políticas públicas para erradicação do sub-registro civil de nascimento no Brasil. *Revista de Políticas Públicas*, v. 24, n. 1, 2020, p. 468-483.

³⁰ Troian, A., Gonçalves, G. V. Q., & Antunes, L. R. Com certidão de nascimento sou cidadão? A relação do registro civil com a pobreza no Brasil. *Contextualizaciones Latinoamericanas*, v. 1, n. 32, 2024.

³¹ Brasil. Decreto nº 9.929, de 22 de julho de 2019. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Informações de Registro Civil - Sirc e sobre o seu comitê gestor.

registro em hospitais. No entanto, o problema ainda persiste em áreas e grupos sociais específicos, tornando a questão do sub-registro um desafio contínuo para as políticas públicas de cidadania.

Do ponto de vista filosófico e humanitário, o registro civil é uma condição para a dignidade humana. Ele garante o direito ao nome, à filiação e à nacionalidade, que são elementos essenciais para a identidade e a dignidade de qualquer pessoa. Negar o registro é negar a própria existência do indivíduo, violando um dos princípios mais básicos de qualquer sociedade democrática: o reconhecimento da individualidade de cada um.

Nesse contexto, o Registro Civil transcende sua função meramente administrativa para se consolidar como um fundamento epistêmico e um topos argumentativo de alta valia para a pesquisa científica.

De forma complementar, salienta-se que os dados do registro civil de nascimento têm informações basilares para que o Estado consiga formular políticas públicas destinadas à essa problemática, portanto, a “invisibilidade” do sujeito diante da inexistência do registro de nascimento ainda é um obstáculo para o poder público que há muito tempo tenta erradicar, ou pelo menos, atenuar, principalmente a parcela de indivíduos que pertencem à uma classe menos privilegiada financeiramente³².

Do ponto de vista da filosofia do direito, o sub-registro de nascimento se conecta de forma profunda, abordando questões fundamentais sobre a existência humana, a cidadania e o papel do Estado. Embora pareçam temas distantes, a relação entre eles se estabelece por meio de princípios e direitos que são a base de uma sociedade justa.

Por exemplo, tem-se a compreensão filosófica do direito à identidade. O direito à identidade, a partir de uma perspectiva filosófica, vai muito além de um mero registro civil. Ele se aprofunda na própria essência do ser humano, na forma como nos constituímos como indivíduos e como somos reconhecidos pela sociedade. Filósofos de diversas épocas e correntes de pensamento abordaram a identidade de maneiras distintas, mas que convergem para a ideia de que a identidade é um elemento central para a dignidade e a autonomia³³.

Filósofos como Charles Taylor e Paul Ricoeur A identidade não é algo inato, mas uma construção contínua³⁴. Para eles, a identidade se forma na interação com o mundo, com os outros e consigo mesmo. Taylor, por exemplo, em sua obra ‘As Fontes do Self’, argumenta que a nossa identidade é moldada pelo nosso reconhecimento pelos outros³⁵. Se não somos reconhecidos, ou se somos reconhecidos de forma distorcida ou desvalorizada, nossa identidade é profundamente afetada. O direito à identidade, nesse sentido, é o direito de ser reconhecido na sua singularidade e integridade.

A identidade é intrinsecamente ligada à autonomia. Filósofo como Immanuel Kant³⁶ defende que a dignidade humana reside na capacidade de cada indivíduo de se autodeterminar, ou seja, de fazer escolhas racionais e morais. O direito à identidade é fundamental para essa autodeterminação, pois sem um senso de quem somos, não podemos agir de forma autêntica e livre.

Brasília: DF, 2019b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9929.htm#art12.

³² Petrocelli, A. B., & Fermentão, C. A. G. R. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, v. 27, n. 46, 2023, p. 12-33.

³³ Birchal, T. S., & Ribeiro, L. M. *Identidade Pessoal e Identidade Prática*. Florianópolis: Editora Universidade Federal de Santa Catarina, 2025.

³⁴ Birchal, T. S., & Ribeiro, L. M. *Identidade Pessoal e Identidade Prática*. Florianópolis: Editora Universidade Federal de Santa Catarina, 2025.

³⁵ Taylor, C. *As fontes do self – A construção da identidade moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

³⁶ Kant, I. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Edipro, 2020.

Quando um indivíduo é privado de sua identidade – seja por um erro de registro, uma política de apagamento cultural ou a negação de sua origem - sua capacidade de se autodeterminar é cerceada. Ele perde a base a partir da qual pode fazer escolhas e se relacionar com o mundo. Nesse sentido, o direito à identidade é um direito-condição, essencial para que outros direitos, como o de liberdade e o de cidadania possam ser exercidos.

Não podemos falar de identidade apenas no singular. A filosofia também aborda a dimensão coletiva da identidade. Nossa identidade individual está profundamente enraizada em nossa identidade cultural, social e histórica. O direito à identidade, portanto, inclui o direito de pertencer a um grupo, de ter a própria cultura e história reconhecidas e de não ser forçado a se assimilar a outra³⁷.

A filosofia nos lembra que o apagamento de uma cultura ou a negação da história de um povo é uma forma de violência que ataca a identidade de cada um de seus membros. O direito à identidade, portanto, é um pilar da diversidade e da tolerância, garantindo que a riqueza das diferentes formas de ser humano seja preservada.

Em relação à cidadania, a visão filosófica não se trata apenas de um status formal, mas a capacidade de participar da vida em sociedade e de ter seus direitos fundamentais assegurados pelo Estado³⁸. Uma pessoa sem registro de nascimento não pode exercer a cidadania em sua plenitude. Ela não pode votar, ter acesso a serviços públicos como saúde e educação de forma garantida, ou obter documentos que permitam sua inclusão social e econômica.

A falta de registro para uma parcela da população, é um grave problema. Ele afeta, em grande parte, as populações mais vulneráveis, perpetuando a exclusão. Para filósofos como John Rawls, uma sociedade justa é aquela em que as instituições distribuem os bens e as oportunidades de forma equitativa³⁹. Dessa forma, a incapacidade de um sistema jurídico/estatal de garantir o registro a todos os nascidos é uma falha institucional grave.

Há lições de teorias que podem ser aplicadas na questão aqui debatida sobre registro de nascimento⁴⁰. O autor define os direitos fundamentais primordialmente como princípios, distinguindo-os das regras, sendo assim, o direito ao registro de nascimento, embora tenha uma dimensão de regra (a certidão deve ser emitida, o prazo deve ser cumprido), é fundamentalmente um princípio ao garantir a dignidade humana e a igualdade.

Os mandamentos de otimização, isso significa que os mesmos devem ser realizados na maior brevidade possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas⁴¹. Trazendo esse entendimento para o tema em debate, entende-se que o direito ao registro de nascimento é um mandamento de otimização, ou seja, o Estado tem o dever de otimizar sua realização (acessibilidade, gratuidade e celeridade) dentro das possibilidades.

Deve ser concretizado na maior brevidade possível, o que exige que o Estado: i) crie uma rede de cartórios acessíveis em áreas remotas, utilize tecnologias, e promova campanhas de conscientização; ii) garanta a gratuidade, simplifique o processo e assegure que o registro seja um pré-requisito para o exercício de outros direitos.

Sobre essa efetivação dos direitos fundamentais, e seguindo o entendimento de otimização de Alexy, no Brasil, a gratuidade do registro civil para pessoas em situação

³⁷ Birchal, T. S., & Ribeiro, L. M. *Identidade Pessoal e Identidade Prática*. Florianópolis: Editora Universidade Federal de Santa Catarina, 2025.

³⁸ Costa, R. A., & Moraes, J. A. L. A importância do nome civil e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Encontro de Saberes Multidisciplinares*, v. 1, n. 2, 2023.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Alexy, R. *Teorias dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. Tiragem. São Paulo, Malheiros, 2017.

⁴¹ Idem.

de vulnerabilidade foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2007⁴², através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1800, no julgamento, a gratuidade do registro de nascimento foi considerado uma conquista para o exercício da cidadania, ou seja, não se trata apenas de aplicar uma regra, mas de otimizar o direito à identidade e à dignidade dentro das possibilidades fáticas e constitucionais.

A dignidade da pessoa humana é considerada como o pilar central dos direitos fundamentais⁴³. Sendo assim, o registro de nascimento é a "certidão de existência" da pessoa no plano jurídico, sendo indispensável para a sua dignidade.

A aplicação do direito se fundamenta pelo respeito às garantias e direitos e garantias fundamentais, individuais e sociais, ou seja, pelo Estado Constitucional de Direito, de modo que na aplicação da lei não deve estar presente apenas o requisito formal, mas também o substancial, objetivando alcançar a almejada justiça social.

4 Conclusão

Conforme observado nesse texto, o direito ao Registro de Nascimento é crucial, pois dele dependem outros direitos e é a base para o exercício pleno da cidadania. Para ter acesso à justiça, a uma identidade, nacionalidade, nome e outros direitos, é fundamental combater o sub-registro e garantir que todos tenham sua certidão de nascimento.

Observou-se que o Estado brasileiro, ainda que necessite de aprimoramento, implementou diversas políticas públicas para combater o sub-registro civil de nascimento e garantir o direito à documentação básica para toda a população. O combate ao sub-registro tem sido uma prioridade, e campanhas de incentivo na mídia e juntamente com entes federativos tem sido fundamental, observou-se nos últimos dados do IBGE uma diminuição nos casos de sub-registro no país, mais políticas públicas são necessárias para um êxito ainda maior.

Sob a perspectiva da teoria da argumentação jurídica, a efetivação do direito ao registro civil de nascimento revela a importância da interpretação jurídica voltada à concretização dos direitos fundamentais. A norma jurídica, quando interpretada de forma racional e voltada à promoção da dignidade humana, deixa de ser um simples enunciado formal e se transforma em um instrumento de justiça material. Nesse contexto, garantir o registro de nascimento significa reconhecer o valor intrínseco de cada indivíduo, permitindo que o Direito cumpra sua função social de assegurar inclusão, igualdade e cidadania substancial.

Por fim, do ponto de vista filosófico, o direito à identidade não é um mero formalismo legal. É a garantia de que cada ser humano tem o direito de ser quem é, de ser reconhecido na sua singularidade e de construir sua própria narrativa de vida. É um direito que sustenta a dignidade humana, a autonomia e a pluralidade das sociedades. Negar esse direito é, em essência, negar a própria humanidade do outro.

Portanto, o registro de nascimento é essencial, pois é o primeiro documento de uma pessoa e a base para a garantia de todos os seus outros direitos e sua identidade. Assim, o registro civil de nascimento não apenas individualiza e identifica uma pessoa, mas também reconhece as diversas dimensões inerentes à sua personalidade.

⁴² Brasil. Supremo Tribunal Federal. *STF mantém gratuidade do registro civil e de certidão de óbito para pobres*. 2007. <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-mantem-gratuidade-do-registro-civil-e-de-certidao-de-obito-para-pobres/>

⁴³ Alexy, R. *Teorias dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. Tiragem. São Paulo, Malheiros, 2017.

LA REGULACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LOS DESAFÍOS HERMENÉUTICOS EN LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN BRASIL

Rosalie Rocha Bakker Viana¹

Introducción

La creciente integración de la inteligencia artificial (IA) en la sociedad, particularmente en el entorno digital, exige una profunda reflexión sobre su regulación, especialmente en lo que respecta a la protección de grupos hipervulnerables, como los niños, niñas y adolescentes.

En respuesta a estos riesgos, varios países han adoptado medidas regulatorias respecto a los sistemas de inteligencia artificial. China fue una de las primeras naciones en establecer normas específicas sobre el uso de la IA. En 2022, investigadores de la Universidad de Oxford destacaron que la legislación china era más avanzada que las propuestas de la Unión Europea y Estados Unidos.² En la Unión Europea, la Ley de IA introdujo un modelo regulatorio basado en niveles de riesgo. Los sistemas considerados de alto riesgo, como los utilizados para la identificación biométrica en espacios públicos o para la categorización de personas, están prohibidos. Además, los proveedores deben garantizar la transparencia en el uso de los datos, identificar el contenido generado por la IA, evitar la creación de material ilegal y divulgar los datos protegidos por derechos de autor utilizados para entrenar los modelos.³

En Brasil, desde el surgimiento del Marco de Derechos Civiles de Internet (Ley n.º 12.965/2014), se ha discutido el Proyecto de Ley n.º 2.338/2023 (Marco de Derechos Civiles de la Inteligencia Artificial), que propone un enfoque similar al europeo al clasificar los riesgos de los sistemas e imponer deberes de transparencia, y el Proyecto de Ley n.º 2.628/2022, que está más centrado en la protección de los infantes, se convirtió recientemente en la Ley n.º 15.211/2025 (Ley Felca), promulgada el 17 de septiembre de 2025. Mientras avanza la discusión en el Poder Legislativo respecto al Proyecto de Ley n.º 2.338/2023, el Supremo Tribunal Federal emitió una decisión importante sobre el tema, declarando la inconstitucionalidad parcial del artículo 19 del Marco de Derechos Civiles de Internet (Ley n.º 12.965/2014), además de establecer que las plataformas digitales son civilmente responsables por los daños causados por el contenido producido por terceros. partes, independientemente de orden judicial previa.

A pesar de los avances, el número de delitos sexuales cometidos mediante inteligencia artificial contra niños, niñas y adolescentes ha aumentado, lo que demuestra que la tecnología de punta de la IA, al mover patrones de datos a gran escala, reta al

¹ Estudiante de Doctorado en la UMSA – Universidad del Museo Social Argentino, Especialista en Derecho Penal por la Universidad Potiguar, Rio Grande do Norte, Brasil.

² Hine , E., Floridi , L. (20 de julio de 2022). *Nuevo deepfake Las regulaciones en China son una herramienta para la estabilidad social , pero en qué costo ?*, Revista Nature Machine Intelligence , <https://doi.org/10.1038/s42256-022-00513-4> - consultado el 17/10/2025.

³ Parlamento Europeo, Temas (2023, 12 de junio). *Ley de la UE sobre IA: primer reglamento sobre inteligencia artificial*, <https://www.europarl.europa.eu/topics/pt/article/20230601STO93804/lei-da-ue-sobre-ia-primeira-regulacao-de-inteligencia-artificial> , consultado el 17/10/2025.

mundo jurídico a un amplio debate hermenéutico en la búsqueda del sentido, contexto y justicia de las normas previamente vigentes.

Ante este escenario multifacético, que entrelaza innovación tecnológica, riesgos sociales y dilemas legales, el objetivo central de este artículo es analizar los desafíos hermenéuticos que plantean las iniciativas regulatorias de inteligencia artificial para la protección de niños, niñas y adolescentes en Brasil. Para ello, primero se analizarán las respuestas regulatorias a nivel internacional y nacional, con especial atención al Proyecto de Ley n.º 2.338/2023 y la reciente Ley n.º 15.211/2025, con el fin de mapear los avances y retrocesos en la construcción de un marco regulatorio protector. Finalmente, el trabajo profundizará en la antinomia constitucional entre la libertad de expresión y el principio de protección plena, argumentando que la resolución de conflictos en la era de la IA requiere no solo reafirmar la prioridad absoluta de los derechos de niños, niñas y adolescentes, sino también desarrollar nuevas sensibilidades interpretativas capaces de lidiar con la opacidad y la escala de los sistemas algorítmicos.

1. Iniciativas Nacionales e Internacionales para la Regulación de la Inteligencia Artificial: el dilema sobre la ponderación de valores de cada sociedad.

En la batalla tecnológica que se ha librado en los últimos años, China fue una de las primeras naciones en establecer regulaciones específicas sobre el uso de la IA. A principios de 2023, entraron en vigor normas que exigen, por ejemplo, la autenticación de la identidad del usuario antes de modificar imágenes o voces humanas, el etiquetado de contenido sintético y la protección contra el uso indebido de datos sensibles. Ante la agresiva presión de las empresas tecnológicas estadounidenses, China lanzó al mundo una aplicación de chatbot en enero de 2025. DeepSeek, una inteligencia artificial de bajo coste, gratuita y de código abierto ⁴, que además aboga por una regulación global de la inteligencia artificial de forma compartida y abierta, con el fin de buscar un equilibrio entre desarrollo y seguridad.⁵

En la Unión Europea, la Ley de IA introdujo un modelo regulatorio basado en niveles de riesgo. Los sistemas considerados de alto riesgo, como los utilizados para la identificación biométrica en espacios públicos o para la categorización de personas, están prohibidos. Además, los proveedores deben garantizar la transparencia en el uso de los datos, identificar el contenido generado por IA, evitar la creación de material ilegal y divulgar los datos protegidos por derechos de autor utilizados para entrenar modelos. Actualmente, la Unión Europea se encuentra bajo presión para flexibilizar sus regulaciones en nombre del avance tecnológico y el crecimiento económico.

En Estados Unidos, la regulación está más fragmentada, y cada estado adopta sus propias leyes al respecto. Sin embargo, están empezando a surgir iniciativas regulatorias a nivel federal, como la Ley de Gestión de Riesgos de IA, la Ley de No Falsificaciones y

⁴ BBC News Brasil (27 de enero de 2025). *DeepSeek : La aplicación china que superó a ChatGPT en popularidad y revolucionó el mercado de la IA*, <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cdd9m3rp271o>, consultado el 17/10/2025.

⁵ Deutsche Welle (26 de julio de 2025). *China propone un "consenso global" sobre la regulación de la IA*, <https://www.dw.com/pt-br/china-prop%C3%B5e-consenso-global-sobre-regulamenta%C3%A7%C3%A3o-de-ia/a-73425413>, consultado el 17/10/2025.

la Ley de Divulgación de Derechos de Autor de la IA Generativa . Ley , pero las propuestas aún no han logrado avances significativos.⁶

Actualmente, dada la inevitabilidad del avance tecnológico y la competencia entre países por el liderazgo en la producción, comercialización y uso de la inteligencia artificial, crece el debate sobre la flexibilidad de los instrumentos regulatorios, especialmente la Ley Europea de IA , la cual, acusada de ser demasiado conservadora, se encuentra bajo una fuerte presión para revisar el excesivo rigor impuesto a las empresas proveedoras de inteligencia artificial. Aprobada en 2024, la Ley de IA solo adquirió forma práctica el 10 de julio de 2025, ⁷cuando la Comisión Europea publicó las primeras directrices técnicas para desarrolladores. Meta, por ejemplo, se negó a adherirse al código regulatorio europeo, alegando incertidumbres legales y "medidas que van más allá del alcance de la Ley de IA". ⁸Sin embargo, la Unión Europea ha señalado que el avance hacia una IA más segura es irreversible. Aparentemente, al menos en lo que se refiere a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, el modelo regulatorio europeo parece correcto, pues los recientes acontecimientos en Brasil han revelado la completa vulnerabilidad de este público en internet, dada la promoción masiva de contenidos ilícitos generados por IA, y la transnacionalidad de su circulación, que dificulta extremadamente la investigación de crímenes.⁹

En el ámbito legislativo brasileño, el proyecto de ley más debatido ha sido el Proyecto de Ley 2.338/2023, inspirado en el modelo europeo y centrado en el uso responsable de los sistemas de IA, según el grado de riesgo del sujeto. El proyecto de ley ya ha sido aprobado por el Senado Federal brasileño y actualmente se encuentra en revisión en la Cámara de Diputados. ¹⁰Este proyecto de ley introduce regulaciones interesantes, como la redacción del Artículo 15, que permite clasificar los sistemas de IA como de alto riesgo cuando se demuestre que son perjudiciales para el desarrollo físico, psicológico o moral de niños, niñas y adolescentes, y el Artículo 3, que reafirma la protección integral y la prioridad absoluta que debe garantizarse a los niños, niñas y adolescentes, en consonancia con las disposiciones del Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley N.º 8.069/1990). Sin embargo, el texto ya ha sufrido cambios en comparación con su redacción original, reduciendo el alcance de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El antiguo Proyecto de Ley n° 2.628/2022, que estaba más centrado en la protección de la infancia, se convirtió recientemente en la Ley n° 15.211/2025 (Ley Felca), promulgada el 17 de septiembre de 2025. La aprobación de una Ley en armonía con el Estatuto del Niño y del Adolescente representa un avance en el combate a la explotación

⁶ Oberheiden , Nick (2025). *Aprender el Actual Estado del Derecho de la Inteligencia Artificial en Estados Unidos y En el extranjero a medida que nos acercamos al año 2025*, https://federal-lawyer.com/corporate-compliance/artificial-intelligence/law-update/?utm_source=chatgpt.com , consultado el 17/10/2025.

⁷ Boselli , Gisele. (2025, 5 de agosto). *La Unión Europea comienza a implementar la "AI Act " en agosto de 2025*, <https://www.migalhas.com.br/depeso/435999/uniao-europeia-inicia-aplicacao-do-ai-act-em-agosto-de-2025> , consultado el 17/10/2025.

⁸ Kroet , C., y Hess, A. (23 de julio de 2025). *Meta no lo hará. firmar Código de IA de la UE , pero OMS ¿ Lo hará ?*, <https://www.euronews.com/my-europe/2025/07/23/meta-wont-sign-eus-ai-code-but-who-will> , consultado el 18/10/2025.

⁹ Cavalcanti, G. (9 de octubre de 2025). *Las víctimas de desnudos asistidos por IA sufren en un limbo digital mientras los sitios web se benefician: «Me sentí abusado»*, <https://iclnoticias.com.br/vitimas-de-nudos-com-ia/> , consultado el 18/10/2025.

¹⁰ Senado Federal (2025). *Proyecto de ley n.º 2338, 2023*. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233> , consultado el 18/10/2025.

infantil en medios digitales; sin embargo, aún no constituye el marco regulatorio de la IA en sí.

En el Poder Judicial, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en su sentencia sobre los recursos extraordinarios RE 1037396 y RE 1057258 (STF, 2025), emitió una decisión importante sobre la responsabilidad de las bigtechs por daños causados por contenido producido por terceros. Si bien el tema central de la sentencia no fue la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, la decisión representó un avance importante en la resolución del problema, dada la falta de regulación específica de esta tecnología, ya que aumenta la responsabilidad de los proveedores por contenido ilícito producido en las redes.

2. El equilibrio entre la libertad de expresión y la protección integral de la infancia y la adolescencia en el sistema jurídico brasileño

El sistema jurídico brasileño, fundado bajo la égida de la Constitución Federal de 1988, está estructurado por un complejo sistema de principios y derechos fundamentales que, debido a su naturaleza expansiva, a menudo entran en conflicto en su aplicación concreta. Los principios son normas que exigen que algo se logre en la mayor medida posible dadas las posibilidades jurídicas y fácticas existentes (mandatos de optimización)¹¹, y los conflictos entre ellos se denominan colisiones. En los debates en torno a la regulación de la inteligencia artificial, una de las antinomias más relevantes y delicadas del derecho constitucional moderno se revela en la tensión dialéctica entre la libertad de expresión, pilar esencial del Estado Democrático de Derecho, y el principio de protección plena y prioridad absoluta de la infancia y la adolescencia, mandato constitucional inalienable para el desarrollo social y la dignidad humana.

Por un lado, la libertad de expresión, ampliamente consagrada en los artículos 5, IV y 220 de la Constitución brasileña, se concibe no solo como un derecho individual a expresar el pensamiento, sino también como una garantía institucional que posibilita el pluralismo de ideas, el control social del poder y la dinámica misma de la democracia. Por otro lado, el artículo 227 de la Constitución Federal eleva la protección de los niños, niñas y adolescentes a la categoría de deber compartido entre la familia, la sociedad y el Estado, imponiendo que sus derechos se garanticen con absoluta prioridad, reconociendo su condición particular como personas en desarrollo y, por ende, su especial vulnerabilidad.

Los proveedores de IA argumentan que regular sus plataformas afecta la libertad de expresión al exigir que se compartan y auditen sus algoritmos. Sin embargo, un algoritmo no piensa ni opina, ya que ha sido programado para maximizar las ganancias mediante el flujo de interacción dentro de las redes. El desafío hermenéutico se profundiza porque la "expresión" algorítmica es el resultado de un proceso nebuloso. El obstáculo no solo reside en la fuerza retórica del principio de libertad de expresión, sino en la dificultad de aplicar las herramientas interpretativas del derecho a un fenómeno opaco, con causalidad difusa y una naturaleza estrictamente comercial. El intérprete está llamado a decidir sobre los límites de una "expresión" algorítmica cuyos mecanismos internos son una caja negra, pero cuyos daños se manifiestan sistémicamente.¹²Sopesar

¹¹ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* [trad. Virgil Afonso da Silva], Londres: Oxford University Press, 2006, p. 90.

¹² BARBOSA, Vanessa Alves Pereira, (2023) . *Inteligencia artificial y el sistema de precedentes brasileño: explicabilidad e interpretabilidad como mecanismos para adaptar los modelos algorítmicos a los principios del proceso contradictorio y el debido proceso* . Tesis (Maestría Profesional en

los derechos se convierte en un ejercicio casi a ciegas cuando un lado de la balanza (el funcionamiento y los criterios del sistema de IA) es deliberada o técnicamente indescifrable.

Es en esta encrucijada entre principios constitucionales que la prioridad absoluta del Artículo 227 de la Constitución Federal debe servir no solo como un peso en la balanza, sino como un faro interpretativo indispensable. En sistemas constitucionales como el de Estados Unidos, se ha desarrollado la doctrina de la posición preferente, *según* la cual la libertad de expresión goza de primacía *prima facie* en casos de conflicto con otros derechos, lo que exige que el Estado proporcione una justificación particularmente sólida para cualquier restricción en este ámbito. En Brasil, a pesar de la incuestionable importancia del ejercicio de la libertad de expresión, la jurisprudencia no adopta esta doctrina de forma absoluta, y existe un equilibrio al confrontarla con el principio de protección integral de la infancia y la adolescencia.¹³

El camino adoptado por la doctrina y la jurisprudencia brasileñas es el de la hermenéutica concretizadora, que utiliza la técnica de la ponderación para armonizar los bienes jurídicos en conflicto, ampliamente difundida por la teoría de los principios del jurista alemán Robert Alexy, que busca, mediante la ponderación racional y argumentativa, definir cuál principio debe prevalecer en un determinado contexto fáctico, sin, no obstante, declarar inválido el otro.¹⁴

Un análisis de la jurisprudencia revela una ponderación diferente de la libertad de expresión según su naturaleza. La expresión de ideas políticas, el debate público y la crítica a los agentes estatales gozan de un alto grado de protección. Por el contrario, la expresión de carácter puramente comercial, especialmente cuando se dirige a públicos vulnerables, ve su peso relativo mitigado en la ponderación de las consideraciones, como ocurre con la clasificación por edades de los contenidos mediáticos. Esto indica que el Poder Judicial es sensible al contenido y la finalidad de la expresión al realizar esta evaluación.

El paradigma de protección integral adoptado por Brasil está en perfecta armonía con el derecho internacional, en particular con la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1989 y ratificada por Brasil en 1990. Este tratado, el más universalmente aceptado de la historia, transformó la percepción global de la infancia, consolidando a los niños como sujetos de derechos.

Así, en este escenario de conflicto, donde se invoca la libertad de expresión al discutir la regulación de la inteligencia artificial, el principio de prioridad absoluta exige que el intérprete otorgue mayor peso inicial a los derechos de los niños. Cualquier restricción a estos derechos en nombre de la libertad de expresión debe justificarse con argumentos jurídicos excepcionalmente sólidos que demuestren un beneficio social significativo. Por lo tanto, la prioridad absoluta no elimina la necesidad de ponderar, sino que orienta el resultado de esta, estableciendo una presunción *de juris tantum* a favor del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

IV. Conclusión

El recorrido por este trabajo reveló que la regulación de la inteligencia artificial no es solo el último capítulo en el choque de derechos fundamentales, sino un punto de

Derecho) - Instituto Brasileiro de Educação, Desenvolvimento e Investigação, Brasília, 2023, <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/4917>.

¹³ Perini, GB, G, Gonçalves, LSSP, Monteiro, LB (2020). *Revista CNMP*, <https://doi.org/10.36662/revistadocnmp.i8.123>, pág. 295.

¹⁴ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* [trad. Virgil Afonso da Silva], Londres: Oxford University Press, 2006, p. 93.

inflexión que desafía los fundamentos mismos de la hermenéutica jurídica. El análisis de las iniciativas regulatorias demostró que, si bien el debate público se centra en equilibrar los derechos, el verdadero desafío hermenéutico es anterior y más profundo: la correcta clasificación jurídica del objeto. Se concluye que aplicar garantías sólidas de libertad de expresión, diseñadas para el debate de ideas en una democracia, a sistemas automatizados de conducta comercial es un error que debilita la protección de individuos hipervulnerables. La "expresión" de un algoritmo de recomendación no es un discurso a proteger, sino un producto a regular, cuyo daño sistémico debe prevenirse y repararse. Por lo tanto, superar el desafío hermenéutico que plantea la IA requiere un doble movimiento: la deconstrucción de la falsa simetría entre el acto humano consciente y la operación algorítmica; y la reafirmación del Artículo 227 de la Constitución como principio-norma que impone un deber innegociable de protección al Estado, la sociedad y, fundamentalmente, a las empresas tecnológicas. El futuro de una sociedad justa y digitalmente segura depende de su capacidad para garantizar que la dignidad y el desarrollo de la niñez y la adolescencia sean más importantes que la opacidad y el lucro generado por el código.

ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL: O STF NA ADPF 760 E OS DESAFIOS DA EFETIVIDADE ECOLÓGICA DIANTE DA COP 30 EM BELÉM, BRASIL

Cristiane Bortoluzzi Corino¹⁵

1 Introdução

O planeta Terra vem apresentando sinais alarmantes de desequilíbrio ambiental, evidenciados pelo aumento expressivo do desmatamento, a intensificação dos desastres climáticos e um modelo produtivo predatório que compromete a biodiversidade e os ecossistemas. Apesar de décadas de políticas públicas ambientais, os resultados têm sido insuficientes para conter a perda contínua e em larga escala dos recursos naturais, configurando um quadro que muitos autores qualificam como um “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) na área ambiental (Fensterseifer & Sarlet, 2017; Sarlet & Fensterseifer, 2012).

O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional foi inicialmente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), que tratou da crise estrutural no sistema penitenciário brasileiro, caracterizando uma violação massiva e reiterada de direitos fundamentais (STF, 2015). Tal conceito, originariamente aplicado no âmbito dos direitos humanos e sociais, vem sendo ampliado para outras áreas, inclusive a ambiental, como ocorre na recente decisão da ADPF 760, que identificou a omissão estrutural do Estado brasileiro no enfrentamento do desmatamento acelerado na Amazônia Legal (STF, 2022).

O julgamento da ADPF 760 evidenciou que, entre 1972 e 2022, a Amazônia brasileira perdeu aproximadamente 20% de sua área original, o que corresponde a cerca de 800.000 km² de floresta desmatada. No voto da Ministra Cármen Lúcia, destacou-se o risco iminente do “ponto de não retorno” (*tipping point*), um limiar crítico em que os processos naturais da floresta amazônica podem sofrer alterações irreversíveis, comprometendo seu funcionamento ecológico e gerando impactos globais profundos (STF, 2022). Caso ultrapassado esse ponto, os danos poderão ser irreparáveis, evidenciando a necessidade urgente de políticas públicas eficazes para evitar essa catástrofe ambiental.

Este cenário reforça a urgência de uma atuação judicial incisiva e fundamentada, que utilize os instrumentos do Direito Constitucional para garantir a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. O papel do Supremo Tribunal Federal torna-se, portanto, central como guardião dos direitos ambientais, ao mesmo tempo em que dialoga com as responsabilidades internacionais assumidas pelo Brasil, especialmente em um contexto marcado pela realização da 30ª Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (COP 30), em Belém, em 2025, e em consonância com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU (ONU, 2015) que

¹⁵ Doutoranda em Ciências Jurídicas - DCJ-UMSA (AR). Directora de Tesis Dra. Claudia Florencia Valls - Mestre em Engenharia Geomática e Análise e Gerenciamento Ambiental - UFSM (BR). Especialista em Educação Ambiental – UFSM (BR). Palestrante. Autora de artigos. Advogada

estabelece objetivos e compromissos globais para a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável.

À luz da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy (2011), a presente pesquisa examina como o STF, por meio do voto da Ministra Cármen Lúcia, constrói justificativas jurídicas internas e externas para fundamentar sua decisão na ADPF 760. A análise se concentra na ponderação de princípios constitucionais, incluindo a proibição do retrocesso ambiental, que representa um marco para a proteção jurídica ambiental no Brasil, ao evitar a regressão das conquistas socioambientais e garantir políticas públicas eficazes contra os passivos ambientais históricos.

Este artigo busca, ainda, articular a dimensão constitucional interna com os compromissos internacionais do Brasil, mostrando que a efetividade ecológica da política ambiental passa necessariamente pela integração entre o Judiciário nacional, a agenda global da ONU e o compromisso político evidenciado pela COP 30. Assim, a pesquisa contribui para o debate sobre a inovação do papel do STF como protagonista na governança ambiental e destaca os desafios que se impõem para assegurar um futuro sustentável, equilibrado e constitucionalmente garantido.

2 Fundamentação Teórica - A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy

A teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Robert Alexy é um marco na compreensão do raciocínio jurídico moderno, especialmente no campo do Direito Constitucional. Alexy destaca que o direito não se reduz à aplicação mecânica de regras, mas envolve a construção racional e fundamentada de argumentos, combinando lógica, moral e princípios jurídicos (Alexy, 2011).

Um dos conceitos centrais da teoria de Alexy é a distinção entre justificações internas e externas no processo argumentativo. As justificações internas são aquelas que se encontram dentro do sistema jurídico, baseadas em normas, princípios e precedentes vinculantes para o intérprete. Por outro lado, as justificações externas referem-se a fundamentos provenientes de outras disciplinas ou valores extrajurídicos, como fatos científicos, sociais ou econômicos, que influenciam a interpretação e aplicação do direito.

Outro aspecto fundamental da abordagem de Alexy é a ponderação de princípios, que permite resolver conflitos entre normas jurídicas que entram em choque. Diferentemente das regras, que são absolutas, os princípios possuem um caráter de otimização e devem ser sopesados caso a caso, de acordo com as circunstâncias concretas (Alexy, 2011). Essa flexibilidade é essencial para lidar com dilemas constitucionais complexos, como aqueles que envolvem o meio ambiente, a saúde pública e os direitos fundamentais.

No contexto da ADPF 760, a aplicação da teoria de Alexy permite entender como o STF construiu sua decisão, equilibrando princípios constitucionais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88) e outros direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que se fundamenta em dados científicos e no risco de retrocesso ambiental.

A utilização da ponderação e das justificações internas e externas demonstra uma argumentação jurídica robusta e coerente, que reforça a legitimidade da atuação judicial no combate à omissão estatal diante do desmatamento e da emergência climática, reconhecendo o papel do Judiciário na garantia da efetividade ecológica.

A teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Robert Alexy ocupa posição de destaque na filosofia do direito contemporâneo, por oferecer um modelo sistemático para compreender o processo decisório judicial diante de conflitos normativos e sociais complexos. Segundo Alexy (2002), o direito não é um sistema fechado, mas um espaço argumentativo no qual princípios e regras são ponderados e justificados com base em razões jurídicas internas e externas.

As justificações internas referem-se à fundamentação jurídica construída a partir das normas, princípios e regras do ordenamento, envolvendo a interpretação sistemática e o diálogo entre dispositivos constitucionais. Por sua vez, as justificações externas abrangem os conhecimentos empíricos, científicos e sociais que complementam a análise jurídica, enriquecendo a argumentação com dados que refletem a realidade fática e seus impactos.

A ponderação entre princípios que é o conceito central na teoria de Alexy é entendida como um mecanismo para resolver colisões entre direitos fundamentais ou valores constitucionais, buscando um equilíbrio racional e justo que atenda à situação concreta. Nesse processo, não há hierarquia rígida, mas uma avaliação proporcional que considera a importância e a intensidade dos interesses em confronto.

Essa estrutura argumentativa revela-se especialmente adequada para o exame de questões ambientais, em que a complexidade dos fenômenos naturais e sociais exige uma abordagem interdisciplinar e flexível, como se observa na atuação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 760.

2.1 Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental

O princípio da proibição do retrocesso ambiental constitui uma diretriz normativa essencial para a proteção do meio ambiente, impedindo que as conquistas jurídicas e políticas em matéria ambiental sejam comprometidas por medidas que reduzam ou eliminem tais avanços (Fensterseifer & Sarlet, 2012). Essa vedação se fundamenta na premissa de que a proteção ambiental é um direito fundamental, cuja efetividade não pode ser fragilizada ou comprometida ao longo do tempo.

No contexto brasileiro, o princípio está ligado ao artigo 225 da Constituição Federal, que garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A incorporação desse princípio no julgamento da ADPF 760 reforça o compromisso do Estado brasileiro com a sustentabilidade e a responsabilização institucional perante os danos ambientais, particularmente frente ao desmatamento acelerado da Amazônia Legal.

2.2 Estado de Coisas Inconstitucional Ambiental e Passivo Socioambiental na Amazônia

O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), originado na jurisprudência de cortes constitucionais como a colombiana, designa situações de violação massiva e estruturada de direitos fundamentais, resultantes da omissão ou inércia reiterada do Estado. No Brasil, o reconhecimento do ECI ambiental na ADPF 760 configura um marco ao evidenciar a gravidade da omissão estatal no enfrentamento dos passivos socioambientais históricos na Amazônia (STF, 2022).

Esse passivo se manifesta na perda significativa de áreas florestais e na degradação dos ecossistemas, com efeitos negativos sobre a biodiversidade, o clima, os modos de vida tradicionais e a saúde pública. A ausência de políticas públicas eficazes para mitigar esses danos compromete não só a proteção ambiental, mas também os direitos fundamentais relacionados à vida e à dignidade humana, reforçando a necessidade de atuação judicial efetiva.

3 A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy no Voto da Ministra Cármen Lúcia na ADPF 760

A teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Robert Alexy constitui um dos principais referenciais contemporâneos para a análise racional e estruturada de decisões judiciais. Na ADPF 760, o voto da Ministra Cármen Lúcia revela uma aplicação criteriosa dessa teoria, especialmente por meio da mobilização das justificações interna e externa e da ponderação de princípios, tal como concebidas por Alexy (2005).

Segundo Alexy, a justificação interna refere-se à coerência formal do raciocínio jurídico, observando-se a consistência lógica e o uso adequado das normas jurídicas. Já a justificação externa relaciona-se à legitimidade do conteúdo normativo das decisões, considerando-se os valores constitucionais e os direitos fundamentais. Essa distinção é essencial para compreender a forma como a Ministra Cármen Lúcia estrutura seu voto: ao mesmo tempo em que se ancora em precedentes e dispositivos constitucionais, articula argumentos valorativos que transcendem a literalidade normativa.

Desde o início do voto, a Ministra apresenta uma justificação interna robusta, ao referenciar o art. 225 da Constituição Federal, a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) e diversos dispositivos que impõem deveres estatais de proteção ambiental. Ela afirma, por exemplo, que "o Estado brasileiro tem o dever jurídico-constitucional de agir, proteger e garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado" (STF, 2022). Trata-se de uma fundamentação técnico-normativa alinhada com a dimensão interna da teoria alexyana.

Contudo, é no campo da justificação externa que o voto ganha densidade teórica e política. Ao argumentar que o meio ambiente é condição para a vida digna e que a omissão estatal configura "inconstitucionalidade por inação", a Ministra invoca valores constitucionais centrais, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a solidariedade intergeracional — elementos que estão no núcleo do discurso jurídico segundo Alexy. A fundamentação da Ministra é permeada por argumentos que se orientam por uma racionalidade prática, conforme descrita por Alexy (2005), que exige do julgador um equilíbrio entre validade normativa e racionalidade moral.

A aplicação da ponderação de princípios é nítida quando a Ministra confronta, implicitamente, o princípio da separação dos poderes com a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais ambientais. A solução adotada por ela — determinar medidas concretas ao Poder Executivo — revela que, diante de um conflito entre princípios constitucionais, o peso do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado prevalece sobre o argumento da deferência institucional, tendo em vista a omissão comprovada e os riscos irreversíveis ao bioma amazônico.

Tal como estabelece a fórmula do peso de Alexy, a Ministra estrutura implicitamente a decisão em três níveis de análise: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Primeiro, ao considerar as medidas solicitadas na petição inicial da ADPF 760, ela reconhece que são adequadas para enfrentar a crise de desmatamento; segundo, aponta a inefetividade das políticas atuais, justificando a necessidade de intervenção judicial; e, por fim, demonstra que os benefícios da proteção ambiental superam qualquer ônus institucional decorrente da decisão judicial.⁴ A COP 30 e os Desafios da Efetividade Ecológica no Contexto Brasileiro.

Em um dos trechos mais expressivos do voto, Cármen Lúcia afirma:

“Não se cuida de substituição da vontade do Executivo, mas de exigência de cumprimento dos deveres que a Constituição lhe impõe. A omissão prolongada e reiterada do Estado brasileiro em proteger o meio ambiente configura violação direta à Constituição e ameaça irreparável aos direitos das presentes e futuras gerações”¹⁶.

A fala explicita a ponderação de princípios em favor da efetividade do direito fundamental ambiental, reafirmando a tese de Alexy de que os princípios são mandamentos de otimização, exigindo concretização máxima conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.

Além disso, o voto manifesta preocupação com o chamado “ponto de não retorno” da destruição ambiental, o que também se insere na lógica da argumentação alexyana, pois reforça a necessidade de atuação judicial imediata frente a riscos graves e irreversíveis à ordem constitucional. Ao dizer que “poder-se-á alcançar o ponto irreversível da destruição do bioma amazônico”¹⁷, a Ministra adota uma postura argumentativa que articula direito positivo, valores constitucionais e dados empíricos — uma das marcas da teoria de Alexy.

Por fim, ao conectar o papel do STF com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no contexto da Agenda 2030 da ONU, o voto amplia o campo da justificação externa, inserindo o julgamento no plano da governança ambiental global e do direito internacional dos direitos humanos.

Nesse sentido, a decisão não apenas aplica normas, mas realiza um discurso racional orientado à validade jurídica e à legitimidade moral, o que, conforme Alexy (2005), constitui a essência da argumentação jurídica em um Estado democrático de Direito.

4 A Proibição do Retrocesso Ambiental e a Agenda 2030 da ONU

A proibição do retrocesso ambiental constitui princípio jurídico consolidado tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial no Brasil, servindo como limite à atuação regressiva do Estado em matéria de proteção ecológica. Sua aplicação tornou-se particularmente relevante na ADPF 760, diante da evidente omissão do poder público na

¹⁶ “Não se cuida de substituição da vontade do Executivo, mas de exigência de cumprimento dos deveres que a Constituição lhe impõe. A omissão prolongada e reiterada do Estado brasileiro em proteger o meio ambiente configura violação direta à Constituição e ameaça irreparável aos direitos das presentes e futuras gerações.” (ADPF 760, voto da Min. Cármen Lúcia, 2022, grifo nosso).

¹⁷ “Poder-se-á alcançar o ponto irreversível da destruição do bioma amazônico, com prejuízos irreparáveis à biodiversidade, ao clima e à sobrevivência humana, inclusive das populações tradicionais e indígenas.”

execução de políticas ambientais essenciais, como o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm).

Conforme preconiza Édis Milaré (2022), o núcleo da vedação ao retrocesso ambiental está no reconhecimento de que os direitos fundamentais ecológicos, uma vez concretizados por meio de políticas públicas, normas infralegais ou estruturas institucionais, não podem ser suprimidos, reduzidos ou enfraquecidos sem justificativa constitucionalmente proporcional. Trata-se de uma derivação do princípio da vedação ao retrocesso social, reconhecido pela doutrina constitucional e por cortes internacionais de direitos humanos, como a Corte Interamericana.

A jurisprudência do STF já havia incorporado esse princípio em julgados anteriores, como na ADI 3540 (rel. Min. Celso de Mello), em que se afirmou ser "inconstitucional toda e qualquer ação ou omissão estatal que importe retrocesso em matéria de proteção ambiental". A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto na ADPF 760, reafirma essa compreensão, ao sustentar que "a paralisação e o desmonte institucional da política ambiental configuram regressividade inconstitucional" (STF, 2022).

Esse raciocínio conecta-se diretamente com a Agenda 2030 da ONU, instrumento internacional de governança sustentável ao qual o Brasil é signatário. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), especialmente o ODS 13 (ação contra a mudança global do clima) e o ODS 15 (vida terrestre), impõem ao Estado brasileiro obrigações jurídicas e morais para conter o desmatamento e mitigar os efeitos das mudanças climáticas.

A proibição do retrocesso ambiental, nesse contexto, adquire uma dimensão internacional, articulando-se com os compromissos voluntariamente assumidos pelo Brasil perante a comunidade global. Como observa Benjamin (2020), o Estado que viola ou omite-se na implementação das metas ambientais da Agenda 2030 incorre não apenas em inconstitucionalidade interna, mas também em responsabilidade internacional por descumprimento de obrigações multilaterais.

Além disso, o princípio da proibição do retrocesso ambiental opera como critério argumentativo relevante na teoria da ponderação de Robert Alexy, pois exige que qualquer medida estatal que afete negativamente a proteção ambiental seja justificada com base na proporcionalidade em sentido estrito, demonstrando que não há alternativa menos gravosa e que os benefícios da regressão superam os prejuízos à coletividade — o que, na prática, raramente se verifica.

No voto da Ministra Cármen Lúcia, a argumentação segue esse modelo: há um reconhecimento da posição de supremacia axiológica do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que impõe ao Poder Judiciário a função de tutela efetiva, inclusive por meio de decisões que substituam omissões administrativas. A magistrada afirma que "não há liberdade nem democracia sem um ambiente ecologicamente equilibrado"¹⁸, o que consagra o direito ambiental como elemento estruturante do constitucionalismo democrático.

Sob esse prisma, o voto incorpora o diálogo transconstitucional com normas e compromissos internacionais, como o Acordo de Paris (2015), a Convenção da

¹⁸ Não há liberdade nem democracia sem um ambiente ecologicamente equilibrado. A proteção ao meio ambiente é garantia da própria existência da vida em todas as suas formas." (ADPF 760, voto da Min. Cármen Lúcia, 2022, grifo nosso).

Biodiversidade (1992) e os próprios ODS da ONU. Assim, a fundamentação judicial não apenas assegura direitos previstos internamente, mas também reforça o papel do STF como ator relevante na governança ambiental global.

Por fim, a conexão entre a proibição do retrocesso e a Agenda 2030 evidencia que o Estado brasileiro não pode se furtar a agir diante do agravamento do passivo ambiental. Como aponta Canotilho (2003), a Constituição não é apenas um "programa jurídico", mas também um "programa ecológico", impondo tarefas concretas aos poderes públicos, inclusive mediante responsabilização por inércia.

A ADPF 760, portanto, projeta o STF como defensor do pacto intergeracional previsto no caput do art. 225 da CF, resguardando o direito das gerações futuras diante da omissão estatal. Ao integrar os princípios da proibição do retrocesso ambiental, os direitos fundamentais ecológicos e os compromissos globais da Agenda 2030, a decisão se torna um marco jurídico-político da jurisdição constitucional ambiental brasileira.

5 O papel do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos ambientais e o enfrentamento do retrocesso: análise do voto da Ministra Cármen Lúcia

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 760 é paradigmática no controle das omissões estruturais do Estado brasileiro quanto à tutela ambiental. Nesse contexto, destaca-se o voto da Ministra Cármen Lúcia, relatora da ação, como marco normativo e argumentativo do protagonismo do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais de matriz ecológica, especialmente diante da intensificação do desmatamento na Amazônia Legal.

O voto da Ministra apresenta notável densidade constitucional e revela a aplicação da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, particularmente ao manejar justificações interna e externa, bem como a técnica da ponderação entre princípios constitucionais colidentes. A ministra invoca, com base nos autos, a gravidade da paralisação de políticas públicas estruturantes como o Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm), argumentando que “a ausência de providências normativas e administrativas por parte do Poder Executivo configura omissão inconstitucional por falha no dever estatal de proteção do meio ambiente”¹⁹.

Ainda que o termo "passivo ambiental" não seja mencionado expressamente, o voto constrói um diagnóstico jurídico preciso sobre os efeitos acumulativos da degradação ecológica decorrente da omissão estatal. A ineficiência do Estado em frear o desmatamento, aliada ao desmonte institucional de políticas ambientais, representa uma forma de retrocesso ambiental que, na prática, alimenta e agrava o passivo ambiental brasileiro. O acúmulo de danos socioambientais históricos sem a devida responsabilização, remediação ou prevenção caracteriza, em termos jurídicos, o que a doutrina contemporânea reconhece como passivo ambiental².

Além disso, a relatora alerta para o “ponto de não retorno” ecológico, ou *tipping point*, em que a degradação ambiental se torna irreversível, comprometendo não apenas o bioma

¹⁹ Voto da Ministra Cármen Lúcia na ADPF 760: “a omissão do Poder Executivo federal quanto à implementação de políticas públicas efetivas de combate ao desmatamento traduz falha grave no dever de proteção ambiental imposto pela Constituição Federal” (BRASIL, STF, 2022, p. 34).

amazônico, mas a estabilidade climática global. O uso dessa expressão indica a urgência de medidas concretas e estruturais de contenção da destruição ambiental, e reforça o imperativo de atuação estatal proativa, sob pena de violação massiva de direitos fundamentais intergeracionais²⁰.

A técnica argumentativa da Ministra revela-se ainda mais sofisticada ao articular elementos normativos constitucionais (como o art. 225 da CF/88) com compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Agenda 2030 da ONU. Esse entrelaçamento entre direito interno e direito internacional reforça a dimensão normativa da sustentabilidade como princípio estruturante do constitucionalismo contemporâneo.

Nessa linha, é possível afirmar que o voto aplica a teoria da argumentação de Alexy ao articular uma justificação interna rigorosa (fundada nos fatos processuais e nos dispositivos constitucionais violados), e uma justificação externa robusta (alicerçada nos compromissos internacionais e no consenso doutrinário quanto à vedação ao retrocesso ambiental). A ponderação entre os princípios da separação dos poderes e da efetividade dos direitos fundamentais ambientais é realizada com base em critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como propõe Alexy²¹.

Em suma, o voto da Ministra Cármen Lúcia, ao enfrentar a omissão estatal na contenção do desmatamento, representa exemplar aplicação da argumentação jurídica principialista e uma resposta institucional legítima à violação sistemática do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda que o termo "passivo ambiental" não figure textualmente no voto, sua presença é conceitualmente inequívoca, possibilitando ao intérprete a utilização do constructo doutrinário com respaldo normativo.

6 A COP 30, o Voto da Ministra Cármen Lúcia e a Dimensão Internacional na Teoria da Argumentação Jurídica

A realização da COP 30 em Belém, em 2025, não apenas reafirma a importância geopolítica do Brasil na governança ambiental global, mas impõe um cenário de responsabilização jurídica e política que transcende as fronteiras nacionais. Nesse contexto, o voto da Ministra Cármen Lúcia na ADPF 760 evidencia uma construção argumentativa que dialoga com essa dimensão internacional, utilizando fundamentos da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy para articular justificações internas e externas que dão sustentação à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Sob a perspectiva da teoria de Alexy (2011), a decisão judicial deve combinar justificações internas, fundamentadas no ordenamento jurídico nacional, especialmente a Constituição Federal e seus princípios, e justificações externas, que incluem conhecimentos científicos, dados empíricos e, crucialmente, normas internacionais e compromissos assumidos pelo Estado brasileiro. O voto da Ministra insere-se nessa lógica, ao reconhecer o artigo 225 da Constituição Federal, que assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e ao enfatizar o risco iminente do “ponto de não

²⁰ Voto da Ministra Cármen Lúcia: “se não houver atuação imediata, poderemos atingir o ponto de não retorno da degradação ambiental da Amazônia” (BRASIL, STF, 2022, p. 38).

²¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2022.

retorno” na Amazônia com base em evidências científicas e nos compromissos climáticos internacionais.

Este uso articulado das justificações internas e externas reforça a legitimidade da atuação do STF, que, ao aplicar o princípio da proibição do retrocesso ambiental, não apenas defende o meio ambiente dentro da ordem constitucional, mas também assegura a conformidade do Brasil com as obrigações internacionais previstas em tratados e acordos ambientais, como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) e o Acordo de Paris (2015). Essa conformidade é exigida pelo princípio da *pacta sunt servanda*, fundamental no direito internacional, que impõe a todos os Estados o dever de cumprir os tratados assinados de boa-fé.

Além disso, o voto da Ministra ressoa a exigência de cooperação internacional e integração normativa prevista no artigo 4º da Constituição Federal, que assegura que os tratados internacionais sobre direitos humanos tenham status supralegal, reforçando a dimensão supranacional dos direitos socioambientais. O STF, assim, assume um papel estratégico de guardião não apenas dos direitos constitucionais brasileiros, mas também dos compromissos internacionais, atuando para impedir retrocessos que comprometeriam a credibilidade do Brasil perante a comunidade global e afetariam diretamente o equilíbrio ecológico e os direitos fundamentais nacionais.

No plano argumentativo, a ponderação dos princípios feita pela Ministra, um elemento central da teoria de Alexy, torna-se ferramenta indispensável para harmonizar interesses conflitante, desenvolvimento econômico, soberania nacional, proteção ambiental e obrigações internacionais. A decisão demonstra que a sustentabilidade ecológica deve prevalecer como princípio orientador e limite ético e jurídico para a atuação estatal, sob pena de agravar o Estado de Coisas Inconstitucional evidenciado no país.

Assim, a COP 30 representa não apenas um fórum diplomático, mas um marco que exige coerência e efetividade das políticas públicas brasileiras, fortalecendo o papel do Judiciário no controle do cumprimento dessas obrigações e na garantia do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. A interação entre a teoria da argumentação jurídica, o voto da Ministra Cármen Lúcia e o direito internacional ambiental configura um avanço paradigmático para o constitucionalismo ecológico brasileiro, que se afirma cada vez mais integrado ao cenário global de proteção ambiental e justiça climática.

Considerações Finais

A análise do voto da Ministra Cármen Lúcia na ADPF 760, iluminada pela teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, revela um paradigma avançado de tutela constitucional dos direitos ambientais no Brasil. A construção argumentativa que combina justificações internas, a robusta fundamentação normativa no artigo 225 da Constituição Federal e no arcabouço legal nacional, com justificações externas, respaldadas em evidências científicas e compromissos internacionais, fortalece o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da ordem ecológica e dos direitos fundamentais intergeracionais.

Ao incorporar o princípio da proibição do retrocesso ambiental, o STF não apenas reafirma um compromisso jurídico interno de inafastabilidade das conquistas ambientais, mas também assegura a conformidade do Brasil com suas obrigações internacionais,

especialmente no contexto da Agenda 2030 e do Acordo de Paris. Essa articulação normativo-institucional demonstra que a proteção do meio ambiente transcende a mera tutela doméstica, configurando-se como eixo fundamental da governança global e da justiça climática.

A realização da COP 30 em Belém simboliza um momento de convergência entre desafios locais e responsabilidades globais, impondo ao Estado brasileiro, e a seus órgãos de controle, um imperativo de coerência, efetividade e inovação nas políticas públicas ambientais. O voto da Ministra Cármen Lúcia é exemplar na ponderação dos valores constitucionais em confronto, privilegiando a sustentabilidade ecológica e o direito ao meio ambiente equilibrado diante das pressões econômicas e políticas que poderiam levar ao retrocesso ambiental.

Este cenário reforça a necessidade de um constitucionalismo ecológico dinâmico, que reconheça a complexidade e a urgência da crise socioambiental contemporânea, integrando saberes científicos, compromissos internacionais e princípios jurídicos. O STF, ao assumir esse protagonismo, amplia seu papel para além do controle abstrato de constitucionalidade, tornando-se ator ativo na governança ambiental nacional e global.

Finalmente, a interlocução entre a teoria da argumentação jurídica, o voto decisivo da Ministra e o ambiente internacional configura um modelo inovador e promissor para o enfrentamento dos passivos ambientais históricos no Brasil. Trata-se de uma resposta institucional imprescindível para assegurar a dignidade da pessoa humana, a proteção do patrimônio natural e a sustentabilidade das futuras gerações, alinhando a jurisdição constitucional brasileira às demandas contemporâneas do desenvolvimento sustentável e da justiça climática global.

Esse artigo, portanto, conclui que o combate ao retrocesso ambiental, através de decisões judiciais fundamentadas e articuladas com a governança internacional, constitui um dos caminhos essenciais para a efetividade ecológica no Brasil e no mundo, especialmente diante dos desafios históricos da Amazônia e da crise climática planetária.

Referências

- Alexy, R. (2011). *Teoria dos direitos fundamentais* (5ª ed.). Coimbra Editora.
- Benjamin, P. (2020). International environmental law and the principle of non-regression: Global and regional perspectives. *Journal of Environmental Law*, 32(3), 455–480. <https://doi.org/10.1093/jel/eqaa020>
- Canotilho, J. J. G. (2003). *Direito constitucional e teoria da Constituição* (9ª ed.). Coimbra Editora.
- Fensterseifer, J. E., & Sarlet, I. W. (2012). A proteção constitucional do meio ambiente e o princípio da vedação ao retrocesso ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, 17(67), 23–45.
- Fensterseifer, J. E., & Sarlet, I. W. (2017). Estado de coisas inconstitucional e meio ambiente: uma análise do paradigma constitucional ambiental brasileiro. *Revista Constitucional*, 27(2), 123–146.
- Milaré, É. (2022). *Direito do ambiente* (15ª ed.). Revista dos Tribunais.

Organização das Nações Unidas (ONU). (2015). Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (Resolução A/RES/70/1). <https://sdgs.un.org/2030agenda>

Supremo Tribunal Federal (STF). (2015). ADPF 347, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Diário da Justiça Eletrônico, 22 abril 2015.

Supremo Tribunal Federal (STF). (2022). ADPF 760, Rel. Min. Cármen Lúcia. Diário da Justiça Eletrônico, 12 dezembro 2022.

United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC). (2015). Paris Agreement. <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DESDE EL IUSPOSITIVISMO, EL IUSNATURALISMO Y EL REALISMO

Rafael Mariano Braga ²²

I Introducción

Para (Guastini, 2021, p.49) con el vocablo interpretar nos referimos a la atribución de significado a un texto (interpretación propiamente dicha).

(Massini, 2006, p.163) considera que la interpretación puede ser de dos tipos, señalando dos principales: teórica y práctica. Interpretación teórica es aquella que se dirige a la contemplación de aquello que está dicho en los textos que se interpretan, a conocer que significan en sí mismos. Por el contrario, en el caso de la interpretación práctica, aquel que interpreta un texto legislativo, quiere llegar a saber, en último lugar, no sólo lo que el autor de ese texto ha dicho o querido decir, sino como debe comportarse uno mismo.

Celso sostuvo hace más de veinte siglos la importancia y el valor de la interpretación.

También desde antiguo fue planteada una tenaz oposición a la interpretación.

El emperador Justiniano, cuatro siglos después de Celso, prohibió que los documentos mencionados en el *Corpus Iuris Civilis* fueran objeto de interpretación.

En Celso y Justiniano se resume una tensión que no atraviesa solamente a la sociedad romana, sino que llega hasta nuestros días con igual intensidad. O sea, las contradicciones entre celsos y justinianos se proyectan a lo largo de la historia y se repiten en la actualidad.

En este trabajo presento la interpretación jurídica desde el iuspositivismo, el iusnaturalismo y el realismo. Las dos primeras las trato brevemente y el centro de gravedad lo llevo al realismo jurídico.

También incluyo la correspondencia entre estas ideologías y las distintas teorías/doctrinas de interpretación jurídica que presenta (Guastini, 2021).

II La interpretación jurídica desde el iuspositivismo

Son notas características del iuspositivismo que concurren a la interpretación: la prohibición que pesa sobre el juez de crear derecho y la de negarse a fallar.

Estas notas sólo pueden conciliarse entre sí en la medida que supongan una tercera: que la ley carece de lagunas, no encierra contradicciones y es suficientemente clara. El juez debe decidir desde la ley la solución del caso.

(Ollero, 2021) nos recuerda que para Savigny la interpretación no es sino la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley.

²² Abogado. Doctorando en Ciencias Jurídicas de Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).

Para (Rabbi Baldi Cabanillas R., 2010), el iuspositivismo responde a una concepción unitaria de las fuentes del derecho y cerrada del sistema jurídico y aspira a suministrar una propuesta sencilla (o automática) de la interpretación. O sea, si la realidad jurídica se compone exclusivamente de leyes o reglas y éstas son claras y se hallan sistematizadas en códigos, entonces será posible, más que una interpretación, una directa aplicación de aquellas disposiciones al supuesto del caso. Como fue dicho por los juristas romanos del período postclásico, *in claris non fit interpretatio* (si la norma es clara no cabe interpretación).

Justiniano declaró prohibida y castigada toda elaboración de las fuentes que trascienda la labor puramente mecánica. De ahí que el apotegma que se impone es *lagum interpretationes, immo magis perversiones* (la interpretación legal es siempre la mayor pervisión).

El positivismo jurídico ocupó un lugar claramente dominante durante el siglo XIX y hasta la mitad del siglo XX; ello a pesar de los distintos desarrollos de escuelas y tendencias contrarias.

Según (Vigo, 1993) el positivismo admite una razón o capacidad todopoderosa y omnicompreensiva del legislador, dispuesta a prever anticipadamente la totalidad de los casos, de donde basta que el juez sepa armar un silogismo deductivo para que el conflicto obtenga mecánicamente la solución establecida en la norma jurídica legal. O sea, que el positivismo pretende que el juez opere sometido a las exigencias propias de una razón concebida de manera teórica que permita de un modo sencillo y con certeza absoluta deducir acriticamente desde la ley la solución del caso, tal cual lo quiso el legislador. Dicho de otra forma, el juez nada tiene que interpretar, sino muy por el contrario debe ceñirse a aplicar sin más, los claros términos de la ley al caso concreto.

Para Montesquieu el juez no es sino la boca a través de la cual se manifiestan las palabras de la ley. Como es obvio, a partir de estas palabras la Dogmática configuró uno de sus postulados más caros: existe un órgano productor de las normas (Poder Legislativo) y otro meramente reproductor de ellas (Poder Judicial).

La dogmática hizo de la directriz gramatical su lugar metódico por excelencia. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo: “La primera fuente de interpretación de la ley es su letra”. Consecuentemente no cabe a los jueces apartarse del principio primario de sujetarse a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por éste.

(Rabbi Baldi Cabanillas, 2010) señala que en el siglo XIX Savigny formuló cuatro cánones interpretativos que llamó elementos: gramatical (tiene por objeto las palabras), lógico (la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que une sus diferentes partes), histórico (el estado del derecho en que la ley ha sido dada) y sistemático (el lazo íntimo que une las instituciones y las reglas del derecho en el seno de una vasta unidad). La influencia histórica de esta clasificación, llevó a los dogmáticos a desarrollar un importante número de directivas, argumentos o criterios que todavía hoy conservan una notable vigencia. Los elementos no son diversos tipos de interpretación, sino cuatro operaciones indispensables que deben ser cumplidas para interpretar la ley.

(Serna, 2008) considera el positivismo incluyente o blando y el positivismo excluyente.

En una obra más moderna, Rabbi Baldi Cabanillas (2020), con mención a Hart, Coleman y Waluchow, expresa que para el positivismo jurídico incluyente los principios y valores morales figuran entre los posibles criterios que un sistema jurídico acepta para determinar la existencia y contenido de las normas jurídicas y que en este sentido es característico de esta tendencia la admisión de la posibilidad de que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico contenga explícitamente criterios morales de los que depende la validez normativa. Ante ello, la validez jurídica de la norma puede venir determinada a veces no sólo por su origen y por la forma en que esta ha tenido lugar. Por el contrario, y con referencia a Raz, expresa que el excluyente considera que la validez de una norma jurídica sólo puede depender de su procedencia de una fuente autorizada.

El mismo autor, en la misma obra, siguiendo a Bobbio, concluye que la teoría positivista del derecho responde a un modelo científico preciso: se trata de aquel que considera al derecho como una ciencia teórica. En este horizonte, el derecho se estructura a partir de ciertas premisas, claras y distintas, racionalmente cognoscibles y, por lo tanto, lógicamente desplegadas mediante un orden en el que las contingencias fácticas carecen de toda relevancia, pues éstas, en definitiva, se someten a ese orden racional predeterminado.

El pensamiento iuspositivista se corresponde con las siguientes teorías/doctrinas interpretativas enunciadas por (Guastani, 2021): literalista (los textos normativos deben ser entendidos al pie de la letra según las reglas sintácticas y semánticas de la lengua en que son formulados), estática (recomienda que el producto de la interpretación sea estable y que a cada texto normativo se le atribuya siempre el mismo significado) y cognoscitivista a veces llamada formalista (la interpretación es un acto de descubrimiento o conocimiento del significado y presupone la existencia en todo texto normativo de un sentido unívoco).

En el siglo XXI el positivismo se encuentra en una situación crítica por la insuficiencia de sus respuestas ante los problemas ético jurídicos, su excesiva abstracción y falta de conexión con la realidad social. A pesar de esto sus enfoques siguen siendo influyentes.

III La interpretación jurídica desde el iusnaturalismo

El iusnaturalismo significó el abandono de la tesis reductiva de las fuentes del derecho.

Según (Rabbi Baldi Cabanillas, 2010) el sistema jurídico se considera integrado tanto por leyes (reglas) como por principios (valores). Los valores son variables dependientes de la cultura, la cual a su vez varía con el tiempo y en el espacio. El iusnaturalismo que se basa en la metafísica pretende interpretar el derecho como un conjunto de valores; por su parte el iuspositivismo como un conjunto de normas.

Para (Guastini, 2021) el iusnaturalismo es ese punto de vista según el cual existen en la naturaleza no sólo hechos sino también normas, valores (lo justo, lo bueno) y, simétricamente disvalores (lo malo, lo injusto), objetivos y susceptibles de ser conocidos. Por ejemplo, matar hombres es objetivamente injusto, ya que existe en la naturaleza la norma que prohíbe el homicidio. Al decir objetivamente, se quiere decir que matar hombres es injusto no porque alguien- algún legislador- lo haya establecido, sino porque existe en la naturaleza ese disvalor (es decir valor negativo) objetivo de matar hombres. Por lo tanto, un enunciado normativo que prohíba el homicidio no crea *ex novo* una

prohibición (norma) sino que describe verídicamente un valor y/o una norma preexistente. Las normas son verdaderas siempre que correspondan a deberes o valores objetivamente existentes en la naturaleza de las cosas (o en la estructura de la existencia humana) y reconocibles mediante el uso de la recta razón.

(Rabbi Baldi Cabanillas, 2010) señala, siguiendo las palabras de Radbruch, que niegan el rango de derecho a un sistema legal donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad que constituye el núcleo de la justicia es negada conscientemente a que condujeron o pueden conducir ciertos regímenes de gobierno, no sólo obligó a replantear la tesis positivista de la separación entre derecho y moral, dando paso a su opuesto y, como inevitable consecuencia, abriendo o reabriendo el inveterado debate en torno a la objetividad o no de la moral. Esta posición derivó en el abandono de la tesis reductiva de las fuentes. Lógicamente estos cambios gravitaron enormemente en el papel de los operadores jurídicos (en especial del juez) sobre la determinación del derecho y, en consecuencia, sobre el tópico de la interpretación. En tren de sintetizar este giro teórico metodológico, observable a partir de 1945, se estructura a partir de diversos planteamientos que, en lo esencial coinciden, en retomar buena parte de las respuestas acuñadas por la tradición grecorromana (en especial los trabajos de la filosofía práctica de Aristóteles y de los jurisconsultos romanos, más tarde sintetizados y recreados a su horizonte intelectual por Santo Tomás de Aquino y sus sucesores de la llamada Escuela Española del Derecho Natural, que en el ámbito de la práctica jurídica está en la base del derecho común continental europeo), adaptándolas al nuevo contexto social y matizándolas con los desarrollos habidos hasta la fecha.

En una obra más reciente (Rabbi Baldi Cabanillas, 2020) considera que los textos son sólo un punto de partida, que existe una pluralidad de fuentes (escritas y no escritas) y que la positivación es siempre una tarea inconclusa, en tanto se está ante un sistema abierto. En la causa los Guardianes del Muro y la decisión del tribunal alemán en ella, testimonian la victoria de la tesis iusnaturalista.

Agrega el mismo autor,^x que la positivización de los derechos humanos, lejos de lo que muchos creen o aspiran, no cierra ningún debate en torno del contenido y concreta dimensión de tales derechos. Dicho de otro modo, ya no puede haber espacio para el simple recurso positivista de la aplicación lógico deductiva del derecho y menos aún para la discrecionalidad. El siglo XXI exige un trabajo intelectual mancomunado en torno del develamiento y garantía de los núcleos esenciales de los derechos de las personas en las complejas situaciones en que éstas actúan. El desafío del siglo XXI reside en la idea general de una justicia concreta. Siguiendo a Zagrebelsky considera que el derecho no cuenta con aplicadores de normas sino con intérpretes de éstas.

A partir de 1980 se observa en los fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación una impronta iusnaturalista, que se acentúa a partir de 1994, con la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a la Constitución Nacional (Art. 75 inc.22).

IV La interpretación jurídica desde el realismo

Para muchos estudiosos el realismo es tenido como una teoría del derecho orientada a la interpretación.

El realismo jurídico nació como una alternativa al iuspositivismo y al iusnaturalismo.

Tanto el realismo americano como el europeo trajeron aparejadas novedades, a la vez que elaboraron críticas a las corrientes tradicionales.

Como ha dicho (Barberis, 2015), mientras el iusnaturalismo pretendía estudiar el derecho como un conjunto de valores y el iuspositivismo como un conjunto de normas, el realismo buscaba estudiarlo como un conjunto de hechos.

Agrega Barberis en la misma obra, que al menos en el ámbito interpretativo, Kelsen fue un realista, pero que esta aparente contradicción no ha impedido que se aprecien algunas contribuciones.

El realismo jurídico quería alejar el estudio del derecho de todo rezago metafísico. Hay una labor desmistificadora en el realismo jurídico.

Tengamos presente la fórmula $R \times F \text{ igual a } D$, donde R es *roule*, F es *fact* y D es decisión.

Señala (Muñoz, 2020) que la interpretación es decisiva para comprender el derecho como es, no como debería ser y que una teoría de la interpretación no es una teoría del significado sino de la atribución del significado.

O sea, el juez no es la mera boca de la ley, no es un vocero que sólo habla por y en nombre del legislador. El juez, por el contrario, desempeña un papel esencial en la construcción del derecho, como intérprete auténtico habla con voz propia. No sólo los jueces interpretan lo hacen también los doctrinarios y abogados.

Nos dice también Muñoz que la interpretación de los jueces constituye derecho, pues cuentan como decisiones que producen efectos jurídicos y que quizás resulte necesario señalar que el realismo jurídico como una de las teorías jurídicas que Celano llama normodinámicas: el fenómeno de la autoridad es ineludible en cualquier sistema jurídico.

Cabe aclarar que los jueces, sobre todo los de última instancia, toman decisiones por fuera del sistema de fuentes, o las interpretan en modos diversos según las diferentes circunstancias y épocas (contexto). La conducta de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación es un claro ejemplo de lo expresado. No obstante, hay que insistir que el realismo, aún en su variante más radical no asume que la interpretación sea una actividad completamente libre.

Agrega Muñoz, en la misma obra, que para el realismo radical el derecho es lo que dicen los jueces. Aquí el derecho no designa al conjunto de disposiciones del ordenamiento sino al conjunto de significados atribuidos por los intérpretes. Consecuentemente se dice que de acuerdo con el realismo radical todo ejercicio de interpretación sería creativo, razón por la cual no existiría espacio conceptual para el error judicial. El derecho no sería un punto de partida sino de llegada.

En cuanto al realismo moderado, siguiendo a Guastini, representante del realismo moderado, se debe rechazar el realismo radical en la medida que excluye *prima facie* el significado literal de los enunciados normativos. El legislador produce textos normativos formulados en lenguaje natural y sería muy extraño que esta práctica no determine algunos significados propios del lenguaje.

Destaca (Barberis, 2015) que el juez participa en la creación del derecho, pero no sería su entero creado, como sería el caso del realismo radical.

Para (Muñoz,2020) el realismo jurídico genovés se ha dedicado como pocos a buscar en el lenguaje de los juristas para desentrañar la forma en que éstos razonan y dan de este modo forma al derecho.

Tarello, Guastini y Chiassoni, entre otros, han dedicado buena parte de sus esfuerzos a elucidar estos aspectos, en particular la identificación y tratamiento teórico de los distintos argumentos interpretativos usados en la práctica judicial.

Señala (Chiassoni,s.d.) que la teoría de la interpretación representa uno de los ingredientes fundamentales del pensamiento de Tarello. En ella se destacan claramente dos partes: una crítica y otra constructiva. La parte constructiva consiste en elaborar una teoría de la interpretación fuertemente innovadora. La parte crítica tiene como blanco las teorías tradicionales de la interpretación jurídica, pues considera que éstas estaban afectadas directa o indirectamente por el formalismo y el conceptualismo interpretativo y consecuentemente con una manera mistificadora de representar el fenómeno de la interpretación del derecho. En *Il problema della interpretazione* define una nueva manera de concebir tanto el fenómeno de la interpretación jurídica como de las tareas de las teorías de la interpretación. Adopta la teoría escéptica radical, es decir que el intérprete al escoger el significado atribuido al texto, posee una gran libertad, que inclusive puede trascender el propio texto. Con ello busca superar la teoría ecléctica de Hart, quien sostenía que apenas en zona de penumbra existía una auténtica actividad interpretativa. Deja en claro que el problema de la interpretación jurídica es de una interpretación central y no secundaria, como por ejemplo plantea Kelsen (primero trata sobre la norma jurídica y sólo después sobre la interpretación). Por último, que la teoría escéptica radical fue criticada por el amplísimo margen de discrecionalidad que le otorga al intérprete siendo preferible una teoría escéptica moderada, en donde el intérprete está constreñido a un sentido mínimo del texto.

El realismo es antideterminista y categóricamente antiformalista. El antideterminismo como nota característica del realismo no es discutido en la actualidad.

El antiformalismo está integrado por los movimientos que reaccionan a la tesis del formalismo jurídico, entre ellos el realismo jurídico.

El realismo jurídico está animado por un afán de andar el fenómeno jurídico en realidades tangibles y empíricamente constatables. Su atención se centra en el análisis de hechos sociales antes que en el estudio de elementos de carácter normativo. Propugna el abandono de todo concepto preconstituido de derecho y su sustitución por la adopción de una serie de puntos o perspectivas de observación. Perspectivas que se correspondan con los intereses de juristas, legisladores y abogados. El realismo tiene una vocación de utilidad.

Esto no significa la negación del elemento normativo, que tantas veces se ha criticado, sino una elección metodológica orientada a las consecuencias de las normas.

El realismo al constatar que las normas no son los únicos factores que inciden en las decisiones judiciales, busca revelar las múltiples cuestiones que influyen en ellas, principalmente las de carácter socio político, llevando la atención de los juristas sobre estos elementos extra normativos. Este aspecto comprende la elaboración de reglas funcionales descriptivas del actuar de los jueces y desarticula conceptos jurídicos tradicionales, conectándolos con razones de política social.

El realismo no comulga con el sociologismo jurídico, corriente que se caracteriza por tratar de incorporar su enfoque respecto de que el derecho es un hecho social, planteándose directamente antinormativista y situándose en el extremo opuesto del pensamiento formalista.

Una de las notas características del realismo jurídico es la separación entre derecho y moral.

Según (Barzano, 2018) la validez jurídica como identificación de las reglas que pertenecen al sistema jurídico no puede depender de los criterios de moralidad sino hacer referencia exclusivamente a los hechos sociales. Desde este enfoque surge aquello de que el derecho se puede identificar con independencia de lo que debería ser. De allí que las razones morales no intervengan en la identificación de la existencia y contenido del derecho de una sociedad.

(Reyes, 2016) considera la tesis que esgrimió Frank al propugnar que el cometido del jurista es prever el comportamiento de los jueces, señalando que a los mismos no les interesa la predicción de la interpretación de las normas debido a que las mayores dificultades predictivas no provienen de su oscuridad sino de la incertidumbre de los hechos.

Agrega el mismo autor, en la misma obra, que el realismo americano conceptúa al derecho como una realidad que sufre cambios permanentes por las siguientes razones: la creatividad de los jueces que se orienta a cumplir fines sociales, independencia entre el ser y el deber ser del derecho y la separación de las reglas atinentes a la conducta de las de procedimiento o práctica judicial. Consecuentemente las formulaciones prescriptivas no serían el factor determinante de las decisiones judiciales de los tribunales, debiéndose superar la convicción de que merece la pena agrupar casos y situaciones legales en categorías fijas practicadas en el pasado. Interesa el funcionamiento real que tienen los tribunales, los aspectos que inciden en sus decisiones y el peso que tienen los factores extra jurídicos. Las normas son un factor relevante, pero no exclusivo ni tampoco decisivo, dado que el derecho goza de un alto grado de incertidumbre atento a la ambigüedad de la normativa, a lo complejo y dificultoso de los hechos alegados en el proceso y de que casi siempre se pueden aplicar distintas regulaciones sin que el derecho diga cual ha de ser la elegida.

Los realistas denunciaron la necesidad de prestar atención al hecho para observar los criterios extra jurídicos de los jueces y las consideraciones no dispuestas en las normas. O sea, lo que sucede efectivamente en los juzgados y no lo que se asume que debería ocurrir.

Según (Leiter, 2015) los realistas son juristas (y algunos científicos sociales, no filósofos) y sus motivaciones fueron por lo tanto distintas. Como juristas ellos actúan contra el formalismo y la jurisprudencia mecánica.

Sostienen (Molina Lara y Durán Chávez, 2021) que a pesar de los matices y la influencia de cada pensador hay un aspecto común entre el realismo americano y el realismo europeo (Suecia, Dinamarca, Francia, Italia): una postura epistemológica empírica propia de la tradición anglosajona y del positivismo sociológico. Agregan, que el positivismo lógico tiene proximidad con el realismo jurídico.

Señalan también estos autores, que resulta interesante que la influencia de la filosofía anglosajona se haya extendido y consolidado en derivaciones de la filosofía analítica como la filosofía del lenguaje ordinario. La filosofía del lenguaje ordinario estudia el lenguaje natural como acto en su expresión concreta, con sus particularidades, intenciones y efectos.

(Malminen, 2019) dice que se habla de una cosmovisión y mentalidad jurídica realista que traspasa las fronteras y que se evidencia en la consideración de factores distintos a la adjudicación y validez jurídica como lo hacen el historicismo jurídico crítico, el escepticismo moral secular y las teorías sobre el conflicto del derecho.

Para (Barberis, 2015) el realismo jurídico se distingue sólo netamente del iusnaturalismo. Cada vez se presenta como una mayor radicalización del positivismo jurídico.

(Tuzet, 2018) con una visión algo diferente sostiene que el derecho está determinado únicamente por los hechos sociales, pero que posee un punto moral, puesto que la finalidad de la actividad legal es solucionar algunos problemas morales. El iusnaturalismo se preocupó por los valores del derecho y su dimensión moral, mientras que el positivismo jurídico y el realismo jurídico por sus propiedades fácticas. Considera que el realismo está comprometido con la empresa de reducir las normas a hechos de la normatividad y que ésta carece de interés una vez que se admite que corresponde a epifenómenos de hechos sociales.

(Barberis, 2015) hace un largo viaje por la historia del realismo jurídico europeo continental en sus tres principales corrientes: el escandinavo (sueco y danés), el italiano y el francés, destacando a su principal representante, Alf Ross, que hizo salir al realismo jurídico de la región escandinava, a Tarello (genovés) y a Tropper. Sostiene que el realismo jurídico continental pretendía presentarse como una auténtica ciencia jurídica, que ésta es la principal diferencia con el realismo americano y que las tres mayores escuelas critican la doctrina tradicional, sobre todo en la versión dogmática jurídica alemana. Considera como trascendente el lema del padre del realismo continental: ante todo destruir la metafísica y que tanto Ross como Olivercrona radicalizaban la tesis del positivismo jurídico según la cual el derecho se distingue de la moral. En cuanto al realismo italiano nos recuerda que se desarrolló en la escuela de Génova en torno a la figura de Tarello, a partir de la Teoría de la Interpretación.

El mismo autor, al contemplar el realismo francés nos señala que su teoría contempla tres ingredientes: la idea de Kelsen de que las normas superiores delegan en órganos inferiores la producción de normas, la teoría escandinava y la genovesa, según la cual la interpretación es en realidad la producción de derecho y la idea típicamente realista según la cual las relaciones político constitucionales limitan de hecho este poder potencialmente ilimitado.

Al finalizar su exposición Barberis considera: en primer lugar, que el realismo jurídico continental irrumpió entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, radicalizando las tesis positivistas hasta el punto de dudar de que se pueda distinguir del positivismo jurídico; en segundo lugar, que no todos los realistas jurídicos continentales suscriben claramente a la tesis de la separación ni a la tesis del emotivismo metateórico, pero que sí defienden el escepticismo interpretativo. Por último, que el escepticismo es la única tesis distintiva y definitoria del realismo jurídico y no sólo del europeo.

Hoy en día resulta muy difícil negar la influencia recíproca entre el derecho y las circunstancias socio económicas.

El pensamiento realista se corresponde con las siguientes doctrinas/teorías interpretativas enunciadas por (Guastini, 2021): escéptica y dinámica.

La teoría escéptica, que muchas veces es denominada por metonimia realista ya que se puede reconducir a algunas formas de realismo (especialmente americano), considera que la interpretación (en particular la judicial), es un acto no de conocimiento, sino de elección y, por tanto, de voluntad. Los textos normativos no tienen un único, unívoco, significado objetivo preconstituido: la atribución de significados a los textos normativos es fruto de la decisión discrecional de los intérpretes.

La teoría dinámica obliga a los intérpretes a cambiar incluso la interpretación consolidada en los textos normativos, especialmente cuando se trata de textos normativos antiguos, de manera de adaptar incesantemente el derecho a las nuevas circunstancias.

V El realismo marginal

E. Zaffaroni es sin duda un realista porque su interpretación se centra en los hechos y no exclusivamente en las normas.

Su obra es una crítica al actual sistema penal en el marco de una crítica aún más severa del orden político y social vigente. Hay en su discurso, aunque implícita una teoría política y social.

(Zaffaroni, 2022) plantea un realismo marginal o periférico como punto de partida para un modelo integrado de ciencias penales en Latinoamérica., afirmando que para ello debemos renunciar a la tentación de importar teorías de los países centrales sin que pasen por el filtro de nuestra realidad y de las necesidades que crean los problemas específicos de nuestra región, o sea, que tenemos que ser sumamente cuidadosos en no trasladar junto con las teorías de los países centrales, los problemas que éstos intentan resolver, lo que no significa de manera alguna que no podamos incursionar en el terreno de las complejas abstracciones de la fina dogmática europea.

Considera que los tiempos que corren en Latinoamérica son propicios para encarar esta tarea.

Este intento es lo que llama realismo jurídico marginal, alejado del realismo de los países centrales. La idea rectora es la búsqueda de una dogmática jurídica penal de garantía realista, no distanciada de las ciencias sociales, no legitimante del poder punitivista que ejercen los juristas y adaptada al momento actual de Latinoamérica.

Explica que la palabra marginal la usa porque a pesar del sentido peyorativo que le dan algunos, es una característica que debemos asumir los habitantes marginales del poder mundial y que es la mejor forma de identificarse con el vocablo marginal que conservar el neutro periférico, por lo que, consecuentemente, marginal tiene mayor identidad.

Destaca la necesidad de una nueva compatibilización del derecho penal con las ciencias sociales superadoras del violento corte equizofrénico del neokantismo y propone una renovación del derecho penal con una base realista, que tome los datos de la realidad. Crítica los discursos de justificación, las alternativas metafóricas ficticias, las bases

filosóficas idealistas y la apelación a un neokantismo que permite la elaboración de un saber normativo vacío de datos de la realidad.

Reitera en su obra, varias veces, la necesidad de elaborar una dogmática jurídica penal en base a un discurso que parta de la realidad y un modelo integrado de ciencias penales que permita recuperar el realismo perdido. Considera que constituye un paso ineludible abordar la relación del sistema penal con la estructura jurídica y con la estructura social para obtener una visión completa de la realidad.

También advierte sobre la existencia de grados del realismo y del idealismo en cuyos extremos se encontrarían las posturas reduccionistas y solipsistas y que los pocos avances que se registraron en la construcción de un sistema penal apoyado en una perspectiva realista se encuentran hoy reducidos a su mínima expresión, ante el avance de las distintas variantes del normativismo, del funcionalismo sistémico y de reformulaciones neokantianas.

VI Cierre

La interpretación jurídica desde una posición iuspositivista se basa en la norma, desde una posición iusnaturalista en la norma y los valores y desde una posición realista en la norma y los hechos.

Las teorías interpretativas según (Guastini, 2021) se clasifican en: cognitivas, escépticas y eclécticas; en literalistas e intencionalistas y por último en estáticas y dinámicas.

Los problemas de interpretación que se han planteado a lo largo de este trabajo, son demostrativos de que los legisladores tienen limitaciones para prever todos los casos posibles y asignarles solución.

Referencias

- Barberis M. 2015, “Realismo europeo continental”, en *Enciclopedia de Filosofía y Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México. pp.227-240. Disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx>
- Bardazano G. 2018, “Cuestiones metodológicas relativas al positivismo”. *Revista de la Facultad de Derecho*, (45). DOI: 10.22187rfd2018n45a13
- Chassoni P. (n.d.). *Tarello y la desmistificación del pensamiento jurídico*. Disponible en <https://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/chiassoni%20%-20-Tarello%2g%20la%20desmistificacion%20del%20pensamiento%20juridico.pdf>
- Guastini R. 2021, *Interpretar y argumenta*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp.49,238,350, 373.
- Leiter B. 2015, “Realismo jurídico estadounidense”, en *Enciclopedia de filosofía y derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, pp.241-276. Disponible <https://biblio.juridicas.unam.mx>

- Malminen T. 2019, “Realismo jurídico escandinavo: Algunos puntos inconclusos”, *Isonomía* (50), pp. 151-173. DOI: 10.5347/50.2029.161
- Massini Correas C. 2006, *La Prudencia jurídica*, Lexis Nexis- Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.66.
- Molina Lara A. y Durán Chávez C. 2021, “Fundamentos epistemológicos del realismo jurídico”, *Iuris Dictio* (28), 93-105. Recuperado de <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiction/article/download/2363/2821/16604>
- Muñoz M. 2020, “Presentación del dossier. Realismo jurídico contemporáneo”, *Iuris Dictio* (25), 13-25
- Ollero A. 2021. “Savigny ante la interpretación del derecho: el legalismo aplazado”, en *Revista de la Universidad de Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 18, p. 183. Disponible en <https://doi.org/10.30827/acfs.v18i.22133>
- Rabbi Baldi Cabanillas R. 2020, *Interpretación Jurídica*, Astrea, Buenos Aires, pp. 8-17, 94,104
- Rabbi Baldi Cabanillas R. 2010, *Teoría del Derecho*, Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, pp. 289-310, 320-322
- Reyes Molina S. 2016, “Jerome Frank: Realismo Jurídico y los hechos en el derecho”, *Eunomia Revista en cultura de la legalidad*. (10), pp. 255-293. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/article/download>
- Serna P. 2008, “El inclusive legal positivism ante la mirada de un observador”, en Rabbi Baldi Cabanillas (coord.), *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Ábaco, Buenos Aires.
- Tuzet G. 2017,” En qué se equivoca el realismo jurídico”, *Revista Discusiones*, 2 Especial, 103-134. Disponible en <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2017.2584>
- Vigo R. 1993, *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Zaffaroni E. 2022, *Hacia un realismo penal marginal*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile.

¿EXISTEN REALMENTE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA? UN DEBATE ENTRE JORDI FERRER Y DANIEL GONZÁLEZ LAGIER

David Modesto Güette Hernandez¹

Introducción

La teoría de la prueba contemporánea se encuentra en una encrucijada fundamental: la determinación de los umbrales de suficiencia probatoria. La pregunta sobre cuándo un conjunto de evidencias justifica racionalmente tener un hecho por probado ha dado lugar a un intenso y sofisticado debate, en cuyo epicentro se encuentran dos de las propuestas más influyentes: la de Jordi Ferrer Beltrán y la de Daniel González Lagier. A primera vista, la controversia parece girar en torno a la posibilidad de formular estándares de prueba precisos y objetivos. Sin embargo, sostendré que la raíz del disenso es mucho más profunda. No se trata simplemente de un debate sobre grados de precisión, sino de una divergencia fundamental sobre la naturaleza jurídica de los estándares de prueba.

El propósito de esta ponencia es desentrañar dicha divergencia. Para ello, argumentaré que la concepción de Jordi Ferrer conduce a entender los estándares como un catálogo de reglas regulativas, mientras que la crítica de Daniel González Lagier los disuelve en un conjunto de criterios de racionalidad epistemológica. Sin embargo, mi propia postura, que articularé a lo largo de este texto, es que ambas concepciones, a su manera, fallan en capturar lo que un "estándar" debería ser. Defenderé que un estándar de prueba no es una regla que regula la actividad del juez, sino una regla constitutiva o, en su defecto, una regla valorativa que actúa en un doble nivel. Para fundamentar este análisis, me apoyaré en el indispensable aparato conceptual sobre la estructura de las normas, desarrollado por teóricos como Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Mauro Barberis.

1. La Anatomía de las Normas: ¿Qué Deberían Ser los Estándares?

Para enmarcar con la debida rigurosidad el debate sobre los estándares de prueba, es imperativo no dar por sentada la naturaleza de nuestro objeto de estudio. Antes de preguntar *cómo* debe ser un estándar, debemos preguntar *qué* es, conceptualmente, un estándar. La respuesta a esta cuestión no se encuentra en la superficie de la dogmática procesal, sino en los fundamentos de la Teoría General del Derecho. La elucidación de la naturaleza jurídica de los estándares de prueba exige, por tanto, recurrir al herramental analítico que nos ofrece la teoría de las normas, pues solo a través de él podemos desentrañar si un estándar es una regla, un principio, o acaso una categoría normativa distinta.

Siguiendo la influyente y detallada taxonomía de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en *Las piezas del Derecho*, podemos organizar los enunciados jurídicos en dos grandes familias: los que expresan normas deónticas (que guían la conducta) y los que no.

Dentro de las normas deónticas, la primera gran distinción es la que separa a las reglas de los principios.

¹ Universidad Libre de Barranquilla (Colombia) Juez de la Republica de Colombia. Davidm.guetteh@unilibre.edu.co. Doctor en Derecho.

- Las **reglas** son normas que se aplican a la manera de "todo o nada" (Atienza & Ruiz Manero, 1996). Configuran un supuesto de hecho cerrado y, si las condiciones de aplicación se satisfacen, la consecuencia jurídica estipulada se sigue de manera definitiva. A su vez, se dividen en reglas de acción (que prescriben una acción específica) y reglas de fin (que ordenan alcanzar un estado de cosas, dejando libertad en los medios).
- Los **principios**, por el contrario, son "mandatos de optimización" que "ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible" (Atienza & Ruiz Manero, 1996). Poseen una "dimensión de peso", se ponderan en caso de conflicto y se subdividen en principios en sentido estricto (que expresan valores superiores) y directrices (que establecen fines u objetivos colectivos).

Sin embargo, para nuestro análisis, la categoría más reveladora es la de los enunciados que no expresan normas deónticas en sí mismos, pero que son indispensables para la existencia del Derecho. Atienza y Ruiz Manero identifican aquí las reglas puramente constitutivas (o que confieren poder). Estas reglas no ordenan, prohíben ni permiten ninguna conducta. Su función es crear un estado de cosas institucional o conferir un poder. La fórmula canónica, como también la recoge Mauro Barberis, es "X cuenta como Y en el contexto C" (Barberis, 2024, p. 103). Barberis señala que "Las reglas constitutivas no se limitan a regular actividades preexistentes, sino que las constituyen" (Barberis, 2024, p. 103). No habría mayoría de edad sin una regla que la constituya.

Es crucial aquí la precisión de Atienza y Ruiz Manero: estas reglas "meramente constitutivas" solo producen un resultado normativo (un estatus, un poder) si, y solo si, otra norma (una regla de acción o de fin) correlaciona alguna consecuencia deóntica a ese resultado. Por ejemplo, la regla que constituye la mayoría de edad es inerte hasta que otra regla de acción establece que "los mayores de edad tienen permitido contratar".

Esto nos lleva a la última pieza del puzzle teórico: los "conceptos" o definiciones legales. Atienza y Ruiz Manero aclaran que los enunciados que definen un término ("se entenderá por 'vehículo a motor'...") no son reglas constitutivas en sí mismos. Son, más bien, fragmentos de normas deónticas. Su función es determinar las condiciones de aplicación de las reglas de acción o de fin en las que dicho término aparece. No constituyen un estado de cosas, sino que delimitan el supuesto de hecho de otra norma.

Con este andamiaje conceptual, la pregunta fundamental que atraviesa el debate entre Ferrer y González Lagier puede ser formulada con la precisión que merece: ¿Un estándar de prueba es una regla de acción o una regla de fin que regula la deliberación del juez (la postura que imputo a Ferrer)? ¿O acaso no es una regla en absoluto, sino un conjunto de directrices para una deliberación racional (la postura que se deriva de DGL)? O, finalmente, ¿es una regla constitutiva que define qué "cuenta como" un "hecho probado", y si es así, los criterios que la componen ("coherencia", "plausibilidad") son parte de la regla constitutiva misma o son meros conceptos que delimitan su aplicación? La respuesta a esta pregunta, como veremos, define dos modelos de racionalidad probatoria radicalmente distintos.

2. Jordi Ferrer Beltrán: Los Estándares como Reglas Regulativas

La propuesta teórica de Jordi Ferrer Beltrán, articulada de manera extensa y sistemática en su obra *Prueba sin convicción*, representa uno de los proyectos más ambiciosos de nuestra cultura jurídica por racionalizar la decisión sobre los hechos. Su objetivo

fundamental es la erradicación de la arbitrariedad, reemplazando la arquitectura de la subjetividad —cuyo epítome es la "íntima convicción"— por un andamiaje de criterios intersubjetivamente controlables que permitan justificar, y por ende auditar, la corrección de la decisión fáctica. Ferrer entiende que "un sistema sin estándares de prueba es un sistema sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos, lo que hace inútiles muchos derechos procesales in itinere del procedimiento (como la presunción de inocencia) y hasta el deber de motivación" (Ferrer Beltrán, 2020, p. 436). La herramienta central para esta empresa reconstructiva es, precisamente, la formulación de un catálogo de estándares de prueba.

Desde mi perspectiva, la concepción que Ferrer tiene de los estándares de prueba los configura inequívocamente como un conjunto de reglas de tipo regulativo. Para sostener esta interpretación, es necesario analizar tres dimensiones de su propuesta: la función que les atribuye, los requisitos metodológicos que exige para su formulación y, finalmente, la estructura lógica de los estándares que él mismo diseña.

2.1. La Función del Estándar: Regulación y Distribución del Riesgo

Para Ferrer, el punto de partida es la constatación de la incertidumbre. El razonamiento probatorio, afirma, "es, pues, un razonamiento necesariamente probabilístico" (Ferrer Beltrán, 2020, p. 436). Dado que la certeza racional sobre una hipótesis fáctica es inalcanzable, la función de un estándar es establecer un umbral normativo que determine cuándo el grado de corroboración de una hipótesis es suficiente para tenerla por probada. En sus propias palabras: "si el razonamiento probatorio es probabilístico [...] entonces deviene imprescindible dotarse de reglas, que denominamos «estándares de prueba», que determinen el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por probada la hipótesis" (Ferrer Beltrán, 2020, p. 437).

Esta función de establecer un umbral no es un fin en sí mismo, sino que está al servicio de un propósito político-moral superior: la distribución del riesgo del error entre las partes (Ferrer Beltrán, 2020, p. 440). Ferrer argumenta que elevar o disminuir el nivel de exigencia probatoria de un estándar tiene un impacto directo sobre qué parte soporta el riesgo de una decisión fáctica equivocada. Un estándar exigente en el proceso penal, por ejemplo, "tendremos menor riesgo de condenar inocentes [...] pero tendremos un mayor riesgo de absolver culpables" (Ferrer Beltrán, 2020, p. 441). El estándar, por tanto, es una norma que *regula* el resultado de la deliberación judicial para alinearla con una decisión política fundamental sobre cómo distribuir los errores. Su función es prescribir al juez el umbral que debe aplicar para que dicha distribución se materialice.

2.2. Requisitos Metodológicos: Hacia una Norma Controlable

La naturaleza regulativa de los estándares en la visión de Ferrer se hace aún más patente cuando se analizan los requisitos metodológicos que exige para su formulación. Estos requisitos están diseñados para crear una norma que sea, ante todo, una herramienta de control de la decisión judicial.

En primer lugar, los estándares deben apelar a criterios objetivos, es decir, "relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las conclusiones probatorias que se establezcan". Esto, afirma, "excluye la utilización de criterios subjetivos del decisor, de modo que cualquier formulación del estándar de prueba que remita a estados mentales o psicológicos del juzgador, no cumple este requisito" (Ferrer Beltrán, 2020, p. 439). La crítica a la "íntima convicción" o a la "certeza subjetiva" es, por tanto, una crítica a la

falta de intersubjetividad: del convencimiento de un juez no se sigue nada respecto al grado de corroboración de una hipótesis. El estándar debe ser una regla externa al sujeto que decide.

En segundo lugar, los criterios del estándar deben "cumplir la función de establecer un umbral lo más preciso posible a partir del cual una hipótesis fáctica pueda considerarse suficientemente corroborada" (Ferrer Beltrán, 2020, p. 440). Esta exigencia de precisión es clave, pues descarta explícitamente que meras apelaciones a la "sana crítica" o a "la lógica" puedan funcionar como estándares, ya que estas son, en el mejor de los casos, un método de valoración, pero no un umbral. El estándar debe ser una regla con un contenido prescriptivo claro que permita determinar si la deliberación ha llegado al punto de suficiencia requerido.

Finalmente, Ferrer sostiene que, dado que el razonamiento probatorio se estructura en torno a una probabilidad lógica o inductiva, y no matemática, el umbral de suficiencia no puede establecerse mediante números ni fórmulas matemáticas, sino a través de la utilización de criterios cualitativos (Ferrer Beltrán, 2020, p. 437).

En suma, los requisitos metodológicos de Ferrer buscan configurar una norma que sea objetiva, precisa y cualitativa; una herramienta diseñada para regular y constreñir el poder del juez en la determinación de los hechos, haciéndolo controlable y justificable.

2.3. La Estructura Lógica: Un Mandato Definitivo

Es en la formulación concreta de sus estándares donde la naturaleza de regla regulativa se manifiesta de manera inequívoca. Tomemos su estándar más exigente, el Estándar 3 de *Prueba sin convicción*, pensado para la condena penal:

"Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

1. La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como prueba al proceso.
2. Debe haber refutado la hipótesis alternativa formulada por la defensa de la parte contraria, si es plausible, explicativa de los mismos datos, y compatible con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosa para él, siempre que se haya aportado alguna prueba que le otorgue algún grado de confirmación" (Ferrer Beltrán, 2021, p. 212).

La estructura de esta norma es la de una regla de acción en su sentido más clásico. Establece un supuesto de hecho complejo y cerrado: la conjunción de las condiciones 1 y 2. La aplicación de la regla opera de manera "todo o nada": si se cumplen ambas condiciones, el juez *debe* tener el hecho por probado. Si una sola de ellas falla —por ejemplo, si la hipótesis de la acusación es muy sólida pero no logra refutar una alternativa plausible de la defensa—, la consecuencia normativa (la declaración de hecho probado) no se sigue. No hay espacio para la ponderación; no se le pide al juez que sopesa la fuerza de la condición 1 contra la debilidad del incumplimiento de la condición 2. Es una lógica subsuntiva, no ponderativa.

El estándar, en la visión de Ferrer, es, por lo tanto, una norma que regula la conducta del juzgador. Le prescribe las condiciones bajo las cuales debe realizar una acción

institucional específica: declarar un hecho como probado. Al constreñir su poder decisorio a la verificación de un conjunto de condiciones preestablecidas, el estándar ferreriano convierte la justificación de la decisión fáctica en un ejercicio de subsunción, análogo al que tradicionalmente se ha pensado para la premisa normativa, buscando así cerrar los espacios a una discrecionalidad que él considera una puerta de entrada a la arbitrariedad.

3. La Crítica de Daniel González Lagier: No Hay Estándares, Hay Racionalidad Argumentativa

Si la propuesta de Jordi Ferrer Beltrán representa un intento de construir un edificio normativo para la prueba basado en la certeza de las reglas, la respuesta de Daniel González Lagier es demoledora: un edificio así concebido es, simplemente, imposible de erigir sobre los cimientos movedizos del razonamiento probatorio. Su crítica no es un alegato en favor de la subjetividad, sino un diagnóstico riguroso sobre la naturaleza intrínseca de la valoración de la prueba. Para González Lagier, la valoración es, por necesidad, holística y gradual, y esta doble cualidad hace que cualquier intento de fijar un umbral preciso y binario a través de reglas sea un error metodológico fundamental.

3.1. El Doble Problema de la Vaguedad

El núcleo de la crítica de González Lagier se encuentra en su análisis de la vaguedad que aqueja a cualquier estándar de prueba cualitativo. En su influyente artículo "¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo?", distingue dos dimensiones de este problema que actúan como una pinza, clausurando la vía hacia la objetividad que Ferrer pretende transitar.

En primer lugar, los estándares se enfrentan a un problema de vaguedad intensional. Esto significa que "las condiciones necesarias y suficientes para la aplicación del concepto no están bien determinadas" (González Lagier, 2020, p. 427). González Lagier sostiene que la valoración de la prueba es un ejercicio holístico que requiere un "juicio global a la luz de todos" los criterios de racionalidad epistemológica (González Lagier, 2020, p. 422). Por ello, la estrategia de Ferrer, consistente en seleccionar un subconjunto de estos criterios (coherencia, refutación de alternativas, etc.) para formular el estándar, es necesariamente arbitraria. En sus propias palabras:

"[D]ado que la determinación del grado de confirmación de una hipótesis requiere una evaluación holista, ningún subconjunto de los criterios de valoración de la prueba es en abstracto condición suficiente ni tampoco necesaria para alcanzar cierto grado de confirmación" (González Lagier, 2020, p. 430).

Esto implica que siempre será posible que una hipótesis que no cumple con el estándar de Ferrer esté, sin embargo, más confirmada que una que sí lo cumple, si la primera satisface de manera sobresaliente otros criterios de valoración que el estándar dejó fuera. Por tanto, el estándar no garantiza que se esté seleccionando la hipótesis más corroborada.

En segundo lugar, y de manera aún más fundamental, los estándares sufren de una vaguedad gradual. Conceptos epistémicos como "coherencia", "plausibilidad", "fiabilidad" o "suficiencia" no son propiedades binarias que se poseen o no se poseen, sino cualidades graduales. González Lagier demuestra que incluso un criterio que parece operar de manera "todo o nada", como la exigencia de refutar *todas* las hipótesis alternativas, es en realidad gradual. Refutar una hipótesis, nos recuerda, "consiste en

mostrar que hay un hecho que es incompatible con esa hipótesis [...]. El esquema de estos razonamientos [...] es que para refutar o eliminar una hipótesis hay que probar un hecho supuestamente incompatible, y tampoco tendremos —por la naturaleza del razonamiento probatorio— certeza absoluta sobre él" (González Lagier, 2020, p. 431). Por lo tanto, la refutación es, en última instancia, una comparación entre la probabilidad de hipótesis rivales, una cuestión de grado que, a su vez, requeriría de otro estándar, cayendo así en una regresión al infinito.

3.2. La Disolución del Estándar en las "Reglas de la Sana Crítica"

Ante este diagnóstico, la conclusión de González Lagier es radical: no existen estándares de prueba como reglas externas y objetivas que el juez pueda aplicar mecánicamente. La suficiencia de la prueba, por el contrario, es una cualidad inmanente al propio ejercicio de justificación racional. Lo que sí existen son las "reglas de la sana crítica", una expresión que él rescata de la vacuidad para dotarla de un contenido preciso. Lejos de ser una apelación a la intuición, para González Lagier, las reglas de la sana crítica son el conjunto de criterios de racionalidad epistemológica que guían una inferencia probatoria sólida. Como él mismo afirma, "Visto desde el punto de vista de la argumentación, las reglas de la sana crítica pueden interpretarse como los criterios de solidez no formales de las inferencias probatorias empíricas" (González Lagier, 2020, p. 419).

En su obra *Quaestio Facti*, ofrece un detallado catálogo de estos criterios, entre los que se encuentran:

- Sobre los hechos probatorios: su fiabilidad (cuanto menos inferencias intermedias requieran), su cantidad, su variedad (para eliminar hipótesis alternativas) y su pertinencia.
- Sobre la garantía (máxima de experiencia): qué tan bien fundada esté la generalización empírica que conecta las pruebas con la hipótesis.
- Sobre la hipótesis: que no haya sido refutada, que sus hipótesis derivadas se confirmen, que se hayan eliminado las hipótesis alternativas y, finalmente, que sea coherente y simple (González Lagier, 2005, pp. 71-81).

Es crucial entender que estos criterios no son un *checklist* para alcanzar un umbral. No son las condiciones de aplicación de una regla, sino los ingredientes de una buena argumentación sobre los hechos. Funcionan como principios o directrices que el juez debe optimizar en su razonamiento. Su cumplimiento no determina un resultado, sino que dota de mayor o menor solidez a la conclusión.

Así, mientras Ferrer distingue tajantemente entre valorar (aplicar los criterios) y decidir la suficiencia (aplicar el estándar), para González Lagier ambas operaciones se funden. La suficiencia no es un punto de llegada determinado por una regla externa, sino el resultado de un juicio complejo sobre el balance global de todos estos criterios. Por ello, concluye que la decisión final, inevitablemente, "acabe dependiendo de la estimación del juez y su buen criterio" (González Lagier, 2020, p. 433). No se trata de una defensa de la arbitrariedad, sino del reconocimiento de que, en el ámbito de la prueba, la racionalidad no puede ser algorítmica, sino argumentativa y deliberativa.

4. Mi Postura: Hacia una Reconceptualización del Estándar como Mínimos Argumentales.

Adhiero al diagnóstico de Daniel González Lagier: la pretensión de crear un catálogo de reglas regulativas para la valoración de la prueba, en la forma propuesta por Jordi Ferrer, está destinada al fracaso. Sin embargo, aceptar esta crítica no puede significar capitular ante una concepción de la valoración como un espacio enteramente abierto, un balance holístico sin anclajes ni umbrales. Si los "criterios de racionalidad epistemológica" de González Lagier fueran meras guías para la deliberación, nos enfrentaríamos a una apertura de la deliberación al infinito, reintroduciendo la misma discrecionalidad incontrolable que el proyecto de los estándares buscaba erradicar, o asumiríamos que los estándares no existen, o probablemente que ni siquiera se deba debatir, en torno a los niveles de suficiencia probatoria, o a razones de suficiencia probatoria, quedándonos en un debate sobre la valoración, empero, es ir para atrás, y dejar de lado, lo que bien hizo Jordi Ferrer, y es ponernos a debatir sobre las razones de suficiencia. El problema considero que está en la naturaleza de ellas.

Considero, que los estándares deben ser reglas, y no simplemente criterios de racionalidad, al modo de reglas de la sana crítica. La función primordial de una regla, como nos ha señalado Frederick Schauer, es precisamente la de protegernos de nuestra propia falibilidad al deliberar caso por caso (Schauer, 2013). Pero más allá de esta función prudencial, la necesidad de reglas se ancla en la estructura misma del derecho. Como H.L.A. Hart nos explicó, los funcionarios —y paradigmáticamente los jueces— se guían por las reglas desde un "punto de vista interno". No las ven como meras predicciones de conducta, sino que las aceptan y usan "como guías para la conducta [...] como standards [estándares] para la apreciación crítica de sus acciones y de las de los demás" (Hart, 1961, p. 113).

Estos estándar, denominados por Hart, como: de lo razonable, funcionan como una técnica de delegación de poder decisorio. En lugar de cerrar la cuestión, la deja abierta para que sea el juez quien la concrete en el caso particular. Cuando un juez tiene que decidir si la conducta de una persona fue "razonable", no está simplemente aplicando una regla preexistente a un hecho. Está haciendo algo más: Está ejercitando una discreción que, como dice Hart, "deja mucho a la vida por regular fuera de la sala del tribunal" (Hart, 1961, p. 165).

El juez, al aplicar este estándar, debe entonces realizar una valoración que se asemeja a la de un legislador. No busca una definición en el diccionario, sino que debe sopesar y balancear intereses en conflicto que la regla general no resolvió. ¿Cuál es el equilibrio adecuado entre la libertad de acción de una persona y la seguridad de los demás? La respuesta no está en la regla "sea razonable", sino en el juicio que el tribunal hace, *ex post facto*, sobre qué habría sido lo razonable en esas circunstancias específicas. Un estándar probatorio, para ser tal, debe poder ser aceptado y usado como un criterio de corrección público y compartido, una función que solo una regla puede cumplir.

Es precisamente aquí donde reside la tensión fundamental. Si el estándar de lo razonable abre un espacio de discreción tan vasto, ¿cómo evitamos que esta discrecionalidad se convierta en arbitrariedad? ¿Cómo impedimos que la decisión del juez, en lugar de ser una concreción del derecho, sea una manifestación de su pura subjetividad? Dejar al juez solo con la regla "sea razonable" es invitar a una vuelta al infinito, pues la siguiente pregunta sería: ¿cuál es el estándar para una aplicación "razonable" de lo "razonable"? Para escapar de esta regresión, la regla principal ("el estándar") no puede operar en el vacío. Debe estar acompañada de otras reglas o guías que delimiten y estructuren las razones que el juez puede y debe considerar al ejercer esa discreción.

Aquí es donde los criterios de racionalidad epistemológica de Daniel González Lagier adquieren su verdadera función. No son, como hemos dicho, principios a ponderar, sino el contenido mismo que dota de racionalidad al estándar. Son "movibles" en el sentido de que su peso relativo puede variar de caso a caso, pero su presencia es obligatoria. Al constituirse como criterios valorativos, permiten al juez fijar un punto de referencia en la penumbra de la textura abierta de Hart. La regla "más allá de toda duda razonable" no es una instrucción vacía; es una regla que remite a un conjunto de sub-reglas valorativas: "valore la coherencia", "verifique la fiabilidad de las pruebas", "considere las alternativas". Estas no le dicen al juez *qué* decidir, pero sí le prescriben *sobre qué* debe deliberar, acotando el universo de razones admisibles y proveyendo así un andamiaje para que su discreción no sea un salto en el vacío, sino un juicio estructurado y, por ende, controlable.

Este entendimiento de la función de los criterios nos permite ver con mayor claridad por qué el modelo de las reglas como razones excluyentes se queda corto. Es más, la teoría de Joseph Raz sobre las normas como razones para la acción nos revela el mecanismo por el cual las reglas logran esta función. Una regla autoritativa no es una razón más en la balanza; es una razón de segundo orden que opera como una razón excluyente, es decir, una "razón para no actuar según una razón [de primer orden]" (Raz, 1985, p. 38). La regla de Ferrer intenta funcionar así: pretende excluir el balance holístico del juez y reemplazarlo por un test específico. Desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli, el modelo de Ferrer, con su estructura de condiciones copulativas, corre el riesgo de convertirse en una suerte de tarifa legal sofisticada. Ferrajoli critica el sistema de prueba legal precisamente porque predetermina el valor de la prueba, sustituyendo la convicción del juez por una certeza legal formal (Ferrajoli, 1989, p. 143). En este escenario el modelo de Ferrer, si bien no tasa pruebas específicas, sí tasa *resultados inferenciales*, lo que puede llevar a un "cognoscitivismo legalista" que cercene la valoración racional en lugar de garantizarla, y por ende una forma de tarifa. Pero, como DGL demuestra, este modelo fracasa porque para aplicar el test hay que recurrir al mismo balance que se pretendía excluir.

Entramos nuevamente en el debate: Si las reglas regulativas excluyentes de Ferrer son imposibles en la práctica, y los meros criterios de DGL parecen disolver el concepto de regla, ¿estamos en un callejón sin salida? Sostengo que no. La solución es redefinir el *tipo* de regla que es un estándar.

Mi propuesta, por tanto, es que los estándares de prueba no deben concebirse como reglas regulativas, sino como reglas constitutivas, con un trasfondo de criterios valorativos que le subyacen. Un estándar no prescribe una conducta ("si se cumple X, decida Y"), sino que define un estado de cosas institucional ("la satisfacción de X *cuenta como* Y"). Es aquí donde la crítica de González Lagier se convierte en el punto de partida para una reconstrucción, a través de lo que en mi trabajo he denominado mínimos argumentales (Güette, 2020).

Este concepto encuentra una poderosa analogía en la doctrina de la mínima actividad probatoria (Miranda Estrampes, 1997). El mandato constitucional que exige prueba "más allá de toda duda razonable" impone una justificación cualificada. Se considera que se cumple si, y solo si, existe una mínima actividad probatoria de cargo. Mi tesis es que esta exigencia jurídica encuentra su correlato epistemológico en el cumplimiento del mínimo argumental. La regla, por tanto, sería: una hipótesis fáctica *cuenta como* suficientemente probada si el argumento que la soporta ha superado el umbral de racionalidad constituido por los criterios de la sana crítica.

Estos criterios de DGL operan, en mi concepción, en un doble nivel:

Primero, el estándar funciona como una regla constitutiva de admisibilidad racional. Los criterios de DGL —fiabilidad, pertinencia, coherencia, etc.— no son opcionales. Su cumplimiento, en un grado elemental, es una condición necesaria para que una inferencia pueda ser considerada un argumento válido. La regla constitutiva sería: "Un conjunto de pruebas y una hipótesis *cuentan como* un argumento racionalmente admisible si, y solo si, la hipótesis es mínimamente coherente, se apoya en al menos alguna prueba mínimamente fiable y pertinente, y considera las alternativas más obvias". Una inferencia que carece de estos elementos no es un "argumento débil" que entra en el balance de razones de primer orden; es un argumento fallido, una construcción que no califica como una razón válida y es excluida *a limine*. Este es el verdadero umbral: una regla que constituye el objeto mismo de la deliberación.

Segundo, una vez superado este umbral, los mismos criterios cambian su función. Dejan de operar como una regla constitutiva binaria (admisible/no admisible) y pasan a guiar la valoración holística y gradual que DGL defiende. En esta fase, el juez sí debe realizar el balance de razones de primer orden para determinar qué hipótesis ofrece la explicación más sólida. Aquí, los criterios funcionan como una guía, orientando sobre qué propiedades hacen que un argumento sea *mejor* que otro.

La diferencia crucial con Ferrer radica aquí: mientras él presenta sus criterios valorativos ("plausible", "coherente") como condiciones objetivas de una regla regulativa, la propuesta de DGL, leída a través de los mínimos argumentales, asume que la aplicación de estos criterios *es* un juicio de valor, pero un juicio reglado y controlable. El estándar es una regla constitutiva, pero no una de "todo o nada". Su supuesto de hecho se compone de un catálogo de razones que se alcanzan en grados de mayor a menor. La regla se activa no cuando todas las condiciones se cumplen al 100%, sino cuando el balance global de satisfacción de estos criterios valorativos supera un umbral de fundamentación que la comunidad jurídica considera "mínimo" o "suficiente".

En definitiva, los estándares de prueba *sí existen y deben ser reglas*, pero no reglas regulativas al estilo de Ferrer, sino reglas constitutivas y valorativas que establecen los mínimos argumentales de la racionalidad. Esta concepción preserva la necesidad de una estructura normativa que dé certeza y control, sin caer en las trampas del regulativismo, e integra plenamente la sofisticada crítica de González Lagier, dándole una función precisa a sus criterios de racionalidad epistemológica dentro de la arquitectura de la decisión judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel.

Barberis, M. (2024). *Introducción al estudio del derecho* (2.^a ed.). Palestra Editores.

Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.

Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.

González Lagier, D. (2005). *Quaestio Facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Vol. I). Palestra Editores.

González Lagier, D. (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. En J. Ferrer Beltrán & C. Vázquez (Eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial: Un encuentro entre diferentes tradiciones*. Marcial Pons.

Güette Hernandez, D. M. (2020) *El Mínimo Argumental de la Decisión Judicial*. Ibañez.

Hart, H. L. A. (1961). *El Concepto de Derecho* (G. R. Carrió, Trad.). Abeledo-Perrot.

Miranda Estrampes, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. José María Bosch Editor.

Raz, J. (1985). *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (R. Tamayo y Salmorán, Trad.). Universidad Nacional Autónoma de México.

Schauer, F. (2013). *Pensar como un abogado: Una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Marcial Pons.

LAS CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DEL DERECHO Y SU IMPACTO EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: EL CASO DE LOS PREACUERDOS PENALES EN COLOMBIA

Diana Faciolince Martinez

El análisis de la institución de los **preacuerdos** en el derecho procesal penal contemporáneo revela cómo las normas positivas, diseñadas para la celeridad y la eficiencia, inevitablemente fuerzan al juzgador a adoptar posturas que se enmarcan en las grandes **concepciones filosóficas del derecho**. La aplicación de figuras como la "ficción jurídica" punitiva, inherente a la negociación, confronta directamente la tensión entre el Derecho que *es* (la legalidad estricta) y el Derecho que *debe ser* (la justicia del caso y la finalidad del sistema).

El debate se cristaliza en la divergencia de criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en la Sentencia SP1612-2025 (Radicación 59.127) y el Tribunal Superior de Medellín (TSJ) en la Sentencia Rad. 05001-60-00025-2023-01009-00. Estas posturas, aparentemente limitadas a la dosificación de la pena y la concesión de subrogados, son en realidad reflejos de metodologías jurídicas profundamente opuestas, las cuales inciden en las tesis cardinales del positivismo y la teoría de la interpretación.

I. El Problema de la Divergencia Judicial

La esencia del conflicto radica en determinar si la **ficción jurídica** —es decir, la alteración pactada de la calificación legal del delito, típicamente de autor a cómplice, sin sustento fáctico real— debe extender sus efectos a la verificación de los **requisitos objetivos** para la concesión de beneficios penales (subrogados).

La **divergencia casuística** es clara: la CSJ afirma que el preacuerdo es una ficción jurídica que **no altera el tipo penal realmente cometido** (la *verdad jurídica*), por lo que la decisión sobre subrogados debe tomarse respecto del delito base. En contraste, el TSJ entiende que, una vez aprobado, el preacuerdo constituye una **acusación válida y vinculante**, de modo que los subrogados deben decidirse sobre el delito acordado.

El problema filosófico subyacente a esta divergencia es la **indeterminación del derecho**. La ley (regla del subrogado) es única, pero su aplicación al caso de un preacuerdo es ambigua o se ubica en una "zona de penumbra", lo que obliga al juez a ejercer un acto de **decisión** discrecional, en lugar de un mero acto de **conocimiento**. La elección entre un acto de conocimiento (CSJ) y un acto de voluntad o decisión (TSJ) se funda en ideologías interpretativas y concepciones sobre la **racionalidad judicial**.

II. Análisis de las Sentencias desde sus Fundamentos Legales

1. La Posición de la Corte Suprema de Justicia (CSJ): Defensa de la Legalidad y el Tipo Penal Real

La decisión de la CSJ, de negar la prisión domiciliaria se basa en la adhesión a la **legalidad estricta** y a la **tesis de la separabilidad** entre el derecho y la moral (o la voluntad política).

El razonamiento de la CSJ se enfoca en que, aunque la dosificación de la pena puede ser producto de una ficción transaccional para evitar la saturación judicial (justicia premial), la **declaratoria de responsabilidad penal** mantiene el carácter del autor, La Corte distingue:

1. **El delito realmente cometido/aceptado:** Autoría de Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego (pena mínima de 9 años).
2. **La pena impuesta:** 64 meses, usando la fórmula de la pena del cómplice.
3. **El Requisito Objetivo:** La norma del subrogado (Art. 38B CP) exige una pena mínima legal de 8 años o menos.

La Corte concluye que, para el subrogado, se debe mirar la **pena mínima prevista en la ley** para el delito *realmente* cometido (9 años), y no la pena *impuesta* por la ficción negociada. Esta aproximación se asemeja al **racionalismo logicista** del siglo XIX donde el sistema se considera "completo" y la solución se deriva de una **subsunción** estricta: si el supuesto de hecho real del autor genera una pena mínima 8 años, la consecuencia normativa es la negación del subrogado.

2. La Postura del Tribunal Superior de Medellín (TSJ): Coherencia del Acuerdo y Escepticismo

El TSJ adopta una perspectiva que prioriza la **coherencia del sistema** y el carácter **vinculante** de la sentencia producto del preacuerdo. El Tribunal argumenta que el preacuerdo es el **marco fáctico-jurídico** de la sentencia y que, por principio de **congruencia**, el juez no puede aceptar la calificación acordada (cómplice) para reducir la pena y, simultáneamente, rechazarla para negar el subrogado.

El TSJ realiza una **interpretación decisoria** que privilegia la eficacia del pacto. La Corte critica la postura de la CSJ de crear una "**lex tertia**", es decir, una nueva categoría de derecho que toma la premisa de un delito y aplica la consecuencia de otro, invadiendo el campo del legislador.

El Tribunal asume que la nueva norma aplicable es la del cómplice (pena mínima de 54 meses), concede el beneficio. Esta decisión refleja la concepción de que el juez, en casos de indeterminación, debe hacer una **elección** justificada en valores sistémicos o fines prácticos, una visión más afín a los movimientos **antiformalistas** que reconocieron la **discrecionalidad** judicial.

Para establecer la incidencia de las posturas filosóficas vamos a abordarlas.

III. Análisis de las Posturas Filosóficas y su Incidencia

Las dos sentencias se pueden ubicar dentro de la tradición positivista, pero representan dos enfoques divergentes: uno más **formalista y estricto** (CSJ), y otro más **interpretativo y orientado a la coherencia**, que se acerca a las sensibilidades del **neoconstitucionalismo** (TSJ).

Las cuatro tradiciones teóricas principales que Barberis identifica, y que se han desarrollado "después de Auschwitz" y ante la crisis del derecho natural, son: el Iusnaturalismo, el Positivismo Jurídico, el Realismo Jurídico y el Neoconstitucionalismo.

A continuación, se describen estas concepciones filosóficas, enfocándose en las tres tesis que las distinguen: la relación derecho-moral, la concepción de los juicios de valor y la teoría de la interpretación.

CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DEL DERECHO SEGÚN MAURO BARBERIS

1. Iusnaturalismo

El Iusnaturalismo es la filosofía que postula la existencia de un Derecho natural, y es una filosofía no solo cognitiva sino también normativa, ya que describe el derecho prescribiendo lo que debe ser. El Iusnaturalismo renació después del "choque cultural" de Auschwitz.

Tesis Iusnaturalista Descripción según Barberis (Esquema 1)

<p>1. Tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral</p>	<p>El derecho moralmente (intolerablemente) injusto no puede siquiera llamarse derecho. La necesidad de esta conexión es definitoria, atribuyendo a todo derecho la cualidad esencial de la justicia. La locución "derecho injusto" no es contradictoria.</p>
<p>2. Objetivismo Ético</p>	<p>Los juicios de valor son verdaderos-o-falsos (apofánticos) o al menos objetivamente justos o injustos. Esta tesis, común en el mundo antiguo, se basa en la fe en la naturaleza de las cosas o en la confianza en la razón humana.</p>
<p>3. Interpretación</p>	<p>No existe una tesis explícita, pero el Iusnaturalismo es propenso al formalismo interpretativo. Esto implica que cada caso judicial tiene una sola solución justa y cada disposición jurídica una sola interpretación correcta.</p>

Ejemplos Paradigmáticos: El iusnaturalismo antiguo (como el *dikaion* griego o el *ius* latino) se basa en la naturaleza de las cosas, donde la justicia es una cualidad inherente. El iusnaturalismo moderno o iusracionalismo (ej. Cicerón, Hobbes, Grocio) se basa en la razón humana, sosteniendo que la justicia de los actos se atribuye mediante la razón.

2. Positivismo Jurídico

El Positivismo Jurídico se refiere a la positividad del derecho, que consiste en ser concebido como hecho por hombres. Es una teoría solo cognitiva, que busca describir lo que el derecho *es*, distinguiendo cuidadosamente el discurso normativo del cognitivo.

Tesis Positivista	Descripción según Barberis
1. Tesis de la Separabilidad	El derecho moralmente injusto puede ser llamado derecho. Entre derecho y moral se dan solo conexiones contingentes (fácticas, empíricas), negando así que existan relaciones necesarias (definitorias) entre las palabras 'derecho' y 'moral'.

2. Subjetivismo Ético	Los juicios de valor no son verdaderos-o-falsos ni objetivamente justos o injustos, sino solo subjetivamente justos o injustos. Lo que parece justo para un sujeto, puede no parecerlo para otro.
3. Interpretación	Predomina la Teoría Mixta. Esta teoría, propuesta por Hart (1958), sostiene que hay casos de aplicaciones fáciles (núcleo de certeza, donde el derecho tiene un solo sentido) y casos difíciles (zona de penumbra, donde admite interpretaciones diferentes).

Ejemplos y Variantes Históricas (Tripartición de Bobbio):

- **Positivism Teórico: (Siglo XIX).** Sostenía la existencia de sistemas jurídicos coherentes (sin antinomias), completos (sin lagunas), y que las disposiciones tienen solo una interpretación.
- **Positivism Ideológico:** La idea de que siempre se debería obedecer al derecho. El Legalismo sin Calificación defiende esta obediencia como medio para alcanzar valores mínimos como la certeza y la paz social.
- **Positivism Metodológico:** El único que se salva de la tradición positivista, defendiendo el Principio de la *Wertfreiheit* (ausencia de valoraciones) de Max Weber, por el cual el teórico debe abstenerse de evaluaciones. Distingue entre la ciencia del derecho (cognitiva) y la política del derecho (normativa).

Tipos de Positivism Contemporáneo (Interpretaciones de la Separabilidad):

Tipo de Positivism	Tesis de Identificación (Quid Iuris)
Positivism Incluyente Débil	El derecho contingentemente puede ser identificado con base en la moral. Admite que las fuentes, como las constituciones rígidas, pueden remitir a la moral.
Positivism Excluyente Fuerte	El derecho necesariamente no puede ser identificado con base en la moral. Sostiene que la identificación del derecho debe hacerse por sus fuentes y que mezclarla con la moral colapsaría el derecho en la moral (justicia del cadí).
Positivism Normativo Ético	El derecho no debe ser identificado con base en la moral. Es una filosofía normativa que defiende la primacía del legislador y se opone al neoconstitucionalismo.

3. Realismo Jurídico

El Realismo Jurídico es una forma más radical de positivismo, que concibe el derecho como un conjunto de hechos objetivos (principalmente las decisiones judiciales) y no de normas.

Tesis Realista	Descripción según Barberis
1. Tesis de la Separación	El derecho no solo es separable, sino que está separado de la moral. La doctrina debería convertirse en una verdadera ciencia del derecho: un conocimiento objetivo, empírico y sociológico que registre las decisiones pasadas de los jueces a fin de prever sus decisiones futuras.
2. Emotivismo Ético	Los juicios de valor expresan solo las emociones del sujeto (ej. 'x es bueno' significa 'x me gusta'). Esta tesis es una radicalización del subjetivismo positivista.
3. Escepticismo Interpretativo	Toda disposición tiene más de un significado, y todos los casos judiciales pueden convertirse en difíciles. Se presenta en dos versiones: radical (la interpretación es una creación del derecho) y la moderada (el intérprete participa en la producción del derecho junto con el legislador, eligiendo un sentido dentro de un marco).

4. Neoconstitucionalismo

El Neoconstitucionalismo es una familia de teorías y filosofías más normativas que cognitivas, que surgieron con el advenimiento del Estado constitucional (caracterizado por constituciones rígidas, control de constitucionalidad y principios). Su actitud normativa es la de justificar, más que de explicar, el derecho.

Tesis Neoconstitucionalista	Descripción según Barberis
1. Tesis de la Conexión	El derecho está conectado a la moral de muchas maneras importantes. Estas conexiones son aseguradas principalmente por los principios constitucionales, que son la formulación jurídica de los valores morales de una sociedad.
2. Constructivismo Ético	Los juicios de valor pueden ser objetivos, si son conformes a procedimientos intersubjetivos ideales (ej. los de John Rawls o Jürgen Habermas). Los valores no son ni puramente objetivos ni puramente subjetivos, sino intersubjetivos, resultado de la convergencia de sujetos.
3. Escepticismo Cognitivo más Formalismo Normativo	Se reconoce que las disposiciones pueden tener sentidos diferentes (escepticismo cognitivo), pero se afirma que siempre hay una interpretación moralmente mejor (formalismo normativo). Carlos Nino habla de la conexión interpretativa necesaria: la moral debe remediar las incertidumbres lingüísticas del derecho.

LA COLISIÓN FILOSÓFICA EN EL DERECHO PENAL: DIVERGENCIA DE POSTURAS JUDICIALES Y SUS EFECTOS EN LAS TESIS DEL POSITIVISMO Y LA INTERPRETACIÓN

El derecho procesal penal contemporáneo se ha convertido en el campo de batalla donde las concepciones filosóficas fundamentales sobre la naturaleza, la validez y la interpretación del derecho definen la aplicación práctica de figuras como los **preacuerdos**. La utilización de la "ficción jurídica" punitiva confronta la tensión entre la **legalidad estricta** (el Derecho que *es*) y la **coherencia interpretativa** (el Derecho que *debe ser* en el contexto de un pacto).

El problema filosófico de esta divergencia radica en el ejercicio de la **discrecionalidad judicial** ante la ambigüedad de la ley, una característica que, según **Manuel Atienza** (1998, *Introducción al Derecho*, p. 8), ha llevado a la empresa de definir el Derecho a adquirir tintes de desesperación.

I. El Problema de la Divergencia Judicial y el Subrogado Penal

La divergencia se manifiesta en el conflicto sobre si la **ficción jurídica** pactada en un preacuerdo (ej., condenar como cómplice a un autor para reducir la pena) debe extenderse al análisis de los **requisitos objetivos** para la concesión de subrogados penales:

1. **Corte Suprema de Justicia (CSJ) (Rad. 59.127):** Sostiene que el preacuerdo es una ficción jurídica que **solo tiene efecto en la pena**, pero **no altera la calificación jurídica real** del delito cometido. Por lo tanto, la decisión sobre subrogados debe tomarse respecto del delito base (el autor con pena de 9 años de mínima)
2. **Tribunal Superior de Medellín (TSJ) (Rad. 05001-60...):** Argumenta que el preacuerdo es una **acusación válida y vinculante** y, por tanto, la decisión sobre los subrogados debe basarse en la calificación jurídica acordada (cómplice), en aras de la **coherencia y congruencia** procesal

El problema filosófico que plantea esta divergencia se centra en cómo las diferentes metodologías judiciales abordan la **indeterminación** y la relación entre la regla legal y la voluntad humana.

II. Las Posturas Judiciales y su Ubicación Filosófica

La forma en que cada tribunal justifica su decisión permite ubicarlos en corrientes específicas de la filosofía jurídica, según las tipologías de Barberis y otros autores citados en las fuentes.

1. La Postura de la CSJ: Positivismo Metodológico Estricto

La metodología de la CSJ se alinea con el **Positivismo Metodológico** y el **Formalismo Interpretativo**, priorizando el estricto apego a la norma positiva y la verdad jurídica objetiva del delito.

A. Adhesión a la Tesis de la Separabilidad:

La CSJ aplica la **Tesis de la Separabilidad**, tesis central del positivismo, que niega la conexión necesaria entre derecho y moral. **Herbert Hart** (1998, *El concepto del derecho*, p. 227) postuló esta tesis, siendo el punto de vista del derecho moderno que entre las normas jurídicas y las normas morales o sociales existen solo conexiones **contingentes**.

La CSJ utiliza esta distinción para separar la **ficción del acuerdo** (un acto contingente de voluntad y política criminal) de la **legalidad objetiva** del delito (el *quid iuris* de la responsabilidad penal) [Análisis previo]. Este esfuerzo por mantener el análisis de la norma (el requisito del subrogado) libre de evaluaciones de conveniencia se acerca al **Positivismo Metodológico**, que adopta el **Principio de la Wertfreiheit** (ausencia de valoraciones) de **Max Weber** (citado en Bobbio, 1970; Kelsen, 1960).

B. Formalismo Interpretativo y Logicismo:

La metodología de la CSJ, al negarse a extender la ficción, se basa en la **Interpretación Literal** y la **subsunción**, propia del **Racionalismo Logicista** que dominó en el siglo XIX (García Amado, 2023, *Argumentación Jurídica*, p. 69).

- La Corte trata el requisito del subrogado como una **regla rígida**. El razonamiento decisorio, si se pretende racional, debe tener una **estructura deductiva** (Alchourrón y Bulygin, citados en García Amado, 2023, p. 87). La CSJ deduce que, si la pena mínima es de 9 años (el hecho real), la consecuencia es la negación del subrogado.

2. La Postura del TSJ: Escepticismo Moderado y Coherencia Sistémica

La postura del TSJ, al defender la validez integral del preacuerdo en aras de la **coherencia** procesal, se aparta del formalismo estricto y utiliza una lógica interpretativa más flexible, propia del **Positivismo Interpretativo**.

A. Escepticismo Interpretativo y Discrecionalidad:

La decisión del TSJ de elegir que la calificación jurídica acordada sea la que rijá todos los efectos es un acto de **elección** ante la indeterminación.

- **Escepticismo Moderado:** Esta corriente reconoce que las disposiciones legales pueden tener **más de un significado** o admitir interpretaciones diferentes, especialmente en los "casos difíciles" (Hart, 1958, en Barberis, 2024, p. 77). El juez, al enfrentar el conflicto entre la regla del subrogado y la ficción del acuerdo, se ve obligado a **elegir** [Análisis previo].
- **Discrecionalidad Judicial:** El TSJ defiende que esta elección no es arbitraria, sino que se justifica en razones: la **racionalidad argumentativa**. Según **García Amado** (2023, *Argumentación Jurídica*, p. 47), la existencia de discrecionalidad es un "elemento esencial y definitorio" de la actividad judicial. El TSJ ejerce esta discrecionalidad para garantizar la funcionalidad del sistema penal acusatorio [Análisis previo].

B. Coherencia y Neoconstitucionalismo:

Aunque el TSJ no abandona el derecho positivo, su defensa de la primacía del acuerdo vinculante se alinea con la lógica de los **principios del Neoconstitucionalismo** (Alexy, 2012; Bernal Pulido, 2009).

- **Principio de Congruencia/Eficacia:** El TSJ recurre a un **argumento sistemático** al afirmar que la sentencia desconoce la congruencia al desdoblar las calificaciones [Análisis previo]. Esto refleja la necesidad de una **coherencia** en la justificación. **Guastini** (2014, *Interpretar y argumentar*) señala que las interpretaciones y los argumentos deben ser **sistemáticos** para ser aceptados. El TSJ utiliza principios como la base de su elección, buscando la interpretación que **se acomoda al fin** de la norma (García Amado, 2023, *Argumentación Jurídica*, p. 99).

III. Estrategias Metodológicas y Tipos de Razonamiento

La metodología empleada por cada tribunal refleja su concepción filosófica, diferenciando claramente el uso de argumentos literales y formales frente a la ponderación implícita de principios.

Criterio Metodológico	CSJ: Positivismo Metodológico Estricto	TSJ: Escepticismo Moderado / Positivismo Interpretativo
Visión Filosófica	Positivismo Metodológico (Bobbio, 1996).	Escepticismo Interpretativo Moderado (Barberis, 2024).
Metodología de Aplicación	Subsunción Logicista y Formalista. El razonamiento es una deducción estricta: si la premisa normativa de la pena mínima no se cumple, el subrogado se niega (García Amado, 2023, p. 69).	Argumentación Teleológica y Decisoria. La decisión es una elección justificada en la coherencia. Se utiliza el argumento que se acomoda al fin de la norma (García Amado, 2023, p. 99; Guastini, 2014).
Uso de la Hermenéutica	Argumento Literal o Declarativo. El juez constata el significado unívoco de la regla, presumiendo la indisponibilidad de la norma del subrogado.	Argumentos Sistemáticos/Principialistas. Se apela a la coherencia sistémica y la congruencia para dar pleno efecto a la calificación acordada (Guastini, 2014, <i>Interpretar y argumentar</i>).
Tratamiento de Conceptos	Los conceptos son rígidos . La calificación de "autor" es una realidad ontológica jurídica que no puede ser subvertida por una ficción [Análisis previo].	Los conceptos son flexibles por la vía del acuerdo. El tribunal defiende la construcción de principios para remediar la indeterminación, acercándose al constructivismo ético (Nino, 1989, <i>El constructivismo ético</i>).
Racionalidad Judicial	Racionalidad Formal [García Amado, 2023]. La lógica es la garantía de la racionalidad de la decisión (Alchourrón y Bulygin,	Racionalidad Dialógica/Argumentativa [García Amado, 2023]. La racionalidad no está dada solo por la lógica, sino por la fuerza

	citados en García Amado, 2023).	de convicción y la calidad de los argumentos [García Amado, 2023, p. 47].
--	---------------------------------	--

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid. —. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Ad-Hoc, Buenos Aires. —. (2012). *Teoría de los derechos...*, cit. (El texto remite a este título como referencia en notas al pie). —. (1998). *Theorie der juristische Argumentation* (trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*). Giuffrè, Milano.

Atienza, M. (1998). *Introducción al Derecho*. Fontamara. —. (1986). *Sobre la analogía en el derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*. Civitas, Madrid. —. (1997). Estado de derecho, argumentación e interpretación. *Anuario de filosofía del Derecho*, XIV. **Atienza, M. y Ruiz Manero, J.** (1996). *Las piezas del derecho*. Ariel, España.

Barberis, M. (2024). *Introducción al estudio del derecho* (2ª ed.). Palestra Editores, Lima. —. (2011). *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*. Il Mulino, Bologna.

Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Universidad Externado, Bogotá.

Bobbio, N. (1996). *Il positivismo giuridico* (1961) (ed. nueva). Giappichelli, Torino. —. (1995). *Eguaglianza e libertà*. Einaudi, Torino. —. (1970). *Studi per una teoria generale del diritto*. Giappichelli, Torino. —. (1993). *Teoria del ordinamento giuridico* (1959-1960). Giappichelli, Torino. —. (2006). *L'analogía nella logica del diritto* (1938). Milano.

Comanducci, P. (1992). *Assaggi di metaetica*. Torino.

Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons, Madrid. —. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons, Madrid.

García Amado, J. A. (2023). *Argumentación Jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*. Tirant lo Blanch, Valencia.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. —. (1999). *Distinguiendo*. Editorial Gedisa, Barcelona. —. (2013). *Distinguiendo ancora. Nuovi saggi di teoria del diritto*. Marcial Pons, Madrid. —. (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*. Giuffrè, Milano.

Hart, H. L. A. (1998). *El concepto del derecho* (1961). Abeledo-Perrot, Buenos Aires. —. (2005). *Positivism and Separation of Law and Morals* (1958) (trad. it. *Il positivismo e la separazione fra diritto e morale*). En A. Schiavello y V. Velluzzi (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo*. Giappichelli, Torino.

Kelsen, H. (1966). *General Theory of Law and State* (1945) (trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*). Etas, Milano. —. (1966). *Reine Rechtslehre* (1960) (trad. it. *Dottrina pura del derecho*). Einaudi, Torino. —. (1965). *Recht und Logik* (1965) (trad. it. *Diritto e logica*). En P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II. Giappichelli, Torino. —. (2013). *Teoría pura del derecho*. Géminis, Bogotá.

Nino, C. (1989). *El constructivismo ético*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

LA ANOMIA EN LA ARGENTINA CONTEMPORÁNEA, UN ANÁLISIS DURKHEIMIANO DE LA INOBSERVANCIA DE LA LEY PRESUPUESTARIA Y SUS CONSECUENCIAS SOCIOECONÓMICAS

Hernan Jorge LLebara¹

Introducción

La sociedad argentina se ha caracterizado históricamente por una accidentada vida sociopolítica, donde la prolongada ausencia del imperio de la ley ha dejado como secuela una preocupante naturalización de la anomia en la opinión pública. Este fenómeno, entendido desde una perspectiva durkheimiana, no solo se limita a la esfera social, sino que impregna profundamente las estructuras institucionales del Estado². En un contexto marcado por elevados porcentajes de actividades económicas sin regulaciones, recurrentes procesos de desclasamiento social y dinámicas estatales que distorsionan las reglas que deberían regirlas, el concepto de anomia emerge con una notable capacidad heurística para comprender las particularidades nacionales.

El presente trabajo se propone indagar en la intrincada relación entre la anomia institucional, específicamente la inobservancia de la ley presupuestaria en Argentina, y sus profundas consecuencias en el tejido social y empresarial. Partimos de la premisa de que un sistema presupuestario que no se adhiere a los principios de legalidad se transforma en un sistema anómico, con efectos que trascienden la mera gestión pública para impactar directamente en los derechos individuales y colectivos, así como en la previsibilidad y la capacidad de desarrollo del sector privado. A través de un análisis que conecta las conceptualizaciones clásicas de Durkheim con las problemáticas contemporáneas argentinas, buscamos dilucidar cómo la degradación de las normas presupuestarias contribuye a un estado generalizado de anomia, caracterizado por la inseguridad jurídica, la arbitrariedad y la falta de respeto por el Estado de derecho.

El Concepto de Anomia: Una Lente Durkheimiana para Comprender la Crisis

Émile Durkheim, en su tesis doctoral de 1892, de la división del trabajo social, fue pionero en emplear el concepto de anomia para explicar los conflictos y desórdenes que surgían en el mundo económico. Para Durkheim, la anomia se manifestaba cuando la ausencia de regulaciones permitía que los intereses enfrentados de los actores carecieran de límites, derivando en enfrentamientos y crisis sin predominios durables. Postulaba la necesidad de establecer normativas que armonizaran las relaciones sociales y atenuaran las asimetrías, pues la situación de desigualdad y conflicto resultante era percibida como una anarquía, un fenómeno "mórbido" opuesto al propósito fundamental de toda sociedad: moderar la guerra entre los hombres³. En sus Lecciones de sociología, Durkheim extendió esta preocupación, señalando cómo la ausencia de regulaciones en la vida económica llevaba a que industriales, comerciantes y obreros actuaran sin una disciplina moral que

¹ Hernan Jorge LLebara, abogado, Magister en derecho empresario, Doctorando de la Universidad del Museo Social.

² Sidicaro, R. (2015). Las anomias argentinas. Apuntes de investigación del CECYP, (26), 120

³ Durkheim, É. (1967). De la división del trabajo social. Schapire, p. 121.

contuviera su egoísmo. Preveía que esta situación de anomia, al permear las actividades donde la mayoría de los ciudadanos pasaban su vida diaria, no podía sino difundirse al conjunto de la sociedad⁴.

Posteriormente, en su investigación sobre el suicidio, Durkheim amplió su conceptualización, vinculando los estados de anomia con las crisis y las estructuras de sociabilidad específicas, no solo con las grandes transformaciones económicas. En este marco, la anomia se relacionaba con los ciclos de prosperidad o recesión económica que generaban cambios en la estructura social de individuos y grupos, obligándolos a readecuar sus orientaciones a nuevas normas de conducta. Este "desclasamiento", ya sea ascendente o descendente, implicaba la pérdida de integraciones sociales previas y la carencia de criterios normativos para desenvolverse en nuevos espacios de práctica. En tales circunstancias, los individuos tendían a actuar motivados por sus propios intereses, debilitándose los fines comunes. La "enfermedad del infinito", es decir, la desmedida de los deseos al no hallar contención, se intensificaba, especialmente en aquellos favorecidos por las crisis, quienes, con su mayor fortuna, veían despertar todo tipo de codicias⁵. El sociólogo Philippe Besnard sintetizó esta evolución al distinguir la anomia "crónica" (derivada de la división del trabajo social) de la anomia "aguda" (producida por los desclasamientos)⁶.

A comienzos del siglo XX, Durkheim optó por reemplazar el término "anomia" por expresiones como "la crisis en la que vivimos" o "el malestar que nos envuelve"⁷, aunque su interés por el orden moral y la solución a la ausencia patológica de normas morales persistió en obras como *La educación moral*⁸. Zygmunt Bauman, en el siglo XXI, recuperó la pertinencia del concepto durkheimiano al aplicarlo a su tesis sobre la "modernidad líquida" y la "licuación" de diversos ámbitos sociales en la era de la globalización. Bauman argumentó que la anomia, definida como la ausencia o mera oscuridad de las normas, constituye el peor escenario para las personas en su lucha por llevar adelante sus vidas, ya que augura una "imposibilidad lisa y llana"⁹. En esta modernidad fluida, donde el capital domina por su movilidad espacial y los deseos de enriquecimiento se desvinculan de compromisos sociales, se generan condiciones de empleo y desclasamiento que evocan las situaciones anómicas descritas por Durkheim¹⁰.

La Anomia en el Contexto Socioeconómico Argentino

Al aplicar el paradigma durkheimiano a la sociedad argentina, se observa una anomia crónica arraigada en la división del trabajo social. Amplios segmentos de la población económicamente activa, tanto en el sector urbano como rural, operan al margen de las normas legales establecidas. A diferencia de la anomia crónica conceptualizada por Durkheim, en Argentina se trata de prácticas laborales y mercantiles que no solo carecen

⁴ Durkheim, É. (2003). *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del Derecho y otros escritos sobre el individualismo, los intelectuales y la democracia*. Miño y Dávila, pp. 75-76.

⁵ Durkheim, É. (2006). *El suicidio. Estudio de sociología y otros textos complementarios*. Miño y Dávila, pp. 309, 361-362.

⁶ Besnard, P. (1998). Anomia y fatalismo en la teoría durkheimiana. *Revista española de investigaciones sociológicas*, (81), 41-62; Sidicaro, R. (2015), p. 123.

⁷ Durkheim, É. (1969). *Journal Sociologique*. PUF, p. 303; Sidicaro, R. (2015), p. 124.

⁸ Orru, M. (1983). The ethics of anomie: Jean Marie Guyau and Émile Durkheim. *British Journal of Sociology*, (34); Sidicaro, R. (2015), p. 124.

⁹ Bauman, Z. (2003). *Modernidad líquida*. FCE, p. 26.

¹⁰ Bauman, Z. (2003), p. 129; Bauman, Z. (1999). *La globalización. Consecuencias humanas*. FCE; Bauman, Z. (1989). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Gedisa, p. 68; Sidicaro, R. (2015), p. 125.

de regulaciones, sino que violan leyes cuya observancia no es garantizada por los organismos públicos pertinentes. Estas transgresiones también se replican en las contrataciones de administraciones nacionales, provinciales y municipales¹¹.

El fenómeno del "trabajo en negro" es un claro ejemplo. Según estimaciones oficiales, alrededor del 35% de los asalariados se desempeña en estas formas no reglamentadas de empleo, donde impera la "ley del más fuerte". Si bien esta cifra se basa en la falta de descuentos jubilatorios, se estima que aproximadamente la mitad de la población activa argentina participa de prácticas laborales al margen de la ley, ya sea como empleadores, asalariados o cuentapropistas. A esto se suma la proliferación de prácticas comerciales "informales" —como las "saladitas"— en ciudades de todo tamaño, a menudo con la visible anuencia o complicidad de las autoridades locales y fuerzas policiales. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ya delineaba en 1997 el "círculo vicioso" del trabajo informal, donde la ley del más fuerte es ejercida por fuerzas policiales, caudillos políticos barriales y mafias delictivas¹². Estas precariedades reducen la capacidad de los afectados para proyectarse en el futuro y organizar su acción pública, lo que los hace escasamente movilizables¹³.

La anomia de crisis o por desclasamiento también ha sido una constante en la historia argentina. Los ciclos recurrentes de prosperidad y recesión económica han provocado cambios drásticos en la estructura social. Los años 90, por ejemplo, generaron desclasamientos en los sectores de clase media, forzando reorientaciones de valores. Más recientemente, la crisis de 2001-2003 se correlacionó con un aumento significativo en las tasas de suicidio, un indicador de anomia según Durkheim¹⁴. Asimismo, el enriquecimiento de empresarios e inversores del sector agrario tras las alzas de precios de exportaciones en la década de 2000 generó procesos de desclasamiento ascendente, acompañados de las incertidumbres propias de quienes ofertan bienes en mercados internacionales carentes de límites y normas claras¹⁵.

Es notable que, a pesar de estos significativos "macro-observables" de relaciones mercantiles sin regulaciones legales, en Argentina no se han registrado desórdenes sociales comparables a los que alarmaban a Durkheim. Esto se explica, en parte, por la naturalización de la explotación laboral en el sector informal y por la disminución de las aspiraciones de los subordinados, mecanismos de dominación que operan atenuando los efectos de la "enfermedad del infinito"¹⁶. Sin embargo, esta aparente calma no debe confundirse con la ausencia de malestar. Las insatisfacciones se canalizan, en parte, a través de otros ámbitos de sociabilidad como entidades religiosas, culturales, deportivas, gremiales y, sobre todo, la familia, que imponen normas éticas y legales que fortalecen la integración social y disciplinan las subjetividades, compensando la falta de confianza en las instituciones estatales¹⁷.

¹¹ Sidicaro, R. (2015), p. 126.

¹² OIT. (1997). Trabajo en el Mundo 1997-98. Relaciones laborales, democracia y cohesión social. Ginebra, p. 204; Sidicaro, R. (2015), p. 127.

¹³ Bourdieu, P. (1999). Contrafuegos. Anagrama, p. 122; Sidicaro, R. (2015), p. 127.

¹⁴ MSAL. (2013); Sidicaro, R. (2015), p. 128.

¹⁵ Sidicaro, R. (2015), p. 127.

¹⁶ Durkheim, É. (2006), p. 309; Sidicaro, R. (2015), p. 128.

¹⁷ Sidicaro, R. (2015), p. 128.

La Anomia Institucional y el Marco Presupuestario Argentino

La anomia institucional en Argentina es un observable empírico de gran visibilidad, manifestándose en la violación de legislaciones en las relaciones laborales y económicas¹⁸. Esta situación se evidencia en la manera de obrar, pensar y sentir de los agentes públicos, formalmente encargados de aplicar las normas, pero que con frecuencia las transgreden, sin que ello genere mayor indignación en la conciencia pública. La denominada "inseguridad urbana", por ejemplo, a menudo remite a la anomia institucional reinante en las reparticiones administrativas encargadas de preservar la seguridad.

Émile Durkheim¹⁹, desarrolló un concepto de anomia sobre la base que la naturaleza humana necesitaba una autoridad que le pusiera límites (normas, convenciones) a sus pasiones y deseos, puesto que su ausencia podía llegar a ser destructiva para el propio individuo. Refiere cómo las desigualdades producto de las dinámicas sociales y económicas del capitalismo influyen en la anomia social. Los individuos, al sentir que las normas y convenciones bajo las cuales viven carecen de sentido de justicia y equidad, dejan de respetarlas porque consideran que han perdido sentido para ellos. La problemática de la ley presupuestaria y el concepto de anomia están estrechamente relacionados, ya que ambos se refieren a la falta de cumplimiento de normas y convenciones establecidas en una sociedad. En el caso de la ley presupuestaria, la problemática radica en la falta de observancia de las normas y procedimientos establecidos para la asignación y uso de recursos económicos por parte del gobierno. Esto puede resultar en una gestión opaca y poco transparente, donde los objetivos y necesidades de la sociedad no se reflejan adecuadamente en el presupuesto. Por otro lado, el concepto de anomia se refiere a la falta de cohesión social y a la ruptura de normas y convenciones sociales. En este sentido, las desigualdades producidas por las dinámicas sociales y económicas del capitalismo pueden influir en la aparición de la anomia social. Cuando los individuos perciben que las normas y convenciones no reflejan un sentido de justicia y equidad, pueden llegar a desobedecerla y actuar de manera contraria a lo establecido. En ambos casos, la falta de sentido y legitimidad de las normas y convenciones puede llevar a la inobservancia y a la aparición de conductas antisociales. Tanto en el ámbito de la ley presupuestaria como en la sociedad en general, es fundamental trabajar en la construcción de normas y convenciones que reflejen los valores de justicia, equidad y transparencia, promoviendo así una mayor cohesión social y un cumplimiento más efectivo de las normas.

Históricamente, el desenvolvimiento sociopolítico argentino no contó con una etapa de apogeo de respeto a las normas, lo que impide hablar de un "declive" de las instituciones en el sentido de Dubet, sino más bien de una persistencia de la "ley del más fuerte" y la ilegitimidad del poder estatal. Ejemplos extremos de esta anomia institucional fueron el fraude electoral, las limitaciones a las libertades públicas, las proscripciones políticas, la represión parapolicial y el terrorismo de Estado²⁰. Incluso fenómenos económicos como los altos porcentajes de inflación reflejan no solo las aspiraciones de ganancia ilimitada de grandes actores económicos, sino también la incapacidad del Estado para regular el

¹⁸ Sidicaro, R. (2015), p. 129.

¹⁹ Durkheim E. (2008) El suicidio. (Trad. Manuel Arranz) Buenos Aires, Argentina: Losada.

²⁰ Dubet, F. (2006). El declive de la institución. Profesiones, sujetos e individuos en la modernidad. Gedisa; Sidicaro, R. (2015), p. 130.

valor de la moneda, evidenciando una anomia institucional estructural²¹. La depreciación de la moneda, en última instancia, denota una pérdida de confianza social en las decisiones estatales, llevando a buscar refugio en monedas más seguras²².

Atienza²³, por su parte, sostiene que una buena ley debe cumplir con un conjunto de racionalidades: comunicativa, racional y eficiente –debe alcanzar los fines que pretende con instrumentos y medios adecuados. En primer lugar, con racionalidad comunicativa, en segundo lugar, racionalidad jurídica formal, en tercer lugar, racionalidad pragmática en cuarto lugar racionalidad técnica y por último racionalidad ética. La problemática de la ley presupuestaria se relaciona estrechamente con la aplicación de los principios de racionalidad en su diseño y ejecución.

Una buena ley presupuestaria debe cumplir con un conjunto de racionalidades para asegurar su eficacia y legitimidad. En primer lugar, la racionalidad comunicativa es fundamental para una ley presupuestaria efectiva. Esto implica que la ley debe ser clara, comprensible y accesible para todos los actores involucrados, desde los legisladores hasta los ciudadanos.

Una comunicación efectiva permite una mayor participación y comprensión de las decisiones presupuestarias, fomentando así la transparencia y la rendición de cuentas. En segundo lugar, la racionalidad jurídica formal es esencial para garantizar la legalidad y la legitimidad de la ley presupuestaria. Esto implica que la ley debe estar en consonancia con el marco jurídico existente y cumplir con los principios constitucionales y legales. Una ley que cumple con los requisitos formales fortalece la confianza en el sistema y evita posibles conflictos legales. En tercer lugar, la racionalidad pragmática se refiere a la capacidad de la ley presupuestaria para lograr los objetivos que pretende. Esto implica que la ley debe ser diseñada de manera que pueda implementarse de manera efectiva y lograr los resultados deseados en términos de asignación de recursos, control del gasto y consecución de metas presupuestarias. En cuarto lugar, la racionalidad técnica es crucial para una buena ley presupuestaria. Esto implica que la ley debe tener en cuenta los aspectos técnicos y económicos de la gestión presupuestaria, como la planificación, la evaluación de programas y proyectos, y el uso eficiente de los recursos. Una ley basada en fundamentos técnicos sólidos contribuye a una gestión más eficiente y efectiva de los recursos públicos. Por último, la racionalidad ética es fundamental en la ley presupuestaria. Esto implica que la ley debe estar fundamentada en principios éticos, como la equidad, la justicia y la responsabilidad social. Una ley que promueva la distribución equitativa de recursos y tenga en cuenta las necesidades de los sectores más vulnerables de la sociedad refuerza la cohesión social y promueve el bienestar general. En síntesis, la problemática de la ley presupuestaria radica en la necesidad de cumplir con un conjunto de racionalidades que garanticen su eficacia y legitimidad. Una ley presupuestaria que cumpla con los principios de racionalidad comunicativa, jurídica formal, pragmática, técnica y ética contribuirá a una gestión más eficiente, transparente y equitativa de los recursos públicos.

²¹ Weber, M. (1999). *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica, p. 82; Sidicaro, R. (2015), p. 130.

²² Sidicaro, R. (2015), p. 130.

²³ Atienza Rodríguez, M. (1989) *Contribución para una teoría de la legislación*, DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1989.6.21>. España, San Sebastián.

Un punto crítico de la anomia institucional se centra en la inobservancia de la ley presupuestaria. La Constitución Nacional, en su Artículo 75 inciso 8, atribuye al Congreso la facultad exclusiva de fijar anualmente el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, basándose en el programa general de gobierno y el plan de inversiones públicas. Sin embargo, la Ley de Administración Financiera (Nº 24.156), sancionada antes de la reforma constitucional de 1994, introdujo en su artículo 37 la posibilidad de que el jefe de Gabinete de ministros disponga reestructuraciones presupuestarias necesarias para su ejecución²⁴. Esta delegación de facultades, ampliada y convertida en permanente por leyes posteriores (como la 26.124 y 27.342)²⁵, ha sido objeto de severas críticas por socavar el principio de separación de poderes y el rol constitucional del Poder Legislativo.

Esta "delegación" es vista como una renuncia del Poder Legislativo a su supremacía, permitiendo que las modificaciones presupuestarias se realicen mediante una resolución administrativa del jefe de Gabinete en lugar de una ley, violentando así el principio básico del Estado de Derecho y flexibilizando el principio de reserva. Esta concentración de poder en una única persona no elegida por voto popular genera "superpoderes" que impiden el control democrático sobre el gasto público, abriendo la puerta a la arbitrariedad, los favoritismos y, potencialmente, la corrupción²⁶. La inobservancia de la ley presupuestaria, en este sentido, es un claro ejemplo de anomia, ya que rompe con la necesidad de una autoridad que ponga límites a las pasiones y deseos, conduciendo a una gestión opaca y poco transparente de los recursos económicos del gobierno²⁷. Las encuestas de cultura constitucional en Argentina revelan que un 83% de los ciudadanos perciben que las leyes no se respetan y un 70% considera que la Constitución no se cumple, lo que demuestra la profunda desconfianza en el sistema y la naturalización de la transgresión²⁸.

La crisis de 2001, con la violación de las leyes que garantizaban los depósitos bancarios, fue un claro ejercicio de anomia institucional que los actores públicos naturalizaron²⁹. La consecuencia más duradera de esta crisis fue la desarticulación del campo político, visible en el incremento de personalismos, nepotismos y la falta de agendas programáticas, lo que se traduce en una ausencia generalizada de confianza en las entidades electorales. Los proyectos de Reforma del Estado, lejos de resolver la anomia institucional, a menudo la agravaron al convertir los aparatos administrativos en sustitutos funcionales de los partidos en crisis, lo que permitió que el poder gubernamental, en vez de ser un regulador, se convirtiera en instrumento y servidor de intereses particulares³⁰. Durkheim ya advertía que, en épocas de gran perturbación, elementos nocivos ascienden a la superficie de la vida pública³¹, y que la inclinación estatal al despotismo existe en la medida en que no hay otros poderes que lo impidan³².

²⁴ Ley Nº 24.156, Art. 37

²⁵ Ley Nº 26.124; Ley Nº 27.342

²⁶ Ochea, N. A. (2010). Los superpoderes y la modificación de la ley 24156 /ley de administración financiera) en su art. 37; LLEBARA, H. J. (2024), pp. 136-138, 221.

²⁷ Durkheim, É. (2008). El suicidio. Losada, pp. 59, 91; LLEBARA, H. J. (2024), pp. 168-171

²⁸ Hernández, A. M., Zovatto, D., & Fidanza, E. (Comp.). (2016). Segunda encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica. ABA. EUDEBA, pp. 65, 123-124

²⁹ Sidicaro, R. (2015), p. 131.

³⁰ Sidicaro, R. (2015), p. 132; Durkheim, É. (2006), p. 364

³¹ Durkheim, É. (1973). La educación moral. Schapire, p. 167; Sidicaro, R. (2015), p. 132.

³² Durkheim, É. (2011). El dualismo de la naturaleza humana y sus condiciones sociales. Entramados y perspectivas. Revista de la carrera de sociología, (1), 191; Sidicaro, R. (2015), p. 132.

Consecuencias de la Inobservancia Presupuestaria: Impacto en la Sociedad y las Empresas

La inobservancia de la ley presupuestaria tiene un impacto directo y negativo en la eficiencia y eficacia del proceso presupuestario. La eficiencia, entendida como la relación entre costos y productos obtenidos³³, se ve comprometida cuando no se respetan las normas que deberían garantizar la optimización de recursos. Una buena ley presupuestaria debe cumplir con un conjunto de racionalidades —comunicativa, jurídica formal, pragmática, técnica y ética— para asegurar su eficacia y legitimidad³⁴. La ausencia de estas racionalidades en el proceso presupuestario argentino conduce a resultados ineficientes y a una distribución desigual de los beneficios³⁵.

Para el sector empresarial, la inobservancia de la ley presupuestaria genera un clima de incertidumbre y desconfianza que dificulta el desarrollo de actividades económicas. La falta de previsibilidad en las políticas públicas, especialmente en las asignaciones presupuestarias, impide a las empresas realizar una planificación estratégica sólida, afectando decisiones a largo y corto plazo, como la inversión, los métodos de evaluación, la composición de la estructura financiera y las alternativas de financiamiento³⁶. Por ejemplo, la paralización de obras públicas, debido a modificaciones discrecionales de partidas presupuestarias, impacta directamente en el tejido empresarial, desde grandes compañías hasta pequeñas y medianas empresas proveedoras, provocando despidos y suspensiones, especialmente en sectores como el automotriz y la construcción³⁷. Estas modificaciones pueden desfinanciar organismos públicos, afectar su función de control ("deber de policía") y generar competencia desleal, fomentando prácticas monopólicas y corruptas.

Un ejemplo contrastante de cómo una política pública bien ejecutada puede beneficiar al sector privado fue el Plan Conectar Igualdad, que buscaba dotar de netbooks a estudiantes argentinos. Esta iniciativa generó una demanda sin precedentes de hardware, software y servicios relacionados, impulsando el crecimiento de empresas ensambladoras, proveedores de software educativo y empresas de telecomunicaciones. Fomentó el desarrollo de nuevas aplicaciones y plataformas, creando oportunidades de negocio y empleo en servicios informáticos y formación de infraestructura de redes. Contribuyó a la formación de una nueva generación de usuarios digitales y estimuló la economía del conocimiento en Argentina. Sin embargo, incluso en este caso, se presentaron desafíos como la intensificación de la competencia y la necesidad de desarrollar capacidades locales para garantizar la calidad y la sostenibilidad. Este ejemplo resalta la importancia de una planificación y ejecución presupuestaria adecuada para generar un impacto positivo. La reducción de presupuesto en áreas como la capacitación docente, crucial para la adaptación al mercado laboral, erosiona la capacidad competitiva de las empresas asociadas a estos programas.

La falta de cumplimiento de los procedimientos presupuestarios es crucial para garantizar la eficiencia y eficacia del gasto gubernamental, así como la estabilidad del sector

³³ Cohen, E., & Franco, R. (1983). En Mokate, K. (2001). Eficacia, eficiencia, equidad y sostenibilidad: ¿qué queremos decir?, p. 4

³⁴ Atienza Rodríguez, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación

³⁵ Lockheed, M., & Hanushek, E. (1994). En Mokate, K. (2001). Eficacia, eficiencia, equidad y sostenibilidad: ¿qué queremos decir?, p. 4

³⁶ Zumba, M., Jácome, J., & Bermúdez, C. (2023). Modelo de gestión financiera y toma de decisiones en la mediana empresa, análisis de estudios previos. p. 22

³⁷ Pedrazzoli, M. (s.f.). La demolición de la obra pública. Página/12

privado. La delegación de facultades al jefe de Gabinete para modificar el presupuesto sin un control legislativo riguroso, combinada con la informalidad económica y la corrupción, perpetúa un sistema anómico que daña la capacidad productiva del país y genera desigualdades. La inobservancia de la ley presupuestaria no solo desnaturaliza las instituciones y el derecho, sino que socava la confianza en el sistema, llevando a una falta de eficiencia y, en última instancia, a la invalidez práctica de la norma jurídica, replicando un estado de anomia que afecta a la administración, la sociedad y el tejido empresarial. La escasa transparencia en la gestión de los recursos públicos y la debilidad de los sistemas de control y sanción fomentan la impunidad, lo que agrava la anomia institucional y social, perjudicando directamente al sector empresarial al no asignarse los recursos de manera equitativa ni priorizar las necesidades de la sociedad.

Conclusión

El análisis presentado, ha dilucidado que la problemática de la anomia crónica, que históricamente aqueja a la sociedad argentina, se manifiesta -al margen de la ley- en amplios segmentos de actividad económica, y encuentra un punto de inflexión crítico y estructural en la sistemática inobservancia de la ley presupuestaria. Esta perspectiva, fundamentada en la tesis durkheniana sobre la ausencia patológica de regulaciones y sus consecuentes desórdenes, permite comprender la naturalización de la transgresión que se extiende desde las dinámicas del trabajo informal hasta las más altas esferas institucionales.

La evidencia empírica confirma que la recurrente delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, convertida en norma permanente, configura un observable irrefutable de anomia institucional, la que socava el principio de reserva legal y la esencial separación de poderes. Esta degradación del marco normativo no constituye un mero desajuste técnico, sino una patología que desnaturaliza las racionalidades comunicativas, jurídica formal y ética de la ley. El resultado es un sistema que inyecta una profunda inseguridad jurídica y arbitrio en la gestión de los recursos públicos, impactando negativamente en la planificación, la eficiencia del gasto y, consecuentemente, en la capacidad de desarrollo del tejido empresarial.

En síntesis, entendemos que resulta necesario restaurar la argumentación jurídica como herramienta para evitar la inobservancia y, por ende, la anomia, ya que la finalidad de esta es buscar fundamento y garantizar la aplicación correcta de la ley.

LA CORTE SUPREMA COMO ACTOR POLÍTICO: ENTRE BUENAS RAZONES Y EL *LAWFARE*. UNA LECTURA DEL FALLO “VIALIDAD”¹

Matías Manuel Ringa²

1. Introducción

Si le dedicamos un minuto a observar el entramado sociopolítico de nuestro tiempo, se vuelve casi imposible no percibir un quiebre sustantivo, una desarticulación evidente con esa anticuada arquitectura del Estado de Derecho. Pero, ¿qué elementos se nos presenta como el síntoma más inequívoco de esta profunda mutación?

Sin duda, el primero de ellos es la insistencia con la que el Poder Judicial —y en particular las Cortes de los más altos rangos jurisdiccionales— ha decidido sentarse a la mesa para zanjar controversias que, hasta hace poco, eran patrimonio exclusivo de la arena política. Esta irrupción —que se denomina judicialización de la política³— tiene un efecto totalmente ineludible. Es, en definitiva, la transferencia de la responsabilidad de muchos asuntos vitales de la política a la órbita judicial. Nótese lo siguiente: no solo pone en jaque la pureza conceptual de la separación de poderes, sino que, además, fuerza una renegociación en tiempo real del frágil equilibrio entre todas las instituciones.

La política se supone que es el arte de la mediación para canalizar los conflictos que se susciten en la sociedad; y el Congreso debería ser el lugar principal donde se diriman estos conflictos, ya que en nuestro país —según nuestro sistema constitucional— es ese el ámbito institucional que representa al pueblo y a las provincias en su conjunto. Pero, miren lo que pasa en la realidad cotidiana: el conflicto político no se resuelve en este ámbito con negociaciones políticas, sino con prisiones preventivas; las disputas electorales, con recursos de amparo.

En este sentido, el derecho se ha convertido, por la misma impotencia del sistema político y agudizado, además, por la polarización, el individualismo y la destrucción del tejido social, en el campo de batalla final de las resoluciones políticas.

Otro síntoma de esta enfermedad institucional es la crisis de eficacia democrática. La democracia, al ser un sistema de promesas (como, por ejemplo, mayor igualdad y prosperidad), exige resultados. Cuando los gobiernos, sean del signo que sean, fallan repetidamente en garantizar la sostenibilidad de los equilibrios sociales y profundizan las desigualdades, la autoridad moral de la clase política se desintegra. Es aquí donde emerge el concepto de escenarios salvajes:

¹ Una primera aproximación del presente trabajo se presentó en las V Jornada Nacional y IV Internacional “Nuevas perspectivas de la argumentación jurídica en el siglo XXI”. Se agradecen los comentarios de Ritade Cássia Dias de Farias, Juan Pablo Lionetti de Zorzi y Rafael Mariano Braga quienes con sus observaciones en las jornadas colaboraron en mejorar el presente trabajo.

² Abogado y estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de Sociología del Derecho de la misma casa de estudios.

³ Para un análisis más detallado de este fenómeno, véase Fix Zamudio, H., “Judicialización de la política”, *MEMORIA IV Congreso Internacional de Derecho Electoral y IV Congreso Nacional de Tribunales y Salas Estatales Electorales*, Morelia, Michoacán, México, 2002, pp. 3-12.

“(…) aquellos escenarios que se plantean al margen de todas las variables consideradas en la construcción de escenarios estratégicos. Son escenarios que superan todo lo normalmente previsible. Como tales, irrumpen y se instalan abruptamente. Obligan a repensar una problemática desde cero y a buscar evidencias que permitan superar el impacto sobre las variables tenidas en cuenta hasta el momento.”⁴

Estos escenarios salvajes se potencian cuando la ineficacia social y la desconfianza cunden. El sistema democrático, que fracasa en acreditar resultados, es atacado por liderazgos personalistas que ganan apoyo precisamente por su capacidad de cuestionar las bases mismas del sistema. En este marco de alienación, la política se transforma. Ya no se trata de ganar las elecciones; se trata de "cancelar a los adversarios". Y la herramienta más poderosa para la cancelación no es la retórica, sino el proceso penal.

Desde esta perspectiva, he seleccionado un prisma de análisis, una especie de espejo donde poder ver este fenómeno: me refiero al fallo "Vialidad"⁵ (que tanto ruido hizo en nuestro país) de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN o Corte).

El fallo "Vialidad" expone, sin ambages, la fricción estructural que existe entre lo que la Corte debe ser —el árbitro supremo de los conflictos institucionales e intérprete último de la Constitución Nacional— y lo que ha llegado a ser: un jugador político con peso propio, capaz de orientar el destino de la contienda institucional y democrática, desconociendo las garantías constitucionales más vitales.

Por ende, el verdadero nudo que orienta esta ponencia puede resumirse en una pregunta: ¿De qué modo esta resonante sentencia termina por exponer ese límite tan borroso que separa a la argumentación jurídica (es decir, esa búsqueda permanente de “buenas razones” que justifiquen una decisión) de la sociología del derecho (esto es, el análisis del conflicto en sí y de la eficacia política que la decisión judicial acarrea y sus efectos en la sociedad)?

2. Judicialización de la política y *lawfare*: el derecho entre la razón y el poder

La judicialización de la política, para empezar, se refiere al proceso mediante el cual los actores políticos han optado por recurrir a los tribunales para dirimir disputas que, por tradición, solían resolverse exclusivamente en la esfera del Ejecutivo o el Legislativo. Un autor clave como Héctor Fix Zamudio⁶ nos recuerda que esta tendencia —que vemos especialmente activa en el derecho constitucional, administrativo y electoral— tiene un origen muy profundo. Él señala que las raíces están en el principio de supremacía constitucional que en América (más cerca de Montesquieu) se le dio desde Filadelfia un

⁴ Zuleta Puceiro, E., “Escenarios salvajes para las democracias pluralistas”, *El Cronista*, 2 de junio de 2022. [Disponible en: <https://www.cronista.com/columnistas/escenarios-salvajes-para-las-democracias-pluralistas/>].

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fernández de Kirchner, Cristina Elisabet y otros s/ incidente de recurso extraordinario", CFP 005048/2016/TO01/49/6/RH085, sentencia del 10 de junio de 2025 (Fallos: 348:494).

⁶ Fix-Zamudio, “Judicialización de la política”, cit., p. 3.

valor netamente jurídico. Esto, a diferencia de la tradición europea (más rousseauiana), en el que se le dio un valor político al principio de supremacía constitucional, ya que se puso como función principal del Parlamento representar la voluntad general⁷; y por esta razón, esta institución era la encargada de resolver los conflictos más importantes de la política nacional.

Esta misma dinámica de judicialización, que he esbozado, se cruza directamente con la compleja discusión que gira alrededor del concepto de *lawfare*. Si bien su matriz fundacional es militar⁸—donde aludía a una "guerra jurídica" para limitar el despliegue del instrumento militar—, en el contexto latinoamericano⁹, el término ha sido resignificado por completo. Hoy, lo entendemos como el empleo estratégico y deliberado de las herramientas jurídicas para concretar una persecución con claros fines políticos¹⁰. Sin embargo, autores como Zuleta Puceiro complejizan esta óptica, sugiriendo que la tensión no es novedosa: para él, la controversia sobre los usos alternativos de la justicia es una tendencia estructural e histórica de la política argentina, y que los procedimientos judiciales vinculados a la lucha por el poder “está en la base de tradición de persecuciones, exilios y ostracismos que caracteriza a las nacientes naciones latinoamericanas”¹¹.

En el mismo sentido, José Luis Martí nos recuerda que el uso "torcido o retorcido" del derecho para finalidades ilegítimas no es nuevo; lo nuevo es la articulación sistemática y global de esta práctica¹².

Hay una cosa que agrava aún más esto: la lógica inherente al *lawfare* corre el riesgo de terminar desembocando, mal que nos pese, en la aplicación práctica de eso que llamamos el derecho penal del enemigo (en adelante DPE)¹³. Si esto ocurre, ya sabemos lo que sucede en la administración de justicia: más rigorismo punitivo y que el fin justifique los medios empleados. Es decir, si un imputado es categorizado como un "enemigo" del sistema o de la moralidad dominante, automáticamente se le reducen sus derechos. Esta lógica contraviene determinadas garantías constitucionales¹⁴: la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el principio de legalidad. El *lawfare* se manifiesta, a su vez, en la

⁷ *Ibíd.*

⁸ Sobre este punto, véase Dunlap, C., “Introducción a la guerra jurídica. Manual Básico”, *Military Review*, 2017.

⁹ En esta ponencia analizó el contexto latinoamericano, pero en otras latitudes del mundo, como en Europa, también podemos detectar este fenómeno. Por ejemplo, véase Jopson, B., “«Leyes mercantiles» en España: los casos contra la familia Sánchez”, *Financial Times*, Madrid, 9 de mayo de 2025. [Disponible en: <https://www.ft.com/content/ac63b1ca-a37c-4d97-a7d0-7251eb6709e9>].

¹⁰ Para un análisis detallado de las diversas causas que se han llevado a cabo con una clara naturaleza política (por ejemplo, la denuncia realizada por el fiscal Nisman por el supuesto encubrimiento del atentado a la AMIA o los distintos procesos instruidos por el juez Bonadio), véase Laría, A., “La polémica sobre el Lawfare”, *Confluencia Digital*, 2020. [Disponible en: <https://confluenciadigital.com.ar/2020/03/la-polemica-sobre-el-lawfare/>].

¹¹ Zuleta Puceiro, E., “El debate sobre el lawfare”, *El Estadista*, del 25/3/21. [<https://elestadista.com.ar/el-estadista/el-debate-sobre-lawfare-n2423>].

¹² Martí, J. L., “Lawfare y democracia. El derecho como arma de guerra”, *Ideas: Revista de temas contemporáneos*, 2 de noviembre de 2020. [Disponible en: <https://revistaideas.cat/es/lawfare-y-democracia-el-derecho-como-arma-de-guerra/>].

¹³ Laría, A., “El enemigo tiene menos derechos”, *Confluencia digital*, 3 marzo 2021, [Disponible en: <https://confluenciadigital.com.ar/2021/03/el-enemigo-tiene-menos-derechos/>].

¹⁴ Para ver un análisis exhaustivo sobre el déficit de garantías de las instituciones, cfr. Ferrajoli, L., “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 39, 2005.

filtración mediática de pruebas, en el uso instrumental de la prisión preventiva, y en la celeridad o lentitud procesal según convenga al relato político.

Este panorama de conflicto constante, por fuerza, nos obliga a mirar hacia la esfera de la legitimidad. Desde este aspecto, la teoría de la argumentación jurídica¹⁵ nos da las herramientas para superar la simple formalidad que nos otorga la ley. Nos recuerda que existe una exigencia estructural que obliga a los jueces a más: deben justificar cualquier decisión con una racionalidad explícita, coherente, que logre tejer, de forma robusta, normas, hechos probados y principios de fondo. Es una tarea muchísimo más compleja, claro, pero absolutamente necesaria para responder a los desafíos que nos plantea el Estado de Derecho en pleno siglo XXI.

Ahora, en el ámbito penal, el paradigma garantista al que adhiere nuestro sistema constitucional y convencional es tajante. No hay grises. La protección de las garantías procesales y, principalmente, la necesidad de contar con una carga probatoria de hierro para la condena de una persona no pueden ser puntos de negociación. Son, sí o sí, la condición *sine qua non* para que una condena sea legítima, sobre todo si es una que tiene tanto impacto político y social. Cuando una causa ha sido politizada, la combinación de esa racionalidad argumentativa con un estándar probatorio severo adquiere una importancia sencillamente crítica. Al analizar casos de alta sensibilidad política —como la situación del caso de Uribe en Colombia, para dar otro punto de vista diferente en lo ideológico partidario— la imparcialidad e independencia judicial es solo una fachada vacía si no se acompaña de una exigencia probatoria férrea¹⁶.

No olvidemos jamás que la figura de la duda razonable no representa, en lo más mínimo, una simple concesión procesal o, mucho menos, un gesto de benevolencia. Recordemos que el principio *in dubio pro reo* tiene sustento constitucional en la presunción de inocencia, reconocida en el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina, el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este principio garantiza que nadie puede ser declarado culpable sin una sentencia firme que demuestre, más allá de toda duda razonable, la materialidad del hecho y la responsabilidad del imputado. Y no escapa de su ámbito de aplicación la valoración probatoria.¹⁷

3. El fallo ‘Vialidad’: cómo la Corte Suprema selló el desenlace del caso (2025)

El caso bajo análisis fue resuelto por la CSJN en fecha 10 de junio de 2025 bajo la carátula “Fernández de Kirchner, Cristina Elisabet y otros s/ incidente de recurso extraordinario”, expediente nro. CFP 005048/2016/TO01/49/6/RH085.

La Corte recuerda en sus considerandos que la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal decidió, sin más, mantener y confirmar la condena original: seis años de cárcel y la

¹⁵ Cfr. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, (trad. M. Atienza e I. Espejo), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; y Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Trotta, 2006.

¹⁶ García-Sayan, D., “Uribe ante la justicia: seis preguntas sobre una sentencia que divide”, *El País*, 9 agosto 2025.

¹⁷ Bacigalupo, E., *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1994, p. 43.

accesoria de inhabilitación perpetua para ejercer cargos públicos, en orden al delito de administración fraudulenta en perjuicio de la administración pública.

Frente a esa puerta procesal que se cerraba, la defensa interpuso un recurso extraordinario, que al ser denegado, abrió camino al recurso de hecho directo a la CSJN.

Desde el punto de vista técnico, la Corte fundó su decisión en la falta de “fundamentación autónoma” del recurso extraordinario, es decir, en la ausencia de una crítica concreta, razonada y autosuficiente que vinculara los agravios invocados con cuestiones de naturaleza federal. Sin embargo, más allá del rechazo formal, los planteos de la defensa permiten reconstruir los principales nudos problemáticos del proceso y el modo en que la Corte los desestimó uno a uno.

En primer lugar, la defensa alegó que se habían vulnerado los principios de independencia e imparcialidad judicial, así como el deber de objetividad del Ministerio Público Fiscal. Según su planteo, las relaciones personales y políticas entre algunos magistrados, fiscales y funcionarios del Poder Ejecutivo habrían comprometido el principio del juez natural, ya que los magistrados deben ser imparciales. La Corte, no obstante, descartó el argumento por considerarlo basado en conjeturas, sin respaldo fáctico ni intento de recusación válido conforme al artículo 55 del Código Procesal Penal de la Nación.

También se invocó la violación del principio acusatorio, bajo la idea de que el tribunal oral habría incorporado consideraciones de cargo no planteadas por la acusación. Para el Máximo Tribunal, ese cuestionamiento careció de desarrollo adecuado ante la Casación y no evidenció afectación alguna a la separación de roles entre acusar y juzgar. En la misma línea, la defensa sostuvo que el juicio había quebrantado el principio de congruencia al introducir, de manera sorpresiva, el denominado “plan limpiar todo”, que no figuraba en las etapas previas del proceso. Tanto la Cámara como la Corte entendieron, sin embargo, que se trataba de un elemento meramente contextual y no de un hecho nuevo, de modo que la base fáctica de la imputación —la defraudación al Estado mediante las licitaciones adjudicadas a las empresas de Lázaro Báez— permaneció inalterada.

Otro de los puntos centrales del recurso estuvo relacionado con la restricción del derecho de defensa a través de la denegatoria de determinadas pruebas periciales e informativas. La defensa cuestionó que el tribunal hubiera limitado la producción de prueba al seleccionar un conjunto reducido de obras para su análisis técnico. Frente a ello, la Corte valoró que el tribunal de juicio actuó dentro de los márgenes de la sana crítica, adoptando un método de muestreo razonable para evitar dilaciones indebidas y que, en todo caso, la defensa no había demostrado qué perjuicio concreto derivaba de aquella decisión.

Un argumento de estructura similar se planteó respecto de la supuesta desigualdad de armas, vinculada con la incorporación por lectura de mensajes de texto extraídos del teléfono de José López. La defensa sostuvo que no había podido controlar la legalidad de esa prueba, pero la Corte entendió que fue debidamente notificada y tuvo posibilidad de hacerlo, descartando así toda violación de garantías procesales.

Asimismo, se denunció la violación de la cosa juzgada y del principio *ne bis in idem*, en razón de que varias de las obras analizadas ya habrían sido examinadas por la justicia provincial de Santa Cruz, que descartó ilícitos. La Corte reafirmó aquí su doctrina tradicional: la operatividad de la cosa juzgada requiere la triple identidad de persona, objeto y causa, elementos que no concurrían en este caso, dado que la imputada no fue

parte de aquellos procesos y que los hechos investigados —vinculados con la administración de fondos nacionales— tenían una naturaleza distinta.

La defensa también invocó la violación de los principios de legalidad, culpabilidad e inocencia, afirmando que la condena carecía de prueba directa y que no se acreditó el dolo específico. El Tribunal, no obstante, entendió que los jueces de mérito habían valorado un conjunto profuso de pruebas —entre ellas contratos, decretos, vínculos comerciales con Lázaro Báez y beneficios económicos derivados de esa relación— que permitían inferir tanto la intervención de la imputada como su propósito de favorecer intereses particulares en detrimento de la administración pública.

Finalmente, el recurso sostuvo la existencia de un supuesto de “gravedad institucional”, al considerar que el fallo consolidaba un criterio de imputación ilimitado que afectaba la división de poderes. La Corte descartó también este planteo, señalando que en el proceso intervinieron más de veinte magistrados de distintas instancias —muchos de los cuales habían sido designados durante los gobiernos de la propia acusada—, lo que tornaba inverosímil la hipótesis de persecución institucional o política.

En definitiva, el fallo de 2025 no se molestó en revisar el fondo de la condena —como muchos esperaban—, sino que optó por limitarse a controlar la pura regularidad formal del recurso. Con ello, la Corte reafirmó, y de qué manera, una interpretación rigurosísima de los requisitos de admisibilidad del remedio federal.

Así, se consolidó la idea de que el recurso extraordinario no debe verse, ni por asomo, como una "tercera instancia penal". No es un espacio para volver a examinar hechos y pruebas; es, simple y llanamente, un ámbito sumamente excepcional de control formal, sin detenerse en un control sustancial del proceso penal.

El resultado, en la práctica, es que esta decisión selló definitivamente el desenlace del caso Vialidad. Pero hay algo más: proyectó una lectura institucional que, más allá del rigor jurídico que pueda esgrimirse, tuvo el efecto simbólico, casi quirúrgico, de clausurar toda posibilidad de una revisión de uno de los procesos penales más resonantes de toda la última década.

4. El desplazamiento del debate sustantivo: cuando la forma sustituye a la razón

Miremos esto con atención. En su decisión de junio de 2025, la Corte Suprema no abordó el fondo del caso Vialidad —ni la solidez probatoria de la condena, ni los planteos sustantivos sobre imparcialidad judicial, ni las denuncias por violación del principio de congruencia—, sino que optó por clausurar el debate a través de una justificación estrictamente procesal. El argumento fue claro: la defensa no había cumplido con la exigencia de una “fundamentación autónoma” en el recurso extraordinario y, por lo tanto, la queja resultaba inadmisibile. A eso sumó la invocación del tradicional estándar jurisprudencial según el cual la Corte no revisa cuestiones de hecho, prueba o derecho común, salvo que medie un supuesto de “arbitrariedad manifiesta”.

Formalmente, la Corte se refugia en estas reglas procesales para legitimar su decisión. Pero, desde una perspectiva garantista, el fallo plantea al menos dos tensiones serias. Por un lado, cuando se trata de una condena de altísimo impacto político e institucional, no

alcanza con escudarse en un defecto formal para disipar las dudas sobre la razonabilidad de la prueba o la equidad del proceso. Por otro, al elegir deliberadamente no ingresar en el examen del fondo, el tribunal se priva de una oportunidad valiosa para emitir un pronunciamiento público, fundado y pedagógico, que reafirme (o, si correspondía, revise) los estándares de prueba y de imputación aplicados en el caso.

La sentencia, en definitiva, hace estallar la tensión entre la formalidad del sistema procesal y la exigencia de razones sustantivas que, según la teoría de la argumentación jurídica, constituye la columna vertebral de la legitimidad judicial. Visto desde un enfoque sociológico, el núcleo político de la intervención de la Corte no radica tanto en el contenido del fallo, sino en el mecanismo elegido para resolverlo: el uso de la forma como sustituto de la razón. En un contexto donde la Corte tenía la oportunidad de oro de erigirse como el garante último de la transparencia institucional, ¿qué hizo? Prefirió, estratégicamente, blindarse tras un muro infranqueable de tecnicismo procesal. Con esta jugada, no hizo más que reforzar la incómoda percepción de que, ante casos de máxima relevancia política, el Poder Judicial está interesado sobre todo en preservarse a sí mismo.

El impacto social de esta decisión fue fulminante. En un solo movimiento, la Corte no solo aseguró que la condena se pudiera ejecutar, sino que, además, le puso candado a cualquier posibilidad de revisión judicial que intentara cuestionar la imparcialidad del proceso o, lo que es peor, la calidad real de la prueba. Al proceder de esta manera, se colocó en un lugar inequívocamente político: el de un órgano que, bajo la apariencia de neutralidad formal, opta por priorizar la estabilidad institucional derivada del fallo por sobre la deliberación jurídica exhaustiva que cabría esperar en una causa de semejante envergadura.

La desestimación sin profundizar demasiado en materia probatoria funciona, entonces, como un instrumento muy cuestionado desde dos puntos de vista: reduce drásticamente el costo argumentativo para el máximo tribunal y, al mismo tiempo, garantiza la funcionalidad política de la condena. Todo ello, hay que señalar, se inscribe perfectamente en la larga tradición argentina de intervención judicial directa en los conflictos de poder¹⁸, y un proceso estructuralmente habilitado por la propia naturaleza de la supremacía constitucional¹⁹.

5. El rostro político de la justicia

El análisis detallado del fallo "Vialidad" nos coloca de lleno frente a la esquizofrénica ambigüedad funcional en la que opera la Corte Suprema. Aquí, la argumentación jurídica, en su vertiente puramente procedimental, se transforma en la coartada perfecta para legitimar una intervención que, en esencia, es decididamente política.

La Corte esgrime la forma —la potestad procesal de desestimar— para blindar un resultado material cuyas consecuencias políticas son incalculables.

En este contexto, la desestimación sumaria sin profundizar en los aspectos señalados por la defensa no puede ser vista como un acto inocuo. Es decir, puede ser interpretada como la validación final y definitiva de una estrategia de persecución que fue coordinada, y de

¹⁸ Zuleta Puceiro, E., "El debate sobre el lawfare", cit.

¹⁹ Fix Zamudio, H., "Judicialización de la política", cit.

la dureza punitiva que se asocia intrínsecamente al DPE. La invocación de la "buena razón" utilizada por la CSJN funge como una coartada formal que permite a la Corte eludir el costo político de dictar un fallo que respete las garantías constitucionales.

Las implicaciones de esta lectura son meridianas. El Poder Judicial, y más concretamente la CSJN, ha cimentado su posición como un actor político de primer orden al que hay que prestarle una cuidadosa atención para evitar un uso arbitrario de sus facultades constitucionales. Esto no es un accidente, sino un reflejo del proceso de judicialización que es estructural a toda la región²⁰. La amenaza latente del *lawfare* se materializa justo aquí: en la instrumentalización de los procesos judiciales para dirimir batallas que son luchas por el poder que deberían redimirse en las urnas o en un juicio político en el Congreso.

El caso "Vialidad" y el caso colombiano que involucra a Uribe, por ejemplo, no son meros antecedentes judiciales; son espejos que reflejan una dura y compartida lección.

La justicia que se precipita a condenar sin alcanzar el umbral de la suficiencia probatoria requerida no solo incurre en una injusticia individual. Su daño es mucho más profundo: socava la base fundacional de la democracia y del Estado de Derecho. La razón de ser del Estado de derecho es justamente la de desarmar la moralidad política y someterla a la neutralidad y al imperio de la ley. Si el derecho se vuelve una herramienta ideológica, deja de ser un garante para la convivencia en comunidad y se convierte en un arma de facción política.

Debemos ser enfáticos: la credibilidad institucional jamás se construye ni se apuntala a través de la emisión de sentencias ejemplarizantes pensadas para el efecto político o social. Por el contrario, la legitimidad solo se afianza, de manera irrevocable y fundamental, mediante la ejemplaridad intachable de los procesos que las anteceden²¹.

Para una mejor ilustración de estas ideas, acompaño a esta ponencia un relevamiento detallado que hizo la plataforma global de datos y estadísticas el *Statista*²² sobre los diez expresidentes latinoamericanos que fueron condenados por los Poderes Judiciales de los países de Ecuador (Rafael Correa - 2020), Bolivia (Jeanine Áñez - 2021), Guatemala (Otto Pérez Molina - 2022), El Salvador (Mauricio Funes - 2023), Honduras (Juan Orlando Hernández - 2024), Brasil (Fernando Collor de Mello y Jair Bolsonaro, 2025), Perú (Ollanta Humala, 2025), Argentina (Cristina Fernández de Kirchner, 2025) y Colombia (Álvaro Uribe, 2025):

²⁰ *Ibíd.*

²¹ García-Sayan, D., "Uribe ante la justicia: seis preguntas sobre una sentencia que divide", cit.

²² La foto que se acompaña a continuación, fue extraída de la red social Instagram de la cuenta oficial del *Statista*. Disponible en: <https://www.instagram.com/p/DO6Ltdakhnu/>

Expresidentes latinoamericanos condenados por la justicia

Número de expresidentes que han sido condenados por la justicia entre 2020 y 2025



Rafael Correa (EC)
abril 2020



Jeanine Áñez (BO)
marzo 2021



Otto Pérez Molina (GT)
diciembre 2022



Mauricio Funes (SV)
mayo 2023



Juan Orlando Hernández (HN)
junio 2024



Fernando Collor de Mello (BR)
abril 2025



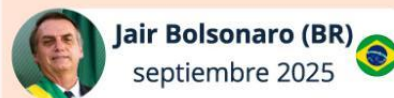
Ollanta Humala (PE)
abril 2025



Cristina Fernández (AR)
junio 2025



Álvaro Uribe (CO)
agosto 2025



Jair Bolsonaro (BR)
septiembre 2025



Fotos: Wikimedia Commons
Fuente: DW



statista

Asimismo, cabe aclarar que este relevamiento de la *Statista* omite varios casos actuales, como la del expresidente Pedro Castillo en Perú²³.

Por ende, esta problemática del *lawfare*, se ha convertido en la región y en el mundo en uno de los escenarios centrales del conflicto democrático contemporáneo.

6. El derecho y la ética judicial frente al poder: lecciones del caso Vialidad

²³ “Lawfare vs. Pedro Castillo en Perú”, *Observatorio Lawfare*, 31 de marzo de 2025. [Disponible en: <https://www.oblawfare.org/post/lawfare-vs-pedro-castillo-en-per%C3%BA>].

Teniendo en cuenta lo analizado hasta el momento, podemos ir concluyendo que el fallo “Vialidad” es un hito que marca la consolidación de la Corte Suprema argentina como un actor político institucional que trasciende su rol tradicional. El caso demuestra que la CSJN no solo ha superado la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”, sino que utiliza el derecho procesal para gestionar conflictos de poder que deberían ser resueltas por la política partidaria mediante el voto popular o el Congreso.

La tensión entre la argumentación jurídica (el deber de dar "buenas razones") y la sociología del derecho (el análisis de la eficacia y la función política del derecho) está cristalizada en la sentencia. La justificación técnica actúa como la coraza que reviste una decisión de profundo calado político. La ratificación de la condena debería, en este contexto, integrar, por parte de la Corte Suprema, tanto la racionalidad jurídica como la funcionalidad política de sus actos para dilucidar si estamos ante un ejercicio legítimo del control contramayoritario o ante la consolidación del *lawfare* como herramienta institucional y estructural.

En causas politizadas, las garantías constitucionales (entre ellas, la exigencia probatoria y transparencia argumentativa) adquieren una función adicional: son salvaguarda no sólo del individuo, sino de la credibilidad institucional. La omisión de un examen de fondo puede debilitar la percepción de imparcialidad.

Para combatir el sesgo ideológico, la imparcialidad no debe ser solo una presunción legal; debe ser una manifestación práctica, demostrada por el equilibrio y la proporcionalidad de las resoluciones judiciales. Un juez que dicta resoluciones dirigidas a "contentar a un sector de la tribuna" no solo daña su prestigio, sino que socava la democracia.

También propongo que nos centremos en el factor humano y ético. El juez debe ser éticamente irreprochable. El decimoquinto dictamen de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ)²⁴ es el espejo en el que debe mirarse la judicatura en tiempos de *lawfare*. En ese documento, se señala entre otras cuestiones que: 1) los magistrados deben extremar los recaudos cuando se trata de responsables políticos que estén o pueden ser objeto de investigaciones judiciales; 2) la importancia de la separación de poderes en un Estado de derecho para el correcto funcionamiento de la función jurisdiccional y la democracia (en este aspecto, cita a varios precedentes de Tribunales Supranacionales); 3) el impacto que tienen sus decisiones en la sociedad es directo, ya que sus fallos tienen un sustento en la fe de los ciudadanos en la administración de justicia; en particular si se pone en duda las dimensiones de imparcialidad e independencia; 4) en las estructuras jerárquicas del ámbito judicial es donde se decide las causas de mayor trascendencia nacional. Por ello, resulta vital la ejemplaridad y la virtud ética sobresalga en esta esfera del Poder Judicial; 5) los magistrados deben comportarse, en el ejercicio de sus actividades, al margen de la vida partidaria, siguiendo el principio del artículo 4 del Código Iberoamericano de Ética Judicial. En este sentido, los jueces tienen que extremar las medidas para evitar cualquier tipo de reuniones o otros actos, tanto privadas como públicas entre los integrantes del Poder Ejecutivo.

Por último, para investigaciones futuras sugiero un análisis empírico comparado de sentencias de altas cortes constitucionales en la región —podríamos tomar como base los

²⁴ Véase Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, *Decimoquinto dictamen sobre las implicaciones éticas de las relaciones de los jueces con los más altos responsables políticos de la Nación cuando están juzgando causas que les afectan*, 30 de abril de 2021. [Disponible en: <https://www.cumbrejudicial.org/novedades/xv-dictamen-de-la-comision-iberoamericana-de-etica-judicial>].

nueves países mencionados en el apartado anterior— y su correlación con indicadores de polarización política; (b) estudio de percepción pública sobre legitimidad judicial post-decisiones de este tipo de sentencias de trascendencia institucional; (c) propuestas normativas para reforzar la transparencia argumentativa y la ética en revisión extraordinaria cuando la materia es de alto impacto político.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA, TEORÍA RACIONAL DE LA PRUEBA Y DEMOCRACIA DELIBERATIVA.

UNA LECTURA FILOSÓFICA POLÍTICA DE LA OBRA ANALÍTICA DE JORDI FERRER BELTRÁN

Nicolás Emanuel Olivares¹

“...que se afirme que algo es el propósito de una institución o actividad no excluye que existan otros propósitos o finalidades...” (Ferrer Beltrán 2005: 72)

Introducción

En este trabajo atenderemos a un interrogante general y tres interrogantes específicos. En todos y cada uno de los casos emplearemos como estrategia didáctica la contrastación de los presupuestos políticos normativos implícitamente asumidos por J. Ferrer Beltrán en sus trabajos sobre teoría racional de la prueba (Ferrer Beltrán, 2005, 2007, 2010, 2020), con aquellos explícitamente defendidos por F. Atria en su defensa de un modelo moral comprensivo, no epistémico e idealista de la democracia deliberativa (Atria, 2016).

Por un lado, en cuanto a la principal pregunta a atender, la misma podría formularse de la siguiente manera: ¿acaso es compatible la teoría racional de la prueba con cualesquiera concepción normativa de democracia? Como puede apreciarse, nuestra principal preocupación reside en develar si resultase adecuado sostener que dicha atractiva teoría en materia de razonamiento probatorio adscribe o bien resulta consistente con una particular interpretación del concepto normativo de legitimidad democrática. En respuesta a esta primera gran incógnita aportaremos argumentos en defensa de la siguiente hipótesis exploratoria general: “la teoría racional de la prueba resulta consistente con una concepción democrática deliberativa”.

Por otro lado, como adelantamos, pueden identificarse en este trabajo tres interrogantes derivados de aquella incógnita principal. En primer lugar, nos preguntaremos: ¿con que tipo de teoría democrática deliberativa resultaría más adecuado vincular a la teoría racional de la prueba?, ¿con una teoría deliberativa de bases morales comprensivas o políticas?. En segundo lugar, asumida aquella pregunta central, cabe preguntarse: ¿la teoría racional de la prueba coincide con los presupuestos de una justificación epistémica o con una justificación netamente sustantiva de la democracia deliberativa? En tercer lugar, una vez atendidos los dos interrogantes anteriores, nos retrotraeremos a la concepción de normatividad que reside detrás de la teoría racional de la prueba: ¿acaso dicha perspectiva sobre el razonamiento probatorio se sustenta sobre una concepción idealista, realista o reflexiva de la normatividad? Como hemos efectuado con aquella pregunta central, adelantaremos en este apartado introductorio, lo que consideramos podrían ser tres interesantes hipótesis exploratorias específicas acerca de la mencionada teoría probatoria, afirmando que la misma: T1) coincide con una perspectiva

¹ Abogado (UNC, 2009), Profesor Universitario (UCC, 2011). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UNC, 2017). Magister en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC, 2017). Becario Posdoctoral CONICET-IEHSOLP (2017-2019), Becario Posdoctoral CONICET-UdG (2019-2021), Investigador Asistente CONICET-IEHSOLP (2021-2025). Profesor de Historia de las Instituciones (FCEyJ-UNLPam) y Profesor de Derecho Constitucional (FCEyJ-UNLPam). E-mail: olivares.nicolasemanuel@gmail.com

deliberativa de bases políticas; T2) asume una justificación epistémica de la democracia deliberativa; y T3) se sustenta sobre una concepción reflexiva de la normatividad.

Finalmente, a los fines de profundizar en nuestro planteo y atendiendo a las respuestas ofrecidas a aquellos interrogantes, nos detendremos brevemente a presentar dos principios políticos normativos, a saber: razonabilidad y reciprocidad, señalando que los mismos aparecerían, sea de forma implícita o explícita, en la teoría racional de la prueba defendida por J. Ferrer Beltrán, lo cual contribuiría al sostenimiento de las hipótesis exploratorias aquí raudamente explicitadas.

1. Una teoría racional y razonable de la prueba judicial

La teoría racional de la prueba de J. Ferrer Beltrán "...pretende abordar, desde la óptica de la teoría del derecho, los problemas conceptuales de la noción de prueba y de hecho probado, así como las posibilidades de justificación racional de la selección de las premisas fácticas del razonamiento judicial..." (Ferrer Beltrán, 2005: 17). En este sentido, el "...análisis de la relación entre las nociones de prueba y verdad (...) podría ser considerada como el núcleo sobre el que gira la totalidad del trabajo..." (Ferrer Beltrán, 2005: 17). En este contexto, la teoría racional de la prueba presupone una concepción "...de la verdad como correspondencia..." (Ferrer Beltrán, 2005: 18). Así también, J. Ferrer Beltrán afirma que la respuesta debe ser normativa, de manera que la teoría racional de la prueba "...no pretende describir cómo deciden los jueces sino indicar cómo deberían decidir si se quiere que sus decisiones sean racionales..." (Ferrer Beltrán, 2007: 21).

En cuanto a la conexión entre prueba y verdad, J. Ferrer Beltrán sostiene que existen dos posibles enfoques en materia de razonamiento probatorio. Por un lado, puede identificarse aquella perspectiva conforme la cual entre verdad y prueba media una relación *conceptual*, de manera que "...la verdad de una proposición es condición necesaria, pero no suficiente, para que pueda decirse que esa proposición está probada..." (Ferrer Beltrán, 2005: 55). Por otro lado, podemos atender a un enfoque diferente, el cual señala que "...la relación existente entre prueba y verdad es más bien *teleológica*; esto es, no adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera el objetivo último de la actividad probatoria..." (Ferrer Beltrán, 2005: 56). Este segundo tipo de conexión entre prueba y verdad es la adoptada en la teoría racional de la prueba (Ferrer Beltrán, 2005: 56-57).

Por su parte, entre las diversas maneras de conectar la verdad y lo político, F. Atria advierte que existen dos posturas que rechazan el principio democrático, dado que asumen una relación inadecuada e ineficiente entre los términos verdad y política fundada en su independencia. Estas dos posturas son, en mis propios términos, una postura *subjetivista radical*, conforme a la cual la verdad se construye por completo durante el debate, enfrentada a una postura *objetivista radical*, según la cual la verdad es completamente preexistente a todo debate político real. F. Atria señala que la primera postura (escéptica) lleva al extremo de señalar la inexistencia de un genuino mundo en común, dado que se privatiza el mundo político, siendo el mismo una agregación de creencias subjetivas individuales, mientras que la segunda postura (objetivista) lleva a un realismo extremo, conforme al cual lo común a todos, lo público, resulta predeterminado al debate real, con lo cual la participación y deliberación popular resultarían irrelevantes o, peor aún, innecesarias para descubrir la verdad política (Atria, 2016: 360).

Sin embargo, a consideración de F. Atria el rechazo de ambas perspectivas extremas no presupone que debemos abandonar la idea de verdad, sino que es necesario incorporar un entendimiento distinto de la misma, conforme al cual «la verdad cumple una función constitutiva de prácticas deliberativas, en el sentido de que sin referencia a ella esas prácticas no pueden sino degenerar en prácticas opresivas» (Atria, 2016: 364).

En este sentido, F. Atria propone distinguir dos acepciones, dimensiones o funciones del término verdad. Una primera concepción o función, a la que denomina apelativa, es aquella conforme a la cual la alusión a la verdad «pretende reemplazar la necesidad del argumento, es decir, cuando de el hecho de tener una proposición determinada el estatus de verdadera se ofrece como un argumento» (Atria, 2016: 364). Una segunda función de la verdad sería de tipo constitutiva y se daría «cuando la referencia a ella opera no dentro de la práctica argumentativa sino como uno de sus supuestos, es decir, cuando ella define el sentido de la argumentación» (Atria, 2016: 364). Esta distinción es la que permite, a consideración de F. Atria, demostrar la falsedad del dilema entre escepticismo y objetivismo moral. Con ello posibilita sindicar que la actual aporía, aunque acuciante, es aparente (Atria, 2016: 364). De este modo, a diferencia de lo que señalan otros pensadores, dicho autor considera que «la pregunta por la verdad [...] no es (solo) una pregunta filosófica, es una pregunta estrictamente política: es una pregunta por cómo nos hemos de entender a nosotros como ciudadanos» (Atria, 2016: 369).

En conexión con ello, F. Atria señala que la idea misma de deliberación y argumentación política presupone la igual dignidad humana de los deliberantes, así como su reconocimiento mutuo como interlocutores válidos. Aprovechándose de la distinción entre funciones de la verdad, el autor plantea dicha igual equidad dialógica como un aspecto anticipatorio de la política real en el sentido de que, si en la realidad no es tal el trato, la pauta comunicativa encamina todo para que así lo sea. F. Atria afirma que «solo entendiendo que nuestras prácticas políticas descansan constitutivamente en la noción de verdad [...] podemos entenderlas como prácticas que permiten el reconocimiento de la agencia del otro», ya que únicamente cuando la verdad es entendida de forma constitutiva «al encontrarnos y deliberar sobre cómo hemos de vivir estamos apelando a algo común a todos» (Atria, 2016: 376).

Retomando nuestra presentación de la teoría racional de la prueba de J. Ferrer Beltrán, cabe afirmar que la misma no propone a los operadores jurídicos negociar o votar sino *debatir argumentativamente*, lo cual implica asumir como apropiado un mecanismo democrático de toma de decisiones deliberativo por sobre otros posibles. Esta opción teórica en materia de justicia procesal imperfecta se sustenta sobre un particular entendimiento de los principios de racionalidad y razonabilidad en materia de juicio probatorio. Al respecto, es relevante señalar que el valor epistémico del mecanismo deliberativo de toma de decisiones es superior al de sus rivales: la negociación y el voto (Marí, 2006b: 2).

El referido *carácter epistémico* puede apreciarse en dos aspectos generales de la teoría racional probatoria. Por un lado, se señala que “...resulta necesario, aunque no suficiente, recurrir a las metodologías y análisis propios de la epistemología general para la valoración de la prueba...” (Ferrer, 2007: 19). En síntesis, la teoría racional de la prueba presupone que las metodologías y análisis propios de la epistemología general constituyen “...los mejores instrumentos disponibles para maximizar las probabilidades de que la decisión adoptada sobre los hechos se corresponda con la verdad...” (Ferrer Beltrán, 2007: 19). Ello demuestra el carácter epistémico que indiscutiblemente se otorga al proceso judicial. Por otro lado, se asume explícitamente una *perspectiva normativa consecuencialista*, la cual resulta perfectamente consistente con una perspectiva epistémica de la democracia deliberativa. Al respecto se señala que “...puede utilizarse una noción de racionalidad teleológica para juzgar tanto el diseño procesal de cada sistema jurídico y cada una de sus reglas sobre la prueba, como la forma de adoptar las decisiones sobre los hechos en el proceso judicial...” (Ferrer Beltrán, 2007: 20).²

² Con relación al cariz consecuencialista de la teoría racional de la prueba, el mismo se aprecia cuando J. Ferrer Beltrán señala que “...la idea de racionalidad que subyace a todo el trabajo (...) se trata de una

Dicho carácter consecuencialista o teleológico de la perspectiva epistémica se conecta con la búsqueda de aquellos resultados políticos que estén más y mejor informados, lo cual requiere de un proceso democrático deliberativo que permita eliminar o morigerar ciertos sesgos u obstáculos epistémicos propios del contexto no ideal. El carácter epistémico de la teoría racional de la prueba se evidencia aún más cuando se afirma que “...sólo si se garantiza que los hechos probados a los que se aplicará el derecho han sido obtenidos racionalmente a partir de los elementos de juicio aportados al proceso puede garantizarse también un nivel mínimamente aceptable de seguridad jurídica...” (Ferrer Beltrán, 2007: 57).

El *carácter argumentativo intersubjetivo* del proceso democrático deliberativo probatorio emerge con claridad cuando se afirma que “...para poder disponer de un criterio o un conjunto de criterios que permitan juzgar la corrección de la decisión judicial habrá que disponer de una teoría acerca de la suficiencia de los elementos de juicio, esto es, una teoría que nos diga cuándo o bajo qué condiciones los elementos de juicio disponibles son suficientes para que resulte racional aceptar una proposición como verdadera en el razonamiento decisorio...” (Ferrer Beltrán, 2005: 78). La teoría racional de la prueba define a la noción de justificación como relacional, considerando que “...un acto o una norma están justificados con relación a un conjunto de razones...” (Ferrer Beltrán, 2005: 98).³

Igualmente, dicho filósofo catalán afirma que “...necesitamos dar un paso más para estar en condiciones de decidir si vamos a considerar probada una hipótesis sobre los hechos en el proceso judicial; es imprescindible fijar el umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada...” (Ferrer Beltrán, 2007: 139). En este contexto, cabe advertir que “...la definición concreta de cada estándar de prueba presupone una decisión valorativa que corresponde hacer al poder legislativo...” (Ferrer Beltrán, 2007: 143) lo cual evidencia la necesidad de efectuar una decisión política y no meramente teórica. En síntesis, la teoría racional de la prueba no propone enunciar razones epistemológicas sino políticas para justificar la adopción de un estándar de prueba, siendo cada sociedad quien debe tomar las decisiones. Es relevante destacar que sin dichos estándares no existiría “...una valoración racional de la prueba ni un control de la valoración realizada...” (Ferrer Beltrán, 2007: 152).

El *carácter democrático* de la teoría racional de la prueba se devela más claramente cuando se sostiene que un momento previo al de “...la conformación de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión...” (Ferrer, 2007: 41) sería el de analizar aquellas reglas secundarias de atribución de autoridad democrática, conforme las cuales un determinado juez y no otro está legitimado para intervenir en dicho juicio. La cuestión aquí presentada es relevante no solo en un sentido enteramente jurídico procesal, sino también normativa sustancial, atento la garantía constitucional de juez natural. Así como puede apreciarse, independientemente de señalar como objetivo principal de la actividad probatoria la búsqueda de la verdad, la teoría racional de la prueba considera que dicha actividad jurídica probatoria “...está informada por diversos valores y objetivos...” (Ferrer, 2007: 47). Entre aquellos estándares que no son

noción de racionalidad teleológica o instrumental, que juzga la adecuación de medios a fines...” (Ferrer Beltrán, 2007: 67).

³ Aquí resulta de utilidad la distinción trazada entre la justificación de la decisión como norma individual y la justificación de la decisión judicial como acto. J. Ferrer Beltrán señala que dicha diferenciación nos permite dar cuenta de cierta relación entre normas sustantivas y procesales. Por un lado, “...si tomamos en consideración la justificación de la decisión como norma individual, las normas generales implicadas son, fundamentalmente, las normas sustantivas...” (Ferrer Beltrán, 2005: 99). Por otro lado, “...la justificación de la decisión judicial como acto depende del cumplimiento de las normas que lo regulan, esto es, de las normas procesales, principalmente...” (Ferrer Beltrán, 2005: 100).

estrictamente epistémicos podemos encontrar a los de razonabilidad, no arbitrariedad y contradicción (Ferrer Beltrán, 2007: 55-56).

Así, se aprecia en la teoría racional de la prueba un interesante equilibrio entre los aspectos epistémico y sustantivo del proceso democrático de decisión judicial. En este sentido, se afirma que el legislador o el juez pueden sacrificar el valor epistemológico a favor de la protección de ciertos principios o derechos fundamentales, siempre y cuando “...ese sacrificio epistemológico sea el único medio eficaz (o el medio más eficaz) para proteger el o los derechos fundamentales en cuestión...” (Ferrer Beltrán, 2007: 79). Así también, resulta necesario advertir que “...no se da aquí un conflicto entre la epistemología (entendida como actividad neutral desde el punto de vista valorativo) y ciertos valores sociales o morales que el derecho pretende proteger, sino, en último término (...) un conflicto entre distintos valores...” (Ferrer Beltrán, 2007: 80). En este mismo sentido se afirma que “...la averiguación de la verdad es un valor más que el derecho persigue y que puede entrar en conflicto con otros valores asumidos por el mismo derecho. En estos casos, evidentemente, estaremos ante un conflicto de valores que habrá que resolver. Y la decisión que se adopte no será en ningún caso informada por la epistemología sino por la política y la moral...” (Ferrer Beltrán, 2007: 82).

No obstante, como hemos adelantado, la teoría racional de la prueba no estaría sustentada en cualquier teoría democrática sino en una teoría deliberativa epistémica de la democracia. El *cariz deliberativo* de dicha teoría racionalista de la prueba se evidencia especialmente en dos de sus caracteres: “...a) el recurso al método de la corroboración y refutación de hipótesis como forma de valoración de la prueba...” y “...c) una fuerte exigencia de motivación de la decisión de los hechos...” (Ferrer Beltrán, 2007: 64). En este sentido, la teoría racional probatoria propone la necesidad de mecanismos de evaluación intersubjetiva de los criterios, procesos y decisiones procesales. En este sentido, uno de los caracteres fundamentales de la concepción racionalista de la prueba es “...la defensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores...” (Ferrer Beltrán, 2007: 64-65).

En sustento del carácter democrático deliberativo de la teoría racional de la prueba cabe afirmar que conforme dicho enfoque “...está probado que p se usa para hacer referencia al resultado conjunto de la actividad probatoria desarrollada a favor y/o en contra de la conclusión p ...” (Ferrer Beltrán, 2005: 29). Así la perspectiva deliberativa epistémica de J. Ferrer Beltrán se evidencia al asumir una particular concepción del razonamiento probatorio. Conforme la misma, “está probado que p ” debe ser considerado sinónimo de “hay elementos de juicio suficientes a favor de p ”. En sus propias palabras: “...en esta concepción, la prueba de una proposición tiene que ver con los elementos de juicio disponibles como corroboración de la hipótesis sobre los hechos que aquella expresa...” (Ferrer Beltrán, 2005: 35).

Ahora bien, ¿cuáles son las teorías probatorias con las cuales rivaliza directamente la teoría racional? Al respecto, J. Ferrer Beltrán diferencia entre una concepción persuasiva y otra racional de la prueba.

Por un lado, desde una *concepción subjetivista de la prueba*, “...si motivar es expresar lingüísticamente los motivos, los factores que han causado la decisión, habrá que dar cuenta del iter mental que ha llevado al juez al convencimiento respecto de los hechos (...) Pero los factores causales de nuestras creencias nos resultan (parcialmente) inaccesibles. Solo somos capaces de describir algunas de las más inmediatas circunstancias que nos llevan a adquirir una creencia, pero, desde luego, esta descripción, aún hecha concienzudamente, no sería más que limitada y muy parcial respecto de las causas de la decisión. En resumen, como he argumentado en el epígrafe anterior, si se vincula la prueba con las creencias subjetivas del decisor, la exigencia de motivación

resulta inútil (por lo que hace a sus funciones) y de imposible cumplimiento...” (Ferrer Beltrán, 2020: 375).

Por otro lado, desde una *concepción racionalista de la prueba* la motivación debe ser entendida “...como justificación de la decisión judicial. Así, para esta concepción, decir que una sentencia está motivada significa que está debidamente justificada...” (Ferrer Beltrán, 2020: 375). En otras palabras, desde una concepción racional del razonamiento probatorio, para que una sentencia este justificada no solo se requiere ofrecer razones suficientes que la funden, sino también que dichas razones sean expresadas lingüísticamente de modo analítico (Ferrer Beltrán, 2020: 376). Así, las ventajas que ostenta la concepción racional de la prueba, por sobre su par persuasiva, le permiten afirmar a J. Ferrer Beltrán que “...un sistema procesal (...) basado en la íntima convicción es incompatible con el derecho al debido proceso y con la interdicción de la arbitrariedad...” (Ferrer Beltrán, 2020: 372).⁴

En este marco teórico, J. Ferrer Beltrán manifiesta en diversos trabajos un claro rechazo a lo que podría considerarse una teoría decisionista del proceso judicial cuando señala que los árbitros de aquel complejo proceso, es decir los jueces, no deciden cuáles son las reglas, sino que éstas últimas emergen de prácticas interpretativas convergentes, realizadas por los jueces, sobre las disposiciones contenidas en la ley procesal (Ferrer Beltrán, 2010: 152-153).

De este modo, podría afirmarse que la teoría racionalista probatoria de J. Ferrer Beltrán *resultaría incompatible con las teorías epistocráticas y decisionistas de la democracia*. En primer lugar, las teorías epistocráticas de la democracia defienden la superioridad o exclusiva autoridad democrática de ciertos sujetos políticos especialmente capacitados para la toma de decisiones, con lo cual no asumen fundamentos normativos sustantivos como los de participación ciudadana, equidad argumentativa o no arbitrariedad (Estlund, 2011). En segundo lugar, las teorías decisionistas de la democracia, afirman que la justificación última de una norma, institución o medida jurídica depende de que la misma emane de una autoridad última indiscutible, quien ostenta la potestad de decidir en dicha situación sin necesidad de rendir cuentas, lo que elimina la posibilidad de una genuina deliberación o argumentación racional entre ciudadanos (Rosler, 2016).

La teoría decisionista del razonamiento probatorio, especialmente vinculada a la concepción constutivista del enunciado probatorio, afirma que “está probado que *p*” constituye el sinónimo de “el juez ha establecido que *p*.” Como puede apreciarse, “...esta es la concepción de buena parte de los autores escépticos ante la posibilidad de conocimiento de los hechos, ya sea de forma general, ya sea en el contexto judicial...” (Ferrer Beltrán, 2005: 32). Así, para algunos autores “...decir que un hecho está probado (jurídicamente) equivale a decir que ese hecho ha sido fijado formalmente (ha sido establecido) por el juez mediante el procedimiento oportuno...” (Ferrer Beltrán, 2005: 33).

J. Ferrer Beltrán crítica a la perspectiva decisionista del razonamiento probatorio, la cual sostiene que “está probado que *p*” se vincula a la creencia en *p* por parte del juez, se basa en la idea de creencia, afirmando que esta última “...especialmente inadecuada

⁴ Con relación al deber de motivar las sentencias judiciales, cuentan ellas con la participación o no de jurados ciudadanos, J. Ferrer Beltrán afirma que “...La más importante de las funciones endoprosales (...) es la que cumple la motivación como límite a lo decidible. Así, entendida la motivación como justificación de la decisión (sobre lo que volveré más adelante), el deber de motivar se traduce en el deber de tomar decisiones justificadas (siendo así una garantía de la correcta administración de justicia, en términos de la Comisión). La función extraprocesal de la motivación, en cambio, la vincula con el control social de las decisiones judiciales y, en esta medida, con su legitimidad y con un modelo de poder judicial propio de un estado democrático de derecho basado en la publicidad...” (Ferrer Beltrán, 2020: 364-365).

para dar cuenta de la actitud proposicional implicada en las declaraciones judiciales de hechos probados...” atento su “...independencia respecto del contexto...” (Ferrer Beltrán, 2005: 87). En otras palabras, “...la independencia del contexto, propia de las creencias, plantea serios problemas para dar cuenta de la actitud proposicional implicada en la declaración de hechos probados cuando se produce una disociación entre ésta y las creencias del juez acerca de los hechos del caso...” (Ferrer Beltrán, 2005: 88). Por el contrario la perspectiva racionalista del razonamiento probatorio conforme la cual “está probado que p ” se vincula a la aceptación de p por parte del juez, se sostiene sobre la idea de aceptación, la cual posee un carácter eminentemente práctico, así como es dependiente del contexto en el cual se despliega (Ferrer Beltrán, 2005: 91). La ventaja entonces de sostenerse sobre la idea de aceptación reside en su *carácter intersubjetivo* y la posibilidad de control por parte de terceros de la racionalidad y razonabilidad del proceso probatorio. En otros términos, “...si se reconstruye la fórmula “está probado que p ” de forma que suponga la actitud proposicional del juzgador consistente en aceptar que p , entonces resulta posible seguir preguntando acerca de las razones, la justificación, de esa aceptación...” (Ferrer Beltrán, 2005: 92).

En defensa de la hipótesis conforme la cual la teoría racional de la prueba resulta consistente con una teoría democrática deliberativa, cabe afirmar que J. Ferrer Beltrán asume implícitamente un enfoque deliberativo rawlsiano en materia democrática cuando afirma que “...el derecho (...) es un ejemplo de sistema de sistema de justicia procesal imperfecta. Disponemos de un criterio de corrección sustantiva, i.e., de reglas, y de un sistema institucionalizado de toma de decisiones aplicando esas reglas...” (Ferrer Beltrán, 2010: 159). Atendiendo a dicho marco teórico, “...el problema es cómo capturamos en nuestra teoría la tensión entre la dimensión sustantiva y la dimensión procedimental de los sistemas de reglas (...) Para que este problema se plantee basta que se disponga de un criterio de corrección de la decisión independiente de la mera voluntad individual de quien decide, en el momento en que decide...” (Ferrer Beltrán, 2010: 159). Aquí J. Ferrer Beltrán señala que “...para que pueda hablarse de corrección o incorrección de una decisión es necesario disponer de un patrón de corrección que sea independiente de la decisión misma a evaluar...” (Ferrer Beltrán, 2010: 163).⁵

A mayor abundamiento de la lectura democrática deliberativa de la teoría racional de la prueba, es relevante apreciar como las nociones de *razonabilidad* e *ideal regulativo* se cuean en la teoría racional de la prueba. Por un lado, con relación al estándar de *razonabilidad*, el autor afirma que “...si se acepta (...) el carácter relacional de los enunciados probatorios (...) respecto de los elementos de juicio (...) presentes en el expediente judicial, puede ponerse en tela de juicio la relación conceptual entre prueba y verdad. Esto es, aquella que consiste en postular a la verdad de un enunciado como condición necesaria para que pueda decirse que ha quedado probado...” (Ferrer Beltrán, 2005: 68). Por otro lado, en cuanto a la noción de *ideal regulativo*, J. Ferrer Beltrán rechaza la relación conceptual entre prueba y verdad, afirmando que “...la idea de existencia de estándares de prueba supone el carácter gradual de la corroboración de una proposición. Así la cuestión que se plantea es determinar qué nivel de corroboración va a considerarse suficiente para aceptar la proposición como probada...” (Ferrer Beltrán, 2005: 69).

⁵ Así también, como es bien sabido, las teorías democráticas deliberativas como la de J. Rawls otorgan un especial espacio a la idea de contexto, señalando que la razonabilidad de un arreglo institucional o de una medida jurídica depende de ciertas prácticas sociales, lo cual es plenamente consistente con la teoría racional de la prueba, en la cual “...la decisión sobre el umbral de suficiencia probatoria es contextual...” (Ferrer Beltrán, 2020: 138).

Por otro lado, más que relevante son las conexiones de sentido que podríamos establecer entre la noción de *aceptabilidad* de una proposición propia de la teoría racional de la prueba y la empleada por la teoría democrática deliberativa. La teoría racional de la prueba afirma que “...el punto de partida que puede permitir resolver el embrollo de la relación entre prueba y verdad de una proposición es la distinción entre “ser verdadera” y “ser tenida por verdadera”. Una proposición *p* es verdadera si, y sólo si se da el caso que *p* (...) Esto es si se produce una correspondencia entre aquello que dice el enunciado y los hechos del mundo. De esta forma, la verdad de una proposición no depende en absoluto de quién formule el enunciado que la expresa...” (Ferrer Beltrán, 2005: 73). Así también, corresponde afirmar que “...cabe la posibilidad de que se decida tener por verdadera una proposición e incorporarla en un razonamiento por otras razones que no son la creencia en su valor de verdad...” (Ferrer Beltrán, 2005: 74). Así, podría afirmarse que aceptamos un enunciado probatorio cuando decidimos actuar como si el mismo fuera verdadero, independientemente de si creemos o no que el mismo es verdadero (Ferrer Beltrán, 2005: 75). De este modo, “...la noción de aceptación (...) resulta ser una actitud voluntaria y es independiente respecto de las creencias que el sujeto tenga acerca de la verdad del enunciado...” En particular, “...el elemento de voluntariedad permite que sea posible también someter a regulación normativa la adopción de esa decisión...” (Ferrer Beltrán, 2005: 75). En este contexto teórico J. Ferrer Beltrán afirma, al igual que diversos deliberativistas que “...el criterio de aceptabilidad no puede ser sustantivo sino procedimental. Un enunciado sería aceptable como verdadero si tiene suficientes elementos de juicio a su favor o, más estrictamente, si está suficientemente corroborado por los elementos de juicio existentes en el expediente judicial. Ésta es, pues, una noción epistémica y objetiva de prueba...” (Ferrer Beltrán, 2007: 20).

2. Una teoría racional y razonable de la democracia

J. Cohen distingue, al menos, tres sentidos en los que puede calificarse de democrática a una teoría filosófica. En primer lugar, porque el contenido de dicha teoría adhiere a una forma de gobierno democrática. En segundo lugar, atento dicha teoría se justifica o fundamenta a partir de principios democráticos de gobierno. En tercer lugar, si los principios de la teoría permiten evaluar la calidad de las deliberaciones ciudadanas en una sociedad democrática. Cada uno de dichos sentidos se conecta con una específica idea de democracia. Dichas ideas son las siguientes: 1) la idea de democracia como régimen político de gobierno; 2) la idea de democracia como forma de sociedad; y 3) la idea de democracia como argumentación ciudadana (Cohen, 2003: 87).

La democracia deliberativa se ha presentado como una concepción democrática de segundo nivel normativo capaz de ser aceptada por las más diversas teorías normativas de primer grado, entre las cuales destacan las teorías de la justicia y las teorías puramente sustantivas de la democracia (Gutmann y Thompson, 2004: 13). De este modo, la democracia deliberativa se propone como una teoría democrática que ofrece presupuestos lo suficientemente generales como para ser aceptados desde perspectivas normativas disímiles y rivales, respetando así el profundo y persistente pluralismo político imperante.

A decir de J. L. Martí, “...la democracia deliberativa es un modelo político normativo cuya propuesta básica es que las decisiones políticas sean tomadas mediante un procedimiento de deliberación democrática” (Martí, 2006a: 22). Por ello, primordialmente el deliberativo, es un modelo de toma de decisiones (Martí, 2006a: 25). El procedimiento deliberativo actúa como proceso de justificación o legitimación de las decisiones políticas. Por su parte, A. Gutmann y D. Thompson, señalan que la democracia deliberativa puede ser definida como una teoría normativa de segundo orden, por lo cual resulta compatible con distintas teorías normativas de primer orden. En otras palabras, si

bien la democracia deliberativa desea promover los principios de legitimidad política y la justicia social, no se compromete con una definición normativa de primer orden de ambos estándares (Gutmann y Thompson, 2004: 13).

En dicho marco, el proceso democrático deliberativo, es entendido como un proceso autocorrectivo, cuyos resultados son moral y políticamente provisionales, atento están sometidos a continua revisión (Gutmann y Thompson, 2004: 67). De este modo, a diferencia de las concepciones democráticas agregacionistas, la democracia deliberativa no toma a las preferencias de los individuos como estáticas, sino que permite, y en ciertos casos promueve la transformación de estas. La democracia deliberativa considera que el proceso político de toma de decisiones debe seguir principalmente el principio argumentativo, por oposición a las concepciones democráticas agregativas que proponen seguir fundamentalmente los principios de voto y negociación (Martí, 2006b: 2-3).

Conforme J. L. Martí, la democracia deliberativa es un ideal regulativo político y su carácter deliberativo refiere a una forma particular de la toma de decisiones, basado en la argumentación o deliberación, en oposición a aquellas concepciones de democracia basadas en los principios de negociación y voto (Martí, 2006b: 2). Como ideal democrático, la democracia deliberativa reclama la inclusión de todas las personas (potencialmente) afectada por una decisión en el proceso mismo de toma de decisiones, reconociendo a cada uno de ellos la misma capacidad de influir en la decisión final. Como ideal deliberativo, las decisiones políticas deben ser hechas a través de un procedimiento colectivo de argumentación racional, donde discutir consiste en el intercambio de razones, a favor o en contra de ciertas propuestas razonables, orientadas a la meta de convencer a los demás de manera racional, en lugar de la participación estratégica orientada a imponer a los demás personales preferencias o deseos políticos (Martí, 2006b: 2-3).

Uno de los más destacados propulsores de una teoría democrática deliberativa ha sido J. Rawls. Dicho filósofo norteamericano señala que su liberalismo político especifica tres tipos de justificación en materia de justicia (Rawls, 1996: 385-386). El primero, es una justificación de tipo limitada o política, conforme la cual los valores políticos por sí solos son suficientes para justificar las medidas políticas que se discuten en relación a los elementos constitucionales fundamentales y principios básicos de justicia (Rawls, 1996: 386). El segundo, una justificación completa, la cual es llevada a cabo por cada ciudadano, individualmente considerado, en la cual se invocan tanto una concepción política como una comprensiva acerca de la justicia (Rawls, 1996: 386-387). En tercer lugar, una justificación pública llevada a cabo por una sociedad política. J. Rawls señala que esta idea básica a su liberalismo político, trabaja en conjunto con otras tres ideas, a saber: a) la idea de un consenso superpuesto razonable; b) la idea de estabilidad política por las razones correctas; y c) la idea de legitimidad política (Rawls, 1996: 387). Dicho tercer tipo de justificación (pública) es el que se pone en práctica cuando los ciudadanos políticos discuten acerca de la legitimidad democrática de determinada norma, institución o medida política concreta.

Mediante la exigencia de legitimidad impuesta al ejercicio del poder político mismo, el ideal rawlsiano de ciudadanía impone el *deber moral de civilidad*, conforme el cual, los ciudadanos están obligados a: 1) explicarse unos a otros, respecto de dichas cuestiones constitucionales fundamentales, cómo es que las políticas y principios por los que abogan pueden fundarse en los valores políticos de la razón pública; 2) correlativamente, escucharse unos a otros; y 3) decidir conforme un criterio de ecuanimidad cuál es el punto de vista más razonable, al que debe acomodarse toda la sociedad (González Altable, 2004: 90).

De este modo, conforme J. Rawls las normas, instituciones y medidas políticas para ser consideradas legítimas, deben ser públicamente discutidas. A mayor abundamiento, en su obra *The Idea Of Public Reason Revisited*, J. Rawls señala que si bien existen distintos conceptos de democracia, su propuesta de una concepción política de la justicia está comprometida con un concepto de democracia constitucional deliberativa de bases políticas, no morales comprensivas (Rawls, 1999b: 138-140). Así, conforme J. Rawls una concepción democrática es política en tanto y en cuanto versa sobre sujetos, principios y foros políticos. Quedando así excluidas las consideraciones respecto a las áreas no políticas de la moralidad. Por el contrario, una concepción de justicia es comprensiva, si abarca no solo al ámbito político, sino también a algunos (comprensiva parcial) o todos (comprensiva total) los restantes ámbitos de la moralidad (Seleme, 2004: 280-283; 285; 294). Al decir que una concepción de la justicia es política quiere también decir tres cosas: 1) que está armada de tal modo que sólo sirve para ser aplicada a la estructura básica de la sociedad (instituciones políticas principales) como un esquema unificado de cooperación social; 2) que viene presentada de una manera independiente de cualquier doctrina religiosa o filosófica comprensiva más amplia; y 3) que está elaborada en términos de ideas políticas fundamentales que se entienden implícitas en la cultura política pública de una sociedad democrática bien ordenada (Rawls, 1996: 223).

Por su parte, en contraposición a aquellas teorías democráticas puramente procedimentales o sustantivas, A. Gutmann y D. Thompson desarrollan una teoría de la democracia deliberativa cuyas notas más características son las siguientes: a) compleja o híbrida; y b) metanormativa o no exhaustiva. Al respecto, cabe señalar que el carácter no exhaustivo de la teoría democrático-deliberativa de dichos autores resulta asimilable a la distinción trazada por J. Rawls en su *Liberalismo político*, entre teorías moralmente comprensivas, y teorías políticas (Rawls, 1996: xvi-xvii, 3-15, 372-377, 383-393).

En primer lugar, A. Gutmann y D. Thompson señalan que los desacuerdos morales en materia política deben ser resueltos mediante un proceso deliberativo que cumpla principios normativos complejos, es decir, tanto procedimentales como En segundo lugar, el carácter meta normativo de la teoría, implica que la misma no asume una concepción normativa de primer orden, sino normativa de segundo orden, siendo compatible entonces con aquellas concepciones de la justicia o de la democracia que si son normativas de primer orden. El carácter de primer orden normativo se otorga a aquellas teorías que fijan criterios normativos de corrección y evaluación, es decir establecen ciertos presupuestos normativos centrales, que difieren o colisionan con los sustentados por otras. Estas teorías intentan resolver el conflicto de significado sobre términos filosóficos normativos fundamentales. El de segundo orden normativo se predica de aquellas teorías que establecen criterios normativos evaluativos que respetan cierta variedad de presupuestos normativos centrales, pero que difieren o colisionan con los sustentados por otras teorías normativas de segundo orden. Estas teorías no intentan resolver el conflicto de significado sobre términos filosóficos normativos fundamentales, sino solo evaluar sus implicancias prácticas.

Los referidos filósofos políticos clasifican a dichos modelos en dos grandes tipos. En primer lugar, existen modelos normativos de democracia, que son de primer orden, atento son puramente sustantivos, allí incluyen a: los utilitaristas, libertaristas, liberales y comunitaristas. En segundo lugar, están los modelos normativos de democracia, que son de segundo orden. Al interior de esta segunda categoría, los autores identifican dos variantes, a saber: 1) modelos democráticos puramente procesales; y 2) modelos democráticos procesales condicionales (Gutmann y Thompson, 2004: 127-133).

A. Gutmann y D. Thompson señalan que tanto los modelos puramente sustantivos como los puramente procesales reproducen el desacuerdo político en un plano de primer orden normativo, rechazando determinados principios de primer orden, y aceptando otros. Dichas falencias les sugieren a los autores que deben optar por una teoría de segundo orden, sin embargo, la teoría procedimental condicional resulta inadecuada atento no provee claros criterios normativos sustantivos (Gutmann y Thompson, 2004: 127 133).

Por un lado, A. Gutmann y D. Thompson defienden una teoría normativa de la democracia, la democrática deliberativa, que si bien es de segundo orden, incluye principios sustantivos. ¿Cómo es posible que convivan en una misma teoría democrática principios procesales y sustantivos? La clave está dada por el estatus normativo que poseen los principios normativos que componen su modelo. Los principios deliberativos no son fundacionales, o fijos, sino que son moral y políticamente provisionales (Gutmann y Thompson, 2004: 127 133; 133 138).

Por otro lado, Gutmann y Thompson señalan que las políticas y teorías estándar de la democracia sufren de un marcado déficit de deliberación. Es este déficit el que imposibilita a dichas teorías lidiar adecuadamente con los profundos y persistentes desacuerdos morales existentes en nuestras comunidades democráticas. Con el fin de reducir dicho déficit normativo, proponen un modelo normativo de deliberación, compuesto de tres tipos de principios políticos morales, a saber: a) existen tres principios (reciprocidad, publicidad, rendición de cuentas) que regulan el proceso político de toma de decisiones; b) otros tres principios (libertad básica, oportunidades básicas, oportunidades justas) regulan el contenido de dichos debates; y c) existen principios de preclusión y acomodación moral (Gutmann y Thompson, 1996: 12 16, 199 229; Gutmann y Thompson, 2004: 66 90, 133 138).

El principal principio normativo y piedra angular de su teoría deliberativa es el de reciprocidad, el cual no solo justifica la existencia de los otros principios, sino también el carácter moral y políticamente provisional de los mismos (Gutmann y Thompson, 2004: 79-90). Los principios deliberativos son complejos y poseen por ello un igual estatus normativo. Decimos complejos atento poseen un cariz bifronte: procedimental y sustantivo a la vez (Gutmann y Thompson, 1996: 49 51; Gutmann y Thompson, 2004: 3, 98-99). Este carácter complejo o híbrido de los principios morales del modelo es el que justifica su igualdad en el plano normativo jerárquico, distinguiéndose solamente conforme su función. De allí que sus nombres sean: a) de procedimiento; b) de contenido; c) de preclusión y acomodación (Gutmann y Thompson, 2004: 13 14).

Conforme esta perspectiva, argumentar desde la reciprocidad implica la capacidad de buscar los justos términos de cooperación social. Atento los resultados de la deliberación democrática son mutuamente vinculantes, los ciudadanos deberían aspirar a un tipo de razonamiento político que se apto para una justificación mutua. Si bien la reciprocidad es una condición necesaria no es suficiente para alcanzar acuerdos, inclusive cuando las condiciones políticas y sociales son favorables a ello. Sin embargo, ante los denominados desacuerdos deliberativos, la reciprocidad conmina a los ciudadanos a seguir buscando justos términos de cooperación entre iguales (Gutmann y Thompson, 1996: 52-63).

Cabe advertir que en el marco de la disputa acerca de cuál es el estándar normativo regulador del proceso democrático de intercambio de razones, el estándar de reciprocidad se ve enfrentado a los estándares de prudencia e imparcialidad (Gutmann y Thompson, 1996: 52-63). En este contexto teórico, la reciprocidad deliberativa expresa dos requerimientos relacionados: a) uno primariamente moral, y b) otro principalmente empírico. Por un lado, el requerimiento moral solicita que los ciudadanos apelen a razones o principios que puedan ser compartidos por aquellos que están similarmente motivados.

Cuando los ciudadanos deliberan deben buscar acuerdos sobre principios que puedan ser justificados en base a razones mutuamente aceptables. Por el otro, cuando el razonamiento moral evoca argumentos empíricos, el estándar de reciprocidad requiere que aquellos sean consistentes con métodos de prueba relativamente confiables, que nos permitan establecer su verdad o falsedad en términos general y mutuamente aceptables por todos (Gutmann y Thompson, 1996: 55-57).

3. Tres hipótesis exploratorias específicas

En primer lugar, hemos adelantado que la teoría racional de la prueba de J. Ferrer Beltrán pareciera sustentarse sobre *una concepción normativa de segundo nivel*, que no adhiere a criterios morales comprensivos, sino que reconoce la existencia de estándares normativos, políticos y jurídicos, influyentes sobre los procesos judiciales de resolución de conflictos. Ahora bien, *¿cómo diferenciamos una teoría normativa moral comprensiva de otra política?*

Por un lado, tal como se ha anticipado, J. Rawls ha desarrollado en sus últimos trabajos una relevante distinción entre política y moral comprensiva. El primer tipo de normatividad se denomina política debido a que se ofrece como una perspectiva más abstracta y a la vez más amplia que la segunda, en el sentido de que se sustenta sobre la justificación de cierto marco normativo generado tras un consenso superpuesto y reflexivo de doctrinas morales comprensivas existentes en una determinada sociedad. El segundo tipo se denomina moral comprensiva porque refiere a una perspectiva más específica y a la vez más restringida que la segunda, dado que ofrece principios morales fundacionales de una moralidad que rivalizan de forma excluyente con otros posibles principios, o bien con otras formulaciones de dichos mismos principios (Zhuoyao, 2016: 1-2).

Por otro lado, como hemos señalado, A. Gutmann y D. Thompson han ofrecido una particular manera de redefinir este debate, señalando que podemos clasificar a las teorías políticas en aquellas que se sustentan sobre principios de primer o segundo nivel normativo. En primer lugar, las teorías de primer nivel normativo serían aquellas que ofrecen respuestas morales a problemas políticos específicos, apelando a una concepción restringida de qué se entiende por bueno, válido, legítimo y justo, la cual rivaliza con otras posibles concepciones de dichos conceptos. En segundo lugar, las teorías de segundo nivel normativo son aquellas en las cuales la moralidad política se funda en principios más abstractos, perfectamente compatibles, coherentes y consistentes con diversas, aunque razonables, teorías morales de primer nivel (Gutmann y Thompson, 1996: 1-10).

Por el contrario, atendiendo a ambas clasificaciones, cabe afirmar que la teoría proyectada por F. Atria en su obra *La forma del derecho* respondería a las características propias de una perspectiva moral comprensiva o de primer nivel normativo. Por un lado, F. Atria ofrecería una particular formulación neoaristotélica de ciertos principios políticos, tales como dignidad humana, reconocimiento mutuo, bien común y comunidad política, que rivalizan con otras concepciones morales comprensivas de los mismos (Atria, 2016: 396-400). En este sentido, ciertas perspectivas religiosas, filosóficas y morales no estarían de acuerdo en la definición que de dichos términos allí defiende el autor. Por otro lado, F. Atria asumiría una teoría política de primer nivel normativo al definir dichos términos de una manera precisa y restringida que rivaliza con otras teorías de primer orden normativo. Al respecto, diversas teorías de la justicia, en tanto teorías normativas de primer orden, de bases utilitaristas, liberales igualitarias, libertaristas, republicanas y comunitaristas no coincidirían en entender a dichos términos de la misma manera (Kymlicka, 2002: 1-10).

En segundo lugar, hemos insinuado que la teoría racional de la prueba de J. Ferrer Beltrán se opondría tanto a una perspectiva decisionista como a otra epistocrática, aunque *podría conectarse con una justificación epistémica de la democracia deliberativa* (Ferrer Beltrán, 2020: 60-78). Por un lado, la perspectiva subjetivista señala que las decisiones jurídicas resultan justificadas si se sustentan en última instancia en las creencias racionales de la o el juzgador de turno. Por otro lado, la perspectiva epistocrática señala que existen sujetos especialmente cualificados en términos epistémicos para tomar ciertas decisiones, entre los cuales cabe incluir a las y los magistrados, lo cual les otorga autoridad sobre ciertos temas. En ambos casos se impide la genuina posibilidad de evaluación intersubjetiva de los criterios, procesos y decisiones adoptadas durante el proceso probatorio judicial.

Por el contrario, desde una concepción epistémica de la democracia deliberativa, las decisiones no se justifican en elementos inasibles, insondables, controversiales y no falsables como las creencias de una persona humana, ni tampoco sobre las supuestamente inapelables, objetivas, e insuperables cualidades epistémicas de una persona humana destacada. La base epistémica de la teoría racional de la prueba simplemente señala que debemos contar con estándares evaluativos racionales y razonables que nos permitan en cada caso concreto evaluar de forma intersubjetiva los criterios, procesos y resultados del razonamiento probatorio.

En este sentido, cabe afirmar que la tesis central de toda concepción deliberativa epistémica es la siguiente: *el concepto de democracia deliberativa se justifica frente a otros conceptos de democracia, atento a que el procedimiento político de toma de decisiones que promueve posee mayor valor epistémico que el de sus rivales*. El calificativo «mayor valor epistémico» significaría que las decisiones resultantes del procedimiento democrático deliberativo tienen una mayor probabilidad de cumplir con un estándar de corrección normativo de tipo intersubjetivo, que resulta parcialmente independiente de los juicios de valor, creencias e intereses de los sujetos que intervienen en dicho proceso (Martí, 2006b: 33).

A su vez, dicha tesis central podría dividirse en dos tesis complementarias, necesarias y suficientes, a saber: una tesis ontológica y una tesis epistemológica. En primer lugar, la tesis ontológica señala que existe un estándar de rectitud normativa de las decisiones políticas que es parcialmente independiente de los juicios de valor, creencias e intereses de los sujetos que intervienen en el proceso democrático deliberativo y que tal estándar es cognoscible por dichos sujetos. En segundo lugar, la tesis epistemológica señala que la deliberación democrática constituye, en términos generales, el procedimiento político más confiable para identificar cuáles son las decisiones políticas correctas, y por lo tanto implica el mejor método de toma de decisiones políticas. Más allá del carácter necesario y suficiente de ambas tesis, J. L. Martí destaca que la tesis epistemológica es la que ciertamente permite distinguir a la concepción deliberativa epistémica de otras concepciones políticas, sean democráticas o no democráticas (Martí, 2006b: 33-39).

Más específicamente, los estándares evaluativos probatorios propuestos por J. Ferrer Beltrán podrían ser entendidos como criterios parcialmente independientes del proceso deliberativo de construcción de la prueba. Son parcialmente independientes del mismo porque han sido definidos en parte como un umbral mínimo de racionalidad y razonabilidad por el legislador, es decir de forma previa al acaecimiento del proceso judicial donde deben aplicarse. Son parcialmente dependientes del proceso probatorio judicial, atento los mismos criterios están constantemente en revisión, no solo en su contenido y alcance, sino en su existencia misma. Ello demuestra que los mismos serían

“políticamente provisionales”, debiendo siempre sujetos a la posibilidad de revisión intersubjetiva por parte de la sociedad democrática en la cual se desean aplicar.

Por el contrario, la teoría filosófica política de F. Atria asume una concepción no epistémica de la democracia. F. Atria sostiene que «una mala manera de expresar esta idea (es decir la necesaria función constitutiva de cierta idea de verdad objetiva) es la de entender que lo que justifica la autoridad de las decisiones democráticas es un argumento epistémico» (Atria, 2016: 379). Acto seguido el autor define qué se entiende por justificación epistémica de la democracia y señala que «el problema con las justificaciones epistémicas de la democracia es que asumen que no hay conexión interna entre lo político y lo moral [...] Esto devalúa lo político, porque entonces la razón por la cual lo político es una fuente de normatividad es externa a lo político: es consecuencia de la comparación entre diversos métodos para identificar lo que es moralmente correcto» (Atria, 2016: 379).

Independientemente de esta variedad de argumentos, F. Atria afirma que toda justificación epistémica de la democracia deliberativa posee varios problemas entre los cuales el más relevante es que «la conclusión de que los procedimientos políticos de formación de voluntad son los que son más probables de acertar a la solución correcta la cual es contingente» (Atria, 2016: 380). En el paso argumentativo siguiente F. Atria señala que «para superar la insuficiencia de una concepción epistémica de la democracia debemos entender que lo moral se disuelve en lo político [...] Por consiguiente, cada vez que usamos la palabra moral podemos reemplazarla [...], sin pérdida de sentido sino aumento de claridad, por la palabra político» (Atria, 2016: 380-381).

En este marco, F. Atria se propone reconstruir y superar la tipología introducida por J. Rawls, conforme la cual podemos clasificar a las formas de justicia de tres maneras. En primer lugar, podemos hablar de justicia procesal imperfecta cuando existe un criterio normativo independiente de la deliberación real entre las partes, siendo esta deliberación un proceso dialógico que tiende a la solución justa, correcta o válida, aunque no la asegura. En segundo lugar, cabe referirse a la justicia puramente procesal cuando no existe un criterio normativo independiente de la deliberación real entre las partes, sino que la deliberación real entre ciudadanos constituye un proceso dialógico que de ser seguidas todas sus pautas asegura la obtención de una solución justa, correcta o válida. Una tercera opción, mentada por F. Atria y aparentemente no contemplada por J. Rawls, sería la de la justicia puramente procesal imperfecta, cuando no hay un criterio político positivo independiente del proceso, ni proceso deliberativo que de por sí sólo garantice la definición de lo justo, correcto o válido (Atria, 2016: 381-383). Esta tercera perspectiva sería, a entender del autor, la adecuada para comprender las instituciones políticas como son ya que nos proveería de un criterio independiente negativo de corrección para identificar cuáles son las deficiencias del proceso deliberativo, dado que la idea de justicia aquí define lo que no es justo, correcto o válido sin definir en positivo lo que lo es, cumplimentando así una función constitutiva y no apelativa de la verdad (Atria, 2016: 383).

Así, de forma conexas a la discusión sobre una justificación epistémica de la democracia deliberativa F. Atria defiende dos tesis controversiales, a saber: a) la completa yuxtaposición entre política y moral; y b) la adopción de un criterio normativo negativo (Atria, 2016: 379-386). Al respecto, consideramos podrían efectuar dos precisiones. Por un lado, al igual que renombrados deliberativistas, J. Ferrer Beltrán adhiere explícitamente a la tesis de que lo jurídico no se subsume y debe subsumirse completamente en lo moral, político o religioso, así como pareciera adherir implícitamente a la tesis de que *lo moral no se disuelve completamente en lo político*, porque en sus trabajos queda en claro que *no todas las discusiones entre ciudadanos son*

políticas, así como no todas las discusiones políticas son morales. A diferencia de lo que afirma F. Atria, el término moral no puede reemplazarse sin más por lo político porque lo político no ocluye completamente lo moral. En otras palabras, lo político puede incluir un importante aspecto de lo moral, pero ello no implica que lo político sea completamente moral, así como tampoco toda moralidad puede decirse política. Existen aspectos de la vida humana que son morales y no políticos dado que no pertenecen al orden de lo público común (Rawls, 1996). Por otro lado, en cuanto a la adopción de un estándar de corrección normativa negativa, la explicación ofrecida por F. Atria es que únicamente puede existir un criterio normativo independiente de la deliberación real que cumpla una función puramente negativa, es decir que permita identificar la imperfección del procedimiento, pero no puede existir un criterio normativo independiente que cumpla una función puramente positiva, a saber, la de identificar cuál es la solución justa con autonomía del procedimiento real (Atria, 2016: 362). En el esquema de pensamiento atriano, la función positiva sólo podría tenerla el estándar creado o constituido por el propio procedimiento, pero no podría ni debería estar dado por un criterio normativo completa o parcialmente independiente del mismo (Martí, 2020: 448).

En oposición a la perspectiva asumida por F. Atria y en consistencia con los argumentos vertidos sobre la misma por J. L. Martí, la teoría racional de la prueba de J. Ferrer Beltrán considera que la justicia, en sentido estricto, no es nunca constituida por el procedimiento institucional democrático de toma de decisiones, sino que tiene una existencia previa e independiente del mismo. El estándar de legitimidad procesal, aquél que determina cuáles son las personas y las condiciones de procedimiento que poseen la legitimidad o autoridad democrática también es parcialmente independiente del propio procedimiento (Martí, 2020: 448-450). Así también, J. Ferrer Beltrán reconoce que *la teoría racional de la prueba está orientada al valor verdad, asumiendo un cariz epistémico*, pero *debe reconocerse la existencia de otros valores políticos fundamentales a proteger durante el proceso probatorio judicial, los cuales no son necesariamente epistémicos*. En este sentido, la postura de J. Ferrer Beltrán es perfectamente consistente con la de J. L. Martí, quien afirma que las justificaciones epistémicas no son incompatibles con justificaciones intrínsecas como la que quiere defender F. Atria ni, por cierto, con otras justificaciones instrumentales (Martí 2006a, 2006b). De hecho, los principales defensores de la justificación epistémica de la democracia deliberativa no han negado que existan también razones morales intrínsecas o no-instrumentales que la justifiquen (Martí 2006b; Linares 2017). Muy por el contrario, suelen combinarse, conjugarse, o bien complementarse ambos tipos de argumentos en defensa de una justificación epistémica de la democracia deliberativa, señalando que el argumento moral no instrumental suele cobrar especial relevancia para distanciar dicha concepción de otras de sesgos elitistas (Martí 2006b, 2020).

En tercer lugar, se ha aventurado que el carácter contextual asumido por la teoría racional de la prueba podría justificarse desde una *perspectiva normativa reflexiva*, la cual se opondría a las perspectivas normativas idealistas y realistas. Aquí, con el término reflexivo nos referimos a una particular manera de entender la relación entre la faz ideal y no ideal, en tanto componentes necesarios de una teoría normativa, la cual impone el cumplimiento del requisito de factibilidad.

De este modo, con relación a la discusión teórica más específica acerca de cómo debe interpretarse la conexión entre la noción de reflexividad y los términos teoría normativa ideal y teoría normativa no ideal, surgen ciertos interrogantes relevantes, tales como: ¿deben las teorías políticas normativas ser sensibles a los hechos?, ¿deben nuestras teorías políticas normativas ser construidas atendiendo a ciertos datos de la realidad contemporánea, o más bien deben construirse con datos a priori y aplicarse

deductivamente a nuestra realidad no ideal?, ¿en qué sentido puede afirmarse que una teoría política normativa es factible?, ¿qué límites, principios e implicancias impone la noción de factibilidad a las teorías políticas normativas?

En respuesta a dichos interrogantes cabe afirmar que el tipo de relación que debe mediar entre las facetas ideal y no ideal de toda teoría política normativa ha sido interpretado de diversas maneras. Tras un análisis pormenorizado de la bibliografía especializada, la definición del contenido y alcance de los términos normativos de teoría ideal y teoría no ideal podría asumir a nuestro entender, al menos, tres perspectivas disímiles: a) idealista, b) realista y c) reflexiva. En primer lugar, algunos autores (Rawls, 1996; Simmons, 2000) consideran que las teorías normativas deben ser plenamente ideales, es decir que debe otorgarse prioridad lógica y temporal a la teoría ideal por sobre la no ideal (perspectivas idealistas). En segundo lugar, otros pensadores entienden que la ecuación normativa debe ser a la inversa (Rossi y Sleat, 2014), de modo que la teoría no ideal debe tener prioridad lógica y temporal sobre la ideal (perspectivas realistas). En tercer lugar, numerosos teóricos (Farrelly, 2007; Tessman, 2010), consideran que toda teoría normativa debe dar prioridad temporal a la teoría no ideal y prioridad lógica a la teoría ideal (perspectivas reflexivas).

Desde una perspectiva normativa reflexiva C. Farrelly critica fuertemente la adopción de una perspectiva normativa ideal en filosofía política en general, y en materia de justicia política igualitaria en especial (Farrelly, 2007: 844-845). Dicho filósofo señala que incluso aquellas teorías normativas ideales moderadas o parcialmente sensibles a los hechos, pero que teorizan en un primer orden normativo, deben ser consideradas como instancias teóricas que exceden la abstracción y entran de lleno en la categoría de idealización (Farrelly, 2007: 44-45). En este sentido, C. Farrelly nos compele a no ignorar los desacuerdos políticos y a construir teorías de la justicia que adopten una actitud crítica reflexiva con respecto a sus propios supuestos empíricos sobre lo que es posible de manera realista. Así, las teorías ideales moderadas de J. Rawls y R. Dworkin no lograrían internalizar una actitud reflexiva. C. Farrelly afirma que en lugar de avanzar hacia una posición idealizada más extrema, los filósofos políticos deberían tomar más en serio la teoría no ideal. Esto ayudará a equiparse con una teoría de la justicia que puede proporcionar alguna orientación normativa para las sociedades reales, es decir, no ideales (Farrelly, 2007: 845). De este modo, luego de efectuar numerosas críticas a las teorías de J. Rawls y de R. Dworkin, C. Farrelly señala una posible salida esperanzadora, describe una nueva metodología y perspectiva teórica desde la cual teorizar en materia de filosofía política. La propuesta central de C. Farrelly consiste en construir teorías normativas de segundo orden que incorporen criterios normativos ideales que puedan ser reformados, revisados, adaptados desde los contextos de discusión concretos que se dispongan en cada sociedad política real. Este nuevo enfoque metodológico y teórico ha sido el adoptado entre otros por autores como A. Gutmann y D. Thompson, quienes proponen la adopción de una teoría normativa de segundo orden, denominada democracia deliberativa, que incorpora principios de procedimiento, de contenido, de preclusión y acomodación, revisables y por ello no definitivos, es decir moral y políticamente provisionales (Farrelly, 2007: 859-860).

De este modo, en nuestra propia lectura, la teoría racional de la prueba, considerada como una teoría de segundo nivel normativo consistente con una justificación epistémica de la democracia deliberativa y sustentada sobre una perspectiva reflexiva de la normatividad política, podría asumir más específicamente dos estándares normativos políticos de gran relevancia: *razonabilidad* y *reciprocidad*. Por un lado, como hemos adelantado, cabría afirmar que la teoría racional de la prueba pareciera comprometerse especialmente con el principio de *razonabilidad*, el cual debe ser

diferenciado del de racionalidad. Por otro lado, podría afirmarse que dicha teoría racional probatoria podría encontrar sustento en el principio de *reciprocidad*, el cual puede emparentarse con el estándar político de civilidad pero debería diferenciarse de los principios morales comprensivos de igual dignidad y mutuo reconocimiento. Atento previamente, hemos efectuado un desarrollo algo más extenso del primer principio, consideramos apropiado efectuar algunas aclaraciones sobre el segundo.

La idea de reciprocidad, como hemos anticipado, refiere a un tipo de mutualismo que debe mediar entre ciudadanos y representantes en los asuntos públicos de gobierno. La reciprocidad implica entonces la capacidad de buscar justos y legítimos términos de cooperación social entre las y los ciudadanos (Gutmann y Thompson, 1996: 52-54). El principio de reciprocidad ciudadano, entendido como un estándar político abocado a evaluar y promover equitativos términos de cooperación ciudadana, no presupone un concepción moral ideal de la persona humana, sino que parte de considerar a los ciudadanos contemporáneos tal cual son; es decir, diversos, complejos y agonales (Greppi, 2012; Blondiaux, 2013). Dicho principio de reciprocidad ciudadana no presupone la existencia de ciertos valores morales comprensivos indiscutibles, en tanto presupuestos inescapables de toda deliberación democrática, como lo hace F. Atria, sino que proyecta como meta principal la cooperación deliberativa entre ciudadanas y ciudadanos en un mundo desigual, signado por profundos y persistentes desacuerdos (Waldron, 1999).

Cabe señalar que el principio de reciprocidad ciudadana rivaliza con el de reconocimiento mutuo empleado por F. Atria en *La forma del derecho*, con lo cual ofrece un estándar normativo diverso como fundamento para el rechazo de las concepciones escéptica y objetivista del valor verdad política. En este marco, consideramos que la idea de reciprocidad es en sí mismo un estándar de validez política dado que aquellas normas, instituciones y medidas que no satisfacen ese criterio se toman por no deliberativas y por ello inválidas o falsas en tanto normas políticas de validez general. Aquí la idea de validez política, a diferencia de lo señalado por F. Atria en dicha obra, cumple una función apelativa no constitutiva del proceso deliberativo real. En otras palabras, el principio de reciprocidad ciudadana cumple a los fines de la política una función apelativa en tanto oficia en los debates reales como criterio de evaluación de las opciones discutidas. No obstante, el principio de reciprocidad es considerado abierto o provisional en el sentido de que su contenido sustantivo para cada caso concreto es discutible. De este modo, el principio de reciprocidad ciudadana se presenta como un criterio de validez política con función apelativa, que no aparece como completamente dado o preconstituido para la razón de los deliberantes reales.

Conclusión

Como hemos señalado en la introducción, el presente artículo atiende a un interrogante general y tres interrogantes específicos.

Por un lado, el interrogante general acerca de la posible compatibilidad conceptual y normativa entre la teoría racional de la prueba y una determinada concepción normativa de democracia, hemos afirmado que podría vincularse con una perspectiva democrática deliberativa, distanciándose notoriamente de las teorías democráticas definidas como decisionistas y epistocráticas.

Por otro lado, con relación al primer interrogante específico atinente al tipo de teoría democrática deliberativa con la cual podría mejor emparentarse a la teoría racional de la prueba, hemos brindado argumentos en defensa de que la misma relacionaría estrechamente con una teoría deliberativa de bases políticas, constituyéndose así en una teoría normativa de segundo orden. En cuanto al segundo interrogante específico, hemos

ofrecido razones en defensa de la hipótesis exploratoria conforme la cual la teoría racional de la prueba pareciera coincidir con los presupuestos de una justificación epistémica de la democracia deliberativa. Sus definiciones de conceptos tales como racionalidad, razonabilidad y verdad contribuirían a sostener dicha postura. En tercer lugar, tras analizar la concepción de normatividad que subyace a la teoría racional de la prueba, hemos intentado justificar porqué la misma partiría de una perspectiva reflexiva de la normatividad, por oposición a las perspectivas idealista y realista.

Finalmente, hemos aportado argumentos en defensa de que los principios políticos normativos de segundo nivel de razonabilidad y reciprocidad estarían presentes en la teoría racional de la prueba, aunque sea de forma implícita. Asimismo, contrastamos la teoría democrática deliberativa de F. Atria con sus matices morales comprensivos, no epistémicos e idealistas, con la teoría democrática deliberativa, que podríamos emparentar con la teoría probatoria de J. Ferrer Beltrán, la cual podría caracterizarse como política, epistémica y reflexiva. En definitiva, este trabajo podría leerse como un intento de conectar filosofía del derecho y filosofía política en general, y teoría racional de la prueba y democracia deliberativa en particular. Si ésta específica conexión fuere aceptada confirmaría el hecho de que si bien la teoría racional de la prueba ha sido pensada como una teoría incluida en un área muy específica de la filosofía del derecho, atinente al razonamiento probatorio, ello no impediría respaldar la idea según la cual la misma podría sustentarse sobre ciertas bases filosóficas políticas deliberativas, ello dado “...que se afirme que algo es el propósito de una institución o actividad no excluye que existan otros propósitos o finalidades...” (Ferrer Beltrán 2005: 72).

Bibliografía

- Atria, F., (2016), *La forma del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- Blondiaux, L., (2013), *El nuevo espíritu de la democracia: actualidad de la democracia participativa*, Buenos Aires: Prometeo.
- Bohman, J. (2012), “Representation in the deliberative system”, en *Deliberative Systems*, Oxford: Oxford U. P., pp. 72-94.
- Cohen, J., (2007), “Deliberación y legitimidad democrática”, en *Cuaderno gris*, N° 9, pp. 127-146.
- Estlund, D., (2011), *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- Farrelly, C., (2007), “Justice in ideal theory: A refutation”, en *Political Studies*, Vol. 55, N°4, pp. 844-864.
- Ferrer Beltrán, J., (2005), *Prueba y verdad en el derecho*, Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J., (2007), *La valoración racional de la prueba*, Barcelona: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J., (2010), “Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso”, en Moreso, J. J., Prieto Sanchís, L. y Ferrer Beltrán, J., *Los desacuerdos en el derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 147-182.
- Ferrer Beltrán, J., (2020), “Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y Otros VS. Nicaragua de la CORTEIDH”, en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Vol. 1, pp. 359-382.
- Greppi, A., (2012), *La democracia y su contrario*, Madrid: Trotta.
- Gutmann A. y Thompson D., (1996), *Democracy and Disagreement*, Harvard: Harvard U.P.

- Gutmann A. y Thompson D., (2004), *Why deliberative democracy?*, Princeton: Princeton U.P.
- Kymlicka, W., (2002), *Contemporary political philosophy. An Introduction*, Oxford: Oxford U. P.
- Lafont, C., (2007), “Democracia y deliberación pública”, en Arango, R., *Filosofía de la democracia. Fundamentos Conceptuales*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, pp. 125-146.
- Lafont, C., (2020), *Democracy without shortcuts. A participatory conception of deliberative democracy*, Oxford: Oxford U. P.
- Linares, S., (2017), *Democracia participativa epistémica*, Madrid: Marcial Pons.
- Martí, J. L., (2006a), *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*, Barcelona: Marcial Pons.
- Martí, J. L. (2006b), “The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended”, en *Deliberative Democracy and Its Discontents. National and Post-national Challenges*, Londres: Ashgate, pp. 27-56.
- Martí, J. L. (2020), “Forma, sustancia y legitimidad democrática”, en *El derecho y sus construcciones. Diálogos con La Forma del Derecho de Fernando Atria*, Lima: Palestra, pp. 447-471.
- Rossi, E. y Sleat, M., (2014), “Realism in Normative Political Theory”, en *Philosophy Compass*, Vol. 9, N°10, pp. 689-701.
- Seleme, H. O., (2004), *Neutralidad y Justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Madrid: Marcial Pons.
- Simmons, J., (2010), “Ideal and Non-Ideal Theory”, en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 38, N°1, pp. 5-36.
- Tessman, L., (2010), “Idealizing Morality”, en *Hypatia*, Vol. 25, N°4, pp. 707-824.
- Vázquez, C., (2018), Coord., *Hechos y razonamiento probatorio*, México D.F.: Editorial CEJI.
- Waldron, J., (1999), *Law and disagreement*, Oxford: Oxford U. P.
- Zhuoyao L., (2016), “The public conception of morality in John Rawls political liberalism”, en *Ethics & Global Politics*, Vol 9, N°1, pp. 1-23.

LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA APLICADA A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS TRIBUNALES DE CASACIÓN PENAL

Gisela Celeste Cometto¹

Introducción

La presente ponencia representa un análisis de la argumentación jurídica aplicada al razonamiento legal y a la valoración de la prueba en el proceso penal, especialmente a través del recurso de casación, con una perspectiva teórico jurídica y una estructura descriptiva para concluir con una reflexión final.

¿El razonamiento jurídico es reducible a argumentos en torno a la interpretación de normas y precedentes?

El funcionamiento judicial va de la mano con un marco legal que va variando en el tiempo, por lo que, hoy en día, Marafioti² explica que la tarea de un tribunal es examinar cada hecho mediante todas las garantías disponibles en el campo legal para generar un tipo de razonamiento que permita tomar una decisión legal. A su vez, los modos de razonamiento y argumentación característicos de las cámaras de apelación son distintos de los de otros tribunales.

Pero si las decisiones legales se basarán sólo en la lógica formal, entonces habría, para cada serie de hechos particulares en una disputa, sólo una ley que claramente determinara el fallo. Y ése es un modelo que no sirve para tomar decisiones legales.

En Argentina los códigos procesales prohíben a los tribunales de casación el ingreso a las cuestiones de hecho, solo se permite a los recurrentes cuestionar el aspecto jurídico y lógico de la sentencia. No obstante, en la presente ponencia, mediante lo explicado por autores destacados en el tema, se discute cuál es el alcance de esta restricción y si la tesis de la valoración racional implica que la valoración de las pruebas deba realizarse de manera libre y lógica.

El Razonamiento jurídico

En la Antigüedad, muchos filósofos del derecho enseñaban que la estricta aplicación de la lógica formal serviría a los jueces para tomar decisiones, esto era porque si una aserción legal sirve como una de las “premisas” y otra de las “premisas” es una

¹ Magíster en Política y Economía Internacionales, Especialista en Derecho Ambiental y Abogada. Doctoranda en UNLPam cursando el Doctorado Interinstitucional en Derecho UNLPam, UNS, Unicen y Becaria doctoral para Temas Estratégicos CONICET. UNLPam, FCEyJ, CICJ.

² Marafioti, R. *Los patrones de la argumentación: La argumentación en los clásicos y en el siglo XX*. Editorial Biblos, la. ed. Buenos Aires. 2003.

aserción sobre una cuestión de hecho, las reglas de la lógica proporcionarían la decisión justa como resultado de la inferencia a la que se sometieran las premisas³.

Marafioti⁴ explica que aunque los argumentos utilizados para formular decisiones jurídicas siguen los parámetros de la lógica tradicional, ya no se cree que las reglas de la lógica sean adecuadas para regir los procedimientos de la toma de decisiones legales. Este autor expresa, que para otras opiniones, es más pertinente hablar de las reglas como guías que como determinantes absolutas de la racionalización que lleva a tomar una decisión.

A su vez, el autor previamente citado⁵ describe que el enfoque de Toulmin se basa en la argumentación práctica, en el que se ve el carácter orientado hacia la norma ya establecida que tiene el razonamiento legal. Pero si las decisiones legales se basarán sólo en la lógica formal, entonces habría, para cada serie de hechos particulares en una disputa, sólo una ley que claramente determinara el fallo. Y ése es un modelo que no sirve para tomar decisiones legales.

En síntesis, dice Marafioti⁶ que la tarea de un tribunal es generar un tipo de razonamiento que, a partir de los hechos específicos que componen el caso, permita tomar una decisión legal y que para ello se deberá examinar cada hecho mediante todas las garantías disponibles en el campo legal.

A su vez, es dable tener en cuenta que el funcionamiento judicial va de la mano con un marco legal que va variando en el tiempo y según las circunstancias históricas, políticas, sociales e internacionales.

En la descripción del razonamiento legal Toulmin menciona dos tipos generales de asuntos legales: las cuestiones de hecho y las cuestiones de ley. En las cuestiones de hecho siempre se inicia el razonamiento legal a partir de intentar mostrar hechos como si hubiesen sucedido de una determinada manera, siguiendo una determinada secuencia. Y las cuestiones de ley abarcan la determinación de la cuestión de hecho.

Marafioti⁷ explica que las características de los argumentos que se utilizan para respaldar ciertas conclusiones acerca de las cuestiones de hecho y las cuestiones de ley está dado por el razonamiento legal que se construye sobre el análisis de las evidencias, que son cuidadosamente evaluadas para que el jurado sólo reciba aquellas que prometen cierto grado de autenticidad.

A su vez, los modos de razonamiento y argumentación característicos de las cámaras de apelación son distintos de los de otros tribunales, porque cambia la deliberación sobre las cuestiones de hecho o las cuestiones de ley, como se ve en el texto de Gabriel Pérez Barberá y Hernán Bouvier⁸.

³ Marafioti, R. *Los patrones de la argumentación: La argumentación en los clásicos y en el siglo XX*. Editorial Biblos, la. ed. Buenos Aires. 2003.

⁴ Ídem.

⁵ Ídem.

⁶ Marafioti, R. *Los patrones de la argumentación: La argumentación en los clásicos y en el siglo XX*. Editorial Biblos, la. ed. Buenos Aires. 2003.

⁷ Ídem

⁸ Pérez Barberá, G. y Bouvier, H. "Casación, Lógica y Valoración de la prueba: Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios". A. Bovino editor responsable. *Nueva Doctrina Penal*. Editores del Puerto s,r,l. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2004.

Por otro lado, Nava Tovar define la argumentación jurídica como “...una disciplina del derecho cuya finalidad reside en la descripción, evaluación y fundamentación racional de los argumentos planteados en el razonamiento jurídico”⁹. Por lo que esta disciplina permite analizar, evaluar y justificar racionalmente el razonamiento jurídico, así como argumentar racionalmente en dicho campo.

Conforme este autor¹⁰, se trata de una disciplina que tiene una naturaleza dual: es tanto teórica como práctica. Por una parte, en ella convergen elementos de lógica jurídica, metodología del derecho, epistemología jurídica, teoría y filosofía del derecho. Por otra parte, elementos de la práctica jurídica como las normas sustantivas y procesales, criterios interpretativos de las normas y la doctrina y las formas de razonamiento probatorio.

Así, es dable destacar que ante la falta de suficiente atención en el razonamiento probatorio por parte de diversos analistas en la argumentación jurídica, en los últimos años ha surgido un gran interés por los estándares racionales del razonamiento probatorio.

Conforme Nava Tovar¹¹ el derecho probatorio ha dejado de ser tan sólo objeto de estudio de los especialistas en derecho procesal y se ha convertido en un objeto de estudio de juristas con interés en la epistemología y la filosofía de la ciencia, que han dado cuenta de los problemas de inferencias no fundamentadas y de la discrecionalidad, intuicionismo y decisionismo legales, surgidos ante la falta de estándares probatorios objetivos, para así pensar en una visión racionalista de la prueba.

Para el autor previamente citado¹² existen dos formas de justificar los argumentos jurídicos y motivar el razonamiento jurídico, esto es, el tránsito hacia la justificación interna y la justificación externa. El objetivo de la justificación interna reside en comprobar si la decisión jurídica se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación. En cambio, la justificación externa tiene como pretensión la corrección de las premisas aducidas como fundamentación para una decisión jurídica.

Así, en el ámbito penal es de especial relevancia la apelación a la ley. Sin embargo, la justificación externa, relacionada con la justificación de las premisas y a un esquema de razonamiento más complejo, requiere mayor explicación.

La valoración de la prueba en los tribunales de casación

De acuerdo a Nava Tovar¹³, dentro de la justificación externa se encuentran los argumentos técnico-científicos y probatorios. Si bien muchas controversias son procesadas institucionalmente mediante razonamientos jurídicos no siempre dan solución a la cuestión de lo que realmente sucedió en determinado caso, ya que hay hechos que requieren de estándares probatorios referidos a campos especializados diferentes al de los juristas como el epistemológico.

⁹ Nava Tovar, A. *Argumentación Jurídica*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Magisterio Nacional núm. 113 Col. Primera edición. Tlalpan, Ciudad de México. 2020. pp. 5.

¹⁰ Nava Tovar, A. *Argumentación Jurídica*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Magisterio Nacional núm. 113 Col. Primera edición. Tlalpan, Ciudad de México. 2020.

¹¹ Ídem.

¹² Ídem.

¹³ Nava Tovar, A. *Argumentación Jurídica*. Instituto Nacional de Ciencias Penales, Magisterio Nacional núm. 113 Col. Primera edición. Tlalpan, Ciudad de México. 2020..

Los argumentos probatorios, referidos a ciertos hechos relevantes para el razonamiento jurídico, pretenden determinar si las afirmaciones sobre dichos hechos están, a la luz de los estándares probatorios, fundamentadas racionalmente.

Conforme Nava Tovar¹⁴ la tesis de la valoración racional implica que la valoración de las pruebas deberá realizarse de manera libre y lógica. El razonamiento jurídico no es reducible a argumentos en torno a la interpretación de normas y precedentes. Muchas cuestiones jurídicas son resueltas mediante hechos probados mediante análisis de corte técnico-científico.

De acuerdo a este autor, en el campo del derecho penal los fiscales y jueces suelen apoyarse tanto en la ciencia jurídico-penal en sentido estricto como en las ciencias penales y forenses en un sentido amplio, y así los argumentos periciales se han vuelto fundamentales para que los jueces puedan llevar de mejor manera su trabajo.

Nava Tovar¹⁵ describe que los buenos argumentos técnico-científicos, así como las pruebas testimoniales, confesionales y careos, pueden reducir el margen de discrecionalidad de la persona juzgadora, pero ello requiere de la formulación de un estándar de prueba con el que se quiera cumplir esa función, debe en primer lugar, evitar vincular la prueba con las creencias, convicciones o dudas del sujeto decisor acerca de los hechos. En segundo lugar, la formulación del estándar debe ser precisa para hacer posible el control intersubjetivo de su aplicación. Estos dos requisitos son de tipo técnico. Un tercer requisito puede ser añadido como expresión de determinadas preferencias políticas compartidas en nuestras sociedades, el estándar debe incorporar la preferencia por los errores negativos frente a los positivos para dar cuenta de los valores sociales garantistas.

Estos requisitos podrían servir de ayuda para que en materia probatoria pueda alcanzarse la verdad material como objetivo del proceso penal.

Asimismo, se puede relacionar el trabajo de Nova Tovar con el de Pérez Barberá y Bouvier¹⁶ en el que se cuestionan si es jurídicamente válido o admisible que un tribunal superior ingrese en las cuestiones de hecho, de valoración de la prueba o de fuerza convictiva atribuida a la prueba por el tribunal de juicio.

En Argentina los códigos procesales prohíben a los tribunales de casación el ingreso a las cuestiones de hecho, solo se permite a los recurrentes cuestionar el aspecto jurídico y lógico de la sentencia. No obstante, se discute cuál es el alcance de esta restricción. Con respecto a esta pregunta Pérez Barberá y Bouvier¹⁷ explican que pueden encontrarse en la doctrina y en la jurisprudencia tres posiciones dominantes: 1) Concepción rígida: aquella que sostiene que cualquier cuestión relativa a la valoración de la prueba contenida en la sentencia está excluida. Ella es sostenida por la Cámara Nacional de Casación Penal y por la gran mayoría de los fallos de los tribunales de casación provinciales;

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Pérez Barberá, G. y Bouvier, H. "Casación, Lógica y Valoración de la prueba: Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios". A. Bovino editor responsable. *Nueva Doctrina Penal*. Editores del Puerto s,r,l. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2004.

¹⁷ Ídem.

2) Concepción de flexibilización débil: aquella que sostiene que las cuestiones relativas a la valoración de la prueba contenidas en la sentencia están excluidas, salvo casos excepcionales de manifiesta arbitrariedad o absurdo en esa valoración. Ella es sostenida desde el año 2000 por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ de Córdoba) y por algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires;

3) Concepción escéptica: aquella que sostiene que las cuestiones de hecho y de derecho en una sentencia son indistinguibles. Esta concepción sostiene que es imposible que al revisarse cuestiones de derecho o de lógica no se ingrese en cuestiones fácticas. Ella tiene representantes en un sector minoritario de la doctrina.

Estos autores consideran que algunos enunciados relativos a la valoración de la prueba, denominados inferenciales, pueden ser controlados con las herramientas clásicas de la lógica y que no existe ninguna razón por la que deba limitarse la posibilidad de valoración de la prueba de los tribunales de casación sólo a los casos excepcionalmente “arbitrarios o absurdos”. Estas nuevas posibilidades de control podrían aplicarse a cualquier caso que muestre el defecto lógico o argumentativo correspondiente. La posición teórico-conceptual que sostienen estos autores deriva en consecuencias relevantes para la praxis, ya que ésta concepción permite el control casatorio en un número mayor de sentencias que el de la “flexibilización débil” por ello al punto de vista del texto lo denominan de “flexibilización fuerte”.

A su vez, estos autores entienden que la nueva jurisprudencia de la Sala Penal del TSJ de Córdoba admite una interesante apertura del recurso de casación, en consonancia con la exigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, que posee jerarquía constitucional en nuestro derecho conforme al artículo 75 inc 22, ya que amplía el campo de control casatorio, siendo favorable al recurrente.

Pero, es dable destacar, que estos autores expresan que por vía del recurso de casación puede controlarse una gama de operaciones relacionadas con la valoración de la prueba mucho mayor a la aceptada recientemente por el TSJ de Córdoba, sin que por ello se vulnere el principio de inmediación.

Es decir, Pérez Barberá y Bouvier¹⁸ explican que en una sentencia hay “enunciados inferenciales” que son enunciados sobre hechos que apoyan otros enunciados sobre hechos o que son apoyados por otros enunciados, es decir, cuando es o puede ser reconstruido como una conclusión basada en premisas, y por otro lado hay “enunciados de inmediación”, que son los que expresan una percepción determinada del juez respecto a lo ocurrido.

En casación los enunciados de inmediación contenidos en la sentencia no pueden ser revocados por un tribunal superior alegando error en la percepción y sobre ello, el tribunal de casación carece de elementos para evaluar su corrección o incorrección.

Estos autores entienden que, si el recurrente, entre sus argumentos acerca de la fuerza de convicción de la prueba, no incluyó ninguno que afecte a un enunciado de

¹⁸ Pérez Barberá, G. y Bouvier, H. “Casación, Lógica y Valoración de la prueba: Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios”. A. Bovino editor responsable. *Nueva Doctrina Penal*. Editores del Puerto s,r,l. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2004.

inmediación, no existe ningún impedimento lógico ni epistemológico para controlar enunciados acerca de la valoración de la prueba por parte del juez de mérito.

Pérez Barberá y Bouvier¹⁹ finalizan confirmando que el recurso de casación desde el punto de vista de la flexibilización fuerte resulta apto para satisfacer las exigencias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto al derecho a recurrir la sentencia condenatoria, ya que este entendimiento de la casación penal permite un control realmente amplio de enunciados sobre hechos, amplitud que reclama el mencionado tratado internacional.

Opinan igualmente que el solo hecho de que, el TSJ de Córdoba aun con esa indebida limitación, admite que puedan controlarse en casación cuestiones relativas a la valoración de la fuerza de convicción de la prueba u otras operaciones, consideradas tradicionalmente como exclusivas de los jueces de mérito, implica un avance importante en el rumbo correcto.

Reflexiones finales

Para concluir, desde mi punto de vista, el derecho penal es muy importante para la vida en sociedad, ya que de él depende la libertad de las personas que están bajo un proceso acusatorio y por ello es crucial la valoración de la prueba en estos procesos.

Por esa razón, la argumentación jurídica aplicada en el razonamiento de la valoración de la prueba en el proceso penal y específicamente en el recurso de casación es fundamental como lo describen Pérez Barberá y Bouvier ya que ante el reconocimiento de que pueda ejercerse un control de enunciados inferenciales en las sentencias recurridas se está ampliando una gama de posibilidades que permite beneficios para los recurrentes que necesitan de esa instancia para defender sus derechos e incluso institucionalmente es de gran importancia ya que de esa forma también se pueden satisfacer las exigencias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁹ Ídem.

INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL Y UNIVERSALIZACIÓN DE LA PONDERACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE DERECHOS. UN ANÁLISIS CRÍTICO DEL CONTEXTUALISMO HERMENEÚTICO DESDE UN ABORDAJE EPISTEMOLÓGICO.

Eliana De Rosa¹²

Introducción

Hace algún tiempo comencé a explorar los retos y complejidades que se presentan a la agencia judicial en el contexto del neoconstitucionalismo y del paradigma de la argumentación jurídica. Las inevitables instancias de interpretación ya casi omnipresente en la operatoria judicial, sumado al ensanchamiento de fronteras referenciales derivada de la jerarquización de los principios a la categoría de fuente del derecho impulsaron una tendencia, en el ámbito de la teoría general del derecho, hacia la añadidura de una nueva dimensión en el fenómeno jurídico: la dimensión discursiva. Asistimos así a la materialización, en la realidad jurídica, de la concepción dworkiniana del derecho como práctica social interpretativa, constructiva y creativa³.

En el transcurso de la investigación he pretendido problematizar en concreto la corriente hermenéutica conocida como holismo semántico⁴ parece haberse generalizado como modelo agencial en los procesos judiciales. He procurado identificar y señalar las dificultades que se agregan al proceso hermenéutico cuando la materia de la interpretación está constituida por enunciados de dos términos, como es el caso de los principios, lo que multiplica significativamente las posibilidades de interpretación,

¹ Abogada (UNCUYO), Profesora de grado universitario en Ciencias Jurídicas (UNCUYO), Doctora en Derecho (UNCUYO). Profesora titular de la cátedra de Introducción al Derecho y Argumentación Jurídica en la Universidad Juan Agustín Maza, Profesora titular de la cátedra de Derecho Constitucional Universidad Juan Agustín Maza, Profesora titular de las cátedras de Filosofía Jurídica y Epistemología en la Universidad de Congreso, Profesora adjunta de la cátedra de Filosofía Jurídica en la Universidad de Mendoza. Directora y codirectora de proyectos de investigación en las tres casas de Estudios. Correo electrónico elianaderosa82@gmail.com, eliana.derosa@um.edu.ar, ederosa@profesores.umaza.edu.ar, ORCID N° 0000-0002-0675-2444.

² La presente exposición se enmarca en un proyecto de investigación financiado por la Universidad Juan Agustín Maza, que actualmente me encuentro dirigiendo titulado *Contextualismo y determinación del contenido de derechos humanos en la adjudicación. Presupuestos epistemológicos a partir de los aportes de las corrientes hermenéuticas holistas*.

³ Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp.47-48.

⁴ Se entiende por holismo semántico, o -a los fines de esta exposición contextualismo hermenéutico- a aquella teoría por la cual 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. 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. Véase en este punto, Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*. Trotta, 2021, Davidson, D., *Truth and Meaning y Radical Interpretation. Inquiries into Truth and Interpretation*. Clarendon Press., 1991; Quine, W. O (1984) “Dos dogmas del empirismo”, en *Desde un punto de vista lógico*, Orbis, Barcelona, 1984, pp. 48-81.

generando el riesgo de licuar categorías jurídicas fundamentales. Como propuesta de superación de estas dificultades argüí en favor de una tesis metaética consistente en la identificación de bienes humanos básicos como instrumento conceptual idóneo en orden a la recuperación de inteligibilidad del discurso jurídico a partir de las contribuciones teóricas de Jonathan Crowe, Pilar Zambrano y John Finnis.

Así las cosas, el dinamismo del paradigma de la argumentación, reflejo acaso del dinamismo vertiginoso de las sociedades contemporáneas, ha determinado el surgimiento de otras cuestiones que merecen problematización. Algunos autores han señalado también ciertas dificultades emergentes como efectos no buscados del neoconstitucionalismo y de la cultura jurídica sustantiva⁵. Entre ellas se menciona la ampliación cuantitativa y cualitativa del catálogo de derechos, de entidades sujetas u obligadas, la difuminación de la diferencia entre derecho e intereses políticos, el recurso al concepto de discriminación con miras a cubrir toda desigualdad no justificada. El desdibujamiento de la matriz identificatoria de lo que constituye un derecho de lo que es mero interés bien puede ser una implicancia de la desintegración de la noción de bien humano como materia de lo derechos, y ciertamente ha dado lugar al llamado fenómeno de inflación de derechos, lo que traduce en una suerte de hipertrofia o depreciación del valor sustantivo de los mismos. Más aún, se ha generado un debate relativo a la génesis de una nueva categoría de derechos, ya sea como categoría autónoma o bien como derivación de las categorías preexistentes.

Paralelamente, su proyección en el ámbito de las praxis judiciales se refleja en el aumento en los conflictos de derechos y la universalización de la ponderación como herramienta para la toma de decisiones jurídicas⁶, sumado a las derivas que se producen en los procesos de especificación de derechos, muchos de los cuales constituyen el resultado de un proceso de -en palabras de García Amado⁷- “minería de principios”, expresión ésta que refiere al proceso de extracción de principios constitucionales o iusfundamentales implícitos a partir de los explícitos, lo cual muy frecuentemente tiene lugar como consecuencia de procesos que se apartan de los causes racionales de la especificación.

Vergara cuestiona algunas tendencias que se verifican en las cortes internacionales por las cuales se infiere, a partir de enunciados generales que imponen obligaciones negativas a una pluralidad indeterminada de sujetos, derechos a realizar acciones positivas sin que exista la correspondiente premisa enunciativa de tales acciones expresada en una norma⁸.

Otra dificultad se plantea en los casos de conflictos de derechos en los que el juzgador debe resolver una tensión entre prerrogativas que, en abstracto, se ubicarían en idéntica jerarquía, el criterio de elección parece fundarse más en “una convicción intuitiva

⁵ Zezza, M. “El rol del holismo y del contextualismo en la interpretación constitucional. Consideraciones a la luz de las categorías teóricas de la tesis de Duhem-Quine”. *Revista Derecho del Estado*, 2023, no 56, p. 77.

⁶ Arosemena, G., “El paradigma transformador de los derechos humanos: rasgos estructurales y consecuencias paradójicas”, en *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Crego, J., y Pereira Sáez, C. (eds.) Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, Granada, 2024, p. 51.

⁷ García Amado, J. A., *Pro manuscrito*, 2022.

⁸ Vergara, Ó., “La solera de los derechos. Una aproximación lógico-sistemática al proceso de producción de nuevos derechos humanos”, en *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Eds. Jorge Crego y Carolina Pereira Sáez, Ed. Comares, Granada, 2024, p. 89.

y sentimental respecto al mérito de las pretensiones de los litigantes”⁹, todo lo cual expone al acto adjudicativo no sólo a la pérdida de racionalidad jurídica, sino también a su desnaturalización por falta de neutralidad del agente con riesgo evidente para el Estado de Derecho.

El problema del holismo semántico como parámetro hermenéutico.

Estas nuevas configuraciones a las que se ha hecho breve referencia en los párrafos precedentes impelen a explorar causas para poder ensayar respuestas: una de ellas fue la aproximación crítica al holismo semántico como paradigma hermeneútico de principios iusfundamentales desde una perspectiva metaética, esto, es, desde la consideración de los bienes humanos en juego. En esta oportunidad me propongo avanzar en la exploración hacia el nivel epistemológico.

Para ello cabe retomar la noción de holismo semántico en términos de la posibilidad de comprensión de significados en el marco de una red lingüística específica dentro de la cual opera. Recordemos este enfoque se encuentra representados en el ámbito de la filosofía del lenguaje por autores como Donald Davidson, Ludwig Wittgenstein y Willard Van Orban Quine entre otros.

Ahora bien, la principal cuestión a elucidar en el marco operativo diseñado por el holismo semántico es la posibilidad de modificación del significado de los términos en función de los contextos lingüísticos en los que se desempeña. En materia de hermenéutica judicial esto excede en mucho la cuestión idiomática y parece extenderse también a la cuestión cronológica y cultural. En otros términos, los esquemas de operación jurídica que siguen o responden al modelo hermeneútico propio del holismo semántico *a priori* serían mutables en función de los contextos. En un sentido congruente apunta Ferreres Comellas que:

“La Constitución de detalle conlleva la vinculación injustificable de la generación actual y de la futura a las decisiones de una generación ya muerta; no permite acoger nuevas exigencias éticas derivadas de aspectos de la libertad y de la dignidad humanas que no están contemplados en sus cláusulas abiertas específicas; y dificulta el desarrollo de procesos interpretativos que permitan integrar políticamente a los miembros de una sociedad plural, así como a Estados diversos, dentro de una cultura pública común basada en valores compartidos”¹⁰.

Ello se evidencia en los calificativos ya instalados en la praxis de los sistemas internacionales de derecho humanos tales como “evolutivos” o “progresivos”¹¹, que caracteriza a las perspectivas hermenéuticas propuestas. En este punto, el holismo semántico parece encajar al pie de la letra para la tarea de desentrañar el sentido y alcance -que por lo demás es siempre sustantivo- de los principios iusfundamentales.

En efecto en el holismo parece soslayarse que el argumento semántico posee en sí mismo un alcance ontológico, donde los términos designan la esencia de cosas

⁹ Arosemena, G., “El paradigma transformador de los derechos humanos: rasgos estructurales y consecuencias paradójicas”, en *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, op. cit., p. 51.

¹⁰ Ferreres Comellas, V. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, 138.

¹¹ Véase a modo de ejemplo: Opinión Consultiva OC-32/25 de 29 de mayo de 2025. Serie A No. 32, punto 282, p. 102. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_32_esp.pdf

significadas¹². Sobre el punto resultan de suma pertinencia las contribuciones del profesor español Alejandro Llano, quien -evocando la categoría aristotélica de diferencia fundamental- explica que la esencia de la cosa significada está constituida por “aquella diferencia o determinación fundamental que hace que una cosa sea precisamente lo que es y no sea otra cosa”¹³.

Contra la afirmación de esencias o naturalezas -determinaciones- en los significados, el holismo arguye que lo significado se enmarca siempre en un contexto y se menciona en circunstancias diversas, que dificultan cuando no imposibilitan la afirmación categórica de que algo, una determinada realidad, un ente es o no es, o es o no es de una determinada manera¹⁴. Como corolario, la afirmación de que algo es de una determinada manera o no es supondría incurrir en un reduccionismo, en la medida en que omite la totalidad de los aspectos, factores y variables que contextualizan al objeto significado.

Aristóteles solía refutar a los sofistas este tipo de argumentaciones en los siguientes términos:

“...Nada impide, en efecto, que un mismo sujeto sea hombre y blanco y muchísimas otras cosas; sin embargo, al preguntarle si es o no verdadero que esto es un hombre, debe dar una respuesta que signifique una sola cosa, y no debe añadir que es blanco o grande”¹⁵.

Comentando esta tesis aristotélica señala Llano con acierto:

“La exigencia de enumerar todas las circunstancias o coincidencias vendría a ser la pretensión totalizante de ese tipo de holismo que es el error básico del que deriva lo que hoy llamamos hermenéutica total, una interpretación y reinterpretación indefinida de cualquier realidad, sin que nunca se pueda llegar a algo que pueda considerarse la verdad sobre la realidad en cuestión”¹⁶.

A partir de aquí continúa Llano su argumento afirmando el carácter intencional del conocimiento¹⁷, lo cual se evidencia en el lenguaje y el significado de las palabras como condición de posibilidad de comunicación. Y esto “habrá que reconocerlo -prosigue Llano- si realmente se quiere pensar o decir algo. Porque, en el caso de que (el adversario desconociera esta posibilidad) no solamente se encontraría en la imposibilidad pragmática de dialogar, sino que se hallaría ante la imposibilidad semántica de saber algo y decirlo”¹⁸. De ello se sigue como condición de la comunicación racional la necesidad de que los significados tengan un cierto anclaje en la realidad, en palabras de Saul Kripke un núcleo o referente rígido¹⁹, expresión que emplea para designar propiedades de identidad de objetos designados en cualquier contexto posible²⁰.

¹² Llano, A., *Teoría del conocimiento*, Madrid, Biblioteca autores cristianos, 2015, p. 105.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid., p. 106.

¹⁵ Aristóteles, *Metafísica*, IV, 1007 a 10-75.

¹⁶ Llano, A., *Teoría del conocimiento*, op. cit., p. 106.

¹⁷ Ibid., p. 107.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Véase, Kripke, S., et al. *Naming and necessity*. Oxford: Blackwell, 1980.

²⁰ Kripke, S., Prefacio de la versión traducida de *Nombre y Necesidad*, UMAN, 1995, p. 10

En el holismo o contextualismo semántico, por contraste, todo es uno y lo mismo, con lo cual se admite la posibilidad de que algo sea y no sea al mismo tiempo, y/o en el mismo sentido. En una palabra, se atenta contra el principio lógico de no contradicción.

Trasponiendo estas ideas al ámbito jurídico y concretamente al ámbito de la hermenéutica judicial en materia de derechos humanos, se sigue que el seguimiento irrestricto de un criterio hermenéutico contextualista u holista que haga depender la naturaleza de las cosas de los contextos, importaría de algún modo abdicar del principio de no contradicción.

Más aun, esta implicación resulta de particular relevancia si se tiene en cuenta la naturaleza tanto de la agencia judicial como del acto adjudicativo determinativo de derechos humanos. En el caso de la agencia, su naturaleza de proceso de conocimiento o proceso cognitivo obliga necesariamente a reconocer el carácter intencional, que por lo demás se evidencia en su carácter retrospectivo en lo que se refiere a la plataforma fáctica y de carácter prospectivo al imperativo de conducta que surgirá del mismo. En concreto, el aspecto prospectivo de la adjudicación se encuentra necesariamente conectado a la reconstrucción y verificación del aspecto retrospectivo, de donde se sigue de modo concluyente una pretensión de verdad como adecuación a la realidad.

En el caso del acto adjudicativo determinativo del contenido principios iusfundamentales es preciso considerar además que la operación de determinación sobre la que recae sobre dicho acto es una sustancia, un bien, al que el derecho como dispositivo técnico-positivo aspira a explicitar y proteger en función de su carácter intrínsecamente valioso.

En ese orden de ideas, el corolario de la adopción de un criterio hermenéutico de tipo contextualista para este tipo particular de operaciones importaría afirmar una sustancia en determinados contextos y negarla en otros, con lo cual, no sólo se disuelve la sustancia de los derechos humanos en el acto de interpretación, sino que definitivamente se elimina.

Específicamente, el holismo semántico como criterio hermenéutico aplicado de modo irrestricto en los casos de conflictos de derechos adolece de serias falencias que impactan en la inteligibilidad de la argumentación judicial, y vuelve seriamente cuestionable la neutralidad de la ponderación, la cual queda expuesta a terminar reducida a un acto fundado en factores subjetivas y emocionales más que en una genuina búsqueda de reconstrucción de la verdad objetiva, anclada en la realidad y en la naturaleza de las cosas, con riesgo evidente que de ello se sigue para la seguridad jurídica y para el Estado de derecho.

Conclusión

Retomando el caso de la ponderación como herramienta de resolución de conflictos de derechos se trataría, en principio, de una operación que aparece en escena allí donde la resolución deductiva ya no es posible. Como apunta Arosemena, en la ponderación el juez decide qué normas ha de obedecer en base a criterios de peso que responden a la íntima convicción del juzgador y que no admiten supervisión externa²¹. Lo que suele aparecer en el plano justificativo de estas decisiones es el argumento

²¹ Arosemena, G., “El paradigma transformador de los derechos humanos: rasgos estructurales y consecuencias paradójicas”, en *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, op. cit., p. 69.

contextualista en los juicios evaluativos determinativos del contenido de derechos y, fundamentalmente, de obligaciones. Sin embargo, el hecho de que el adjudicador carezca o prescinda de marcos referenciales normativos no importa afirmar que no disponga de marco referencial ni de parámetro lógico alguno.

Cuando el objeto de la ponderación es determinar el contenido de derechos - identificando primariamente obligaciones correlativas- el argumento contextualista debe poder dar cuenta del seguimiento de, al menos, principios lógicos de dimensión ontológica, y realizar las determinaciones correspondientes respetando la naturaleza de las cosas.

Manuel Atienza en su *Curso de Argumentación jurídica* señaló el alcance limitado de la lógica formal para la justificación de sentencias apuntando que la lógica no es un instrumento suficiente, pero sí necesario para la argumentación jurídica. “Por eso, contra lo que hay que estar -escribe- no es contra la lógica —cosa absurda—, sino contra el *imperialismo* de la lógica, contra la pretensión de que donde se acaba la deducción empieza la arbitrariedad”²². Sin embargo, resulta igualmente innegable que un proceso argumentativo y discursivo que no respete las reglas elementales de la lógica deviene en igualmente arbitrario, máxime si el proceso en cuestión reconoce como horizonte el imperio de una conducta.

La limitación o insuficiencia de la lógica formal deriva precisamente de su ámbito de su objeto, constituido *a priori* por el control de validez de los esquemas argumentativos más que por la corrección sustantiva de los argumentos. No obstante, reconocer este alcance limitado de ningún modo equivale a afirmar su prescindencia. La lógica sigue siendo condición necesaria y elemental de toda argumentación que aspire ser de carácter racional. Pero a la vez, los principios lógicos fundamentales: de identidad, de no contradicción, de tercero, excluido, de razón suficiente, y de causalidad son principios de dimensión ontológica, esto es, remiten a estructuras inmodificables de la realidad. De ahí la necesidad de que sean reconocidos como axioma de todo razonamiento ya sea especulativo o práctico, máxime cuando ese razonamiento está encaminado a determinar el contenido y alcance de los derechos juego, identificando una sustancia que -por ser humana- tiene igualmente dimensión ontológica.

Referencias bibliográficas

Aristóteles, *Metafísica*, IV, 1007 a 10-75.

Arosemena, Gustavo, “El paradigma transformador de los derechos humanos: rasgos estructurales y consecuencias paradójicas”, en *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Crego, J., y Pereira Sáez, C. (eds.) Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, Granada, 2024 pp. 51-70.

Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

Davidson, Donald, *Truth and Meaning y Radical Interpretation. Inquiries into Truth and Interpretation*. Clarendon Press., 1991.

²² ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p.186.

- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- Kripke, Saul A., et al. *Naming and necessity*. Oxford: Blackwell, 1980.
- Kripke, Saúl, A., Prefacio de la versión traducida de *Nombre y Necesidad*, UMAN, 1995.
- Llano, Alejandro, *Teoría del conocimiento*, Madrid, Biblioteca autores cristianos, 2015.
- Quine, W. O (1984) “Dos dogmas del empirismo”, en *Desde un punto de vista lógico*, Orbis, Barcelona, 1984, pp. 48-81.
- Vergara, Óscar, “La solera de los derechos. Una aproximación lógico-sistemática al proceso de producción de nuevos derechos humanos”, en *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Eds. Jorge Crego y Carolina Pereira Sáez, Ed. Comares, Granada, 2024, pp. 71-83.
- Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*. Trotta, 2021.
- Zeza, Michele, “El rol del holismo y del contextualismo en la interpretación constitucional. Consideraciones a la luz de las categorías teóricas de la tesis de Duhem-Quine”. *Revista Derecho del Estado*, 2023, no 56, p. 71-102.

ARGUMENTACIÓN Y RAZONAMIENTO JURÍDICO FRENTE A LA PRUEBA DE REFERENCIA EN DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD: IMPLICACIONES PARA LA DECISIÓN JUDICIAL EN EL SISTEMA PENAL COLOMBIANO (LEY 906 DE 2004)

Laura Andrea Escolar Galofre¹

Así como un equilibrista avanza con cautela sobre una cuerda suspendida en el aire, sabiendo que cualquier movimiento en falso puede hacerlo caer al vacío, el juez penal debe caminar con igual precisión entre dos extremos igualmente sagrados: la protección de las víctimas y el respeto a las garantías del acusado.

Pensemos, por un instante, en un despacho judicial al que se le encomienda una de las tareas más delicadas del sistema penal: impartir justicia en un proceso por un delito sexual cuya víctima es un menor de edad. No se trata, en modo alguno, de un expediente más en la rutina judicial. Lo que se debate en esa sala de audiencias no es solo un conjunto de hechos y pruebas, sino una tensión profunda entre dos pilares fundamentales del Estado Social de Derecho: por un lado, la necesidad imperiosa de proteger a las víctimas más vulnerables —niños, niñas y adolescentes— y, por otro, la exigencia ineludible de garantizar los derechos del acusado, en particular su derecho a la defensa, a la contradicción y a un juicio justo.

Este escenario, lejos de ser una hipótesis excepcional, representa uno de los dilemas más complejos y delicados que enfrentan cotidianamente los operadores judiciales en Colombia. En el estrado no reposa simplemente un expediente; sobre los hombros del juez recae una doble y exigente responsabilidad: de un lado, brindar protección al testigo más vulnerable del proceso —una niña o un niño víctima de abuso sexual— y, del otro, salvaguardar sin concesiones las garantías procesales que sostienen el sistema penal acusatorio: la contradicción, la inmediación y la presunción de inocencia.

Es precisamente en este punto de tensión —donde confluyen los derechos fundamentales de las partes— que la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana ha desempeñado un rol fundamental. En ausencia de una regulación legislativa clara y específica sobre los mecanismos probatorios aplicables en estos casos, ha sido la Corte, mediante una construcción mayormente jurisprudencial,

¹ Abogada especialista en Derecho Penal y Constitucional de la Universidad del Norte. Especialista en Garantías Penales de la Universidad de Messina, Italia. Magister en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre Seccional Barranquilla.

progresiva y casuística, quien ha trazado los criterios que rigen la admisión, la valoración y los límites de la prueba de referencia en delitos sexuales contra menores de edad.

Lejos de eludir el conflicto, la Corte lo ha asumido como uno de los retos interpretativos más relevantes de su labor. A través de diversas providencias, ha intentado responder a una pregunta que sintetiza esta compleja tensión entre protección y debido proceso: ¿cómo valorar, desde el razonamiento judicial y dentro del marco constitucional, el eco indirecto de una voz infantil, sin sacrificar la justicia ni poner en riesgo la verdad procesal?

La respuesta de la Corte Suprema de Justicia frente a este dilema ha sido construida sobre dos pilares fundamentales que todo operador judicial en Colombia debe conocer y aplicar con rigor.

El primero: la admisión excepcional de la prueba de referencia como medida de protección.

La Corte ha sido clara al afirmar que este tipo de prueba, por su propia naturaleza, debe conservar un carácter excepcional dentro del proceso penal. No obstante, ha interpretado el artículo 438 del Código de Procedimiento Penal —especialmente tras la incorporación del literal *e*— no como una simple excepción de tipo técnico-procesal, sino como una manifestación concreta del deber de protección reforzada hacia la niñez. En este sentido, ha reconocido que someter a un niño, niña o adolescente a un nuevo interrogatorio en juicio puede significar la revictimización de un trauma ya vivido, con secuelas incluso más profundas que las del hecho original. Así, la posibilidad de introducir su relato previo no responde a una lógica de atajo probatorio, sino a la necesidad de garantizar el principio constitucional del interés superior del menor.

El segundo, y quizá el más decisivo: la exigencia de corroboración periférica. Aquí se ubica el núcleo de la argumentación judicial. La Corte ha fijado una regla insoslayable: ninguna condena puede edificarse únicamente sobre una prueba de referencia. El testimonio del menor incorporado como de referencia, por más genuino o emotivo que parezca, no basta por sí solo para desvirtuar la presunción de inocencia. Para que tenga valor jurídico suficiente, debe estar acompañado por lo que la jurisprudencia ha denominado “corroboraciones periféricas objetivas y sólidas” —elementos independientes que, sin repetir el dicho del menor, lo respalden desde la lógica, la experiencia o la evidencia forense. Solo así se armoniza la protección a la víctima con el debido proceso del acusado.

¿Y qué son estas corroboraciones? Son todos aquellos elementos externos y autónomos que dotan de credibilidad al relato inicial. Hablamos de dictámenes periciales —psicológicos o forenses— que evidencien el daño, de declaraciones de otros testigos que, sin haber presenciado el hecho, puedan dar cuenta de cambios significativos en el comportamiento del menor, de revelaciones espontáneas o de circunstancias sospechosas

que rodean el contexto del abuso. En definitiva, la labor del juez se asemeja a la de un arqueólogo de la verdad: debe excavar cuidadosamente entre los hechos y las pruebas, buscando piezas adicionales que, al unirse, confirmen que ese relato no es producto de una invención o de una sugestión, sino el reflejo fidedigno de una realidad atroz.

A estos dos pilares se le suma un tercer eje transversal e ineludible: el rol del juez como garante activo del equilibrio entre la verdad, la justicia y las garantías procesales.

La jurisprudencia no ha dejado lugar a dudas: en contextos tan sensibles como los delitos sexuales contra menores, el juez no puede ser un espectador pasivo del proceso. Su función no se agota en recibir pruebas o aplicar la ley de forma mecánica. Al contrario, debe asumir una postura vigilante, crítica y proactiva, asegurando que la búsqueda de la verdad no sacrifique el respeto por las garantías fundamentales, ni que la protección a la víctima se convierta en una forma de debilitamiento del debido proceso.

Este rol exige del juez un doble ejercicio de sensibilidad y técnica: sensibilidad para comprender las dinámicas propias de la infancia y los efectos del trauma en la narrativa del menor; y técnica para valorar la prueba con estándares jurídicos claros, sin caer en juicios de verosimilitud subjetivos o valoraciones asistemáticas.

En última instancia, es el juez quien debe lograr que el proceso penal —aun en su complejidad— sea un verdadero escenario de justicia, y no un espacio de repetición de daños. Un lugar donde ninguna de las partes pierda su dignidad en nombre de la otra. Porque en un Estado Social de Derecho, proteger no puede significar condenar independientemente de las falencias probatorias, así como garantizar no puede implicar ignorar el dolor de las víctimas más frágiles.

De este modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia transforma el dilema. Ya no se trata de una elección trágica entre proteger al niño o garantizar los derechos del acusado. Se trata de un mandato de verificación exhaustiva. El juez no está validando un simple dicho; está comprobando, a través de medios de prueba autónomos y rigurosos, si ese eco testimonial resuena con la verdad procesal que emerge del resto del expediente.

Con este marco establecido, corresponde ahora descender al terreno concreto del juicio oral para observar cómo las partes —fiscalía y defensa— se apropian de esta línea jurisprudencial y la convierten en materia de disputa argumentativa.

Esta línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia da origen a una intensa dialéctica procesal en la sala de audiencias. La prueba de referencia se convierte en el epicentro sobre el cual giran las estrategias de argumentación tanto de la fiscalía como de la defensa, cada una luchando por inclinar la balanza de la justicia a su favor.

Por un lado, la argumentación de la Fiscalía General de la Nación asume una doble carga:

(i) Justificar la Necesidad: Primero, el fiscal debe argumentar sólidamente por qué es imperativo recurrir a la prueba de referencia. Su discurso se fundamentará en el principio del interés superior del niño y en la necesidad de evitar la revictimización. Utilizará los dictámenes psicológicos no solo como corroboración del hecho, sino como prueba de la inconveniencia y el daño que generaría someter al menor al interrogatorio directo del juicio oral. Su argumento es claro: la protección de la integridad psicológica del menor no es un obstáculo para la justicia, sino una condición para alcanzarla.

(ii) Construir el Mosaico Probatorio: Segundo, y más importante, el fiscal debe actuar como un arquitecto, presentando al juez no piezas sueltas, sino una estructura coherente. Su alegato final no se centrará en el testimonio de referencia de forma aislada, sino que lo presentará como la pieza central de un mosaico. Argumentará cómo el dictamen médico-legal que acredita lesiones compatibles con abuso, el informe psicológico y el testimonio de la persona que notó un cambio abrupto en el comportamiento del niño, son hechos que, si bien no prueban el abuso por sí mismos, orbitan y confirman la veracidad de ese "eco" inicial. La fuerza de su argumento radicará en demostrar que la única explicación lógica que une todos estos puntos es la narración contenida en la prueba de referencia.

Ahora, en la orilla opuesta, la argumentación de la defensa se erige como un contrapeso crítico, enfocado en explotar las debilidades inherentes a este tipo de prueba, esto es su tarifa probatoria negativa, para lo cual buscará desarticular el "mosaico" de la fiscalía. Su labor consistirá en tomar cada una de las "corroboraciones periféricas" y atacarlas individualmente. Cuestionará la metodología del perito, ofrecerá hipótesis alternativas y plausibles para el comportamiento del menor (problemas familiares, dificultades escolares), y buscará inconsistencias entre el relato de referencia y las demás pruebas. Su argumento central será que, sin el anclaje de un testimonio directo y contundente, las demás pruebas son ambiguas y no conducen, más allá de toda duda razonable, a un único culpable. La defensa insistirá en que una suma de sospechas o de pruebas indirectas no puede, bajo ninguna circunstancia, equivaler a la certeza que se requiere para una condena.

De esta forma, el razonamiento del juez no se produce en el vacío, sino que es el resultado directo de esta confrontación de argumentos. Su decisión final dependerá de cuál de las dos narrativas logra, con mayor solidez y coherencia, explicar la totalidad de la evidencia presentada.

Ante la confrontación dialéctica entre la necesidad probatoria de la fiscalía y el reclamo de garantías de la defensa, la figura del juez trasciende la de un mero árbitro. Se convierte en, un "arquitecto de la decisión". Su labor no consiste en descubrir una verdad histórica absoluta —un ideal inalcanzable— sino en construir y justificar racionalmente una verdad procesal. Este proceso es, en sí mismo, el acto más puro de la argumentación jurídica, un itinerario intelectual que debe ser examinado con rigor. Es precisamente en la gestión de esa duda donde reside la legitimidad de su veredicto, especialmente en un terreno tan frágil como el que nos ocupa.

Este itinerario decisorio puede descomponerse en tres momentos argumentativos cruciales:

(i) La Ponderación de Principios - La Racionalidad más allá de la Subsunción:

El primer desafío para el juez es superar el modelo mecánico de la subsunción. Aquí no hay una norma que se aplique de forma automática. Nos enfrentamos a una colisión de principios de la más alta jerarquía: el interés superior del niño y su protección contra la revictimización (Art. 44, Constitución de Colombia) versus el derecho a la confrontación y contradicción probatoria, núcleo del debido proceso (Art. 29, Constitución; Art. 8, CADH).

Para resolver esta tensión, el juez debe acudir a una herramienta de argumentación constitucional sofisticada: la ponderación, desarrollada teóricamente por autores como Robert Alexy². No se trata de un simple sacrificio de un principio en favor de otro. La ponderación exige un argumento de proporcionalidad en sentido estricto. El juez debe demostrar en su sentencia, de forma explícita, que la afectación al derecho de confrontación es:

- a) Idónea: Recurrir a la prueba de referencia es útil para alcanzar el fin legítimo de obtener justicia y proteger al menor.
- b) Necesaria: No existe una alternativa menos lesiva para la garantía del acusado que permita, con igual eficacia, obtener el testimonio (por ejemplo, si un testimonio anticipado protegido tampoco fue viable).
- c) Proporcional: El grado de satisfacción del principio de protección del menor es tan alto que compensa la intensidad de la afectación al derecho de defensa.

La motivación del juez debe responder a la pregunta: ¿Por qué en este caso concreto, dadas las pruebas sobre el estado de trauma del menor, la balanza se inclina hacia la admisión de la prueba de referencia? Sin este argumento de ponderación, la decisión se convierte en un acto de voluntad, no de razón jurídica.

(ii) La Construcción Racional del Hecho Probado: Una vez admitida la prueba de referencia, el juez enfrenta su reto más grande: la valoración probatoria. El viejo paradigma de la "íntima convicción", que permitía al juez decidir sin expresar sus razones, ha sido superado. Hoy, la "sana crítica" debe entenderse como un método de justificación racional. Como sostenía *Michele Taruffo*³, la decisión sobre los hechos "debe ser justificada mediante un argumento racionalmente aceptable, basado en las pruebas disponibles".

En este contexto, la prueba de referencia es, por naturaleza, una prueba débil. No puede, por sí sola, fundamentar una condena. Su valor depende enteramente de su corroboración externa, por lo que se deberá acreditar que:

- a) La hipótesis de la culpabilidad, sostenida por la prueba de referencia, es coherente con todas las demás pruebas practicadas (periciales, testimoniales y documentales).
- b) El grado de confirmación de esta hipótesis, gracias a las pruebas periféricas, es significativamente alto. No basta una suma de indicios; se requiere una conexión lógica donde cada prueba refuerza a las demás, y todas juntas apuntan en una única dirección.

² Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³ Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Trotta, 2002 (traducido del original italiano *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, 1992).

- c) Las hipótesis alternativas plausibles, como las planteadas por la defensa, han sido racionalmente refutadas por el acervo probatorio.

Es por ello que el juez, en su sentencia, no puede simplemente afirmar que: "las pruebas periféricas corroboran el testimonio de referencia". Debe explicar el cómo: "El dictamen médico-legal que acredita lesiones es consistente con el relato de abuso continuado que la menor le confió a su psicóloga; a su vez, como el testimonio del familiar sobre los cambios de comportamiento de la menor coinciden temporalmente con la fecha señalada en el relato de referencia, y así sucesivamente". Es un ejercicio de conexión lógica explícita.

Finalmente, todo el razonamiento debe pasar por el filtro del estándar de prueba: más allá de toda duda razonable. Este no es un mero umbral cuantitativo de pruebas, sino una garantía epistemológica fundamental del "garantismo penal", como lo ha teorizado el maestro Luigi Ferrajoli. Para Ferrajoli⁴, el proceso penal no busca una "verdad sustancial" a cualquier costo, sino una "verdad procesal" o "jurisdiccional", es decir, aquella que puede ser alcanzada respetando rigurosamente todas las garantías.

Este estándar implica una regla de decisión clara: es preferible un culpable absuelto a un inocente condenado. Por tanto, el juez debe argumentar en su fallo que la hipótesis de culpabilidad no solo es la más probable, sino que es la única explicación racionalmente posible ante la evidencia. Si, a pesar de las corroboraciones, la debilidad inherente de la prueba de referencia deja abierta una duda seria, fundada en las pruebas y no en meras especulaciones, el principio *in dubio pro reo* debe imponerse. La condena exige una certeza que, aunque nunca será absoluta, sí debe ser suficiente para desterrar cualquier alternativa razonable de inocencia.

En conclusión, la motivación de la sentencia en estos casos es el pilar que sostiene todo el edificio. Como sentenciaba Calamandrei⁵, "la motivación es un acto de conciencia, por el cual el juez responde ante sí mismo y ante la sociedad de la justicia de su decisión". Es en esa motivación, detallada, racional y transparente, donde el juez demuestra que ha navegado el abismo entre proteger al más vulnerable y salvaguardar las garantías del acusado, transformando el eco de un testimonio silencioso en una decisión judicial legítima y justa.

⁴ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

⁵ Calamandrei, Piero. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Madrid: Editorial Reus, 2009.

PEÍTHO/PEÍTHOMAI, ARGUMENTACIÓN Y OBLIGACIÓN POLÍTICA EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Eduardo Esteban Magoja¹

1. Introducción

En griego antiguo, el verbo *peítho* (πείθω), dependiendo de la voz verbal, expresa dos acciones distintas, pero que en realidad están conectadas entre sí: en activa significa “persuadir”, mientras que en medio-pasiva (*peíthomai*, πείθομαι) se traduce como “obedecer”². Esta relación permitiría suponer, a nivel jurídico-político, que la autoridad implica un acto de convencimiento, y que la obediencia surge de haber sido persuadido. Sumisión al derecho y persuasión aparecen como dos caras de un mismo proceso, en el que el discurso cumple un papel central en la construcción y consolidación de la autoridad. Parafraseando a Kant, podría decirse que una obediencia sin persuasión es ciega, porque carece de orientación argumentativa, mientras que una persuasión sin obediencia es vacía, porque no se materializa en un compromiso de cumplimiento respecto de lo que se persuade.

Esta interpretación de *peítho/peíthomai* adquiere especial relevancia para pensar la obligación política en el Estado de derecho contemporáneo. En un régimen democrático, uno desearía que la autoridad estatal no se imponga desde fuera como algo ajeno a sus miembros, sino que se consolide, de algún modo, mediante la interacción argumentativo-persuasiva en los espacios institucionales. Bajo este enfoque, la obligación de obedecer encontraría cierta justificación en la posibilidad de intervenir, deliberar y persuadir en el marco de procesos colectivos adecuados. Se trata, en última instancia, de la búsqueda de consensos, que fortalezcan la cohesión social e integren a los individuos en un mismo proyecto común.

Sin embargo, vale aclarar, ese acercamiento teórico basado en *peítho* no pretende alcanzar una justificación completa de la obligación política, ni tendría la capacidad para hacerlo. Más bien, aporta una perspectiva específica que destaca el papel de la persuasión, la confianza y la participación en la legitimación del poder político. En todo caso, su contribución debe entenderse como (posible) parte de una teoría de la obligación política más amplia, que puede complementarse con otras propuestas —como las basadas en el *fair play* (Klosko³), los deberes naturales de apoyar las instituciones justas (Rawls⁴ y

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Docente de Filosofía y Teoría General del Derecho de dicha universidad. magojaeduardo@gmail.com.ar

² Liddell, H.G., Scott, R. y Jones, H. S. (eds.), *A Greek-English Lexicon*, Oxford: Clarendon Press, 1996, s.v. πείθω.

³ Klosko, G., *The Principle of Fairness and Political Obligation*, Lanham (MD): Rowman & Littlefield, 2004; Klosko, G., *Political Obligations*, Oxford: Oxford University Press, 2005; y Klosko, G., *Why Should We Obey the Law?*, Cambridge: Polity Press, 2019.

⁴ Rawls, J., *Teoría de la justicia*, México: FCE, 2006.

Waldron⁵) o los enfoques asociativos (Dworkin⁶, Horton⁷ y Gilbert⁸)— para captar en toda su complejidad el vínculo moral que une a los ciudadanos con el Estado.

Esta ponencia sostiene, en suma, que la dinámica *peítho/peíthomai* constituye una clave interpretativa útil para repensar la obligación política en el Estado de derecho contemporáneo, así como también la legitimidad, la cual, antes que reducirse al cumplimiento formal de la legalidad, se nutre de la capacidad de las instituciones para someterse al juicio público mediante procedimientos deliberativos⁹. Allí donde los ciudadanos participan activamente, discuten y reconocen la validez de las decisiones, la autoridad se robustece; allí donde esos espacios se debilitan o se cierran, la legitimidad se erosiona, dando lugar a formas de poder más frágiles o, en el peor de los casos, autoritarias.

2. *Peítho/peíthomai*

El verbo *peítho* (πεῖθω), como dijimos, posee un significado diverso de acuerdo con la voz verbal, que podría reflejar cierta conexión central respecto a la iniciativa ciudadana y la sumisión a la autoridad, a la capacidad de influir sobre los demás y la disposición a aceptar leyes, y a la creación del derecho y su cumplimiento, entre otras relaciones. En efecto, la forma medio-pasiva *peíthomai* expresa el acto de “obedecer” o “el someterse a”, lo que muestra que la acción individual se articula con la autoridad y las normas colectivas: su máxima expresión se expresa, quizá, en la noción de *πειθαρχία* (*peitharkhía*), que, por su composición (*peíthomai* + *arkhé*), significaría “el gobierno de la obediencia”¹⁰.

Pero, en el contexto en donde se desplegaba semejante acción, la *pólis* clásica, obedecer no se concebía como sumisión pasiva, sino como un acto ético y político que integraba al ciudadano en la comunidad y en el marco normativo. Esto nos lleva a examinar el sentido en voz activa de *peítho* (πεῖθω), que significa “convencer” o “persuadir”, y de esta manera a destacar la importancia de la persuasión en el mundo griego, desde la ética individual hasta la organización política y social. De él derivan, por cierto, el sustantivo *peithó* (πεῖθώ), “persuasión”, y los adjetivos *peithós* (πεῖθός) y *peistikós* (πειστικός), “persuasivo”, que conservan el sentido activo de “capaz de persuadir”.

En este recorrido, sin lugar a dudas, Platón en el *Critón* ilustra con total claridad esa dimensión jurídico-política del verbo al presentar a las Leyes de Atenas indicándole a Sócrates que, si no está de acuerdo con lo que ellas disponen, puede intentar modificarlas mediante la persuasión; de lo contrario, debe obedecerlas¹¹. Esta idea, conocida como la doctrina “obedecer o persuadir” y ampliamente comentada por la

⁵ Waldron, J., “Special Ties and Natural Duties”, en Edmundson, W. A. (ed.), *The Duty to Obey the Law*, Lanham (MD): Rowman & Littlefield, 1999.

⁶ Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Barcelona: Gedisa, 2005.

⁷ Horton, J.P., *Political Obligation*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010.

⁸ Gilbert, M., *A Theory of Political Obligation: Membership, Commitment, and the Bonds of Society*, Nueva York: Oxford University Press, 2006.

⁹ Tradicionalmente se entiende, por cierto, que entre autoridad legítima y obligación política existe una relación muy estrecha. Un Estado puede considerarse legítimo únicamente cuando posee el derecho de dictar y hacer cumplir sus leyes, lo cual ocurre solo si sus ciudadanos reconocen una obligación básica de obedecerlas. Si esa obligación no se encuentra debidamente fundada o aceptada, el gobierno ve limitado su derecho (legítimo) a imponer o ejecutar sus normas. Cf. Simmons, A. J., *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton: Princeton University Press, 1979, p. 195.

¹⁰ En realidad, los diccionarios nos ofrecen como traducción de *peitharkhía* “obediencia” (cf. Liddell, H.G., Scott, R. y Jones, H. S. (eds.), *A Greek-English Lexicon*, Oxford: Clarendon Press, 1996, s.v. *πειθαρχία*). Sin embargo, creemos que carga con un sentido político más fuerte, de ahí la variante que se propone.

¹¹ Cf. 51b3-4, 51b9-51c1 y 51e4-52a3.

literatura especializada¹², puede llegar a admitir, al menos, tres interpretaciones respecto al momento de la persuasión: primero, ella se puede ejercer tras la condena como justificación ante el tribunal, como si se tratara de una desobediencia civil; segundo, se formula antes de la aplicación de la ley como medio para reformarla; o, por último, se expresa en el momento de su aplicación, es decir, durante el juicio. No hay seguridad respecto a cuál de ellas es la correcta, pero, en cualquier caso, lo importante para nosotros es ver cómo el argumento refleja la relación entre voluntad individual y sujeción normativa estatal, y la ambivalencia de la obediencia en la experiencia ciudadana.

En la mitología griega, Peithó (Πειθώ) personifica esa capacidad de la persuasión, lo que simboliza cómo los griegos la concebían como una fuerza poderosa, incluso divina¹³. Los sofistas, por su parte, enseñaban la persuasión, por medio del *lógos*, como competencia central para la participación en la vida pública. El “movimiento” —como algunos definieron¹⁴— constituye sin duda el mejor ejemplo del poder que tenía la palabra sobre los oyentes en la democracia ateniense. En tal sentido, recordemos a Gorgias, quien en el *Encomio de Helena* concebía al *lógos* (persuasivo) como un “gran soberano” (δυνάστης μέγας) que produce las “obras más divinas” (θειότατα ἔργα)¹⁵, capaz de infundir placer, eliminar dolor y transformar las creencias de los hombres; o también pensemos en Protágoras, quien decía que mediante una hábil argumentación se podía lograr “hacer más fuerte el *lógos* más débil” (τὸν ἥττω...λόγον κρείττω ποιεῖν)¹⁶.

Aristóteles aborda el tema de la persuasión en *Retórica*, pero con cierta particularidad. En efecto, en su desarrollo lo que cobra especial importancia es el concepto de *pístis* (πίστις), término también derivado de *peítho*, que designa la “confianza”, la “credibilidad” o la “convicción”¹⁷. Así, cuando el filósofo critica a la tradición anterior, dice que “solo los medios de convicción o credibilidad (*písteis*) son propios del arte [retórica]” (αἱ γὰρ πίστεις ἔντεχόν εἰσι μόνον); incluso, al definir tal arte, dice —conforme la traducción de Racionero¹⁸— que es “una facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer (*pithanón*)”¹⁹ (ἔστω δὴ ἡ ῥητορικὴ δύναμις περὶ ἕκαστον τοῦ θεωρῆσαι τὸ ἐνδεχόμενον πιθανόν), es decir, la capacidad de discernir las *písteis* pertinentes a cada situación.

Aristóteles aclara un poco más ese punto y distingue los medios de convicción propios del arte (*písteis énteknoi*) de los no propios del arte (*písteis átekhnoi*) o, dicho con

¹² La bibliografía es sumamente amplia, pero se destacan, a modo de ejemplo, los trabajos de Woosley, D., *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, Londres: Duckworth, 1979, pp. 28-61; Kraut, R., *Socrates and the State*, Princeton (NJ): Princeton University Press, 1984, pp. 54-90; Brickhouse, T. C. y Smith, N. D., “Socrates and the Laws of Athens”, *Philosophy Compass*, vol. 1, n° 6, 2006, pp. 564-570; y Brickhouse, T. C. y Smith, N. D., “Persuade or Obey”, *Harvard Review of Philosophy*, vol. 19, pp. 69-83. Últimamente, ligado con el tema de la desobediencia civil actual en las democracias, la cuestión fue explorada por Marcou, A., “Obedience and Disobedience in Plato's Crito and the Apology: Anticipating the Democratic Turn of Civil Disobedience”, *The Journal of Ethics*, vol. 25, 2021, pp. 339-359.

¹³ Grimal, P., *Diccionario de mitología griega y romana*, Barcelona: Paidós, 1989, s.v. Peito.

¹⁴ Kerferd, G. B. *The Sophistic Movement*, Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

¹⁵ DK 82 B 11.8. Se cita conforme la edición de Diels, H. y Kranz, W. (eds.), *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 3 vols., Berlín: Weidmannsche Buchhandlung, 1960.

¹⁶ DK 80 B 6b.

¹⁷ Liddell, H.G., Scott, R. y Jones, H. S. (eds.), *A Greek-English Lexicon*, Oxford: Clarendon Press, 1996, s.v. πίστις.

¹⁸ Racionero, Q., (trad.), *Aristóteles: Retórica*, Madrid: Gredos, 2007.

¹⁹ En su definición de retórica, Aristóteles habla de *tò pithanón*, que muchos traductores lo ligán a la idea de “lo persuasible”. Sin embargo, como señala Ramírez Vidal, el término se refiere más a aquello que puede ser considerado convincente, y no a la persuasión en sí; de ahí la decisión de adoptar la traducción de Racionero, que recoge tal sentido. Cf. Ramírez Vidal, G., “La *pistis-fides* como el objeto propio de la retórica”, *Quadripartita Ratio: Revista de Retórica y Argumentación*, vol. 3, n° 5, 2018, pp. 42-43.

otras palabras, los técnicos y no técnicos²⁰. Los primeros son aquellos que pueden prepararse con método y por nosotros mismos, es decir, los que surgen del ejercicio mismo de la *tékhnē rhetoriké*. Estos son de tres especies: se persuade por el discurso o el razonamiento lógico (*lógos*); por el carácter del orador (*êthos*) y por la capacidad de disponer al oyente mediante las emociones (*páthos*). En conjunto, conforman el núcleo del arte retórico, pues integran la argumentación racional, la autoridad moral y la sensibilidad afectiva en una misma dinámica retórica. Los segundos —las *písteis átekhnoi*— son aquellos que no se producen por nosotros, sino que existen de antemano. Sus ejemplos son la ley (*nómos*), los testigos (*mártures*), los contratos (*synthêkai*), las confesiones bajo tortura (*básanoi*) y los juramentos (*hórkoi*)²¹.

Lo importante de todo esto es señalar que, en Aristóteles, las *písteis éntekhnoi*, lejos de ser un efecto accesorio del discurso, constituyen los elementos centrales que sostienen su credibilidad y eficacia. Se podría decir que son la sustancia que confiere a los argumentos (en sentido amplio) su fuerza persuasiva en el marco de la práctica retórica: el material que, cuando es producido y articulado correctamente por el discurso, genera en el oyente la creencia o convicción. Siguiendo a Ramírez Vidal, podemos afirmar que la verdadera persuasión, *peithó* (πειθῶ), depende de esta confianza; sin *pístis*, cualquier intento de convencer pierde eficacia y jamás alcanza ese convencimiento²². Así, para Aristóteles, el arte de la retórica no consiste en persuadir por sí mismo, sino en generar la credibilidad y convicción necesarias, tomando como base lo convincente o lo plausible (*pithanón*), ámbito propio en el que dicha técnica opera y desde el cual se sostiene esa confianza.

Paralelamente al desarrollo aristotélico, los grandes oradores —Lisias, Demóstenes, Antifonte, entre otros— ejercían el arte de la persuasión en la vida institucional de la *pólis*, ya fuera de manera directa o mediante discursos elaborados para otros en su calidad de logógrafos. En ambos casos, se aplicaban técnicas retóricas en tribunales y asambleas con el propósito de influir en las decisiones y obtener resultados favorables. Esta centralidad de *peitho* se comprende plenamente dentro del marco político ateniense, donde la capacidad de convencer constituía una herramienta esencial para la participación activa de los ciudadanos en la toma de decisiones y en la configuración del espacio público. En este contexto, persuadir se convertía en un poder efectivo que podía orientar políticas, transformar acuerdos colectivos y moldear la dinámica social. La palabra persuasiva, más que simple medio de comunicación, funcionaba como una práctica performativa: no solo transmitía ideas, sino que creaba vínculos, legitimaba decisiones y daba forma a la experiencia política del ciudadano en la *pólis*. Como explica Vernant, el sistema de la *pólis* otorgó a la palabra (al *lógos*) una preeminencia inédita: se convirtió en instrumento político por excelencia, basada en el debate, la contradicción y la argumentación ante un público capaz de decidir²³. Así, el poder residía en la fuerza de la palabra y en su capacidad de determinar la toma de decisiones dentro de la comunidad.

3. Una lectura del concepto de obligación política

La filosofía contemporánea suele entender la obligación política como el deber moral de obedecer las leyes y acatar las decisiones de las autoridades legítimas. En lo que a su estudio refiere, el tema central —denominado como el problema de la obligación política— consiste en justificar por qué los ciudadanos de un Estado deben cumplir el

²⁰ Rh. 1355b35-39.

²¹ Rh. 1374a22-1377b11.

²² Ramírez Vidal, G., “La *pistis-fides* como el objeto propio de la retórica”, *Quadripartita Ratio: Revista de Retórica y Argumentación*, vol. 3, n° 5, 2018, pp. 42-43.

²³ Vernant, J.-P., *Los orígenes del pensamiento griego*, Barcelona: Paidós, 1992, pp. 21-22.

derecho. Esta cuestión no se reduce a los deberes previstos en el ordenamiento jurídico —los llamados “deberes legales” o “internos” al sistema de normas—, sino que remite a la necesidad de justificar el fundamento moral de tales exigencias²⁴. Se trata de indagar si existe un deber externo al sistema²⁵, de carácter moral²⁶, de acatar las normas jurídicas por el hecho mismo de que estas lo prescriben²⁷. Como señala Hart, ello implica comprender la especificidad de “tener la obligación de” más allá de la mera amenaza de sanción²⁸.

En la literatura —quizá la mayoritaria— la obligación (o deber) suele ser pensada en un sentido pasivo, como una simple exigencia de sometimiento. Se le da una connotación muy estrecha que se centra en las razones o motivos por los cuales una persona está obligada a obedecer las leyes del Estado y sus instituciones, esto es, en la mera sumisión a la autoridad estatal. Sin ir más lejos, Green, probablemente el primero en acuñar la expresión en sus famosas *Conferencias sobre los principios de la obligación política* de 1879, entendía por obligación política “la obligación del sujeto hacia el soberano, del ciudadano hacia el Estado, y las obligaciones de los individuos entre sí tal como las impone un superior político”²⁹.

El problema con adoptar solo este enfoque “pasivo” es que no logra dar cuenta del vínculo especial entre el ciudadano y su Estado, que busca captar el concepto de obligación política. Johnson explica que, en realidad, el concepto expresa cierta positividad, que requiere más del ciudadano que una pasiva aquiescencia en la determinación de sus deberes³⁰. Que la obligación política no se reduce a la mera sumisión se evidencia en las responsabilidades activas de los ciudadanos, como es con el uso de los servicios y recursos que nos facilita el Estado, el voto, la defensa de la Nación o la resistencia ante un gobierno ilegítimo³¹. Estas acciones requieren intervención política consciente y muestran que la democracia no se sostiene con sujetos pasivos; una comunidad política con miembros de estas características sería como el David de Miguel Ángel: bello, pero inerte. Obedecer el derecho implica también comprometerse a fortalecer y sostener las instituciones, convirtiendo el cuerpo político en una entidad ética y viva, más que en la suma de individuos aislados.

El trasfondo semántico de *peítho*, desarrollado en la sección anterior, ofrecería una clave interpretativa especialmente fructífera, aunque parcial, para iluminar esa doble valencia de la obligación política que venimos destacando, y sobre todo ampliar su dimensión activa. Trasladado su campo de significación al plano político-jurídico actual, permite pensar la importancia del vínculo recíproco y argumentativo-persuasivo entre ciudadanos entre sí, y también con el cuerpo de instituciones. Así como en el *Critón* de Platón las Leyes interpelaban a Sócrates con la fórmula “obedecer o persuadir” como

²⁴ Raphael, D. D., *Problems of Political Philosophy*, Nueva York: Praeger Publishers, 1970, p. 82.

²⁵ Al respecto, ver Simmons, A. J., *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, pp. 96-101.

²⁶ Que el concepto de obligación política se refiere, en última instancia, a una cuestión moral es algo sobre lo que existe cierto acuerdo. Cf. Raphael, D. D., *Problems of Political Philosophy*, Nueva York: Praeger Publishers, 1970, p. 94; Singer, P., *Democracy and Disobedience*, Oxford: Oxford University Press, 1973, p. 5; y Bayón Mohino, J. C., “La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 699.

²⁷ Simmons, A. J., “The Duty to Obey and Our Natural Moral Duties”, en Wellman, C. H. y Simmons, A. J. (eds.), *Is There a Duty to Obey the Law?*, Nueva York: Cambridge University Press, 2005, pp. 93-94.

²⁸ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009, pp. 102-113.

²⁹ Green, T. H., *Lectures on the Principles of Political Obligation*, Londres: Longmans, Green & Company, 1941, p. 29.

³⁰ Johnson, K., “Political Obligation and the Voluntary Association Model of the State”, *Ethics*, vol. 86, n° 1, 1975, p. 26.

³¹ Así, por ejemplo, artículo 36 de la Constitución Nacional.

modo de justificar la obediencia —junto a otros argumentos³²—, también en la democracia contemporánea la legitimidad del derecho depende tanto de su capacidad de persuadir sobre su justicia como de la disposición ciudadana a obedecerlo y sostener sus instituciones. Este enfoque —que insistimos, no agota la justificación de la obligación política— contribuye a recuperar el papel de la persuasión, la confianza y la participación activa en la construcción de la autoridad. En una democracia verdaderamente viva, la obligación política requiere de ese compromiso dinámico.

4. La participación como materialización de la obligación política en una democracia deliberativa

En el plano político contemporáneo, las consideraciones realizadas acerca de obediencia y persuasión alcanzan su mayor sentido, a nuestro modo de ver, en el marco de una democracia deliberativa, donde la obediencia legítima se construye a través de la persuasión recíproca entre ciudadanos libres e iguales. Siguiendo a Elster, ella es un modelo que, por un lado, “incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes” (de ahí, lo democrático) y, por el otro, se basa en “la toma de decisiones por medio de argumentos *por y para* los participantes que están comprometidos con los valores de la racionalidad e imparcialidad” (de ahí, su carácter deliberativo)³³.

La participación cumple en este contexto funciones fundamentales: fortalece la confianza en las instituciones, garantiza que los intereses sociales sean considerados, refuerza la transparencia y consolida el compromiso cívico. Cuando los ciudadanos perciben que sus voces cuentan, que pueden persuadir y ser persuadidos en un marco de igualdad, la obediencia deja de ser imposición y se transforma en reconocimiento. En tal sentido, Habermas sostenía que “la legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo: como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados”³⁴. Está claro que, en los Estados actuales, con estructuras muy complejas, no es posible que todos los ciudadanos se unan y participen de modo directo en todas las instancias de toma de decisión (de ahí la necesidad del Congreso o Parlamento y de los representantes en el gobierno). La representación, como decía Nino, es “un mal necesario”³⁵. Sin embargo, el planteo es abogar por más procedimientos de intervención y participación popular, que hagan posible o nos acerquen a una democracia directa siempre que se pueda. En este punto, son clave también las instituciones intermedias que canalicen y organicen la participación: todos aquellos espacios estables que articulen las demandas ciudadanas y las traduzcan en propuestas concretas. Asociaciones civiles, partidos políticos, movimientos sociales y consejos consultivos, entre otros ejemplos, cumplen esa función mediadora entre el individuo y el Estado, así como permiten evitar de ese modo tanto la atomización social como la captura del poder por élites cerradas.

Pero con la apertura de mayores instancias de participación no se garantiza, visto desde un punto de vista del contenido (no la pura forma), la fortaleza de las prácticas democráticas, muchas de las cuales pueden caer en un estado de parálisis en la construcción de las decisiones. Es por eso que, desde el aspecto deliberativo, se requiere la fuerza de la deliberación para que empuje dentro de las estructuras institucionales al

³² Al respecto, ver nuestro trabajo Magoja, E. E. *Sócrates, hoplita de la pólis: derecho y obediencia en el Critón de Platón*, Granada: Comares, 2017.

³³ Elster, J. (comp.), *La democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 2001, p. 21.

³⁴ Habermas, J., *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta, 2010, p. 169.

³⁵ Nino, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 1997, p. 205.

propio sistema, dotándolo de vida. Son varios los mecanismos de deliberación que pueden servir a tales fines. Tulis, por ejemplo, identifica muchos de ellos, junto con aquellos especialistas que se dedicaron a su estudio en particular: el Congreso (Muir y Bessette) o las convenciones constitucionales (Elster), las deliberaciones en el pueblo en general que se manifiestan por medio de encuestas de opiniones (Fishkin), el jurado de ciudadanos, los grupos intermedios, las organizaciones y los movimientos (los designados como “democracia media” por Gutmann y Thompson), los plebiscitos nacionales (Ackerman y Fishkin), los medios de comunicación (Page) o la “charla cotidiana” (Mansbridge)³⁶.

En una genuina empresa cooperativa democrática —una en la que sus participantes no sean excluidos o se los coloque en un rol secundario—, la optimización de la participación y la deliberación como expresión de la obligación política, ambas “derecho de derechos” —para decirlo en términos de Waldron³⁷—, resulta vital. Solo quienes tengan a su alcance la posibilidad de participar o influir en el proceso de elaboración de la voluntad política, tras un proceso de deliberación en el que se reconocen como participantes de un mismo proyecto, apostarán y creerán en la autoridad del derecho y la harán efectiva. Naturalmente, esa participación debe darse también en una instancia de control y crítica de las instituciones democráticas en relación con su desempeño. En tal sentido, Lafont sostiene que la democracia deliberativa requiere un “compromiso de contestabilidad, es decir, la posibilidad permanente de una efectiva crítica respecto de las decisiones colectivas” y —agrega— que tal compromiso “sirve como objetivo epistémico para asegurar la revisión razonada”³⁸.

Así, la democracia deliberativa se revela como un ideal normativo, pero también, y muy especialmente, como la condición práctica que transforma la obediencia en participación y el deber en compromiso.

5. Persuasión, confianza y legitimidad

Hemos visto que el eje semántico de *peítho* se articula inseparablemente con la idea de *pístis* (πίστις), es decir, la confianza o la credibilidad. Hemos visto también que, en la teoría retórica de Aristóteles, las *písteis* designan los medios de convicción o credibilidad que el orador puede emplear para convencer a su audiencia. Pero podemos decir que el sentido del concepto va más allá de un instrumento técnico. Semánticamente, y a nivel comunicativo, *pístis* implica un vínculo recíproco de reconocimiento y fiabilidad entre emisor y receptor, que permite que la palabra produzca convicción y acción. Este núcleo de confianza sugiere que, en un sentido institucional amplio, el término remite al tejido de fiabilidad que sostiene la comunicación política: sin *pístis*, las normas y las instituciones estatales tendrían una legitimidad muy débil, ya que la interacción entre ciudadanos y autoridades depende, en buena medida, de la credibilidad de estas y de su capacidad para garantizar la cooperación y la adhesión voluntaria a los acuerdos comunitarios.

En una democracia deliberativa, vale destacar, la persuasión no fluye en una sola dirección. Entre los ciudadanos, opera como práctica horizontal que permite construir consensos y reconocimiento mutuo. Desde los ciudadanos hacia las instituciones, se manifiesta en la crítica, la deliberación y la participación que legitiman el poder político al mantenerlo sujeto al juicio público. Desde las instituciones hacia la ciudadanía, se expresa en la justificación razonada de sus decisiones, la transparencia de sus

³⁶ Tulis, J., “Deliberation Between Institutions”, en Fishkin, J. y Laslett, P. (eds.), *Debating Deliberative Democracy*, Oxford: Wiley-Blackwell, 2003, p. 200.

³⁷ Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford: Clarendon Press, 1999, pp. 232-254.

³⁸ Lafont, C., “Is the Ideal of a Deliberative Democracy Coherent?”, en Besson, S. y Martí, J. L. (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Aldershot: Ashgate, 2006, pp. 21-22.

procedimientos y la apertura al disenso. Esta triple dinámica —horizontal, ascendente y descendente— configura un circuito de confianza y persuasión que sostiene la autoridad democrática. En él, *pístis* actúa como la fuerza integradora que hace posible que la obediencia sea el resultado de un convencimiento racional y no de la imposición.

En esta clave de lectura, la construcción de la autoridad democrática se presenta como un proceso recíproco: quien obedece lo hace en tanto ha participado, de algún modo, en el intercambio de razones. Esa disposición activa solo es posible si existe confianza en que los procedimientos son justos, en que los interlocutores se respetan y se toman en serio entre sí. Así, la obediencia política se entiende en buena parte como la aceptación consciente de decisiones colectivas cuando estas surgen de procedimientos apropiados para el diálogo, la deliberación y la persuasión racional.

La lógica de *peítho* y *pístis* trazada adquiere, en el contexto contemporáneo, un significado estratégico frente a la polarización, la desinformación y la erosión de la confianza institucional. Mantener la legitimidad del orden democrático requiere reforzar la transparencia de los procedimientos, la rendición de cuentas y la credibilidad de las instituciones. La centralidad de la persuasión y la confianza subraya que la autoridad democrática no debe imponerse unilateralmente, sino construirse mediante procesos abiertos, inclusivos y reconocidos por la ciudadanía, es decir, procesos fundados discursivamente y en los que se construye una voluntad común. La participación activa y la deliberación argumentada permiten que los miembros de la comunidad reconozcan la legitimidad de las normas y la justicia de las decisiones colectivas, lo que en última instancia fortalece la soberanía popular. En este marco, pues, la faceta activa de la obligación política alcanza su expresión más plena como fruto de una ciudadanía deliberativa, capaz de sostener democracias más sólidas.

Esta concepción permite también interpretar fenómenos actuales: cuando la confianza entre ciudadanos y autoridades se debilita, los procesos políticos pierden eficacia y se generan vacíos de legitimidad que facilitan la desobediencia, la polarización y la difusión de discursos antidemocráticos. Por el contrario, cuando las instituciones y los ciudadanos mantienen un flujo continuo de persuasión y confianza, donde se respeta sobre todo la transparencia, la obediencia se convierte en una expresión de compromiso y corresponsabilidad. En este sentido, *peítho* y *pístis* se entienden como condiciones necesarias para la vida democrática: la persuasión nutre la dinámica de las instituciones deliberativas y la confianza garantiza que la interacción política en ese marco institucional sea estable.

6. Conclusiones

El recorrido realizado permite sostener que *peítho* (persuadir) y su correlato medio-pasivo *peíthomai* (obedecer) ofrecen una clave interpretativa fecunda para repensar la obligación política en el Estado democrático de derecho. Como tratamos de mostrar, ambos términos no expresan una relación jerárquica unidireccional, sino un proceso recíproco entre quien persuade y quien obedece. La obediencia al derecho, antes que mera sumisión, se entendería, pues, como el resultado de un convencimiento racional y compartido, producto de la interacción discursiva y de la participación activa en la vida pública.

Esta lectura permite concebir la autoridad como una relación circular de persuasión recíproca, donde instituciones y ciudadanía se fortalecen mutuamente mediante la participación, la deliberación y la confianza. La autoridad legítima no se impone por la fuerza ni se reduce a la legalidad formal, sino que se construye y se sostiene en un proceso continuo de persuasión horizontal (entre ciudadanos), ascendente (de los ciudadanos hacia las instituciones) y descendente (de las instituciones hacia los ciudadanos). En un

marco donde estos tres planos se integran —garantizando espacios de crítica, participación y rendición de cuentas— puede surgir una obediencia consciente y voluntaria, que asegure la cohesión social y la estabilidad democrática.

Así entendida, la relación *peítho* y *pístis* ilumina un principio central de la democracia: la legitimidad del poder depende de su capacidad de persuadir justificadamente y de generar confianza pública. Cuando ese circuito se quiebra, emergen la desafección, la desobediencia y la polarización; cuando se mantiene, la obediencia se transforma en compromiso ciudadano. En este sentido, la obligación política se vuelve así la expresión activa de una comunidad de iguales que, al persuadirse mutuamente y confiar entre sí, construye y sostiene su propio orden jurídico-político.

LA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA DEL DERECHO DE MACCORMICK EN EL DEBATE SOBRE LA FORMA Y LA SUSTANCIA DEL *RULE OF LAW*

Ricardo Marquisio ¹

Rule of law: concepto y concepciones

El *rule of law* es, en términos simples, la idea del buen derecho o de qué hay virtudes específicas, que hacen a la estructura de las instituciones y a las acciones de los participantes de la práctica jurídica. Para su conceptualización, entonces, el mejor camino es mostrar el tipo de males que pretende evitar.

El derecho es un artefacto normativo que se origina en hechos sociales. Resulta creado o impuesto de manera intencional para diversas funciones y depende, para su continuidad en el tiempo, de la eficacia social que pueda alcanzar (Burazin, 2023).

Desde el reconocimiento de esta condición artificial, se suele considerar al derecho de dos maneras: como un sistema normativo y como una práctica social.

Como sistema normativo, el derecho está compuesto, de manera principal, por enunciados cuyo propósito es guiar a las personas atribuyendo un status deóntico a sus acciones: prohibido, obligatorio, permitido. Estos enunciados normativos están relacionados entre sí de modos que admiten creación, reconocimiento, interpretación y aplicación sistemática (ver Bulygin, 1991).

En tanto sistema normativo, el derecho tiene la función de crear o incorporar estándares cuya normatividad es débil o formal: nos proporciona criterios o razones para la acción, dando origen a deberes y obligaciones, pero no determina lo que debemos hacer consideradas todas las razones que se nos aplican. Siempre podemos imaginar situaciones en las cuales los agentes dispongan de argumentos morales o prudenciales para no cumplir con las normas jurídicas.

Como práctica social, el derecho supone el actuar concordante de múltiples agentes para crear, conservar y modificar, a través de calificaciones deónticas, un mundo social cuya ontología es subjetiva (los hechos que la constituyen dependen del reconocimiento y la aceptación generalizada a lo largo del tiempo) aunque permite un acceso epistemológico objetivo (se puede dar cuenta de esos hechos desde la perspectiva de un observador externo) (Searle, 2010).

La ontología social y artefactual del derecho lo hace, en esencia, multipropósito y falible. La sola idea de “derecho” (sin consideraciones valorativas añadidas) hace referencia a estándares formales de conducta, provenientes de fuentes sociales (legislación, jurisprudencia, costumbre), pero no garantiza nada sobre la corrección moral o racional de dichos estándares. Las instituciones jurídicas crean bienes específicos para las comunidades organizadas como la coordinación, la eficacia y la posibilidad de justicia, pero también son fuentes males que no son posibles sin sus normas e

¹ Profesor Titular de Filosofía y Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Montevideo, Uruguay

instrumentos de coerción centralizada, como ciertas formas de opresión, injusticia y violencia estatal.

Si bien, de modo analítico, se pueden identificar elementos que harían funcionar con mayor eficacia (para los intereses dominantes en la comunidad) a ciertos sistemas jurídicos cuando son abiertamente injustos u opresivos, carece de sentido pensar en el derecho como guía racional de la conducta de personas autónomas si uno tiene en mente ese tipo de regímenes. Un derecho pensado desde la perspectiva de lo arbitrario, injusto o inhumano, no puede servir a ningún propósito que podamos valorar como habitantes racionales de un mundo social compartido. No es de ningún interés para agentes morales competentes, pensar cómo las instituciones podrían mejorar sus posibilidades de producir mal en gran escala.

Sin embargo, solo pensando en el mal derecho se entiende, por contraste, el sentido específico en que valoramos que un sistema jurídico funciona de manera adecuada, evitando los elementos que lo tornan defectuoso.

Sobre esa base, Fuller planteó la idea de una moralidad aspiracional e interna al derecho, basada en el nexo de reciprocidad entre los actores sociales (funcionarios y ciudadanos) que hace posible que una comunidad organice sus actividades en instituciones y procedimientos, para así poder alcanzar sus múltiples objetivos a través de la guía racional de la conducta. El cumplimiento de las exigencias del buen derecho es la condición de posibilidad de que los deberes jurídicos puedan ser comprendidos y aceptados de manera plena por sus destinatarios (Fuller, 1964, 22-23).

Las condiciones presentadas por Fuller han llegado a considerarse canónicas, como resumen de la aspiración a un derecho que opere como guía racional de la conducta. Un sistema jurídico debería estar compuesto principalmente por reglas (normas generales), promulgadas para su conocimiento público, abiertas, prospectivas, claras, consistentes, dotadas de estabilidad, y aplicadas de buena fe por los funcionarios. El derecho creado y aplicado de acuerdo con estos estándares, esto es, aquel que satisface el valor de la legalidad, es una condición necesaria (aunque no suficiente) para la creación de obligaciones morales en sus destinatarios (Fuller, 1964, 33-41).

Todas las concepciones del *rule of law* coinciden en la importancia de que la creación del derecho se realice por mecanismos institucionales específicos, de manera predominante a través de reglas estables, aplicadas por los jueces (y demás funcionarios) de buena fe y garantizando su efectividad como estándares objetivos de acción. Se trata, antes que nada, de que la conducta de las autoridades esté (en gran medida) determinada por un marco jurídico preestablecido (Marquisio, 2024).

Las virtudes del buen derecho no agotan las exigencias de la moralidad política pues hay otros estándares relevantes para juzgar a las instituciones de una comunidad. Un sistema jurídico que realice en una medida importante el ideal del *rule of law* puede ser (desde diversos criterios de legitimación) injusto, no democrático o ineficaz para servir al bien común, pero al menos sus gobernantes deben comprometerse con valores como la buena fe y la reciprocidad con relación a los gobernados, que implican un compromiso moral con la justificación de la institucionalidad jurídica.

De allí la necesaria conexión con lo que Fuller denominaba “moralidad externa”: solo puede haber criterios de corrección “internos” a la práctica jurídica, demarcatorios de la

legalidad como virtud, si dicha práctica se comprende, desde el punto de vista de los participantes, al servicio de fines “externos” compartidos. En este sentido, el *rule of law* puede ser entendido a la manera del “cómo” del derecho, que siempre requiere una conexión con un “por qué” que lo justifique (Gardner, 2012, 206).

Las exigencias presentadas por Fuller, y que en términos generales siguen los desarrollos más influyentes sobre el tema (Raz, 2011; Finnis, 2011; Rawls, 1971) pueden entenderse como el núcleo de la concepción formal del *rule of law*. Este concepto refiere a elementos formales y procedimentales. Los primeros incluyen las notas de claridad, generalidad, estabilidad, viabilidad, consistencia, certeza y prospectividad de las reglas jurídicas. Los segundos, hacen referencia a instituciones y procedimientos a través de los cuales se aplica el derecho (la judicatura, el debido proceso). Las exigencias procedimentales incluyen: a) una audiencia ante un tribunal imparcial independiente, donde se pueden argumentar y probar pretensiones; b) el derecho a la asistencia y representación profesional por abogados; c) el derecho a estar presente y controvertir los argumentos y pruebas producidas; d) el derecho a conocer las razones por las que el tribunal tomó su decisión (ver Waldron, 2023).

Las distintas concepciones del *rule of law* discrepan sobre sus fundamentos y exigencias concretas. Mientras que las concepciones formales ubican el fundamento en la evitación de la arbitrariedad y la satisfacción de requisitos mínimos de justicia procedimentales (lo que Rawls denomina “justicia como regularidad”), las concepciones sustanciales amplían su fundamento a otros valores morales y añaden exigencias sustantivas en términos de justicia. Valores como la democracia, la propiedad, el libre mercado o los derechos humanos son típicas exigencias sustanciales (no siempre compatibles entre sí) (ver Bingham, 2010).

La división entre las concepciones formales y sustanciales no está, sin embargo, exenta de dificultades. Una forma habitual de resumirla es presentar a las concepciones formales como interesadas en exclusiva por la manera en que el derecho resulta creado, determinado y aplicado, y no por sus contenidos específicos. Y a las concepciones sustanciales, en cambio, como orientadas a valorar como “buen derecho” solo a aquellas normas que cumplen que cumplan con exigencias morales robustas y garanticen ciertos derechos sustantivos (Craig, 1997).

Sin embargo, esta manera de plantear la dicotomía puede ponerse entredicho.

En primer lugar, porque es virtualmente imposible dejar de lado por completo las consideraciones de contenido a la hora de discutir las virtudes formales del derecho. Por ejemplo, si las normas no son claras, resultan retroactivas o no son pasibles de ser cumplidas, esto solo afecta a las personas destinatarias en función de los contenidos deónticos específicos, es decir, del deber que presuntamente se les exige o del derecho que sería justo reconocerles, pero les es negado.

En segundo lugar, porque algunas visiones sustantivas más que debatir sobre el *rule of law*, lo resignifican para ponerlo al servicio de una concepción antipositivista del derecho. Tal es el caso de la concepción defendida por Ronald Dworkin. La idea de que el *rule of law* no es un libro de reglas sino de derechos tiene sentido solo en el marco de una teoría del derecho que no separa las cuestiones de justicia sustantivas de las procedimentales y esto no se puede reducir a la dicotomía forma/sustancia.

Con respecto a relevancia inevitable de las consideraciones de contenido en una caracterización formal del buen derecho, puede ejemplificarse en lo que Hart denominó “contenido mínimo del derecho natural”. Con esto se refería al conjunto de condiciones necesarias para que un sistema jurídico pueda permanecer a lo largo del tiempo y funcionar en cualquier sociedad humana. No se trata de un “derecho natural” en el sentido clásico (como el de Tomás de Aquino o Grocio), sino de un mínimo de moralidad natural que todo sistema jurídico debe reflejar si quiere ser eficaz y estable. Según ciertos hechos básicos de la condición humana (vulnerabilidad, igualdad aproximada, recursos, comprensión y fuerza limitados), hay normas jurídicas de contenido necesario, por ejemplo, las que protegen la vida de las personas, incentivan la cooperación organizada y posibilitan el intercambio (Hart, 2012).

Por su parte, algunos autores afirman conexiones morales que la propia forma introduce, de manera inevitable, con el derecho. Finnis (2011) hace una lectura particular del modo en que el apego a la forma lleva a otras virtudes y que influye en las exigencias y límites que se pueden atribuir al ideal del *rule of law*. La forma identificable con el estado de derecho no solo significa una manera de expresar de manera verbal el contenido de las exigencias que imponen las autoridades, sino que involucra cualidades específicas, asociadas a instituciones y procesos. Elementos como la coherencia, la prospectividad o la cognoscibilidad en las normas solo pueden ser asegurados si existe una clase profesional de expertos en derecho y una estructura judicial que emplee altos estándares de reflexión en su interpretación. El análisis puede ampliarse hasta incluir otras condiciones de vital importancia para la articulación de un ideal completo de *rule of law*, como la independencia de los jueces, el acceso irrestricto y efectivo a la tutela judicial o la transparencia de las decisiones.

Por otra parte, la forma no puede ser entendida solo al servicio de la realización de la voluntad del gobernante porque también es el elemento que posibilita la introducción apropiada de las cuestiones que justifican la regularización autoritativa de la conducta. Esto último no puede lograrse sin tener en cuenta los bienes específicos de la vida social sobre los cuales se intenta legislar. Un gobernante que pretenda regular, por ejemplo, las relaciones de consumo, fallará en su propósito si no tiene en cuenta que la previsibilidad, la protección de la buena fe y la evitación de daños económicos son bienes inherentes a las transacciones entre las personas.

Aquí tenemos una clara conexión del *rule of law* con exigencias de justicia sustantiva: no puede haber una forma adecuada de regulación sin consideraciones valorativas sobre aquello que se pretende regular. Es verdad que esta conexión no asegura la realización de la justicia o del bien común. No obstante, una voluntad de estricta adherencia al *rule of law* por parte de los gobernantes implica la reducción de sus posibilidades de actuar de manera injusta o dañina, al limitar su libertad de regular. Parece poco probable (aunque sea imaginable) que una tiranía tenga razones para sujetarse de buena fe a las exigencias formales y procedimentales del *rule of law*. La motivación para guiar la conducta por razones relativas al bien común no suele ser compatible con los propósitos de una tiranía. No existe, en definitiva, para Finnis, la posibilidad real de realización del valor formal del buen derecho sin que la interacción entre gobernantes y gobernados implique un importante grado de reciprocidad, así como el ejercicio consistente de la justicia procedimental.

También en Rawls se pueden encontrar una conexión valorativa sustancial. El *rule of law* se concibe al servicio de la justicia como imparcialidad y la implementación a través

del derecho de sus dos principios: el primero referido a las libertades y derechos básicos; el segundo relativo a las limitaciones de la desigualdad socioeconómica. La justicia como regularidad es imprescindible, tanto para la especificación de las libertades básicas, como para la adopción de las regulaciones destinadas a implementar los principios referidos a la estructura socioeconómica. La adopción de políticas sociales, tendientes a consagrar una efectiva igualdad de oportunidades o favorecer a los menos aventajado, exige ser realizada a través de reglas legislativas generales y no por decisiones judiciales. Por ende, desde la concepción rawlsiana, la primera evaluación moral de un sistema jurídico radica en el grado en que realiza *el ideal del rule of law*, como instrumento de implementación efectiva del conjunto de principios que conforman un criterio público de justicia, justificable desde las exigencias de la autonomía y la reciprocidad entre los ciudadanos (Rawls, 1971).

Puede advertirse que, si se toma en cuenta la amplitud de valores con los que se comprometen, las concepciones formales resultan pasibles ser endosadas tanto por positivistas como por defensores del iusnaturalismo. En cambio, hay una visión sustancialista asociada al interpretativismo que busca contribuir a la resignificación del propio concepto de derecho. Desde este desarrollo, no es posible, en el marco de la práctica jurídica, una valoración aislada de las exigencias de justicia procedimental con relación a las sustantivas.

Dworkin y el rule of law

Dworkin (1985) argumenta que hay en realidad dos concepciones del *rule of law*. A la primera, la formal, la denomina “libro de reglas”. Por contraposición denomina a la suya, “libro de derechos”. La disputa se planea en términos normativos: ¿sobre qué fundamentos debería ejercerse contra los individuos el poder estatal organizado?

La concepción formal establece que la coerción solo puede operar de acuerdo con reglas expresamente establecidas en un “libro público”, disponible para todos los miembros de la comunidad a través de un acto de promulgación. Según esta concepción, la preocupación por el contenido de las reglas debe ser planteado a través de un ideal independiente del *rule of law*. La diferencia estricta entre justicia formal y sustantiva es, para el libro de reglas, el elemento fundamental de la certeza jurídica.

La concepción del “libro de derechos”, por su parte, asume que los individuos tienen derechos y deberes morales, unos con otros, y derechos políticos contra el Estado, en cuanto organización institucional de la comunidad. Y afirma que estos derechos deben reconocerse en el orden positivo y así poder ser ejercidos a demanda de los individuos en los tribunales. Este libro de derechos no puede entenderse de una manera independiente de una concepción sustantiva de justicia. Por tanto, su implementación práctica requiere que en las decisiones jurídicas se consideren las teorías de justicia que operen como justificativos de las afirmaciones contrapuestas sobre los derechos del caso.

Dworkin reconoce que cualquier sociedad, para funcionar de modo razonable, debe cumplir en una medida importante con el libro de reglas. Pero esto no es suficiente, como ideal de legitimación, desde una concepción del derecho que lo vincule con la realización de la justicia sustantiva. En los casos difíciles, la pregunta a realizar para la determinación de la regulación jurídica aplicable, es si el demandante tiene un derecho moral a recibir

del tribunal aquello que demanda. Esta es una pregunta de moral política que los jueces no pueden obviar.

El libro de las reglas es relevante para resolver esta cuestión. En una democracia, las personas tienen un derecho moral *prima facie* a que los tribunales apliquen lo que la legislatura ha establecido. Sin embargo, para la concepción dworkiniana, el libro de las reglas no es la exclusiva fuente de los derechos. Si, por tanto, surge algún caso donde el libro de las reglas resulta silencioso o si las palabras del libro de las reglas están sujetas a interpretaciones competitivas, hay que preguntarse cuál de las posibles decisiones se acomoda más a la justificación moral de los derechos de las partes. Un juez que sigue la concepción del libro de derechos tendrá que presentar algún principio que capture, en el nivel de abstracción apropiado, los derechos morales de las partes que están en juego. Pero no puede aplicar este principio a menos que sea consistente con el libro de reglas.

Como observar Craig, los argumentos de Dworkin sobre el verdadero significado del rule of law están conectados, de manera inescindible, con su concepción del derecho y su propuesta normativa sobre la adjudicación. El abordaje del *rule of law* desde una concepción de los derechos no es reductible a la dicotomía entre forma y sustancia. Lo que tenemos aquí, bajo el nombre de *rule of law*, es una teoría del derecho y la adjudicación judicial basada en los derechos morales como justificativos de las decisiones. Es un ideal según el cual el contenido de las leyes debe ser evaluadas moralmente para determinar si resulta compatible con los derechos que los individuos (según un ideal reconstructivo) ya poseen (Craig, 1997).

Cabe añadir que la concepción sustancialista del *rule of law* que desarrolla Dworkin es una implicación de la crítica antipositivista presentada en sus primeros artículos. La idea es que las reglas pueden ser derrotadas por principios que ya se invocan en la práctica jurídica como justificación de ellas. Por ejemplo, el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio ilícito, decisivo en el célebre caso “Riggs vs. Palmer”, que Dworkin usa como buque insignia de su ataque al positivismo. En escritos posteriores, ya enmarcados en la defensa del interpretativismo y el derecho como integridad, Dworkin no apela a la contraposición ontológica entre reglas y principios (y hasta llega a considerarla equivocada). Sin embargo, no desarrolla una nueva concepción del *rule of law* adaptada de manera explícita al interpretativismo.

Y esto no parece posible sin forzar, hasta hacerlos irreconocibles, los valores que dan sentido al rule of law como ideal independiente. En la visión dworkiniana del derecho, la identificación de los contenidos jurídicos requiere, en función de un ideal de coherencia, acudir a una reconstrucción del ordenamiento basada en las reglas del sistema y los principios morales que las justifican. Esto impone no solo la incorporación de elementos sustanciales a una visión del derecho conformada por reglas sino dar un significado muy diferente a valores como la certeza y la previsibilidad.

El razonamiento jurídico interpretativista, aunque acepta las reglas como dato preinterpretativo, no toma como punto de partida lo que exigen estas. En cambio, se pregunta por los derechos (morales y jurídicos) que asisten efectivamente a los litigantes, en virtud de los principios de mayor nivel de abstracción que puedan justificar al sistema y la reconstrucción de sus estándares que arroje la mejor luz sobre este. La “certeza” que podría garantizar un derecho basado en tales preguntas es, en todo caso, siempre a posteriori de la sentencia (que debería, además, ser argumentada con un altísimo estándar de racionalidad) y no el derivado de la claridad de las reglas o la previsibilidad de su aplicación.

La influencia de Dworkin en el postpositivismo de MacCormick

La concepción argumentativa del derecho desarrollada en *Rethoric and The Rule of Law* (2005) tiene una reconocida influencia de la teoría del derecho como integridad, que MacCormick busca compatibilizar con una perspectiva postpositivista institucional. Entre las ideas claves que provienen de Dworkin figura una concepción de la objetividad, según la cual el carácter no demostrativo de los argumentos jurídicos no impide que puedan ser considerados decisivos, si no son rebatidos por ningún otro argumento disponible. La idea de objetividad también alcanza a la moral donde, aunque MacCormick no llega a adherir a la concepción realista del último Dworkin, deja de lado su anterior no cognitivismo metaético (escepticismo humeano).

Otro elemento dworkiniano relevante es la distinción entre derecho pre y post interpretativo. El primero tiene relación con la identificación de los enunciados normativos que provienen de manera directa de las fuentes sociales (ley, costumbre, jurisprudencia), la cual requiere un amplio acuerdo de los participantes de la práctica jurídica. El segundo hace referencia a las normas que, a partir de la tarea interpretativa de que realizan los jueces, determina los derechos y deberes de cada parte en el caso concreto.

El punto central de esta distinción es que el derecho no puede considerarse completo sin la tarea del intérprete. Sin embargo, la diferencia de propósito en el uso de esta distinción es clave. Para Dworkin, la existencia y el contenido del derecho dependen, en última instancia, de su interpretación moral, según la mejor reconstrucción ideal del sistema. Al menos en los casos difíciles, el derecho (tal como proviene de las fuentes sociales) no se aplica, sino que de manera necesaria se interpreta para identificar lo que *realmente* es.

MacCormick, por el contrario, cree que, si bien la interpretación es una actividad imprescindible para la práctica jurídica, no radica en ella la esencia del derecho mismo. Su papel consiste en encontrar, dentro del sistema institucional, soluciones a los casos difíciles resolviendo las situaciones de indeterminación o conflicto normativo, completando al derecho y no constituyéndolo. El sentido preinterpretativo de “derecho” conserva en MacCormick un peso ontológico mucho mayor que en la concepción dworkiniana.

Un tercer elemento dworkiano es la idea de considerar a la legalidad como un núcleo de valor político (en lugar de un acuerdo puramente semántico o una descripción empírica) a partir del cual pueden desarrollarse las acciones de los participantes de la práctica jurídica. MacCormick concibe la reflexión sobre el *rule of law* como una estrategia para desarrollar un modelo de reconstrucción racional del razonamiento jurídico. Este modelo es entendido en diálogo con el interpretativismo, tomando el desafío de asignar, entre los valores políticos relevantes, un peso mayor a la legalidad, en función de la necesidad de “mantener la fe en el pasado”, esto es, en las reglas preestablecidas y, al mismo tiempo, prestar atención a los argumentos razonables que tienden al cambio.

En tal sentido, MacCormick reivindica la caracterización que hace William Lucy (1999) de su teoría de la adjudicación como “ortodoxa” (junto con las de Raz y Dworkin entre otras), en contraposición con las que desarrollan las teorías críticas y realistas (heterodoxas). Aquí la ortodoxia significa aceptar que las leyes *realmente* limitan a los

decisores judiciales, en cuanto determinan al derecho (aunque nunca de manera completa) y se aplican en un marco de argumentos justificativos. Esta sujeción judicial a la legislación permite atribuir un importante grado de certeza a las decisiones y asegura una previsibilidad razonable sobre el uso de la coerción estatal.

Sin embargo, el punto a dilucidar es si el ideal de certeza y sujeción jurídica de los jueces a la ley que plantea *el rule of law* (en la versión de MacCormick) es equivalente al que propone el interpretativismo dworkiniano.

MacCormick identifica diferentes categorías de argumentos interpretativos, con objetivos específicos. La interpretación lingüística tiene como fin mantener la claridad y precisión del lenguaje legislativo. En este sentido, resulta contrario a un ideal de justicia institucional que los jueces modifiquen de manera retroactiva las palabras elegidas por el órgano legislativo. La interpretación sistemática, por su parte, tiene por fin la realización de los valores de coherencia e integridad del sistema jurídico. La interpretación teleológica evaluativa está orientada a hacer prevalecer los principios de la razón práctica en la acción humana. En este último caso, entra en juego el problema del carácter discutible de los valores interpersonales.

La propia idea de institución jurídica da cuenta del valor de resolver los desacuerdos sociales en el marco de regulaciones claras y decisiones autoritativas fundadas. Y justifica el peso considerable de la argumentación lingüística y sistemática en el derecho. Estas contribuyen a la realización de valores específicos del *rule of law*, que compiten con otros valores atribuibles a textos jurídicos en contextos particulares.

La interpretación para MacCormick es un elemento muy relevante de la práctica jurídica. Sin embargo, no es, como se dijo, constitutiva del derecho. Por tanto, rechaza la idea de Dworkin de que este sea una “práctica interpretativa”, que requiera además un tipo de interpretación específica, la constructiva (hacer de lo interpretado el mejor ejemplar posible de su especie). MacCormick considera que no todo argumento acerca de lo que exige el derecho requiere el esfuerzo intelectual propio de la interpretación y tampoco acepta que toda la interpretación sea reducible a una única concepción normativa.

En cambio, sí acepta la idea de un tipo de reconstrucción racional donde la reflexión de mayor nivel de abstracción podría encontrar, en los casos difíciles, una unidad entre elementos interpretativos más específicos (regulaciones y valores) que puedan ser identificados en las distintas partes del derecho. Pero esta reconstrucción racional no lleva -ni siquiera de manera ideal- al “descubrimiento” de la única respuesta correcta sino, en el mejor de los casos a la presentación del mejor argumento disponible, en cuanto que puede considerarse de manera razonable como no derrotado.

MacCormick y el rule of law

Las ideas de MacCormick sobre *rule of law* se resumen en estas tres afirmaciones: 1) el gobierno de un estado o de una institución política no estatal se realiza dentro de un marco establecido por el derecho. Esto proporciona la seguridad imprescindible para la independencia y dignidad de cada ciudadano. 2) Debe haber reglas de derecho expresadas en actos legislativos, textos constitucionales, tratados o precedentes; reglas previamente anunciadas, que resulten claras e inteligibles. 3) Es necesaria la consistencia entre las reglas y una cierta coherencia global de los principios del sistema en su conjunto. El tercer

elemento es el que resume la perspectiva postpositivista de MacCormick y lo aproxima hasta cierto punto al interpretativismo dworkiniano.

El foco de atención es la decisión institucional y ello da lugar a la necesidad de resolver dos problemas fundamentales que se planean todos los sistemas jurídicos: la identidad y el cambio. El problema de la identidad radica en la determinación de si una norma o proposición normativa particular es pertinente y vinculante para los decisores. En este sentido, se requieren criterios de reconocimiento que den una identidad específica al cuerpo de razones para la decisión (incluyendo normas y proposiciones normativas). El problema del cambio tiene relación con la necesidad humana de adaptar las expectativas que permiten estabilizar las normas, al contexto natural, social y tecnológico que se modifica de manera inevitable a lo largo del tiempo. Cualquier reforma, que determine un nuevo camino de decisión, requiere un proceso específico que decida y anuncie el cambio.

En un estado de derecho, hay separación de funciones entre la promulgación y la aplicación e interpretación de la ley. La idea de un derecho argumentativo opera precisamente como unificadora de las dos funciones.

Por un lado, la relevancia de la función legislativa no puede discutirse, en tanto es el proceso orientado a cambiar el derecho de una manera planificada, estudiada y con la intervención de numerosas voces representativas de la opinión pública. Los ciudadanos tienen expectativas de que el cambio legislativo tendrá repercusiones reales para gobiernos, personas y empresas.

Por otra parte, el trabajo no está completo con la promulgación. De manera inevitable, surgirán diferencias sobre el alcance exacto del texto legislativo, o dudas sobre su aplicabilidad en casos concretos. El proceso final de concreción del cambio jurídico se logra, por tanto, solo a través de la decisión judicial.

En todo este proceso, una de las preocupaciones principales refiere a la seguridad jurídica. MacCormick recuerda que la certeza es inalcanzable de modo pleno y que el objetivo razonable del *rule of law* es disminuir la incertidumbre hasta un grado aceptable. La pregunta entonces es cómo es alcanzable, y en qué grado, una incertidumbre limitada.

La práctica del derecho tiene su mayor grado de inteligibilidad como una actividad argumentativa. Ante un problema jurídico buscamos la respuesta que pueda justificarse como correcta y, para comprobar su corrección, pensamos en los argumentos y contraargumentos aplicables. No estamos ante una ciencia exacta, sino que participamos en un arte práctico. ¿Cómo podemos saber con seguridad qué argumento es más fuerte? En muy pocos casos podemos garantizarlo con la certeza de los argumentos demostrativos. En los casos difíciles, a lo más que podemos aspirar es a argumentos que, aunque no sean del todo concluyentes, al menos sean persuasivos en grado razonable.

Cuando en alguna organización política hay un cuerpo de leyes establecidas y reconocidas, que gobiernan el comportamiento de las personas, el estricto cumplimiento de las leyes es un valor cuya realización es primordial. Por ello, entre los valores que garantiza el derecho, ninguno es más importante que la seguridad jurídica. Este tutela las expectativas legítimas y protege contra la arbitrariedad, proporcionando las condiciones de confianza mutua que posibilitan a las personas llevar vidas autónomas en el marco de una comunidad organizada. No hay seguridad jurídica sin reglas claras, normalmente

prospectivas, expresadas en categorías generales, realizables de manera realista y que formen un patrón común de estándares no contradictorios.

La solución que encuentra MacCormick para reconciliar ambos ideales depende del reconocimiento de una restricción fundamental en el proceso de la argumentación jurídica: el marco institucional en que se realiza. MacCormick se remite en este punto a Alexy y la tesis del caso especial. La argumentación jurídica se entiende como un caso especial del razonamiento práctico general, desarrollado en un contexto institucional, que debe cumplir con las exigencias de racionalidad de este. No puede haber afirmaciones sin razones y la disputabilidad de las proposiciones jurídicas tiene como límite aquello que es racionalmente argumentable.

Esto nos lleva a considerar el carácter retórico de la argumentación jurídica que, en la visión de MacCormick, complementa al *rule of law*. En tanto este garantiza la legalidad, la previsibilidad y el control del poder mediante reglas generales y procedimientos, el elemento argumentativo y retórico del derecho, asegura que las decisiones jurídicas sean racionales y justificadas. Los jueces no aplican mecánicamente las normas, sino que, al interpretarlas, deben fundamentar sus decisiones con razones públicas. De este modo, la argumentación jurídica constituye el modo específico en que el *rule of law* se realiza en la toma de decisiones por los jueces, incorporando la perspectiva práctica que conecta las reglas con las razones.

Conclusiones

La visión del *rule of law*, que MacCormick pretende conciliar con el carácter argumentativo del derecho, está basada en consideraciones de certeza y estabilidad, típicos de la concepción formal, que también incluye valores procedimentales. El punto de partida (y destino) del razonamiento jurídico son las reglas: las soluciones aceptables requieren cumplir con las exigencias de universalidad y rigor formal, propias de la lógica y ejemplificadas en el silogismo judicial. Sin embargo, en los casos difíciles, la construcción de dicho silogismo requiere complejas decisiones interpretativas, con un alto componente valorativo, que pueden llevar a especificaciones discutibles de las reglas o modificaciones relevantes (por motivos de imperfección, equidad, coherencia o integridad) para que su aplicación resulte inteligible y justificada.

De ello surge que, puesta en la dicotomía que plantea Dworkin, la concepción del *rule of law* de MacCormick es un libro de reglas y no uno de derechos. Los derechos no son el punto de partida necesario del razonamiento jurídico en los casos difíciles ni constituyen la base para la identificación de los principios del sistema.

MacCormick acepta algunos de los planteos dworkinianos en cuanto a involucrar a la decisión judicial en la reconstrucción de los sistemas jurídicos, como el ideal de una respuesta correcta y la novela en cadena como metáfora de la integridad del derecho. Pero mantiene que la interpretación no es siempre una empresa constructiva y que las distintas partes del derecho conservan sus identidades en la práctica interpretativa, sin perjuicio de que se puedan introducir, a través de la reflexión abstracta, algunos conceptos unificadores. El peso relevante que MacCormick da a las interpretaciones lingüística y sistemática está ligado de manera expresa a la preservación de los valores de certeza y estabilidad, propios del *rule of law* en su sentido formal característico.

Para MacCormick, el derecho es una práctica institucional de argumentación racional, en la que los jueces, si actúan de acuerdo con el ideal del *rule of law*, pueden conciliar el valor de la legalidad y las exigencias de la razonabilidad en la búsqueda del mejor argumento (aquel que no derrotable en las condiciones institucionales de refutación disponibles), bajo un horizonte de respuesta correcta ideal sobre el cual, se asume, nunca habrá certeza.

En cambio, para Dworkin, el derecho como práctica argumentativa, impone un ideal de objetividad que exige a los jueces avocarse al descubrimiento de la interpretación moralmente más coherente del sistema jurídico. El interpretativismo concibe a los principios morales como formando parte del propio concepto de derecho en el sentido doctrinal, es decir, aquel que tiene real importancia y resulta interpretativo de manera constitutiva. Por ende, la moral es un componente interno del razonamiento jurídico en todas sus etapas y desde la propia tarea de identificación de la norma.

MacCormick, por su parte, ubica a la moral como una instancia inicialmente externa de justificación: el derecho debe ser defendible en sentido moral, pero no se identifica con la moral. Desde luego, en los casos difíciles, la moral se internaliza en el derecho a través los argumentos que se incorporan en las diferentes etapas procesales, donde se desarrolla el razonamiento práctico institucional y resulta un elemento inevitable en la justificación de las decisiones. De ese modo puede decirse que el razonamiento moral completa el derecho. Así, mientras Dworkin tiende a eliminar la frontera entre derecho y moral², la perspectiva institucional de MacCormick la preserva, aunque reconoce una necesaria interrelación entre ambos órdenes normativos.

Para Dworkin, la moral es parte interna y constitutiva del derecho: los principios morales abstractos—como la igualdad o la justicia— son normas jurídicas desde el inicio y deben guiar la interpretación en su dirección a la única respuesta correcta. En cambio, para MacCormick, la moral mantiene una relación externa y justificativa con el derecho creado por las fuentes sociales: no lo determina, sino que orienta, legitima y completa su aplicación dentro del marco institucional. Mientras Dworkin fusiona derecho y moral en una práctica interpretativa integrada, la concepción de MacCormick preserva la autonomía institucional del derecho, aunque exige que sus decisiones sean racional y moralmente justificables.

En consonancia con estas visiones del derecho, que tienen elementos comunes, pero también diferencias relevantes, puede concluirse que MacCormick defiende una concepción institucional y procedimental del *rule of law* y, en cambio, Dworkin propone una visión de la legalidad que la identifica con la realización de la integridad moral del sistema jurídico.

En suma, la visión institucionalista y argumentativa del derecho que presenta MacCormick es compatible con la concepción formal del *rule of law*. La visión estructural de la decisión jurídica como la aplicación de reglas representa el elemento formal característico, en cuanto da cuenta del valor certeza y de las notas de claridad, generalidad y prospectividad que son condición necesaria de la autonomía de las personas. A su vez, la apertura a razones y principios morales, en el entendido de que el derecho es una creación inacabada antes de su aplicación judicial, da cuenta de los requerimientos procedimentales del *rule of law*. Ser oído en las decisiones de las institucionales que

² Proyecto que culminará en la obra final de su proyecto filosófico (Dworkin, 2011) donde defiende la idea de que el derecho y la moral constituyen un único sistema normativo.

afecten los intereses propios requiere que se tomen en cuenta las mejores razones, incluyendo los argumentos morales relevantes, que la aplicación de las reglas sea consistente y que, en los casos difíciles, se decida con un horizonte de coherencia entre los principios del sistema.

Referencias

Bingham, T. (2010) *The Rule of Law*. Penguin.

Bulygin, E. (1991) “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”. *Doxa, Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 9, 257–279.

Burazín, L. (2023) “Law as an Artifact”. En Sellers, M., Kirste, S. (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law, and Social Philosophy*, Springer, pp. 1845-1850.

Craig, P. (1997) “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”. *Public Law*, 3, pp. 467-487.

Dworkin, R. (1967). “The Model of Rules.” *University of Chicago Law Review*, 35, 14-46.

Dworkin, R. (1985) *A Matter of Principle*. Harvard University Press.

Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. Belknap Press.

Dworkin, R. (2011) *Justice for Hedgehogs*. Belknap Press.

Fuller, L. (1964) *The Morality of Law. Revised Edition*. Yale University Press.

Gardner, J. (2012) *Law as a Leap of Faith*. Oxford University Press.

Hart, H.L.A. (2012) *The Concept of Law*. Third Edition. Oxford University Press.

Lucy, W (1999) *Understanding and Explaining Adjudication*. Oxford University Press.

Marquisio, R. (2024) “A Continuidade entre a Forma e o Ideal Moral: Três Concepções de Estado de Direito” *CONPEDI Law Review*. XIII Encontro Internacional do CONPEDI, Uruguai, 110 – 129.

MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford University Press.

Searle J. (2010) *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford University Press.

Raz, Joseph (2011). “The Rule of Law and Its Virtue.” *The Authority of Law. Second Edition*. Oxford University Press, pp. 210–229.

Waldron, J. (2023) "The Rule of Law". The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2023 Edition),

Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/>

HACIA UNA RAZÓN JUSTA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Andrés Nahuel Colaso¹

Introducción

En el corazón de la práctica jurídica yace un ejercicio fundamental e ineludible: la argumentación. El jurista, en cualquiera de sus roles —juez, fiscal, defensor, abogado—, se enfrenta constantemente al desafío de construir y presentar razonamientos sólidos que persuadan, convenzan y, en última instancia, legitimen una decisión. Como bien señala Manuel Atienza, una de las voces más autorizadas en la materia, argumentar es, en esencia, "dar buenas razones". Este acto, sin embargo, trasciende la mera aplicación de silogismos o el despliegue de una retórica elocuente. Implica, como el propio Atienza subraya en su "Decálogo del buen argumentador", una profunda preparación y un conocimiento acabado del fondo del asunto (Atienza, 2006, 474). No se puede argumentar bien sin dominar los materiales jurídicos y, crucialmente, sin poseer los instrumentos teóricos adecuados para manejarlos.

La teoría estándar de la argumentación jurídica (Custet Llambi, 2021, 273) nos ha provisto de un andamiaje robusto, distinguiendo entre el "contexto de descubrimiento" —el proceso psicológico y sociológico mediante el cual un decisor llega a una conclusión— y el "contexto de justificación", que se centra en la fundamentación lógica y racional de dicha conclusión. No obstante, este marco tradicional, aunque indispensable, se revela insuficiente ante los complejos desafíos del siglo XXI. La sociología jurídica nos ha enseñado que el derecho, lejos de ser un sistema de normas objetivas y universalmente aplicables, es un fenómeno social profundamente entrelazado con las dinámicas culturales y de poder. Es un producto y, a la vez, un productor de realidades sociales.

En este entramado, los sesgos, particularmente los de género, emergen como elementos que distorsionan sistemáticamente la aspiración a la justicia y la equidad. El discurso jurídico, históricamente construido desde una perspectiva androcéntrica, ha invisibilizado y subvalorado las experiencias, necesidades y derechos de más de la mitad de la humanidad (Facio & Fries, n.d., 274). Reconocer esta parcialidad ya no es una opción, sino un imperativo para cualquier argumentación que pretenda ser verdaderamente "buena".

Este trabajo se propone explorar dos perspectivas emergentes que están revolucionando la forma en que concebimos y practicamos la argumentación jurídica: la perspectiva de género y el uso de la inteligencia artificial (IA). La primera actúa como una lente crítica que devela las falacias ocultas en premisas aparentemente neutrales (Custet Llambi, 2021, 274). La segunda, como una herramienta innovadora que, si se diseña éticamente, puede asistirnos en la monumental tarea de identificar y mitigar esos mismos sesgos. Ambas nos invitan a enriquecer nuestro deber de dar "buenas razones", para que estas no solo sean lógicas y coherentes, sino, por encima de todo, justas e igualitarias.

¹ Esudiante de Abogacía, UNRN.

Perspectiva de Género para develar las falacias del Discurso Jurídico

Tradicionalmente, el derecho se ha construido desde una óptica androcéntrica. Esto significa que el sujeto universal del derecho, el "hombre" del que hablan las leyes y la doctrina, ha sido históricamente el varón, cuyos intereses, experiencias y preocupaciones se han erigido como el paradigma de lo humano (Custet Llambi, 2021, 263). Esta visión parcializada, a menudo invisible para el operador jurídico socializado en ella, impregna el discurso legal de estereotipos y prejuicios que distorsionan la justicia, especialmente para las mujeres y las diversidades.

¿Qué es un estereotipo de género y cómo opera en la argumentación?

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos lo define como "una preconcepción de los atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente". Estos estereotipos (Custet Llambi, n.d., 35) son peligrosos porque, como afirma la Corte IDH, "distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", lo que a su vez puede culminar en una denegación de justicia.

Desde el punto de vista de la teoría de la argumentación, los estereotipos de género operan como premisas fácticas o normativas falsas que vician la estructura del razonamiento. Aunque un argumento pueda ser formalmente válido (lógicamente correcto en su estructura), será materialmente incorrecto si una de sus premisas se basa en una generalización infundada y discriminatoria. Por ejemplo, la creencia de que "las mujeres son mentirosas y poco confiables" o que "cuando una mujer dice 'no' a las relaciones sexuales, en realidad está diciendo 'sí'" ha servido históricamente como premisa implícita para desestimar denuncias de violencia sexual y revictimizar a las denunciantes (Custet Llambi, n.d., 35).

En su investigación, Rebecca Cook y Simone Cuzack han relevado numerosos estereotipos hallados en precedentes judiciales a nivel global, entre ellos: que las mujeres son propiedad de los hombres, que son débiles e incapaces civilmente (Custet Llambi, 2021, 268), que la maternidad es su rol y destino natural y que los hombres no pueden controlar sus impulsos sexuales. Cada uno de estos prejuicios puede infiltrarse en la valoración de la prueba, la interpretación de la norma o la determinación de la pena, corrompiendo la justicia.

El doble deber del argumentador con enfoque de género

Incorporar la perspectiva de género en la argumentación jurídica no es una "ideología", sino una herramienta metodológica clave para garantizar la imparcialidad y el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Conlleva un deber doble para quien argumenta:

1. Deber Negativo: No estereotipar. Implica abstenerse de juzgar o argumentar con base en estereotipos. Esto exige una reflexividad crítica en el "contexto de descubrimiento", un auto-cuestionamiento sobre las propias creencias y "máximas de la experiencia" que pueden estar teñidas de sesgos de género.
2. Obligación Positiva: Develar los estereotipos. Consiste en evidenciar, nombrar y exponer los estereotipos de género al momento de justificar una decisión (el "contexto de justificación"), mostrando el perjuicio que ocasionan y desarrollando

reparaciones adecuadas. Ponerle nombre al estereotipo lo desplaza de la categoría de "verdad natural" y lo expone como lo que es: una creencia falsa y discriminatoria.

Un ejemplo paradigmático: "Campo Algodonero vs. México"

En esta sentencia de 2009, la Corte IDH analizó los brutales feminicidios de Ciudad Juárez. El caso es un ejemplo trágico de cómo los estereotipos de género impregnaron toda la investigación estatal. Las autoridades encargadas minimizaron las desapariciones con comentarios como que las víctimas "se habrían ido con su novio" o que "tendrían una vida reprochable" (Custet Llambi, n.d., 37). La Corte IDH identificó estos comentarios como la manifestación de estereotipos que asocian a las mujeres jóvenes con una supuesta vida sexual disipada, culpabilizándolas por su propia desaparición y muerte.

La Corte fue clara al afirmar que "la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer". Este caso demuestra que la argumentación de las autoridades, al basarse en estas premisas estereotipadas, no solo fue materialmente incorrecta, sino que resultó en una inacción estatal que perpetuó la impunidad y la violencia.

La Inteligencia Artificial como aliada emergente contra los Sesgos

La irrupción de la IA generativa presenta una paradoja: al ser entrenada con vastos conjuntos de datos extraídos de nuestra sociedad (textos, libros, noticias), corre el riesgo inminente de replicar y amplificar los mismos sesgos históricos y culturales que buscamos erradicar. Sin embargo, esta misma tecnología, si es diseñada y utilizada de manera consciente y crítica, puede convertirse en una poderosa herramienta para promover una argumentación más equitativa. Dos iniciativas pioneras en este campo son OlivIA y ARVAGE.

OlivIA

Desarrollada por la abogada y comunicadora feminista Ana Correa, OlivIA es una herramienta que utiliza la arquitectura de ChatGPT pero con una programación específica para identificar estereotipos de género, desigualdades y oportunidades para promover la equidad. Su metodología se inspira directamente en el trabajo de la teórica del feminismo jurídico Katharine T. Bartlett, quien propone como método feminista el "hacer la pregunta por las mujeres" para desvelar los sesgos patriarcales ocultos en normas y prácticas aparentemente neutrales.

OlivIA no asume la neutralidad de la información, sino que la somete a un escrutinio crítico. Busca activamente dónde se omiten o distorsionan las experiencias de las mujeres, dónde se refuerzan roles tradicionales o dónde se pierden oportunidades para promover la igualdad. Por ejemplo, ante un texto jurídico sobre un caso de divorcio, OlivIA estaría diseñada para cuestionar expresiones como "el sustento del hogar" o "la madre cuidadora principal", sugiriendo alternativas que promuevan la corresponsabilidad y visibilicen el impacto económico diferencial de la separación.

Como modo de uso práctico le pedí a OlivIA que analice la sentencia (se la cargue previamente en pdf) y que la analice con el siguiente prompt: *"quiero que analices el fallo*

teniendo en cuenta la argumentación jurídica, la perspectiva de género, los sesgos en el derecho patriarcal”. El resultado de manera resumida lo copiare abajo:

1. Argumentación jurídica: La Corte IDH responsabilizó a México por no prevenir, investigar ni sancionar los feminicidios en Ciudad Juárez, aplicando la Convención Americana y la Convención Belém do Pará. Introdujo el deber de debida diligencia reforzada frente a la violencia de género, reconoció el patrón sistemático de violencia contra mujeres y ordenó reparaciones con medidas estructurales.

2. Perspectiva de género: El fallo visibilizó que la violencia no eran hechos aislados sino parte de un contexto estructural de discriminación contra las mujeres. Reconoció la necesidad de medidas diferenciadas para mujeres y niñas, incluyó reparaciones simbólicas y preventivas, y utilizó un lenguaje innovador que incorporó el término “feminicidio” al ámbito jurídico interamericano.

3. Sesgos patriarcales en el derecho: El caso mostró cómo el derecho patriarcal operó en México:

- Autoridades justificaron la inacción con estereotipos de género (“seguro se fueron con el novio”).
- La supuesta neutralidad del derecho invisibilizó que las víctimas eran mujeres en un patrón de violencia.
- La justicia actuó con negligencia, revelando un sesgo institucional de clase y género.
- El proceso reflejó un derecho construido desde lo masculino, al poner la carga de la prueba en las familias y no en el Estado.

Síntesis final: El fallo desnudó que los estereotipos y sesgos patriarcales en el derecho no son neutrales, sino violaciones de derechos humanos. La Corte corrigió esto al exigir a los Estados eliminar estereotipos, aplicar perspectiva de género y actuar con diligencia reforzada para garantizar la vida y la igualdad de las mujeres.

ARVAGE

Creada por la Jueza del Tribunal de Impugnación de Río Negro, Rita Custet, ARVAGE (Argumentación, Valoración y Razonamiento con perspectiva de Género) nació como una herramienta conceptual y metodológica que ha evolucionado para integrar la IA. Su propósito es ofrecer a los profesionales del derecho un marco sistemático para incorporar la perspectiva de género en su trabajo diario. Se estructura en tres matrices fundamentales de análisis:

- Argumentación con Perspectiva de Género: Evalúa cómo se construyen los argumentos legales, identificando y corrigiendo sesgos en la presentación de las posiciones jurídicas.
- Valoración Probatoria con Perspectiva de Género: Examina los hechos y las pruebas, analizando si su valoración está libre de estereotipos que puedan distorsionar la realidad.
- Razonamiento Legal con Perspectiva de Género: Analiza los métodos de razonamiento empleados, buscando omisiones, falacias o sesgos que puedan influir en la lógica de las decisiones judiciales.

ARVAGE funciona como una "IA conceptual" que entrena la mente del jurista para procesar la información con una "lógica de género". Es una herramienta diseñada para capacitar, evaluar documentos legales y apoyar en la construcción de estrategias de litigio más sólidas y equitativas.

Como modo de uso práctico le pedí a ARVAGE que analice la sentencia (se la cargue previamente en pdf) y que la analice con el siguiente prompt: “*quiero que analices el fallo teniendo en cuenta la argumentación jurídica, la perspectiva de género, los sesgos en el derecho patriarcal*”. El resultado de manera resumida lo copiare abajo:

1. Lenguaje y discurso: La Corte reconoce la violencia estructural contra las mujeres y utiliza el concepto de feminicidio, pero mantiene un tono formal que suaviza la crudeza de los hechos.
2. Efectos de la norma: Se demuestra que la inacción estatal perpetuó la violencia, y la Corte lo señala expresamente.
3. Estereotipos de género: El fallo desnuda prejuicios usados por las autoridades (“se fueron con el novio”, “andan de fiesta”), que retrasaron las búsquedas.
4. Contexto estructural: Se reconoce el patrón de asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y se lo vincula con discriminación histórica y estructural.
5. Formalismo y silencios: Aunque la sentencia rompe con el formalismo clásico, limita el caso a tres víctimas, reproduciendo exclusiones.
6. Voces de las víctimas: Los testimonios familiares aparecen mediatizados: la Corte privilegia informes técnicos y ONG, dejando menor espacio a la voz directa de las madres.
7. Valoración probatoria: El fallo critica la falta de credibilidad dada por el Estado a las familias. Reconoce que informes internacionales y estadísticas son pruebas válidas para acreditar patrones de violencia de género.
8. Epistemicidio: La Corte valida en parte saberes feministas y de ONG, pero no da estatus pleno al conocimiento comunitario de las buscadoras.
9. Políticas públicas y reparaciones: Ordena medidas estructurales (protocolos, bases de datos, monumento, becas), aunque su cumplimiento ha sido limitado en la práctica.
10. Tipo de razonamiento: Usa un enfoque mixto: silogístico (aplicación de la CADH y Belém do Pará), inductivo (reconocimiento del patrón de feminicidios) y práctico (medidas de prevención y reparación).
11. Impacto simbólico y transformador:
 - La sentencia es pionera: introduce el feminicidio en el Sistema Interamericano y obliga a políticas públicas de género.
 - Pero sigue operando bajo márgenes del derecho patriarcal: mantiene formalismos, reduce víctimas y no reconoce plenamente la voz de las mujeres organizadas.

En síntesis: El fallo es fundacional y contrahegemónico porque reconoce el feminicidio como fenómeno estructural y responsabiliza al Estado por omisión. Sin embargo, mantiene residuos patriarcales: limitación de víctimas, mediación discursiva y silencios frente a los saberes de las madres. Es un paso enorme en la justicia con perspectiva de género, aunque incompleto en su alcance transformador.

Breve comparativa en el uso práctico

El análisis de OlivIA es un resumen de los logros del fallo, centrándose en cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos responsabilizó a México por la violencia de género, reconoció la debida diligencia reforzada y expuso los sesgos patriarcales de las autoridades. Su respuesta es ideal para entender los puntos clave del caso y por qué se considera un fallo progresista, sin profundizar en las tensiones o contradicciones internas de la sentencia.

Por otro lado, la respuesta de ARVAGE es un análisis crítico que va más allá. Además de reconocer los avances del fallo, señala sus limitaciones y los "residuos patriarcales" que persisten. Critica la limitación del caso a solo tres víctimas, la mediación discursiva de las voces de las madres y el formalismo legal que, aunque innovador, aún suaviza la crudeza de los hechos. Utiliza un vocabulario más técnico, como "epistemicidio", para evidenciar cómo el conocimiento de las mujeres buscadoras no fue plenamente validado por el sistema judicial.

La comparación demuestra que una IA con la capacidad de detectar sesgos de género puede ofrecer un análisis más completo y útil. No solo puede identificar los sesgos explícitos que el derecho busca corregir, sino que también puede revelar los sesgos sutiles y estructurales dentro del propio sistema legal. Esta capacidad es crucial para una justicia más equitativa, ya que permite exponer cómo incluso los fallos más progresistas pueden reproducir involuntariamente patrones de discriminación. Estas herramientas de IA no solo cumplen una función informativa, sino también educativa, al ayudar a profesionales del derecho a identificar y corregir sesgos que de otro modo pasarían desapercibidos. En un ámbito jurídico donde la neutralidad suele ser aparente, contar con sistemas capaces de visibilizar sesgos y silencios no es un lujo, sino una necesidad: permiten que la tecnología deje de reproducir la ceguera patriarcal y se convierta en un aliado para construir un derecho más justo, inclusivo y consciente de las desigualdades estructurales.

Conclusión

La argumentación jurídica se encuentra hoy en un punto de inflexión histórico. Ya no basta con dominar la técnica y la lógica formal; es imprescindible reconocer y abordar las dimensiones sociales y culturales que moldean el derecho y que, con frecuencia, lo alejan de la justicia. En este contexto, la perspectiva de género y la inteligencia artificial no son simples complementos académicos, sino herramientas que redefinen la propia naturaleza del deber de argumentar.

Integrar estas perspectivas en la práctica cotidiana implica una transformación profunda. Permite desarrollar una argumentación más honesta y autoconsciente, que abandone la ficción de la neutralidad absoluta y examine los propios prejuicios en el proceso de descubrimiento. Nos obliga a ser transparentes sobre las premisas implícitas desde las cuales razonamos, reconociendo, como sugiere Atienza, que un buen argumentador debe comprender plenamente lo que el otro ha expresado, incluyendo las experiencias de quienes han sido históricamente silenciados (Atienza, 2006, 474).

Fomenta también una argumentación más rigurosa y completa, que enriquece el contexto de justificación: no basta con la coherencia lógica o la fundamentación normativa; es necesario demostrar explícitamente que las premisas están libres de estereotipos

discriminatorios. Nombrar los sesgos y explicar su impacto añade profundidad y rigor material, fortaleciendo la validez de la decisión.

Además, promueve una argumentación más justa y emancipadora, orientada a la finalidad última del derecho: la paz y la armonía social (Facio & Fries, n.d.). Al visibilizar y desmontar desigualdades estructurales, se contribuye a un orden social más equitativo. El derecho es una herramienta para “nombrar” y transformar experiencias nocivas no reconocidas en males que exigen reparación legal; la argumentación con perspectiva de género ejerce precisamente este poder nominador y transformador.

En este marco, las herramientas de inteligencia artificial emergen como aliadas estratégicas. Iniciativas como OlivIA y ARVAGE permiten identificar sesgos de género explícitos y estructurales en la práctica jurídica, evidenciando tanto los avances como las limitaciones de fallos progresistas. OlivIA destaca los logros del fallo *Campo Algodonero* y visibiliza los sesgos patriarcales, mientras que ARVAGE realiza un análisis crítico que revela formalismos, silencios y exclusiones que persisten en el propio sistema legal. Estas herramientas no solo cumplen una función informativa, sino también educativa, ayudando a los profesionales del derecho a reconocer y corregir prejuicios que de otro modo pasarían desapercibidos. En un ámbito jurídico donde la neutralidad suele ser aparente, contar con sistemas capaces de visibilizar sesgos y silencios no es un lujo, sino una necesidad: permiten que la tecnología deje de reproducir la ceguera patriarcal y se convierta en un aliado para construir un derecho más justo, inclusivo y consciente de las desigualdades estructurales.

La tarea no es sencilla: requiere deconstruir hábitos de pensamiento profundamente arraigados y asumir un compromiso activo con la formación continua y la autocrítica. Sin embargo, como recuerda Atienza, cada quien tiene un estilo propio de argumentar que debe descubrir y elaborar (Atienza, 2006, 474). Hoy, ese estilo debe ser uno que dialogue con la complejidad del mundo real, sensible a las jerarquías de género y capaz de utilizar las herramientas del futuro no para perpetuar errores del pasado, sino para saldar deudas históricas y construir un derecho en el que las “buenas razones” sean, sin excepción, razones para la igualdad.

Bibliografía

- Atienza, M. (2006). Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador. In *Cuadernos de Filosofía del Derecho* (pp. 473-475).
- Carbajal, M. (2025, May 6). *Crean una herramienta que detecta sesgos de género en la IA / OlivIA, un chat de inteligencia artificial que no se olvida de las mujeres*. Página12. Retrieved August 28, 2025, from <https://www.pagina12.com.ar/823298-crean-una-herramienta-que-detecta-sesgos-de-genero-en-la-ia>
- Custet Llambi, M. R. (n.d.). Argumentación jurídica y perspectiva de género: una alianza imprescindible. *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 99(2021), 30-41.
- Custet Llambi, M. R. (2021). Apuntes para la argumentación jurídica con perspectiva de Género. In *Derecho Penal y Procesal Penal* (pp. 263-278). ERREIUS.

- Custet Llambi, M. R. (2025). ARVAGE IA. Retrieved Agosto, 2025, from <https://arvage.carrd.co/>
- Facio, A., & Fries, L. (n.d.). Feminismo, género y patriarcado. *Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, (Academia), 259-294.
- Mazzini, L. (2025, May 14). *OlivIA: una comunicadora usa Chat GPT para crear una herramienta que detecta estereotipos de género*. Agencia de Noticias Científicas de la UNQ. Retrieved August 28, 2025, from <https://agencia.unq.edu.ar/?p=28292>

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FORMALIDADES CONTRACTUALES IMPUESTAS EN EL CÓDIGO CIVIL: FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO VERSUS SEGURIDAD JURÍDICA

Carlos Alberto Sánchez Coronado¹

1. Introducción

En la Sentencia 633/2025 del Tribunal Constitucional del Perú, emitida en un proceso de amparo, se ha dejado sin efecto una decisión de la Corte Suprema, en virtud de la cual se anuló un contrato de donación de un inmueble que no revistió la solemnidad exigida por el artículo 1625 del Código Civil, en virtud del cual debía constar en escritura pública, bajo sanción de nulidad.

El Tribunal Constitucional considera que si luego de firmada la minuta ante el notario y dos testigos, intempestivamente el donante ingresó al hospital por dificultades respiratorias, donde dos días después murió de madrugada; entonces, este requisito puramente formal no debe limitar los derechos fundamentales a contratar y a la propiedad, en base a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, en este caso “no es constitucionalmente admisible exigir este requisito a quien – habiendo cumplido con expresar su voluntad – le es imposible realizar una última formalidad”.

Esta ponencia propone algunas reflexiones en torno a si dentro del paradigma de la constitucionalización del derecho civil esta decisión es una justificada flexibilización de una formalidad contractual o si es un acicate para lesionar la seguridad jurídica en la contratación privada.

2. La (tantas veces) necesaria flexibilización de las reglas del Código Civil a la luz de la constitucionalización del Derecho

El paradigma positivista concibe al Derecho como un reflejo de la ley, identificando justicia con legalidad y derechos con lo expresamente reconocido por la ley. Sin embargo, esta visión se ha transformado, hoy se reconoce que no todo lo legal es justo ni todo lo justo coincide con la ley, y que existen derechos que trascienden el marco positivo, que merecen tutela a pesar de que no hayan sido enunciados, e incluso, cuando así sea constitucionalmente razonable, en contra del texto legal o sin encajar exactamente con los requerimientos de la ley. En el modelo postpositivista o constitucionalista, la jurisprudencia y los jueces adquieren un papel central, pues el Derecho se entiende como un sistema de reglas y principios que exige interpretación, coherencia y valoración. Así, la justicia ya no depende solo de la ley, sino de su interpretación conforme a los principios constitucionales.

La constitucionalización del Derecho tiene su base tanto en la protección efectiva de los derechos fundamentales como en la preservación de la supremacía normativa de la Constitución. Este proceso se materializa a través de la labor jurisdiccional orientada a

¹ Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo (Perú), donde es profesor ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, coordinador de la Maestría en Derecho Civil y Comercial y dirige el Semillero de Investigación en Derecho Privado y Constitucional.

garantizar dichos derechos, especialmente mediante la actuación del Tribunal Constitucional, sin dejar de lado el rol complementario de la jurisdicción ordinaria².

El Derecho Civil también se encuentra inmerso en el marco de los principios y contenidos constitucionales, no solo subordinado a ellos, sino enriquecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que le otorga un carácter dinámico y adaptable a los cambios sociales. Un ejemplo claro es el Derecho de Familia, cuya evolución en el Perú ha acompañado el desarrollo de los derechos fundamentales, ampliando su alcance y proyección conforme avanza la comprensión constitucional de la persona y la familia³

En la siguiente tabla se presentan sintéticamente seis sentencias, como muestra de la constitucionalización del Derecho Civil por obra de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tres de ellas son de inicios del presente siglo y las otras han sido expedidas en los últimos dos años

Tabla 1: Sentencias del TC que evidencian la constitucionalización del Derecho Civil

Nº	Sentencia	Año	Materia	Resumen del contenido	Evidencia de constitucionalización del Derecho Civil
1	STC Exp. 2273-2005-PHC/TC (Caso Karen Mañuca)	2006	Derecho de identidad	Reconoce el derecho de una persona trans a que RENIEC emita duplicado de DNI con su nombre rectificado judicialmente.	Interpreta el derecho del registro de identidad bajo criterios constitucionales de dignidad, identidad e igualdad.
2	STC N.º 06572-2006-PA (Unión de hecho)	2006	Derecho de familia	Reconoce que la conviviente tiene derecho a la pensión de viudez, no solo la cónyuge	Integra principios constitucionales como igualdad y dignidad para tutelar un derecho no previsto en la ley.
3	STC (Exp. 09332-2006-PA/TC) – familias ensambladas	2007	Derecho de familia / filiación	Tutela las familias ensambladas, rechaza la discriminación entre hijos biológicos e hijastros.	Constitucionaliza el análisis de la institución familiar para incluir realidades no codificadas.
4	STC N.º 02695-2021-AA (Sentencia 50/2023)	2023	Derecho de familia / identidad (orden de apellidos)	Interpreta el artículo 20 C.C. para que el orden de apellidos no tenga una prelación discriminatoria	Interpreta norma civil conforme a igualdad de género y autonomía familiar constitucional.
5	Pleno. Sentencia 423/2023 (Exp. 00882-2023-PA/TC, Morán Vargas)	2023	Derecho de familia/ identidad / filiación	Reconoce el derecho del padre a inscribir en el registro civil solo con sus apellidos a sus hijos nacidos por gestación subrogada en el extranjero.	Aplica principios constitucionales (identidad, protección del menor, igualdad) en materia de registro civil a para tutelar un derecho no previsto en el artículo 21 C.C.
6	STC N.º 160/2024 (Exp. 00721-2021-PA/TC)	2024	Derecho de familia / adopción / identidad	Se anula resoluciones de RENIEC que cancelan acta de nacimiento de un familia)	Aplica principios constitucionales (igualdad, identidad, protección de la familia) en la interpretación

² Landa Arroyo, C., "La constitucionalización del derecho peruano", Derecho PUCP, 71, 2013, p. 35. Disponible en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>.

³ Miranda Canales, M. J. (2016) "Constitucionalización del Derecho Civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano", Revista Oficial del Poder Judicial, 8(10), pp. 110. Disponible en: <https://doi.org/10.35292/ropj.v8i10.231>

adoptado mayor de del artículo 378.2 del
edad, por infringir el Código Civil, para
Art. 378.2 C.C flexibilizar este requisito
imperativo.

Fuente: elaboración propia

Profundicemos un poco más respecto de los dos casos más recientes presentados en la tabla 1.

La Sentencia 423/2023 del Tribunal Constitucional del Perú aborda el caso de un padre que solicitó inscribir con sus dos apellidos sin revelar la identidad de la madre, a sus hijos nacidos por gestación subrogada en el extranjero, pese a que el Código Civil (art. 21) no prevé tal posibilidad, pues solo le reconoce expresamente esta facultad a la madre. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) denegó la inscripción alegando que la ley exige consignar los apellidos del padre y de la madre.

El Tribunal Constitucional, aplicando el test de proporcionalidad, concluyó que esta interpretación legal vulneraba los derechos fundamentales a la igualdad, identidad, nombre y nacionalidad, al otorgar a la madre un derecho que se negaba al padre en circunstancias equivalentes. Consideró que el propósito de las normas civiles era garantizar la inscripción inmediata del nacimiento y el acceso del menor a derechos esenciales, no imponer una diferencia por razón de sexo.

En consecuencia, el TC integró la norma civil y estableció una nueva regla jurisprudencial: tanto la madre como el padre pueden inscribir a su hijo con sus apellidos, aun sin revelar la identidad del otro progenitor, cuando existan razones legítimas o imposibilidad de hacerlo. Además, ordenó al RENIEC realizar la inscripción y exhortó al Congreso a modificar el Código Civil para reconocer expresamente este derecho y crear un registro reservado para la eventual identificación futura del otro progenitor.

En síntesis, esta sentencia representa un caso paradigmático de constitucionalización del Derecho Civil, pues el Tribunal crea una regla integradora para tutelar derechos fundamentales no previstos expresamente en la ley, reforzando la primacía de la igualdad y la dignidad humana sobre las limitaciones formales del Código Civil.

La Sentencia 160/2024 del Tribunal Constitucional del Perú es particularmente relevante para los fines de esta ponencia, porque es una muestra empírica de cuándo se justifica objetivamente que se deban flexibilizar las reglas del Código Civil para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones familiares y de la misma persona; se desplaza la observancia de un requisito legal expresamente previsto en el artículo 378 inciso 2 del Código Civil con la finalidad de convalidar una adopción que desde el punto de vista estricta y rigurosamente formal era inválida por no satisfacer un requisito previsto por la ley.

Esta sentencia resolvió un caso en el que el RENIEC había anulado una adopción notarial de una persona mayor de edad, como resultado de la comprobación de que no se cumplía el requisito del artículo 378 inciso 2 del Código Civil, que exige una diferencia mínima de 18 años entre adoptante y adoptado, en este caso la referida diferencia de edad era solo de 17 años y 7 meses, es decir, faltaban 5 meses para observar el requisito previsto en la ley. El demandante alegó vulneración de sus derechos a la identidad, al nombre y a vivir en familia, pues el adoptante

había cumplido el rol de padre desde su infancia, desde hace más de 20 años, pues es el esposo de su madre.

El Tribunal Constitucional, aplicando una interpretación conforme a la Constitución, sostuvo que la regla legal sobre la diferencia de edad tiene como finalidad proteger a los adoptados menores de edad, por lo que no puede aplicarse mecánicamente a los casos de adopción de adultos, especialmente cuando se demuestra una relación paterno-filial de hecho preexistente. Una lectura literal de la norma —afirmó el TC— vulneraría los derechos fundamentales a la familia, a la identidad y al libre desarrollo personal.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional anuló las resoluciones del RENIEC, restituyó la validez del acta de nacimiento del adoptado y reconoció como apellido paterno el del adoptante. Además, exhortó al Congreso de la República a modificar el Código Civil para establecer, de manera excepcional, que el requisito de diferencia de edad no sea exigible en casos de adopción de mayores de edad o cuando exista un vínculo familiar real y probado, proponiendo como límite mínimo 14 años de diferencia.

En síntesis, esta sentencia constituye un ejemplo claro de interpretación constitucional del Derecho Civil, donde el Tribunal prioriza los derechos fundamentales y los valores familiares sobre el formalismo legal, reafirmando que la aplicación literal de la ley no puede prevalecer sobre la protección efectiva de la persona y la familia.

3. Una de cal y otra de arena: la constitucionalización del derecho civil propicia un activismo judicial que trasgrede la seguridad jurídica

Esta es una realidad inocultable, Landa considera que en efecto el Tribunal Constitucional ha contribuido al desarrollo del Derecho Civil mediante decisiones motivadas y razonables que interpretan las instituciones civiles conforme a la Constitución, fortaleciendo el debate jurídico; sin embargo, advierte que este aporte se desvirtúa cuando el activismo judicial degenera en autoritarismo, es decir, cuando las sentencias carecen de coherencia y solidez argumentativa, generando resultados que terminan trasgrediendo las instituciones del Derecho Civil; entonces, sugiere que debe tomarse en cuenta, de manera decisiva, la mejor jurisprudencia constitucional para orientar la interpretación y evolución del Derecho Civil⁴.

Esta polémica cuestión se ha puesto en el centro del debate para contrastar si acaso es más adecuado y conveniente, en lugar de propugnar una constitucionalización del derecho civil fomentar una civilización del derecho constitucional. En este interesante debate César Landa enfatiza la dimensión correctiva del Derecho Constitucional frente a los déficits del Derecho Civil liberal, Francesca Benatti destaca los peligros metodológicos del subjetivismo judicial, Leysser León denuncia la instrumentalización del discurso constitucional para justificar el activismo judicial que altera las estructuras del Derecho Civil bajo el pretexto de realizar justicia material, propone hablar, en cambio, de una civilización del Derecho Constitucional, al considerar que los principios del Derecho Civil —autonomía, previsibilidad y equilibrio relacional— son los que han modelado, históricamente, la manera en que se aplican los derechos fundamentales; y Rubio Correa recuerda que los derechos civiles ya forman parte del constitucionalismo

⁴ Landa Arroyo, 2013, p. 35

peruano desde su origen, por lo que la constitucionalización no es un fenómeno nuevo, sino una evolución histórica natural⁵.

Estos enfoques teóricos delimitan dos polos interpretativos: la constitucionalización que busca corregir las asimetrías del Derecho Privado a la luz de los derechos fundamentales, y la reacción civilista, que defiende la preservación de la autonomía del Derecho Civil como garantía de seguridad jurídica y previsibilidad normativa.

El profesor Leysser León⁶ identifica en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional tres precedentes que, en conjunto, reflejan un patrón de activismo judicial desmedido, que constituyen un grave ataque contra las instituciones del Derecho Civil, en los que el Tribunal ha excedido sus competencias, reemplazando la función interpretativa por una reescritura de la legislación civil vigente. Estas son:

a) La sentencia 96/2024, que reinterpreto arbitrariamente la noción de “incapacidad moral” para justificar la vacancia presidencial, convirtiendo un concepto jurídico propio del derecho civil en un instrumento político.

b) La sentencia 84/2024, sobre los peajes de Puente Piedra, en la que el Tribunal interfiere mediante un habeas corpus en una relación contractual para privarla de validez y eficacia, fundamentando su decisión en la lesión, acreditada, del derecho fundamental a la libertad de tránsito de los pobladores de Puente Piedra, invadiendo competencias del fuero civil y debilitando la seguridad jurídica y la autonomía contractual.

c) La sentencia 633/2025, relativa a la donación inmobiliaria, donde el TC ordenó a la Corte Suprema renovar una decisión firme calificando como un formalismo excesivo la forma solemne (escritura pública) prevista en el artículo 1625 del Código Civil.

En todos estos casos, según León, el Tribunal ha actuado fuera de su función constitucional, sustituyendo la interpretación técnica del Derecho Civil por una visión ideológica y populista que compromete la unidad del sistema jurídico y la seguridad de las relaciones privadas. En síntesis, sostiene que este tipo de fallos reflejan una malentendida constitucionalización del Derecho Civil, en la que el Tribunal no se limita a orientar la interpretación conforme a la Constitución, sino que altera el contenido mismo de las instituciones civiles, debilitando su coherencia interna y generando un clima de incertidumbre jurídica⁷.

4. La Sentencia 633/2025: un acicate para lesionar la seguridad jurídica en la contratación privada.

⁵ Landa Arroyo, C.; Benatti, F; León Hilario, L.; Rubio Correa, M. «Mesa Redonda: ¿Constitucionalización Del Derecho Civil O civilización Del Derecho Constitucional?». THEMIS Revista De Derecho, n.º 85 (octubre), 2024, pp.525-36. Disponible en: <https://doi.org/10.18800/themis.202401.029>.

⁶ León Hilario, L. L. Razones de la formalidad en las donaciones inmobiliarias (y los errores del Tribunal Constitucional). Entrevista realizada por Diego Pesantes Escobar, director del Observatorio de Jurisprudencia Civil de LP, 2025. Disponible en: https://lpderecho.pe/razone-formalidad-donaciones-inmobiliari-as-errores-tribunal-constitucional/?fbclid=IwdGRzaANREaVjbGNrA1ERYmV4dG4DYWVtAjE_xAA_E_esv_X2eEfN4Seq1qo7zNoCbuWXdi3NohhqltzIBRIx-mSLZ6pOPbIXy_iHow_aem_dEmo0_6foi_fJYQ_AISAGUvKw&sfnsn=wa

⁷ León, 2025.

4.1. *El caso: los hechos, el problema y la ratio decidendi*

Un donante otorgó una minuta de donación de inmueble ante notario, pero esta no se elevó a escritura pública conforme al artículo 1625 del Código Civil peruano, que prevé a esta como una forma solemne para la validez de la donación de bienes inmuebles, el donante falleció antes de formalizar la escritura pública, los presuntos donatarios (beneficiarios de la minuta) intentaron hacer valer la donación, pero la Corte Suprema declaró la nulidad del acto, por inobservancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. Los donatarios interpusieron un recurso de agravio constitucional ante el TC, alegando vulneración de sus derechos fundamentales (libertad contractual y derecho de propiedad), porque es imposible que cumplan la solemnidad de la escritura pública, dado el inusitado fallecimiento del donante; pero su voluntad consta en la minuta, por ello se alga que no es conforme con la constitución que, en este caso en concreto, se les aplique el artículo 1625 del Código Civil.

El problema jurídico planteado al tribunal es el siguiente: ¿La exigencia de forma solemne (escritura pública) prevista en el Código Civil debe prevalecer de modo absoluto ante circunstancias que impiden su cumplimiento, o cabe una interpretación constitucional que declare la validez de una minuta de donación de inmueble?

En la *ratio decidendi* se argumenta que la formalidad de elevación a escritura pública tiene por finalidad asegurar ciertos objetivos: publicidad, verificación notarial, protección de terceros y acreedores, y seguridad jurídica del tráfico patrimonial; sin embargo, en el caso concreto considera que la voluntad del donante quedó acreditada (minuta con notario y testigos) y que la imposibilidad de cumplir la formalidad no derivó de falta de diligencia de las partes sino de una muerte sobrevenida del donante.

Afirmó que la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y el derecho de propiedad son derechos fundamentales protegidos por la Constitución que deben garantizarse cuando las formalidades legales imposibilitan su ejercicio. Concluyó que la aplicación mecánica de la ley (Art. 1625 C.C.) en dichos supuestos extremos sería desproporcionada y atentaría contra los derechos fundamentales identificados, por lo que era necesario reconocer el acto de donación a efectos de validez, pese al incumplimiento formalidad contractual calificada de excesivamente rigurosa y sin sentido.

Finalmente, ordenó la anulación de la resolución que declaraba la nulidad de la donación, restituyendo la validez del acto, y exhortó al Congreso a regular excepcionalmente estos supuestos para equilibrar la seguridad jurídica con la protección de la voluntad y los derechos fundamentales.

Esta sentencia permite articular una crítica argumentativa: ¿La decisión fortalece el Derecho Civil al adaptarlo a realidades concretas o debilita la seguridad jurídica en la contratación privada al relativizar una forma *ad solemnitatem*? Esta disyuntiva es precisamente el núcleo de la ponencia.

4.2. *La frontera entre la interpretación constitucional y el decisionismo constitucional respecto de las categorías del Derecho Civil*

Una interpretación constitucional es legítima cuando integra el contenido de la norma infraconstitucional con los valores y principios superiores de la Constitución, sin alterar

su estructura ni su finalidad original. En cambio, se incurre en un decisionismo constitucional cuando el tribunal sustituye la función del legislador y sin justificación objetiva crea una nueva regla que desplaza la prevista en el ordenamiento jurídico y en la dogmática jurídica.

La interpretación constitucional no debe confundirse con la producción normativa, la primera busca armonizar la aplicación del derecho con los principios constitucionales, mientras que la segunda supone la creación judicial de derecho nuevo, tarea que pertenece al legislador. En todo caso, siguiendo a Buligyn, la creación judicial del Derecho se produce tanto en casos de lagunas normativas como en los conflictos de normas; las que son creadas por el juez, a diferencia de las creadas por el legislador no son obligatorias para todos, incluidos los jueces; sin embargo, estos podrían secundar el criterio decisor dando lugar a una jurisprudencia uniforme, de modo que la norma general creada por los jueces adopte el carácter de obligatoria, sin descartar que otro juez decida casos similares con distinto criterio; luego, serán otros jueces los que superen esta incompatibilidad hasta llegar al punto de establecer una norma general reconocida de origen jurisprudencial⁸.

En cambio, el objeto de la interpretación es, antes que nada, la ley. Precisa GUASTINI que la interpretación jurídica implica la atribución de sentido o significado a un texto normativo, se subdivide en interpretación como actividad mental susceptible de un análisis psicológico y como actividad discursiva susceptible de un análisis lógico; distinguiendo la *disposición* (cada enunciado de un documento normativo: el discurso de las fuentes que es objeto de la interpretación) de la *norma* (cada enunciado del sentido o significado atribuido: el discurso de los intérpretes que es el producto o resultado de la interpretación), de modo que «la disposición es (parte de) un texto aun *por interpretar*, la norma es (parte de) un texto *interpretado*»⁹; esta distinción ha sido catalogada como revolucionaria porque se convirtió en el eje para la crítica contra el formalismo interpretativo de los siglos XIX y XX, impactando más allá de la teoría de la interpretación hasta calar en la teoría del Derecho¹⁰.

Desde esta perspectiva puede afirmarse que «el sistema jurídico no consta solo de normas que pueden extraerse, mediante interpretaciones, de las disposiciones contenidas en las fuentes: está atestado también de normas privadas de disposición»¹¹, las primeras son las normas expresas obtenidas a través de la interpretación, las segundas son las norma inexpresas, que lógicamente ante la inexistencia de disposición no son fruto de la interpretación sino de la producción (o integración) del Derecho; la distinción entre disposición y norma traza una línea divisoria entre la interpretación de documentos normativos e integración (o creación) del Derecho¹², esta se materializa recurriendo a los principios o a la analogía.

Se interpreta y se integra usando los principios, sobre todo los de rango constitucional, «la interpretación de la ley, allí donde sea posible, debe ser conforme a los principios constitucionales»¹³ con la finalidad de armonizar el ordenamiento; y cuando se integra una laguna creando una norma implícita carente de disposición, el juez debe reconducirla a «un principio, explícito o implícito, que constituye su fundamento axiológico»¹⁴.

⁸ Cfr. BULYGIN, E., “Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía*, N° 18, (2003), p. 25.

⁹ GUASTINI, R., “Disposición vs. norma” en *Disposición vs. norma*, Palestra Editores, Lima 2011, pp.133-135

¹⁰ CHIASSONI, P., “Disposición y norma. Una distinción revolucionaria” en *Disposición vs. norma*, Palestra Editores, Lima 2011, pp. 7-17

¹¹ GUASTINI, R., “Disposición vs. norma”, cit. p. 151.

¹² GUASTINI, R., “Disposición vs. norma”, cit. pp. 154-155

¹³ GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2014, p. 200

¹⁴ GUASTINI, R., *Interpretar y argumentar*, cit., p. 204.

Sin embargo, en el caso resuelto por la Sentencia 633/2025 no había laguna normativa que colmar ni conflicto de principios que ponderar, solo correspondía interpretar el artículo 1625 del Código Civil -que exige escritura pública para la validez de la donación de inmuebles, bajo sanción de nulidad-, y en lugar de hacer lo correcto el Tribunal suprimió esta formalidad contractual, en atención a la voluntad vertida en la minuta de donación. Este acto constituye una arbitraria mutación judicial del Derecho Civil, pues transforma una norma que impone una forma contractual solemne en una excepción material sin base legislativa ni constitucional expresa o implícita.

El juez constitucional puede corregir interpretaciones que violen la supremacía constitucional, pero no está autorizado a redefinir las categorías jurídicas fundamentales de ramas especializadas, pues ello rompe la coherencia y seguridad jurídica del sistema jurídico. Esto pervierte los fines de la constitucionalización del Derecho Civil, y propicia que los jueces constitucionales se perciban legitimados para sustituir los criterios dogmáticos del Derecho Civil por valoraciones subjetivas de justicia.

Cuando la justicia del caso concreto reemplaza la previsibilidad normativa, se pasa de un modelo garantista a un modelo decisionista, donde el juez es el creador del Derecho, sin lagunas de por medio, derribando prescripciones normativas sin una auténtica razonabilidad constitucional. El desafío de la argumentación en tiempos de constitucionalización del Derecho, consiste en equilibrar la justicia constitucional con la seguridad jurídica, de modo que la Constitución ilumine el Derecho Civil sin desintegrarlo.

4.3. Sin escritura pública de donación no hay manifestación de voluntad, ni contrato, ni transmisión de propiedad y la muerte del donante no constituye un supuesto de imposibilidad sobrevenida que justifique una excepción a esta formalidad contractual

La forma impuesta bajo sanción de nulidad en los contratos solemnes es un requisito de validez ligado a la manifestación de voluntad; es decir, si un contrato solemne como la donación inmobiliaria, se exterioriza de cualquier forma que no sea la imperativamente señalada por la ley, esto implica que el contrato no llegó a perfeccionarse porque la voluntad del donante no puede producir efectos jurídicos sin que haya sido exteriorizada a través de la forma solemne que exige la ley, bajo sanción de nulidad; la declaración de donar que está en una minuta es estéril para transmitir la propiedad, equivale a la falta de manifestación de voluntad, porque no consta en la escritura pública que solemnemente prevé el artículo 1625 del Código Civil para que sea válida.

El artículo 140 del Código Civil exige la concurrencia de voluntad, objeto, causa y la forma prescrita bajo sanción de nulidad, como requisitos de validez del acto jurídico. La ausencia de uno de ellos no puede suplirse por vía interpretativa sin vulnerar el principio de legalidad, y como corolario de ello, la seguridad jurídica; es más la imposibilidad sobrevenida es una figura propia de la ejecución de las obligaciones de dar, hacer o no hacer, mas no de la formación de los actos jurídicos, donde la observancia de la solemnidad legalmente prevista es requisito estructural o constitutivo, mas no de ejecución o eficacia.

Desde la óptica constitucional, podría alegarse que la voluntad del donante es un valor superior y que, aunque su muerte impidió cumplir la formalidad, su voluntad de

donar está declarada en la minuta. Sin embargo, aceptar este razonamiento implicaría redefinir la forma en que nacen los contratos solemnes como la donación, transformando la inobservancia de la formalidad contractual en un defecto excusable, lo cual invade la competencia legislativa, según lo positivizado en el Código Civil (Art. 1625). La justicia constitucional no puede reemplazar la estructura técnica del Derecho Civil sin afectar su autonomía dogmática y normativa.

4.4. La formalidad contractual implica seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un valor estructural del ordenamiento. Su función es garantizar la previsibilidad y estabilidad de las relaciones jurídicas, especialmente en el Derecho Patrimonial. La flexibilización excesiva de las formalidades debilita ese principio, pues introduce criterios inciertos para determinar la validez de los contratos.

El formalismo contractual -lejos de ser un resabio arcaico- cumple una función instrumental de protección. Si la validez de los contratos se deja a la apreciación judicial sobre la intención del donante, se destruye la previsibilidad que sustenta la confianza en los contratos. La sentencia del Tribunal Constitucional, en este sentido, sustituye una regla clara (Art. 1625 C.C.) por una ponderación incierta, generando una zona gris en la eficacia de contractual que afecta la certeza que debe primar en el tráfico inmobiliario. Las formas contractuales cumplen una función constitucional indirecta: aseguran la libertad real y la protección del tercero de buena fe, evitando arbitrariedades y fraudes. La constitucionalización del Derecho Civil no significa su disolución, sino su impregnación axiológica con valores constitucionales. En esa línea, la flexibilidad debe entenderse como armonización, no como sustitución.

El Tribunal Constitucional sostiene que su intervención fortalece la unidad del ordenamiento jurídico mediante una interpretación conforme a la Constitución; sin embargo, la práctica demuestra lo contrario, al convalidar un contrato nulo, introduce un criterio paralelo de validez, distinto al previsto por la ley, e incorpora en el ordenamiento jurídico peruano, la convalidación del acto nulo, que el Código Civil expresamente solo ha previsto para los actos anulables, ahora existe, a partir de este pronunciamiento una nueva figura, la convalidación constitucional de los actos nulos, pero no la convalidación legal de los mismos.

El Derecho Constitucional y el Derecho Civil deben coexistir bajo el principio de unidad y coherencia del ordenamiento, la Constitución fija valores y límites, pero no reemplaza el sistema normativo infraconstitucional. Cuando el juez constitucional reconfigura los efectos de la formalidad legal, produce una ruptura sistémica que genera una fragmentación interpretativa: un mismo contrato podría ser válido ante el Tribunal Constitucional y nulo ante los tribunales civiles.

Lo decidido en la Sentencia 633/2025 es una pieza suelta en el engranaje del Derecho Civil y de la contratación privada, que debilita la seguridad jurídica. Ahora la Corte Suprema debería acatar esta arbitraria orden, fruto del decisionismo constitucional y declarar infundada la demanda de nulidad de la donación hecha por medio de minuta; es decir, esta perdurará en el tráfico jurídico como un contrato de donación válido y eficaz; pero luego ¿qué sigue?

Esta minuta de donación no podrá inscribirse en el registro porque sigue siendo una minuta mas no un instrumento público; entonces, ¿en virtud de la Sentencia 633/2025 los beneficiados con la minuta de donación podrían demandar un otorgamiento de escritura pública para una vez conseguida esta, acceder al registro, no obstante que existe un precedente vinculante (IX Pleno Casatorio Civil) de la Corte Suprema que dispone categóricamente que deben declararse improcedente estas demandas porque es jurídicamente imposible elevar a escritura pública contratos solemnes, como la donación inmobiliaria, por ejemplo?, o acaso ¿será posible que se presente ante el registrador la minuta de donación acompañada de la Sentencia 633/2025, para dar por satisfecho el principio de titulación auténtica y proceder con la inscripción de la minuta de donación?, o acaso ¿deberá llevarse a cabo un nuevo proceso de amparo para conseguir ese objetivo? O quizá ¿esta donación está condenada a vivir dentro de una minuta, fuera del registro público?

Y viendo más allá de los efectos que la Sentencia 633/2025 irradia sobre las partes de este controvertido caso, esta inseguridad jurídica se podría proyectar en distintos ámbitos prácticos de la contratación privada en futuros casos, por el mensaje que trasmite:

- a. Inseguridad registral: los registradores se enfrentarían a la calificación de títulos derivados de actos sin formalidad legal, amparados en pronunciamientos constitucionales. Ello socavaría el principio titulación auténtica, legitimación registral y la fe pública.
- b. Desnaturalización del rol notarial: que un notario legalice las firmas de un contrato no garantiza indiscutiblemente la validez del mismo, la conformidad con los requisitos de validez establecidos en el Código Civil es lo que determina que el contrato valga. Los notarios pueden dar lugar a contratos, que el juez civil declare nulos más tarde.
- c. Incremento de litigiosidad: el interés en la validación de actos que deberían ser solemnemente celebrados (anticresis, fianza, cesión de derechos, transacción, sustitución del régimen patrimonial del matrimonio, poder para disponer, etc), pero que por “causas sobrevinientes” como la muerte del otorgante no se puede cumplir con la forma prevista bajo sanción de nulidad, incentivará reclamos judiciales sobre la “voluntad real” del otorgante, lo que generará congestión judicial y decisiones contradictorias.
- d. Desigualdad interpretativa: la eficacia de un acto dependerá de la sensibilidad del juez constitucional o civil, creando inseguridad intersubjetiva y un efecto de “lotería judicial”.
- e. Estos riesgos demuestran que la flexibilización no acompañada de límites objetivos puede terminar minando el mismo valor que pretende proteger: la efectividad de los derechos fundamentales.

Si la obligatoriedad de la forma contractual prescrita bajo sanción de nulidad, se subordina a criterios de ponderación constitucional, se erosiona el principio de confianza en el Derecho y de seguridad jurídica. El ciudadano pierde la certeza sobre qué actos son válidos y qué efectos producen.

4.5. *La proporcionalidad no debe disfrazar decisiones subjetivas*

El test de proporcionalidad es una herramienta valiosa para resolver conflictos entre principios constitucionales, pero su uso exige rigurosidad metodológica, fue concebida como un método racional de equilibrio entre bienes constitucionales, no como una licencia judicial para corregir el Derecho Civil.

En la sentencia analizada, el Tribunal Constitucional solo enuncia a la proporcionalidad y razonabilidad para abrir paso a la flexibilización de la solemnidad contractual prevista en el artículo 1625 del Código Civil; pero en realidad se trata solo de una suerte de etiqueta pegada en la sentencia porque no se cumple con desarrollar y justificar la aplicación del test de proporcionalidad con rigor metódico, no se analiza en la sentencia los sub test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, en relación al supuesto versus que habría existido entre la autonomía de la voluntad del donante y la exigencia formal de escritura pública; sin embargo, se arriba a la conclusión no corroborada de que la formalidad de la escritura pública resulta desproporcionada y carente de razonabilidad, ante la imposibilidad de realizarla debido a la muerte del donante y la acreditación indubitable de la voluntad de donar que consta en la minuta.

Ahora bien como hemos dicho antes, en los contratos solemnes, como la donación inmobiliaria, si la voluntad no se expresa usando la forma prevista bajo sanción de nulidad (escritura pública), no hay voluntad declarada válidamente, es decir no hay voluntad; por tanto no hay contrato ni mucho menos transferencia de propiedad; entonces, si recurrimos a la metafórica figura de la balanza para ponderar los derechos en conflicto, en un platillo estaría el principio constitucional de la seguridad jurídica como basamento de la solemnidad (escritura pública) prevista en el artículo 1625 del Código Civil, que justificó la nulidad de la minuta de donación y el otro platillo de la balanza estaría vacío, porque esa minuta de donación no contiene voluntad, ni contrato ni transmisión de propiedad. No hay ponderación si no hay dos o más principios contrapuestos que pesar.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional argumenta que la minuta de donación hecha ante notario acredita indubitablemente la voluntad de donar, además de su validez, pero si es un contrato solemne la donación y se estuvo ante un notario, pero finalmente no se optó por hacer la escritura pública sino solamente la minuta, es porque el propietario del bien lo decidió así, deliberadamente excluyó la opción de hacer la escritura pública; es puramente especulativo, mas no indubitable, afirmar que existió la voluntad de donar, porque ese paso que quedó pendiente de darse -la formalidad de la escritura pública de donación- quizá nunca se hubiese dado, así el donante no hubiese fallecido (o quizá sí), en fin este es el espectro de la pura contingencia.

Una decisión en base a hechos alegados, pero no corroborados suficientemente, construida sobre una especulación narrada como acreditación indubitable, carece de solidez y coherencia argumentativa. Y para terminar este punto, no todo lo que toca un notario es válido, eso depende de que se cumplan los requisitos de validez de los actos jurídicos, otra falacia en la que incurre la referida sentencia.

En suma, la forma cumple funciones de publicidad, autenticidad y protección de terceros, asegurando la transparencia del tráfico jurídico. Al calificarla como “formalismo excesivo”, el Tribunal desnaturaliza la finalidad protectora de la norma y convierte la ponderación en un acto de voluntarismo judicial, guiado más por la intuición subjetiva

que por un análisis jurídico objetivo. La forma solemne de la escritura pública en las donaciones inmobiliarias no constituye un valor antagónico a la libertad contractual, sino un instrumento de garantía y de seguridad jurídica de esa misma libertad.

5. Conclusiones

En el contexto peruano, la llamada constitucionalización del Derecho Civil se evidencia con las sentencias del Tribunal Constitucional que, de forma justificada en la mayoría de los casos, han reinterpretado el Código Civil bajo principios como la dignidad, la identidad o la igualdad y han favorecido una expansión del constitucionalismo hacia esferas privadas, con mayor énfasis en el derecho de las personas y el derecho de familia. Sin embargo, esta tendencia plantea tensiones entre la justicia constitucional que propugna la flexibilización de las reglas del derecho civil y la seguridad jurídica que inspira a estas reglas, especialmente en el ámbito de los contratos.

Según se trasluce en la Sentencia 633/2025 existe un riesgo de que se propague un constitucionalismo de carácter decisionista, que convierte la argumentación en un instrumento de discrecionalidad, que fomenta la inseguridad jurídica en las relaciones contractuales; por tanto, se debe fomentar una postura más equilibrada de la constitucionalización del Derecho Civil que entienda que la Constitución debe inspirar y orientar la interpretación constitucional de las instituciones del Derecho Civil, pero respetando su autonomía dogmática y normativa, su lenguaje técnico y la previsibilidad que garantiza el Estado de Derecho.

En suma, la constitucionalización del Derecho Civil debe entenderse no como una subordinación total, sino como una dialéctica de integración, la Constitución aporta los valores; el Derecho Civil, las estructuras de certeza. Solo desde este equilibrio puede lograrse una argumentación jurídica razonable, capaz de garantizar simultáneamente dignidad humana y seguridad jurídica, sin caer en el dogmatismo normativo ni en el decisionismo constitucional.

ALTERNATIVAS PARA DISIPAR SESGOS COGNITIVOS EN LAS DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA DE HECHOS

Gabriel Alberto Dos Santos¹

I. Introducción

El estudio del razonamiento probatorio ha experimentado un cambio de paradigma radical en las últimas décadas. Tradicionalmente concebido como un proceso puramente lógico y deductivo, hoy se reconoce su profunda interdependencia con la naturaleza falible de la mente humana.

La psicología cognitiva ha demostrado que la toma de decisiones judiciales está mediada por procesos mentales que, aunque eficientes, son propensos a sesgos y errores sistemáticos. Los juristas están prestando atención a estos hallazgos, que revelan la existencia de la omnipresencia de sesgos cognitivos.

Vázquez, subraya que estos sesgos no son fallas lógicas, sino desviaciones sistemáticas que nacen de las limitaciones de nuestra atención y memoria. Son atajos mentales, o heurísticas, que la mente utiliza para procesar la vasta cantidad de información en un entorno complejo y con exigencia de rapidez. Este mecanismo, lejos de ser un defecto personal, es un rasgo inherente a nuestra cognición².

Sostiene Páez, que el ideal de una decisión judicial basada exclusivamente en un razonamiento lógico se ha visto minado, no por la mala fe de los jueces, sino por la propia naturaleza del cerebro humano³.

Los sesgos cognitivos pueden ser un factor causal de decisiones erróneas. Un juez puede estar sinceramente convencido de la rectitud de su decisión, sin ser consciente de que su juicio ha sido distorsionado por patrones de pensamiento.

La ciencia actual ha derribado el mito de la separación tajante entre emoción y razón. Forza, Menegon y Rumiati confirman que las emociones son una parte fundamental de cómo juzgamos y decidimos. Las "impresiones afectivas" pueden guiar al juez, incluso de forma inconsciente, en la valoración de la prueba y en la interpretación de los hechos⁴.

Es un hecho conocido que los jueces, como cualquier ser humano, no toman decisiones de forma puramente racional. En el proceso judicial interactúan intuición y razón, en donde los sesgos pueden constituirse en un factor causal de decisiones erróneas.

Tsversky y Kahneman, en su libro *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Science, 1974*, citado por Accatino (2025:98), dicen que los sesgos cognitivos consisten en desviaciones involuntarias y sistemáticas respecto de estándares de racionalidad en la

¹ Doctorando en Ciencias Jurídicas. Universidad del Museo Social Argentino

² Vázquez, C., "Un dialogo con la concepción sobre la prueba de Ronald J. Allen desde nuestros sistemas jurídicos", en Allen, R.: *La prueba como explicación y otras exploraciones*, trad. Diana Veleza, Madrid, Marcial Pons, 2025, p. 70.

³ Páez, A., "Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales", en Arena, F., Luque, P. y Moreno, D. (eds.), *Razonamiento jurídicos y ciencias cognitivas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 189.

⁴ Forza, A., Menegon, G. y Rumiati, R. *El juez emotivo. La decisión, entre razón y emoción*, trad. Maximiliano A. Aramburo C. Madrid, Marcial Pons, 2024, p. 19.

formulación de juicios preceptuales o conceptuales o de predicciones. Los jueces usan atajos mentales o "heurísticas" en su trabajo diario, así como por la influencia de emociones⁵.

Tversky y Kahneman identificaron varias heurísticas que se manifiestan de manera particularmente relevante en el ámbito del derecho:

Sesgo de confirmación: Quizá el más insidioso en la valoración probatoria. Un juez que se forma una hipótesis inicial, ya sea por una primera lectura del expediente o una impresión sobre los litigantes, tiende a buscar y dar más peso a las pruebas que confirman esa idea, mientras que minimiza o ignora la evidencia que la contradice. Este proceso hace que la justificación final se convierta en una racionalización *a posteriori* de una decisión que ya ha sido tomada de manera intuitiva.

Heurística de la representatividad: Este sesgo nos lleva a clasificar a las personas o los eventos basándonos en estereotipos o prototipos mentales. Un juez puede, de forma inconsciente, atribuir rasgos de un grupo a un individuo, prejuzgando su credibilidad o su carácter. Arena, nos advierte que este mecanismo puede afectar la percepción de la evidencia, en detrimento de un análisis objetivo de los hechos⁶.

Heurística de la disponibilidad: En este caso los juicios sobre los hechos se ven afectados por la información que es más fácil de recordar o que está más presente en la memoria del juez. Esto puede hacer que un caso mediático o un testimonio particularmente emotivo influyan de forma desproporcionada en la decisión en materia probatoria, simplemente por su accesibilidad mental, sin que necesariamente refleje una valoración rigurosa de los hechos probados en la causa.

Sesgo de anclaje y ajuste: Este sesgo se manifiesta cuando el juez se "ancla" a un valor inicial, aunque posteriormente intente "ajustar" su juicio, la influencia del ancla inicial permanece, afectando el resultado final.

Sesgo de personalización y atribución: Un juez podría, en el caso de un error judicial en materia probatoria, atribuirlo a la falta de pruebas o a un testigo poco fiable, en lugar de a sus propios sesgos cognitivos. Sería la tendencia a atribuir los éxitos a la propia habilidad y los fracasos a factores externos, lo que dificulta el aprendizaje y la corrección.

Todos estos sesgos demuestran, como sostiene Nieva Fenoll, que las decisiones no son tan complejas como parecen, a menudo se basan en atajos mentales⁷. No son raros los ejemplos de decisiones en casos judiciales que parecen fuertemente determinadas por la instancia emotiva de los asuntos humanos que les subyacen y no por la valoración exclusivamente racional, basada en la objetividad de los datos probatorios.

Coloma, enseña que el juzgador debe esforzarse en conectar las inferencias probatorias con las pruebas rendidas, evitando que la subjetividad se imponga sobre aquellas. El

⁵ Accatino Scagliotti, D., "La motivación de las decisiones judiciales y el control de los sesgos cognitivos en el razonamiento probatorio", en Vázquez, C. (eds.), *Debatiendo con Marina Gascón Abellán. Veinticinco años de Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2025, p.98

⁶ Arena, F., "Acerca de la relevancia de las investigaciones sobre sesgos implícitos para el control de la decisión judicial", en Arena, F., Luque, P. y Moreno, D (eds.), *Razonamiento jurídicos y ciencias cognitiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021, p. 159.

⁷ Nieva Fenoll, J., "Trasfondo Psicológico de la Independencia Judicial", en Nieva Fenoll, J. y Oteiza, E, (dirs), *La independencia judicial: un constante asedio*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 21.

insuficiente soporte probatorio, como las heurísticas que se han mencionado desatienden metodologías validadas para la construcción correcta de inferencias⁸.

Ahora bien, vale la pena distinguir los atajos cognitivos (conocidos como “heurísticos”) y otras formas de dar sentido al mundo (como los estereotipos o los prejuicios), aunque todos ellos pueden generar sesgos en nuestro proceso de conocimiento. Los primeros nos hacen tendentes a sufrir sesgos cognitivos, los segundos a sufrir sesgos sociales.

Es inevitable que el juez tenga prejuicios, que provengan de su formación, ideas, creencias y vivencias personales, de las que no es posible sustraerse totalmente. Los jueces, como todos, pueden caer en prejuicios y “trampas cognitivas”. Es que, como sostienen Forza, Menegon y Rumati, los errores judiciales no solo vienen de fallas lógicas, sino de los “pliegues de la mente humana”⁹.

Las emociones influyen de manera significativa en la toma de decisiones, incluso en aquellas que, en apariencia, son puramente racionales.

Una sentencia puede nacer de una intuición o un simple presentimiento del juez. ¿Qué pasa si el juez se aferra a esa corazonada y luego intenta justificarla con la ley? Los hechos pueden ser retorcidos para que la justificación encaje, convirtiendo el argumento jurídico en una simple racionalización de una decisión puramente instintiva. Esta búsqueda de una “justicia” intuitiva puede crear un conflicto interno que distorsiona la aplicación imparcial de la ley y la valoración objetiva de la prueba, imponiendo el sentimiento por encima del razonamiento.

A veces, nos dice Nieto García, el juez busca una solución que percibe como “justa” por un sentimiento intuitivo, no por razonamiento. Esto crea una tensión interna y puede llevar a una interpretación de los hechos desde una perspectiva emocional o intuitiva, en detrimento de una aplicación rigurosa y objetiva de la ley y de una valoración imparcial de la prueba¹⁰.

Parece entonces que las sentencias se dictan en ambas formas, aunque casi todos los jueces aseguren que se mueven únicamente por razones jurídicas y que actúan como máquinas de pensar, considerando una traición institucional al uso de los sentimientos.

En la actualidad, la existencia de esos dos caminos forma parte del acervo jurídico común, aunque no siempre se sabe qué parte de una decisión judicial es lógica y cuál está influenciada por intuiciones, sentimientos, pasiones, sesgos cognitivos, estereotipos o prejuicios.

Los sesgos cognitivos pueden inclinar la balanza sin que el juez sea plenamente consciente de ello. Las ideas preconcebidas sobre personas o situaciones pueden influir en cómo se interpreta la evidencia. También las corazonadas o intuiciones que, aunque a veces útiles, no siempre se basan en un análisis racional y objetivo de los hechos probados.

Accatino, haciendo alusión a los sesgos cognitivos, se pregunta por su prevención y control en el ámbito de la decisión judicial sobre los hechos dado su carácter latente e

⁸ Coloma Correa, R., *Decidir hechos y argumentar con pruebas. Materiales para una teoría de la prueba en los procesos judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2025, p. 224.

⁹ Forza, A., Menegon, G. y Rumati, R., *ob.cit.*, p.21.

¹⁰ Nieto García, A., *El arbitrio judicial. Entrando en la mente del juez*, Coruña, Editorial Colex, 2021, p. 421.

inconsciente, y nos advierte como su incidencia se localizaría en el contexto de descubrimiento, lo que por definición no emergería en el contexto de justificación¹¹.

En el ámbito judicial, Fischhoff (1982) en su libro *Debiasing*, citado por Vázquez, señalaba como posibles técnicas contra los sesgos advertir a las personas de antemano sobre la existencia de sesgos cognitivos, mostrar potenciales sesgos a los jueces y proporcionar formación ampliada, retroalimentación, entrenamiento¹².

En cuanto a los sesgos implícitos, el juez podría creer sinceramente que su decisión es "correcta" o "justa", sin ser consciente, a guisa de ejemplo, que el sesgo de confirmación lo llevó a priorizar pruebas que respaldaban su primera impresión, o que la heurística de la representatividad influyó en cómo clasificó a las partes involucradas.

En este sentido, se han propuesto protocolos o guías rigurosas para la valoración de pruebas, lo que incluye la jerarquización de la evidencia, a los efectos de reducir la influencia de la intuición o las impresiones iniciales. Este enfoque, inspirado en la aviación y la medicina, garantiza que se sigan pasos críticos antes de tomar una decisión.

II. Desarrollo

La inexistencia de parámetros claros, hace que la valoración sea eminentemente subjetiva. Si esta subjetividad está permeada por sesgos inconscientes, la justicia de la decisión se ve comprometida, ya que no se garantiza una valoración objetiva del acervo probatorio.

La conciencia de esta falibilidad no debe conducir a la parálisis, sino a la búsqueda de soluciones, aun cuando la objetividad completa es un ideal inalcanzable.

1. Sesgos cognitivos en la motivación judicial

Un juez prudente, dice Nieto Garcia, que tiene confianza en sí mismo, no desmiente la emergencia de sentimientos, intuiciones, palpitos; otra cosa es que se deje llevar por los mismos y, desde luego, los aluda en las sentencias, pues las motivaciones de la decisión judicial han de ser jurídicas y no psicológicas.

El juez tiene que ser consciente de su vulnerabilidad psicológica, de sus condicionamientos sociales y profesionales, de la existencia de causas externas interiorizadas y causas de origen interno, lo que juega un papel decisivo en las decisiones,

Enseña Gascón Abellán, citada por Accatino, que la motivación cumple una función de control al obligar al juez a testear sus intuiciones iniciales¹³.

Al tener que justificar su decisión con razones jurídicas y probatorias, el juez se ve forzado a depurar los sesgos que pudieron haber influido en el "contexto de descubrimiento". La motivación, por lo tanto, no solo legitima la decisión, sino que la mejora, actuando como un filtro epistémico que transforma el proceso subjetivo en uno objetivo y controlable.

¹¹ Accatino Scagliotti, D., ob. cit., p. 100.

¹² Vázquez, C., "Un dialogo con la concepción...", p. 52.

¹³ Accatino Scagliotti, D., ob. cit., p. 101.

En el fondo, se hace aquí presente una premisa irrecusable, la convicción del juez debe encontrara apoyo en las pruebas presentadas, justificando cómo su percepción de los hechos se alinea con aquellas y no con sus propios sesgos.

2. La teoría de la virtud como mecanismo para purgar sesgos en la deliberación judicial colectiva

La teoría de la virtud puede complementar eficazmente el sistema de libre apreciación de la prueba al ofrecer un ideal de cómo los jueces deberían interactuar y razonar para una comprensión más precisa de los hechos.

Las "virtudes de la deliberación colectiva" son esenciales para alcanzar "creencias verdaderas acerca de los hechos en litigio.

El debate entre los miembros del tribunal actúa como un mecanismo de control cruzado, donde los sesgos de un juez pueden ser identificados y corregidos por sus colegas. Este proceso dialéctico de dar y recibir razones eleva la calidad del razonamiento probatorio y la legitimidad de la decisión final, ya que se sustenta en un consenso razonado y no en una opinión individual.

Es fundamental comprender que el carácter de los individuos que componen el grupo, es decir, si poseen y ejercitan estas virtudes deliberativas, impacta directamente en la corrección de los resultados. Deliberar con información falsa, insuficiente o irrelevante aumenta el riesgo de error, mientras que una deliberación basada en información adecuada y relevante incrementa las probabilidades de una decisión acertada

Como destaca Amaya, la deliberación colectiva a menudo obtiene mejores resultados que las decisiones individuales. Existe una "sabiduría de las masas" de la cual el derecho puede beneficiarse al asignar la función de determinar los hechos a cuerpos colegiados¹⁴.

En los tribunales colegiados, los jueces en desacuerdo buscan – o al menos eso sería lo ideal - persuadir a sus colegas a través de razones y argumentos para obtener una mayoría de votos.

Para que la deliberación colectiva sea beneficiosa, en palabras de De Brasi, los sujetos deben poseer cierto carácter intelectual. Deben estar dispuestos a entablar deliberaciones aun cuando sus posiciones parecen correctas para ellos y a modificar la posición según las razones lo sugieran. Para esto, uno necesita un carácter humilde, que le permite a uno estar abierto al debate y a cambiar de opinión. Esto es así, si la humildad intelectual es entendida como la medida justa entre la arrogancia epistémica y auto menosprecio epistémico. La persona humilde no sobreestima ni subestima sus bienes epistémicos¹⁵.

¹⁴ Amaya, A., "Virtudes. Deliberación colectiva y razonamiento probatorio en el Derecho", en Ferrer Beltrán, J. y Vázquez, C. (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso Judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*, Colección filosofía y derecho. Marcial Pons. 2020, p. 145.

¹⁵ De Brasi, L., La dimensión social de las virtudes epistémicas. El caso del testimonio y de la deliberación en tribunales colegiados, en Coloma Correa, R., *Decidir hechos y argumentar con pruebas. Materiales para una teoría de la prueba en los procesos judiciales*. Marcial Pons, 2025, p. 327.

El intercambio de razones busca depurar la información, identificar errores y sesgos, y, en última instancia, acercarse a una comprensión más precisa de los hechos, aumentando la probabilidad de una reconstrucción de los hechos más cercana a la verdad material

La convicción de los jueces sobre los hechos debe ser el resultado de un proceso deliberativo virtuoso. Esto implica que la convicción no sea arbitraria, sino que se fundamente en un análisis riguroso de las pruebas y en un intercambio razonado de argumentos con los demás miembros del tribunal.

Un ejercicio de deliberación bien diseñado y ejecutado por los tribunales colegiados, propende a una adecuada elección de la decisión.

3. El precedente judicial contra la arbitrariedad individual

Como es sabido, el *stare decisis* es un principio basilar de los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *common law*, en virtud del cual aquello que ha sido resuelto judicialmente debe replicarse en casos análogos posteriores.

En el sistema del *common law* de países como, por ejemplo, los Estados Unidos, la Corte Suprema solo decide en caso concretos – al igual que la Argentina – , pero los efectos de sus sentencias se indirectamente en virtud del *stare decisis* y, de consiguiente, el fallo de la Corte, en el *common law*, resulta obligatorio para casos análogos.

En la mayoría de aquellos sistemas, los tribunales inferiores están obligados a seguir el precedente del tribunal superior en la escala jerárquica, y si bien cada tribunal puede apartarse de su propio precedente, tal apartamiento es excepcional (de modo que solo queda habilitado en circunstancias específicas y exige que el tribunal proporcione fundamentos adecuados para justificarlo).

A diferencia de otros países de la región latinoamericana, que han incorporado precedentes vinculantes a su ordenamiento jurídico y delimitado expresamente cuándo y cómo deben ser aplicados, la Corte Suprema en Argentina no ha definido con claridad cuál es el valor que posee su precedente.

Legarre, nos dice que la posición de la Corte Suprema Argentina se coloca en un lugar intermedio entre el puro *civil law* (con cero obligación de seguir los precedentes) y el *common law* (con máxima obligación de seguir los precedentes). El redondeo de ese lugar intermedio está en la idea de que un tribunal inferior puede válidamente apartarse de un precedente del tribunal superior si aporta nuevos argumentos, lo que es una idea ausente en *stare decisis* del *common law*, en su dimensión vertical¹⁶.

Lo expuesto queda bien reflejado en la descripción de Garay y Toranzo del sistema argentino como un “régimen débil de la obligatoriedad vertical”¹⁷.

¹⁶ Legarre, S., “La obligatoriedad atenuada como doctrina intermedia: ‘Nuevos Argumentos’ en la Corte Suprema de Justicia de la Nación” en Garay A., Legarre S., Ahumada C., Ratti, F., Ylarri, J., *La Corte Suprema y los Precedentes Obligatorios*, Binder – Ahumada, (dir.), *Colección Teoría del precedente y análisis jurisprudencial*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2022, p.65-68.

¹⁷ Garay, A. y Toranzo, A., *Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de la Nación*, JA, 2005-IV-1093.

Es preciso comprender que el alcance de aplicación de un precedente está ligado a la plataforma fáctica que le dio origen – situaciones o acontecimientos que se producen en una determinada situación espacio/temporal y que tienen las propiedades definitorias de las normas generales para solucionar casos individuales -y a su relación con hechos análogos. En el *common law*, la única manera de “escapar”, de la obligatoriedad vertical consiste en la posibilidad de que un tribunal inferior argumente exitosamente que el caso actual difiere, en su plataforma fáctica, del precedente. En el *common law* se lo llama “distinguishing” y se refiere a cuestiones fácticas a diferencias de la doctrina de los “nuevos argumentos”.

El apego al precedente judicial vertical, podría minimizar la influencia de la subjetividad del decisor al actuar directamente sobre los sesgos cognitivos, pues fuerza a los jueces a trascender sus propias convicciones y a priorizar la estabilidad, la predictibilidad y la igualdad ante la ley.

La obligación de seguir la jurisprudencia establecida en su dimensión vertical y apartarse en circunstancias específicas y con fundamentos adecuados en la dimensión horizontal combate directamente el sesgo de anclaje y el de exceso de confianza, ya que la decisión se basa en la autoridad del derecho, y no en la convicción personal de un juez.

La obligatoriedad del precedente se pone en juego justamente en aquellos casos en los que un juez está en desacuerdo con él.

El *stare decisis* del *common law* permite a la sociedad presumir que los principios fundamentales se sustentan en el derecho mismo y no en las inclinaciones de los individuos que integran los tribunales. Esto es fundamental para combatir la percepción de que la justicia depende de quién es el juez, y no de la ley misma.

Las formalidades de la sentencia (autosuficiencia, concisión, claridad) hacen al éxito del precedente. La publicidad y el fácil acceso a los precedentes son requisitos esenciales. Lo expuesto, evitaría el sesgo de disponibilidad, que haría que un juez se base solo en los precedentes que recuerda fácilmente. Un sistema bien documentado y accesible obliga al juzgador a realizar una búsqueda completa, asegurando que la decisión se base en todo el *corpus* jurídico relevante.

La necesidad de que la sentencia sea concisa y que la “ratio decidendi” (la razón de la decisión) sea fácilmente identificable evita que un juez, influenciado por su sesgo, interprete erróneamente un precedente o use citas irrelevantes para justificar su decisión. La exigencia de una redacción clara fuerza la objetividad y la precisión.

El seguimiento obligatorio del precedente judicial podría presentarse como un antídoto fundamental contra la arbitrariedad y la subjetividad.

4. IA y la mitigación de sesgos en la apreciación de hechos judiciales

La inteligencia artificial (IA) tiene el potencial de ser una herramienta poderosa para contrarrestar los sesgos cognitivos en el ámbito de la prueba judicial. Al aplicar algoritmos y modelos de aprendizaje automático a grandes volúmenes de datos, la IA puede ofrecer un análisis de los hechos relevantes más objetivo y estructurado, reduciendo la dependencia del juicio humano.

La IA podría procesar y analizar la evidencia de un caso de manera sistemática, identificando patrones y correlaciones que podrían pasar desapercibidos para un ser humano.

Por ejemplo, un algoritmo podría analizar el acervo probatorio obrante en el expediente judicial - lo que incluye la jerarquización de la evidencia - comparándolos con una base de datos masiva de casos similares para detectar inconsistencias o patrones de comportamiento que no encajan. Esto ayudaría a combatir el sesgo de confirmación, al obligar al sistema a considerar todas las pruebas, tanto las que avalan como aquellas que incluso contradicen una hipótesis inicial.

Los modelos de IA pueden evaluar la probabilidad de diferentes escenarios basándose únicamente en los elementos de prueba, sin ser influenciados por factores emocionales o prejuicios personales. Esto mitigaría el sesgo de representatividad y el sesgo de disponibilidad, que pueden llevar a juzgar a alguien basándose en estereotipos o casos mediáticos recientes.

La IA podría ayudar a los jueces a estructurar la justificación de sus sentencias. Un sistema podría generar un borrador de sentencia, resaltando los hechos relevantes y los precedentes judiciales aplicables en casos análogos, mostrando los pasos inferenciales de cómo se llegó a una conclusión. Esto proporcionaría una base objetiva para la decisión, haciendo que el proceso sea más transparente y menos vulnerable a la influencia de sesgos ocultos.

Claro que los algoritmos de IA no son inherentemente neutrales; están entrenados con datos que pueden reflejar y perpetuar sesgos existentes en la sociedad. Si los datos de entrenamiento contienen prejuicios raciales, de género o socioeconómicos, el algoritmo podría aprender y amplificar esos sesgos, lo que llevaría a resultados injustos y discriminatorios.

Es esencial garantizar que los datos utilizados sean diversos y representativos, y que los algoritmos sean auditados regularmente para detectar y corregir sesgos. El objetivo es que la IA sea una herramienta para la equidad, no para la perpetuación de injusticias.

Por otra parte, es sabido que el uso de la IA en el sistema judicial no está exento de desafíos éticos. La confianza en la tecnología podría llevar, en la *praxis* judicial, a un sesgo de automatización, donde los jueces y otros actores legales aceptan ciegamente las conclusiones de la IA sin un escrutinio crítico. Para evitar esto, es crucial mantener al "humano en el circuito" (human-in-the-loop), es decir, que la IA sirva como una herramienta de apoyo, no como un sustituto del juicio humano.

Conclusión final

Las decisiones judiciales no son producto de una razón pura, sino que están profundamente influenciadas por sesgos cognitivos, heurísticas y emociones. A partir de este reconocimiento, se proponen cuatro pilares esenciales para mitigar la subjetividad y fortalecer la objetividad del proceso judicial.

1. La exigencia de una motivación escrita y detallada en las sentencias es fundamental. Aunque el juez pueda llegar a su decisión inicial de forma intuitiva ("contexto de descubrimiento"), el acto de justificarla con razones jurídicas y probatorias ("contexto de

justificación") actúa como un filtro epistémico. Este proceso obliga al juez a testear y purgar los sesgos que pudieron haber influido en su intuición, transformando una decisión subjetiva en un razonamiento objetivo, transparente y sujeto a control

2. La deliberación en tribunales colegiados es un mecanismo clave para contrarrestar los sesgos individuales. Al someter las intuiciones de un juez al escrutinio de sus colegas, el proceso dialéctico de dar y recibir razones obliga a una revisión crítica de las premisas iniciales. Virtudes como la humildad intelectual permiten a los jueces estar abiertos a cambiar de opinión, lo que evita el estancamiento en el sesgo de confirmación y promueve la búsqueda colectiva de una comprensión más precisa de los hechos.

3. El principio de *stare decisis* (acatamiento del precedente judicial) actúa como una poderosa herramienta de control. Al obligar a los jueces a seguir decisiones previas en casos análogos, minimiza la influencia de la subjetividad personal y de la arbitrariedad. El precedente obligatorio promueve la estabilidad, la predictibilidad y la igualdad, forzando al juzgador a trascender sus propias inclinaciones y a priorizar el derecho sobre sus convicciones individuales. Esto ayuda a neutralizar sesgos como el de personalización y el exceso de confianza.

4. La inteligencia artificial se presenta como un complemento valioso para el juicio humano. La IA tiene el potencial de mitigar sesgos al analizar evidencia de manera sistemática y objetiva, identificando patrones y correlaciones que podrían pasar desapercibidos. Sin embargo, su implementación debe ser cautelosa. Es esencial mantener al "humano en el circuito" para evitar el sesgo de automatización y garantizar que los algoritmos sean éticos, transparentes y libres de sesgos inherentes a los datos de entrenamiento, para que la tecnología sirva a la equidad y no la comprometa.

La búsqueda de una justicia más imparcial no reside en un solo mecanismo, sino en un sistema integrado y multifacético.

La combinación de la colaboración virtuosa, el rigor del precedente judicial, la exigencia de la motivación racional y el uso ético de la tecnología son esenciales para fortalecer el razonamiento probatorio y construir un sistema judicial más robusto frente a las vulnerabilidades de la cognición humana.

PROBLEMAS Y SOLUCIONES

DE UNA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ESTANCADA

Juan Pablo Lionetti de Zorzi¹

I. EL PROBLEMA

Este trabajo se sostiene en base a dos premisas. La primera que la argumentación jurídica, al igual que gran parte de la filosofía del derecho, no ha desarrollado avances significativos en las últimas décadas. La segunda, que bajo el título de filosofía del derecho lo que en realidad se realiza es ciencia jurídica.

Si bien es cierto que para muchas personas ambas actividades son compatibles, solo es posible si se le permite a la ciencia una mirada multidisciplinaria, pero desde la óptica mayoritaria, que es a quienes se dirige en este trabajo, es absolutamente incompatible.

En ese sentido considero que es importante recordar que ya han pasado 25 años desde el cambio de siglo y desde los primeros esbozos de lo que se denominó en llamar la TAG (teoría de la argumentación jurídica estándar) han pasado décadas sin novedades. Se realizaron muchos estudios, pero no hay sangre nueva en lo que a nuevos modelos argumentales se refieren. La idea no es desmerecer lo viejo sino, por el contrario, descubrir o encontrar el método que llevo a esas mentes a encontrar un nuevo camino a transitar. Aunque solo me detendré en tres momentos claves.

Es así que en 1958 aparece el filósofo británico Stephen Toulmin y su *The uses of arguments*². Ese mismo año, desde Bélgica, surge Chaim Perelman quien, en colaboración con Lucie Olbrechts-Tyteca desarrolla su *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*³.

Tras unos lustros aparece otro año que también nos brindan sendas obras. Es así que en 1978 aparece desde Alemania Robert Alexy y su *Theorie der juristischen Argumentation*⁴, y por otro lado, el escocés Neil MacCormick expone su *Legal Reasoning and Legal Theory*⁵.

A principios de 1990 se publicó el trabajo “Para una teoría de la argumentación jurídica” de Manuel Atienza⁶, que fue la puerta de entrada para su obra “Las razones del derecho”⁷

¹ Doctorando en derecho. Docente UMSA/UBA.

² Toulmin, S.: 1958 *The use of arguments*, Cambridge University press. Traducido por María Morras y Victoria Pineda: *Los usos de la argumentación*. Barcelona: Ediciones Península, 2007.

³ Ver Perelman, Ch. & Olbrechts-Tyteca L. 1958: *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*. Paris: Presses Universitaires de France. Traducida al español por Julia Sevilla: *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Muñoz. Madrid: Gredos, 1994

⁴ Ver Alexy, R. *Theorie der Juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen diskurses als theorie ser juristischen begründung*. Ed. Suhramp, 1978. Citado por la traducción castellana de Manuel Atienza & Isabel Espejo. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁵ Ver MacCormick, N. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendom Press, 1978.

⁶ Ver Atienza, M. “Para una teoría de la argumentación jurídica” en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 8-1990, pp. 39/61.

⁷ Ver Atienza, M. *Las razones del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

de 1991. Así en 1992 Van Eemeren y Grootendost⁸ aparecen con su *Argumentation, Communication, and Fallacies: a Pragma-dialectical Perspective*. Desde esa fecha no hubo avances creativos por parte de la nueva generación en esa temática.

En ese sentido una de las características más importantes de los pensadores mencionados es que muchos de ellos eran filósofos además de juristas (salvo Toulmin y Van Eemeren que no eran juristas), o tienen como faro un filósofo de cabecera (Como es el caso de Alexy quien basa toda su obra jurídica en “Fundamento metafísico de las costumbres” de Immanuel Kant).

Pero desde esa fecha no hubo grandes desarrollos en la materia, al menos, en lo que a modelos de argumentación concierne.

Las razones por las que surge dicho problema son, a mi entender, las mismas por las que no hay avances en el resto de las ramas de la filosofía del derecho, a saber: Nos autodenominamos docentes de filosofía del derecho y pertenecemos a los referidos departamentos o institutos de filosofía del derecho, de las cátedras de filosofía del derecho. Pero la realidad es que a pesar del mote que le asignemos, cuando ingresamos al claustro docente no hacemos filosofía – como si hacía Herbert Hart o Ambrosio Gioja⁹ – sino historia de la filosofía del derecho, y presentada como si la escuela posterior hubiera superado la anterior.

Mucho peor es lo que ocurre cuando nos sentamos a escribir. Al revisar nuestras manchas de tinta deberíamos darnos cuenta que no hacemos filosofía del derecho sino: ciencia jurídica.

La diferencia entre una y otra actividad es abrumadora tal como lo explicó Catenacci:

“Lo que caracteriza al conocimiento filosófico es que es un *saber sin supuestos*, es decir que, a diferencia del conocimiento científico, no respeta sus presupuestos y postulados; por el contrario, la filosofía constituye un modo del saber que cuestiona permanentemente sus presupuestos y los presupuestos de la ciencia”¹⁰.

El resultado de lo expuesto es que la filosofía del derecho se muere por inanición y, como nadie hace filosofía, penalistas y constitucionalistas se involucran cada vez más en esa orientación para más tarde, continuar sus estudios de derecho constitucional.

Las editoriales arman su colección de filosofía del derecho, pero en ella son muy pocas las teorías filosóficas nuevas. Antes las revistas de derecho tenían espacio para el ensayo, pero con el tiempo fueron absorbidas por el trabajo de investigación. Obviamente si uno debe hacer una tesis doctoral o debe presentar un producto científico a raíz de una beca

⁸ Ver Van Eemeren, F. & Grootendost, R., *Argumentation, Communication, and Fallacies: a Pragma-dialectical Perspective*. London/Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 1992. Citado por la traducción castellana de Celso López S. & Ana María Vicuña N. *Argumentación, comunicación y falacias. Una perspectiva pragma-dialéctica*. Santiago de Chile: Universidad católica de Chile, 2002.

⁹ “Un día entré por pura casualidad en un aula en la que vi a un profesor y unos cuantos alumnos. El profesor estaba explicando la filosofía de Husserl, en particular, la diferencia entre noesis y noema. Tenía en una mano una tiza, que no usaba para escribir, sino para apoyar sus gestos, que eran numerosos. Me pareció fascinante su manera de enseñar: en lugar de frases solemnes y citas de autores, Gioja filosofaba delante de los alumnos. Me convertí, inmediatamente en un adicto, no tanto a la filosofía de Husserl, como a la manera de enseñar de Gioja”. Ver Bulygin, E. “Mi visión de la racionalidad en el derecho” en *Racionalidad en el derecho*, CABA: EUDEBA, 2015, p. 229.

¹⁰ Ver Catenacci, I. J. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1º reimpresión 2006, p. 83.

debe hacer investigación, pero no se debe descuidar (como viene ocurriendo) la actividad de filosofar. Al respecto, no hay que confundir filosofía con abstracción. Por el contrario, debo tener claro las premisas básicas como: la verdad, la esencia, el origen, el fin, y demás cuestiones para hacer filosofía.

Pero si me limito a un objeto de estudio, aunque le agregue el mote de filosofía no lo es. Así, si tomo a la filosofía y al delimitarla, la achico y reduzco lo suficiente a punto tal que pasa a ser una ciencia. Ya no es filosofía. Por supuesto, utilizando ese método de reducir puedo llegar al extremo de decir que hago filosofía del deporte, sin embargo, si el objeto de estudio está delimitado al deporte, entonces no es filosofía. Además, un filósofo no se dedica a crear nuevas ciencias. Por otro lado, no hay que olvidar que la filosofía, a diferencia de la ciencia, no es un medio para algo, es un fin en sí misma. Por lo tanto, tampoco hago filosofía si estoy buscando el concepto científico de un tópico.

Hacer filosofía es buscar las ultimidades de las cosas sin miedo a cruzar el límite con otra materia¹¹. Por eso, la filosofía del derecho es una actividad no una materia y sucede cuando abogados y juristas hacemos filosofía de los temas que, por nuestra profesión, nos parecen acuciantes. Lo importante de esto es que, precisamente, para hacer filosofía no debo quitar el problema del medio sino colocarlo en la mesa. Por tal razón, no hay nada más filosófico que la metafísica.

En ese sentido el conocimiento básico fundamental es el conocimiento del ser. Entonces, si el derecho regula la conducta humana, no puedo profundizar los estudios teóricos del derecho sin saber qué es el ser humano. Salvo que estemos haciendo ciencia, entonces reduzco el objeto de investigación a las normas y por ese motivo el cruce de saberes es imposible o improcedente. Pero entonces, el objeto se come al sujeto. En esas circunstancias, no hay excusa para quejarse si el derecho considera ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones a las piedras, los átomos o las bacterias. Porque tal perspectiva es el resultado lógico de una cáscara sin sustrato.

Al respecto quiero hacer un par de aclaraciones. Por un lado, que recordar que en el siglo pasado dos de sus más importantes filósofos del derecho eran filósofos. Herbert Hart no era considerado un jurista en Oxford¹² lo que le permitió estar presente en una serie de reuniones periódicas en el que solo podían participar los filósofos de dicha institución. Cabe destacar que los filósofos en el Oxford de esa época eran una especie de casta superior. Tanto desde lo ético como desde lo intelectual, y así se los exigía. Era la casta de mayor prestigio. En esa época el filósofo más renombrado de Oxford era el profesor J. L. Austin. Cabe recordar que el prestigio no necesariamente provenía de las publicaciones. En el caso de Hart fue resultado de dictar un seminario con Austin.

En ese sentido de la lectura de su libro “El concepto del derecho” se desprende una línea argumental muy cercana a la filosofía y al método Socrático que utilizaba en clase. Es importante recordar que como profesor fue descollante. Sus clases eran muy superiores a sus escritos. Hacía lo que hacen los grandes profesores: estimular intelectualmente el

¹¹ “La filosofía clásica define a la filosofía como «el conocimiento de todas las cosas por sus últimas causas». El conocimiento de «todas las cosas», ya que constituye la reflexión filosófica de los presupuestos de todas las ciencias, sin limitaciones metodológicas y con carácter universal. Es conocimiento de las «últimas causas», mientras el conocimiento científico se detiene en las «primera causas»”. Ídem, p. 85.

¹² Ver Simpson, A.W.B. “Herbert Hart Elucidated”, *Michigan Law Review*, vol. 104, N°6, 2006, pp. 1437/1460. Ver McCormick, N. “Herbert L.A. Hart: In Memoriam”, *Ratio Juris*, Vol. 6, N° 3, Basil Blackwell, 1993, pp. 337/338. Ver Banakar, R., “A life of H.L.A. Hart”, *RETÆRD ÅRGANG* vol. 29 2006 NR. 4/115. 55. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, pp. 96/101.

interés de sus alumnos en la materia que enseñaba y no proveerles las respuestas correctas, especialmente, en áreas en donde simplemente no existen. Cabe destacar que, en la facultad de derecho de Oxford de esa época, la discusión en clase era prácticamente una novedad.

Otro referente como fue Alf Ross también fue un filósofo. Al terminar sus estudios de derecho Ross trabajó en un estudio jurídico por poco tiempo (menos de un año), y a partir de 1923, viajó con fines académicos por Francia, España y Austria. En Viena conoce a Hans Kelsen y, tras terminar en 1926 su investigación, lo presenta a la universidad de Copenhague como tesis doctoral en Derecho, la cual no fue aceptada por dicha institución. Lejos de aleccionarse se dirige a la Universidad de Uppsala en Suecia, donde conoció al filósofo Axel Hägerström y obtuvo en 1929 su doctorado en Filosofía y la influencia de un mentor que lo marcaría en sus ideas. A raíz de su ulterior formación filosófica comenzó una serie de estudios en donde va escalando paso por paso, comenzando por la filosofía moral, para luego preguntarse ¿qué es el derecho? y después ¿qué es la ciencia jurídica? Un trabajo de varios volúmenes publicado en 1933. Tras todo su recorrido filosófico, finalmente, en 1934 obtuvo su doctorado en Derecho en la Universidad de Copenhague. No obstante, la influencia recibida y sus trabajos previos hicieron que su cabeza y su metodología funcionaran como la de un filósofo¹³.

En cambio, distinta es la situación de Kelsen. Él siempre se consideró un científico¹⁴ y es correcto que así sea, porque nunca fue catedrático de filosofía del derecho¹⁵. Como docente en Viena (luego de redactar la constitución de Austria y de su paso por el poder ejecutivo y judicial), dictaba clases de derecho administrativo y derecho público, en Colonia fue catedrático de derecho internacional público, tras sus pasos por Ginebra, Praga y demás también se dedicó al derecho internacional público y cuando finalmente lo contrató Berkeley (luego de pasar tres años en Harvard donde se dedicó a escribir), dictó clases de ciencias políticas¹⁶ durante un lapso de diez años. Por eso él, como jurista siempre tuvo la pretensión de hacer ciencia.

Tras todo lo expuesto, en el estado actual del mundo en que nos toca vivir en donde los concursos y las becas exigen ciencia; y toda vez que lo perfecto es enemigo de lo posible, encuentro dos posibles soluciones. Una posibilidad es la de modificar la visión de ciencia del derecho como objeto limitado a lo estrictamente determinado por la dogmática¹⁷, tal

¹³ Ver Waaben, K., "Alf Ross 1899-1979: A Biographical Sketch", *The European Journal of International Law*, vol. 14, N°4, (2003), pp. 661-674, [ref. 01/06/2014] en <http://www.ejil.org/pdfs/14/4/438.pdf> y Ross, A., "Autobiografía intelectual", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N°4, 1987, pp. 273/277, [ref. 4/07/2014] en <file:///C:/Users/PC/Downloads/Dialnet-AutobiografiaIntelectual-142122.pdf>

¹⁴ "Como la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida...". Ver Kelsen, H. *Was ist Gerechtigkeit?* Wien: Franz Deuticke, 1953. Citado por la traducción castellana de Garzón Valdés, E.: *¿Qué es la Justicia?*, 9° ed., México: Ed. Fontamara, 1998, p. 85.

¹⁵ Eso no quita que si haya dado clases de filosofía del derecho. A raíz del tema elegido de su tesis doctoral en Viena, quedó habilitado para impartir clases de filosofía del derecho, y seguramente en sus comienzos como docente dio clases de esos temas, pero sus nombramientos como catedrático nunca fueron por esa materia. La única excepción fue cuando fue contratado por Harvard como profesor de *jurisprudence* por un lapso de tres años. Sin embargo, dictó pocas clases de esa materia en EE.UU.

¹⁶ Ver Alarcón Olguín, V., "Hans Kelsen, Bitacora de un itinerante" en *El otro Kelsen*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 1989, pp. 17/26. Ver Aládar Méta, R., *Hans Kelsen, vida y obra*, traducido por Javier Esquivel, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 1976, pp. 83/99.

¹⁷ En ese sentido son varias las universidades en Argentina que están tomando esa perspectiva de lo que es la investigación científica. Una muestra de ellos son los doctorados interinstitucionales.

como ya lo explicó Heidegger hace casi cien años¹⁸. Es decir, que si existe una delimitación al objeto de estudio que sea laxa y no una barrera infranqueable para que permita el conocimiento de nuevos saberes. La otra es la de continuar con la visión de ciencia jurídica que estudia un objeto delimitado, pero no desatender la actividad filosófica (preferentemente metafísica) brindando, al menos en lo que a filosofía del derecho se refiere, la misma entidad a una y otra¹⁹.

Aunque bien vale aclarar, quien escribe estas líneas es un Platónico y no un Aristotélico-Tomista, por tal motivo tampoco soy racionalista²⁰. Es decir, considero que la verdad se encuentra en la esencia de las cosas que trascienden la realidad y no en la realidad misma. Porque nuestra realidad esta delimitada por nuestra razón y sentidos. De allí que, como en la caverna de Platón, hay una realidad que nadie puede ver, ni siquiera yo, pero se puede percibir a través de otros medios.

II. EL ERROR Y LA SOLUCIÓN

El 28 de diciembre de 1928 (hace casi un siglo), José Ortega y Gasset publica un artículo en el diario La Nación titulado: “Carta a un joven argentino que estudia filosofía”. En él denunciaba uno de los vicios intelectuales que percibía en nosotros.

“El americano, amigo mío, - por razones que no es ocasión ahora enunciar -, propende al narcisismo y a lo que ustedes llaman «parada». Al mirar las cosas no abandona sobre éstas la mirada, sino que tiende a usar de ellas como de un espejo donde contemplarse. De aquí que en vez de penetrar en su interior se queda casi siempre ante la superficie, ocupado en dar representación de sí mismo y ejecutar cuadros plásticos [...] Son ustedes más sensibles que precisos, y mientras esto no varíe, dependerán ustedes íntegramente de Europa en el orden intelectual”²¹.

¹⁸ Ver Heidegger, M. “Die Zeit der Weltbilder” conferencia pronunciada el 8 de junio de 1938 en la Universidad de Friburgo, traducida por Alberto Wagner de Reyna como “La época de la imagen del mundo” en Anales de la Universidad de Chile, Num. 111 (1958), jul-sep, serie 4, [re. 10/02/2024] en <https://anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/view/10863/11118>

¹⁹ Considero que el ejemplo más claro de institución que realiza ambas cosas, al menos en lo que a filosofía del derecho se refiere, es la Universidad de Oxford. Donde el método Socrático de pregunta y repregunta continúa utilizándose. En ese sentido el mencionado libro de Herbert Hart es un claro ejemplo de dicha metodología. Allí son pocas las referencias bibliográficas y tiene una estructura de reflexión profunda en donde en cada capítulo se busca las falencias del capítulo anterior para llegar a la mejor solución.

²⁰ “El hombre a quien debí mi primer conocimiento de Santo Tomás de Aquino fue un judío. Nunca se había acercado a las obras de Santo Tomás, ni pensaba hacerlo, pero tenía además de muchas otras cosas buenas, una inteligencia severísima y un poder sorprendente de ver los hechos como eran, objetiva, imparcial y fríamente [...] Cuando dos años más tarde me dirigí a él pidiéndole tema para mi tesis, me aconsejó estudiar el vocabulario - y, de paso, los conceptos - que Descartes había tomado de la Escolástica. Tales fueron los orígenes de mi libro *Liberté chez Descartes et la Théologie*. Históricamente hablando, este libro ya está anticuado, pero los nueve años que empleé en prepararlo me enseñaron dos cosas: primera, a leer a Santo Tomás de Aquino, y la segunda, que Descartes intentó en vano resolver mediante su famoso método problemas filosóficos cuyo planteamiento correcto y solución justa eran inseparables del método de Santo Tomás. En otras palabras (y mi sorpresa ingenuamente expresada, puede verse todavía en las páginas finales de ese libro), descubrí que las conclusiones metafísicas de Descartes solo tienen sentido cuando coinciden con la metafísica de Santo Tomás de Aquino”. Ver Gilson, E., *God and Philosophy* traducido por Demetrio Náñez Dios y la filosofía, Emecé editores, Buenos Aires, 1945, pp.19/20.

²¹ Ver Ortega y Gasset, J., *Los escritos de Ortega y Gasset en La Nación 1923-1952*. Bs. As.: La Nación, 2005, p.66.

Es decir, nos acercamos a la orilla del lago y vemos nuestro reflejo, pero no buceamos en el agua. Falta metafísica y sobra orgullo. Si nos animáramos a sumergirnos quizá descubriríamos que son aguas poco profundas, aunque algo tormentosas. Por este motivo considero que una de las consecuencias directas de la falta de una actividad filosófica de índole metafísica²² en el derecho, que permita ir a la esencia y a través de ello bajar de nivel y unir contenidos: es la falta de escuela. En general hay dos tipos de pautas en la franja generacional. Los grandes maestros clásicos, con algunas excepciones y los jóvenes docentes. Lo habitual es que los maestros expliquen a los docentes que, lo que entendieron de la materia, este completamente equivocado. Que la dogmática imperante dice que debe interpretarse de x manera. Pero lo que no se comprende es que los jóvenes docentes quieren hacer filosofía. Los maestros se pasan cuarenta años explicando los autores ya fallecidos, bajo la justificación de que esos autores se los malinterpretó. Pero no comprenden que el joven, quieren hacer filosofía, es decir, hacerse las preguntas incómodas. El resultado es que el joven aprende los viejos conceptos, pero no los utiliza, o en su defecto se termina hartando y se retira de la actividad académica. De ese modo no hay escuela. Así, los grandes maestros mueren y no tienen quien continúe el legado. Ahora bien, ser discípulo no significa repetir al maestro dogmáticamente. Sino encontrar la propia voz teniendo como referencia su huella. Un maestro nos puede enseñar a vivir, pero no viviremos su vida. El problema de la dogmática académica se asemeja a lo que Lewis describió hace casi un siglo atrás:

“En una comunidad medianamente numerosa y fecunda como es la Universidad, siempre existe el peligro de que los que piensan del mismo modo se reúnan en *camarilla*, en las que la única oposición que encontrarán tendrá la forma debilitada de rumor que los afiliados murmurarán sobre esto o aquello. Los ausentes son refutados fácilmente, florece el dogmatismo satisfecho, y las diferencias de opinión son envenenadas por hostilidades de grupo. Cada grupo oye, no lo mejor, sino lo peor de lo que puedan decir los demás grupos”²³.

Hay un viejo adagio que dice que un sabio puede aprender de cualquier persona, incluso de un necio, pero un necio no aprenderá de nadie, ni siquiera de un sabio. Ambrosio Gioja tuvo discípulos que encontraron su camino en la lógica deóntica y, lejos de aleccionarlos, se introdujo el también en estudiar esa rama. Demostrando de esa manera que era un sabio. No negó la posibilidad a los docentes de su cátedra ni los alecciono por no mantener el pensamiento que recibieron, como lo haría un necio. Como resultado de todo eso se hizo escuela. Luego Nino hizo su propio camino, después de haber recibido una formación analítica encontró su propia voz fuera del positivismo y, a pesar de morir a corta edad, logró hacer escuela a otra generación. Kelsen fue muy reconocido por su tolerancia a quienes pensaban diferente (aprendido de su mala experiencia con Weber y Jellinek), tanto como catedrático como en su actividad como decano.

Pero si uno se cierra en un dogmatismo cuasi religioso donde la única verdad es la de la cátedra (o lo que la comunidad científica dice que es) no habrá renovación, ni crecimiento y mucho menos escuela. Seré claro, no es lo mismo un error que una concepción

²² En lo referente a esta crítica no soy original. Son muchas las manifestaciones de la doctrina que intentan mostrar esta falencia. Ver Chilovi, S. “Metafísica para juristas” en *Filosofía una introducción para juristas*, en Lariguet, G. & Gonzalez Lagier, D., Eds. Madrid: Trotta, 2022. Ver Aránguez Sánchez, T. *Filosofía para juristas*. Madrid: Dykinson, 2023. Ver Chilovi, S., *The metaphysic of legal facts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025.

²³ Ver Lewis, C.S., Prefacio al *Socratic Digest* (Oxford 1942-43), traducido como “Fundación del club Socrático de Oxford” en *Lo eterno sin disimulo*. Madrid: Ed. Rialp, 1999, p. 96.

intocable. Si hay un error eso se debe corregir, pero si la concepción es una especie de vaca sagrada hindú entonces la filosofía murió²⁴. Algo que no tiene nada de malo si uno se identifica como un jurista, pero muy equivocado si uno se presenta como filósofo del derecho ante sus pares y ante la comunidad académica.

Ahora bien, si esa visión cerrada no llega siquiera a tener adeptos en el ámbito académico ¿Cómo se espera que pueda influir en el ámbito judicial, forense o legislativo?

La universidad debe ser luz para la sociedad, pero a veces se comporta como reflejo.

Chesterton llegó a decir:

“¿Qué es un charco? (se preguntan los abajo firmantes) Un charco repite el infinito y está lleno de luz; sin embargo, si se analiza objetivamente, un charco es un poco de agua sucia extendida muy superficialmente sobre barro. Las dos grandes universidades históricas de Inglaterra tienen ese gran brillo, superficial y reflexivo. Repiten el infinito. Están llenas de luz. Sin embargo, o, más bien por otra parte, son charcos-charcos, charcos, charcos, charcos, charcos”²⁵.

Sin importar donde nos encontremos, ojalá nunca lleguemos a decir eso en nuestros respectivos países. Pero como el agua se estanca cuando esta quieta, es bueno de vez en cuando hacer olas.

III. LA LUZ EN EL CAMINO

Considero que Ricardo Guibourg es uno de los pocos ejemplos del filósofo que hace ciencia y filosofía de manera separada, pero con igual intensidad. Cuando uno lee sus libros e investigaciones hace ciencia²⁶, y cuando se lee sus columnas de opinión hace filosofía. Cuando entra a clase de doctorado hace ciencia, pero cuando dicta sus seminarios de filosofía hace, precisamente, filosofía. En su reciente artículo “El embudo de la ley”²⁷ se introdujo con el tema tabú del subconsciente del operador jurídico. Es decir, de a poco da muestras de indicar que es necesario hacer puentes y no quedarse limitado a una isla en soledad. Pero lo puede hacer porque en ese artículo hizo filosofía y no se acuarteló en límite alguno.

En tal sentido, distintas ciencias llevan un cuarto de siglo hablando de la importancia de hacer puentes. Pero en ciertos espacios de la academia argentina no se pueden mencionar en voz alta esas cuestiones. Mientras en el mundo de la nanotecnología hace décadas que existe la doble titulación en ciertos sectores iusfilosóficos (al menos en Buenos Aires), la interdisciplinariedad no es bien recibida. Salvo la lógica claro está, aunque todavía no

²⁴ Un ejemplo de la mirada que se necesita (más allá de su mirada Aristotélica- Tomista - racional) se puede encontrar en: “Por supuesto que en tanto pretendemos ser filósofos, no suscribimos tesis dogmáticas, sino aquellas que es posible comprender y aceptar racionalmente. Seguimos el consejo de ser *más amigos de la verdad, que de los amigos*. De todas maneras, creemos conveniente asumir, aunque mas no sea provisoriamente, una cierta tradición, desde la cual abrimos al diálogo racional con libertad sobre todas las preguntas que se nos ofrezcan y procurando respuestas verdaderas”. Ver Vigo, R. L., “Una respuesta jurídica dada y correcta para cada caso” en *Revista Jurídica Argentina LA LEY*, T°2025-B, p. 513.

²⁵ Ver Chesterton, G. K. *Manalive* (1912). El hombre vida, traducido por Lastenia Clementi de Saiace. Bs. As.: Ed. Leviatán, 2006, p. 108.

²⁶ Un ejemplo de lo que es su etapa como investigador y su asesoramiento como científico es el libro en el que participó como autor y director: *No somos dignos*. Bs. As.: Astrea, 2022.

²⁷ Ver Guibourg, R., “El embudo de la ley” en *Revista Jurídica Argentina LA LEY*, 2025- B, pp. 771/773.

comprendo por qué dado que es otra ciencia. En tal sentido, las palabras de Carlos Alchourrón²⁸ parecen más presentes que nunca cuando explicó lo difícil de evaluar de manera objetiva la relación entre la lógica y el derecho cuando dijo: “*El papel de la lógica en el derecho ha sido a veces sobreestimado y a veces subestimado*”²⁹. Mas aún si se toma en cuenta que la lógica creció tanto que se independizó de la filosofía³⁰. No obstante, si Ricardo Guibourg dice que el subconsciente del operador jurídico (tema de la psicología) es una cuestión a tomar en cuenta, es porque su trayectoria es todo un aval y su actitud la de un filósofo. Pero son pocos los que tienen el peso específico suficiente para poder decirlo en voz alta o quienes tienen la actitud filosófica que lleva por esos mares. Por lo que considero que en lo que a filosofía del derecho respecta y en relación al modelo de quien desarrolla las dos actividades (científico y filósofo), él es uno de los pocos faros que hay, en lo concerniente a la actitud, al menos, en la ciudad de Buenos Aires.

Ahora bien, hace unos años un autor mexicano desarrolló el tema. Me refiero a Juan Abelardo Hernández Franco quien, en mi opinión, es el filósofo y jurista más completo en lo que al tema de argumentación jurídica se refiere porque abarca todas las áreas de ese tópico. Dicho autor es abogado, licenciado en filosofía, doctor en filosofía y en su doctorado en derecho³¹; desarrolló todo el circuito de la toma de decisión del operador jurídico. Sea este abogado o juez. Ya sea desde que recibe el expediente hasta que transcribe sus argumentos en un escrito judicial. De ese modo pasa por temas tan variados como semántica, psicología, filosofía, etc³². Al tener una formación filosófica tiene un punto de partida claro de la esencia del operador, lo que le permite buscar respuestas en otras ciencias sin perder la esencia del objeto de estudio. En este caso es un ejemplo de una ciencia con límites permeables que permiten momentos filosóficos.

De tal manera el profesor mexicano³³ establece que dentro del operador jurídico hay una especie de caja negra. El cerebro humano no deja de funcionar en ningún momento, va

²⁸ Recomiendo leer sus trabajos realizados en soledad, en donde explica de manera lúcida cual es el único beneficio que la lógica le puede brindar al derecho.

²⁹ Ver Alchourrón, C., “Sobre derecho y lógica” en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N° 13, (2000), p. 11.

³⁰ Es algo muy común que cuando una ciencia toma auge sigue un camino separado de su ciencia madre. Hoy en día un psiquiatra en ejercicio no hace medicina, sino que receta un tratamiento psiquiátrico. Un arqueólogo no trabaja en una expedición antropológica, sino que luego de recibirse de antropólogo y de especializarse en arqueología se encuentra en una expedición arqueológica. Quizá el caso más cercano es la economía. Siglos atrás quienes querían estudiar economía debían hacerlo en las escuelas de filosofía y, hasta tan solo unos doscientos años atrás, en las facultades de derecho (Manuel Belgrano y Juan Bautista Alberdi no eran casos aislados, en todo el mundo la economía era vista como una rama del derecho). Sin embargo, la economía tuvo un fuerte impulso y hoy en día es una ciencia independiente. En la actualidad la lógica es una ciencia aparte en donde encontramos una gran parte de razonamiento matemático y una fracción de filosofía. Hoy en día quien se dedica a la lógica no hace filosofía sino, precisamente, lógica.

³¹ Ver Hernández Franco, J.A. *Ciencia del derecho y mente jurídica*, tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, 2012 [ref. 04/05/2020] en <https://biblio.upmx.mx/tesis/137684.pdf>

³² Lo que lo convierte, desde hace una década, en el filósofo del derecho más sólido en el tópico de argumentación jurídica que existe en este momento. Si bien todos sus trabajos están orientados a la argumentación jurídica, ello no le impidió que lo hiciera desde la lógica, la sociología jurídica, la semántica, la filosofía, la psicología, la ética, la educación, etc.

³³ Considero que México es el líder en Iberoamérica en lo que argumentación jurídica respecta. La cantidad y la calidad de sus exponentes (fruto de un esfuerzo muy grande por parte de la Corte Suprema de ese país desde hace dos décadas, así como de las distintas cortes provinciales y de sus universidades), así como la regularidad de sus jornadas académicas en este tema y el interés de los abogados practicantes hace que en este momento sea el faro de referencia. Así, mientras países como España fueron el referente, con los años varios de los especialistas en argumentación jurídica se fueron hacia otras áreas (Ej. Añon Roig derecho de

guardando toda la información de manera consciente e inconsciente y cuando tiene un problema jurídico tanto su etapa consciente como la inconsciente se ponen a trabajar para encontrar la respuesta la cual surge en forma de *eureka*³⁴.

En lo que argumentación jurídica respecta considero que dicho autor es el ejemplo a seguir ya sea por la manera como por el método. Si tengo un problema en una ciencia, no es descabellado que busque la solución en otra. Es un mero cambio de paradigma ¿Qué es lo importante? ¿El problema o la solución? Creo que nunca hay que perder de vista el problema, pero lo importante es encontrar la solución. Por eso recomiendo su tesis doctoral (así como el resto de sus libros) para todos aquellos que busquen hacer puentes y encontrar la esencia de las cosas que nos permitan desentrañar el problema en su mínima expresión y, de ese modo, poder buscar la solución donde se encuentre y no, donde queremos que esté.

la ancianidad, García Figueroa al constitucionalismo, etc.). En cambio, los especialistas mexicanos de argumentación jurídica continúan investigando en esa área.

³⁴ Ver Hernández Franco, J.A. *Op. Cit.*, cap. II.

LA PARADOJA DE LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS OBTENIDAS MEDIANTE PROCESOS COLECTIVOS

Blanca María Villavicencio

Introducción

En la actualidad, los derechos sociales, reconocidos como parte del núcleo esencial de la dignidad humana, están protegidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Sin embargo, en la práctica judicial argentina, los procesos colectivos que pretenden garantizar el cumplimiento de estos derechos a través de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN) a menudo resultan inoperativos debido a su naturaleza exhortativa. Esta problemática reside en la incapacidad del Poder Judicial para ordenar la asignación de recursos presupuestarios específicos, función reservada al poder Legislativo. Esta situación se vuelve aún más compleja cuando se examinan los mecanismos de cumplimiento y las dificultades inherentes a la operatividad práctica de las sentencias en materia de derechos sociales. Es aquí donde surge la cuestión crucial de si la falta de efectividad de estas sentencias se debe a un exceso de activismo judicial, a un pasivismo judicial, o a una falta de previsión estatal para hacer ejecutables estos fallos.

La Constitución Nacional de Argentina establece un claro reconocimiento de los derechos sociales, los cuales son de vital importancia para la consecución de la dignidad humana y el bienestar general. Entre ellos se encuentran los derechos a la salud, la educación, la vivienda digna, el trabajo, y la seguridad social, entre otros. Estos derechos son fundamentales para el desarrollo de una sociedad justa e igualitaria.

La CSJN, a través de su jurisprudencia, ha jugado un papel crucial en la interpretación y aplicación de los derechos sociales, especialmente en el contexto de las acciones colectivas. A lo largo de los años, la Corte ha emitido sentencias en las que se reconocen derechos de colectivos vulnerables, como los trabajadores, las comunidades indígenas, y las personas con discapacidad. Sin embargo, estas sentencias, en muchos casos, no se han acompañado de mecanismos concretos para su cumplimiento efectivo. Esto ha llevado a una creciente preocupación por la eficacia de la justicia en garantizar estos derechos.

1. La naturaleza de las sentencias exhortativas en Argentina

Dentro de la clasificación que efectúa Sagués entre sentencias típicas y atípicas y sus subcategorías, se encuentran las sentencias exhortativas que son aquellas resoluciones judiciales en las que un Tribunal, además de decidir sobre el caso concreto, formula una solicitud dirigida a otro poder del Estado. Estas órdenes suelen estar orientadas a subsanar lagunas normativas, corregir prácticas administrativas o proponer reformas legislativas,

buscando un mejor funcionamiento del sistema legal o garantizar derechos fundamentales de los ciudadanos¹.

Las sentencias exhortativas emitidas por la CSJN en materia de derechos sociales, a pesar de ser fallos definitivos, carecen de una fuerza vinculante directa sobre el Ejecutivo o el Legislativo. Dichas sentencias, al carecer de la facultad de ordenar la ejecución de recursos, se limitan a emitir exhortaciones a los otros poderes del Estado para que cumplan con sus obligaciones. Este vacío ha sido objeto de críticas por parte de varios juristas y doctrinarios, quienes sostienen que una sentencia que no pueda ser efectivamente ejecutada no cumple con su propósito fundamental de garantizar la efectividad de los derechos sociales.

La problemática se reduce la efectividad de las sentencias en materia de derechos sociales obtenidas a través de acciones colectivas. Estos derechos, esenciales para la dignidad humana, suelen ser reconocidos en sentencias que, sin embargo, a menudo resultan no operativas porque al ser colectivas se traducen en meros reconocimientos de derechos.

Ante violaciones de derechos sociales, el Poder Judicial emite sentencias exhortativas dirigidas al Ejecutivo o Legislativo. No obstante, al implicar erogaciones presupuestarias colectivas, estas sentencias frecuentemente no se cumplen, dejando el derecho sin amparo efectivo. Un factor clave es la falta de herramientas de los jueces para intervenir en asuntos de presupuesto público, cuya función es exclusiva del poder legislativo.

La CSJN ha asumido una postura activa en la protección de los derechos sociales, mediante sentencias como Verbitsky (2005) o Mendoza (2006), en las cuales, si bien se reconoce la violación de derechos fundamentales, se exhorta al Ejecutivo o al Legislativo para que adopten medidas concretas. En este sentido, el constitucionalista argentino *Ricardo Luis Lorenzetti* ha señalado que la falta de un mecanismo de cumplimiento efectivo de las decisiones judiciales genera una situación de indefensión para los ciudadanos, que ven cómo sus derechos son reconocidos, pero no se garantiza su efectiva protección².

Como indica *Carlos Santiago Nino*, la protección judicial de los derechos sociales es ineficaz cuando no se cuenta con mecanismos de control efectivo sobre su cumplimiento³. Este planteamiento resalta la necesidad de que las sentencias de la CSJN no solo reconozcan los derechos, sino que también puedan generar condiciones prácticas para su cumplimiento.

Como operadores jurídicos, nos enfrentamos a un dilema fundamental: el compromiso con la justicia y la garantía de los derechos no puede limitarse a la mera declaración formal. La efectividad de las sentencias es el verdadero termómetro de la protección judicial, especialmente en el ámbito de los derechos sociales y evitar meros

¹Sagüés, Nestor P., "Las sentencias constitucionales exhortativas (apelativas o con aviso), y su recepción en Argentina", *Derecho constitucional: doctrinas esenciales 1936-2008*, p.799/811.

²Lorenzetti, R., "La función de la Justicia es poner límites a otros poderes, pero no gobernar", ponencia 31/05/2010 | Fuente: Archivo CIJ - Políticas de Estado para El Poder Judicial Ricardo, 2007, p. 1/18.

³Fazio, Federico Leandro y Aldao, Martín María, "Los derechos sociales fundamentales en Carlos S. Nino. Una línea fértil para la metodología jurídica", 2015, p.1/17.

enunciados programáticos. Entonces, la idea es discernir si esta situación responde a un excesivo activismo judicial o, por el contrario, a un pasivismo y falta de previsión estatal.

Este análisis puede enriquecerse con la perspectiva de la doctrina constitucional norteamericana, específicamente la idea del “diálogo institucional” o *judicial review*, que ofrece un marco para entender la delicada interacción entre el poder judicial y los poderes políticos en la implementación de las decisiones de la Corte.

El control judicial de constitucionalidad en Argentina, que se inspira en el modelo de revisión judicial estadounidense, se ha visto matizado por esta evolución.

El año 2005 marca una etapa crucial en la jurisprudencia de la CSJN ya que con el fallo “Verbisky” aparecen por primera vez las sentencias exhortativas. Sin embargo, a partir del fallo “Halabi” (2009), la Corte delineó el marco conceptual y procesal para las acciones colectivas, sentando las bases para la defensa de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos. Este precedente no solo amplió la legitimación para la promoción de este tipo de juicios, sino que también reconoció su importancia como herramienta para enfrentar lesiones masivas y dispersas, típicas de las violaciones a derechos sociales.

No obstante ello, el reconocimiento de un derecho colectivo no implica su cumplimiento automático. Cuando la sentencia ordena al Poder Ejecutivo o al Poder Legislativo una acción positiva que requiere una erogación presupuestaria, el tribunal se enfrenta a un límite claro: el principio de división de poderes. La gestión del presupuesto público es una facultad exclusiva de los poderes políticos, lo que limita la capacidad del juez para garantizar la efectividad de su propia decisión. Este es el núcleo de la paradoja que nos ocupa.

Con la doctrina norteamericana, estas sentencias no imponen una solución específica, sino que abren un espacio de diálogo y colaboración entre los poderes del Estado para la consecución de un objetivo común.

Desde aquel entonces, la CSJN ha emitido sentencias de esta naturaleza en casos de gran trascendencia, como los ya mencionados y otros:

- “Verbisky” (2005)⁴: A través de un habeas corpus colectivo, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la situación de superpoblación y hacinamiento en las cárceles bonaerenses. La sentencia no ordenó una solución puntual, sino que instó a las autoridades a adecuar las condiciones de detención a los estándares constitucionales y convencionales. Dieciocho años después de la sentencia inicial, la CSJN tuvo que volver a expedirse en 2021, señalando que el fallo no había sido plenamente cumplido, lo que demuestra la dificultad de la efectivización de este tipo de decisiones.

⁴Verbisky, Horacio s/ habeas corpus. Sentencia. 3 de Mayo de 2005. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Magistrados: Enrique Santiago Petracchi - Carlos S. Fayt - Antonio Boggiano - Juan Carlos Maqueda - E. Raul Zaffaroni - Elena I. Highton De Nolasco - Ricardo Luis Lorenzetti - Carmen M. Argibay. Id SAIJ: FA05000319.

- "Badaro" (2007)⁵ y "Sánchez" (2005)⁶: En materia previsional, la Corte reconoció el derecho a la movilidad y a una jubilación digna. Aunque estos fallos no son estrictamente colectivos en su origen (nacen de casos individuales), su impacto fue colectivo y masivo, generando una exhortación al Congreso para sancionar una ley de movilidad jubilatoria que luego se vio incumplida, obligando a nuevas intervenciones judiciales.
- "Mendoza" (2006)⁷: Este es quizás el caso paradigmático de sentencia estructural en Argentina. La CSJN ordenó al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires a sanear la cuenca Matanza-Riachuelo. La sentencia dispuso la creación de una Autoridad de Cuenca (ACUMAR) y estableció un monitoreo judicial para verificar su cumplimiento. Aunque ha habido avances, el saneamiento total sigue siendo una tarea pendiente, evidenciando las complejidades económicas, políticas y de gestión inherentes a la ejecución de estas sentencias.

2. El activismo judicial y el pasivismo estatal

El dilema entre el activismo judicial y el pasivismo estatal es central para entender las sentencias exhortativas. En este sentido, cuando el Poder Judicial asume un rol activo en la protección de los derechos sociales, se arriesga a invadir competencias que corresponden a los poderes políticos, especialmente en lo relativo al manejo de recursos. Sin embargo, también advierte que en ausencia de una respuesta del Estado ante violaciones de derechos sociales, el Poder Judicial no debe permanecer pasivo, pues la inacción del Estado puede convertirse en una violación indirecta de los derechos fundamentales.

Ahora bien la ineffectividad de estas sentencias lleva a una pregunta crucial: ¿es el Poder Judicial un actor excesivamente activista, que se arroga funciones que no le corresponden, o es el Estado un agente pasivo, que incumple sus obligaciones constitucionales y deja al Poder Judicial sin herramientas para hacer valer los derechos?.

Quienes sostienen la posición del activismo judicial critican que los jueces, al emitir sentencias que implican erogaciones presupuestarias o políticas públicas, invaden la esfera de acción de los poderes políticos, violando el principio republicano de división de poderes. El presupuesto es la herramienta de la política por excelencia, y su asignación debe ser el resultado del debate y el consenso democrático en el Congreso. Un juez, sin legitimidad democrática directa, no debería tener la potestad de ordenar gastos. Este

⁵Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios. Sentencia. 26 de Noviembre de 2007. Nro. Interno: B.675.Xli. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Magistrados: Ricardo Luis Lorenzetti - Elena I. Highton De Nolasco - Carlos S. Fayt - Enrique Santiago Petracchi - Juan Carlos Maqueda - E. Raul Zaffaroni. Id SAIJ: FA07000202.

⁶Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios. Sentencia. 28 de Julio de 2005. Nro. Interno: S. 2758. X. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Magistrados: Mayoría: Petracchi, Belluscio, Fayt, Maqueda, Highton de Nolasco, Lorenzetti. Voto: Zaffaroni, Argibay. Disidencia: Abstención: Id SAIJ: FA05000000.

⁷Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo). SENTENCIA 20 de Junio de 2006 13 20060825. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Magistrados: Voto: Fayt. Mayoría: Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti, Argibay. Abstención: Zaffaroni. Id SAIJ: FA06000248.

enfoque resalta el riesgo de un "gobierno de los jueces", donde las decisiones más importantes para la sociedad no se toman en las urnas o en el Parlamento, sino en los tribunales.

Por otro lado, la posición contraria, quienes sostienen el pasivismo estatal, argumentan que la intervención judicial no es una intromisión arbitraria, sino una respuesta necesaria ante la omisión o inacción del Estado. Si los poderes políticos no garantizan un mínimo de derechos fundamentales (salud, vivienda digna, medio ambiente sano), el Poder Judicial no puede quedar de brazos cruzados, ya que su función es, precisamente, proteger la Constitución. En este sentido, la sentencia no es activista, sino una reacción a un pasivismo crónico del Estado. La exhortación judicial es el último recurso para intentar que se cumpla la Constitución, y la falta de cumplimiento de las sentencias demuestra no el poder excesivo de los jueces, sino la falta de compromiso de los otros poderes para con los derechos de la ciudadanía.

3. El "diálogo institucional" y el rol del operador jurídico

No es detalle menor mencionar aquí, la doctrina del "diálogo institucional" y el rol del operador jurídico, pues la doctrina constitucional norteamericana puede aportar un marco de análisis valioso. En Estados Unidos, la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de "diálogo institucional" (institutional dialogue). A diferencia de una confrontación binaria, este enfoque concibe la relación entre los poderes como un proceso dinámico de ida y vuelta. La Corte emite un pronunciamiento, el cual no es el final de la discusión, sino el comienzo de un diálogo con los poderes políticos.

Un ejemplo clásico es el caso *Brown v. Board of Education* (1954), donde la Corte Suprema de EE.UU. declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas. Sin embargo, su implementación fue un proceso largo y complejo, que requirió la colaboración y la presión de los poderes Ejecutivo y Legislativo. La Corte no pudo, por sí sola, dismantelar un sistema de segregación de un día para otro.

La teoría del diálogo institucional propuesta por la doctrina constitucional estadounidense es esencial para comprender la interacción entre los poderes del Estado. El constitucionalista *Mark Tushnet* destaca que el diálogo institucional no es solo un intercambio de opiniones, sino un proceso de cooperación y negociación continua entre los diferentes poderes del Estado para garantizar la efectiva implementación de los derechos⁸. En el contexto argentino, esta perspectiva cobra relevancia, pues la Corte Suprema de Justicia no tiene herramientas para imponer directamente la ejecución de sus decisiones, lo que podría obligar a un proceso de diálogo y colaboración con el Ejecutivo y el Legislativo. Situación que en la Argentina aún no se practica y de allí su problemática.

Desde la perspectiva del diálogo institucional, *Bruce Ackerman* explica que el papel del Poder Judicial no es el de imponer su voluntad, sino el de generar las condiciones para que el proceso político tenga lugar y para que el Ejecutivo y el Legislativo asuman sus responsabilidades en la implementación de derechos. Algunos de los críticos de la democracia constitucional sostienen que ésta es un sistema político que encierra una paradoja, una contradicción interna insalvable. Las dos palabras que definen

⁸Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, "Constitutional law", Second edition, Little, Brown and Company, p. 332.

este régimen darían cuenta de esa tensión. Por un lado, la democracia como expresión de autogobierno. Por el otro, la constitución como un conjunto de “cuestiones” que están excluidas del menú de decisiones que el pueblo autogobernado puede tomar, al menos por medio de los procedimientos democráticos en momentos corrientes, para usar el concepto acuñado por Bruce Ackerman⁹. Este enfoque es clave para entender cómo los jueces, al dictar sentencias exhortativas, deben estar conscientes de las limitaciones del sistema político y del papel de los otros poderes en la concreción de las decisiones judiciales.

Para el operador jurídico, este enfoque ofrece una tercera vía que trasciende la dicotomía de activismo/pasivismo. El juez no es ni un "dictador" que impone su voluntad, ni un "espectador" pasivo. Su rol es ser un catalizador para el cambio, utilizando la sentencia como un instrumento para iniciar una conversación con los otros poderes. Esta conversación, sin embargo, debe ser monitoreada, y el juez tiene la responsabilidad de establecer mecanismos para supervisar el cumplimiento, como el monitoreo judicial implementado en el caso "Mendoza".

La falta de presupuesto, la burocracia y la ausencia de políticas públicas a largo plazo son los verdaderos obstáculos.

La lección que nos deja la doctrina del diálogo institucional de EE.UU. es que el juez, como operador jurídico, debe asumir una responsabilidad renovada. Su rol no es dictar la solución final, sino iniciar y sostener un diálogo productivo con los otros poderes del Estado para asegurar que la justicia no sea solo un ideal, sino una realidad palpable. La justicia social efectiva no se logra con sentencias que se acumulan en los archivos, sino con decisiones que se transforman en políticas públicas y, finalmente, en una vida digna para todos. La labor del jurista, entonces, es construir puentes entre el derecho y la realidad, garantizando que el reconocimiento de un derecho sea el primer paso hacia su efectivo goce.

4. Comparación con la doctrina constitucional norteamericana y el political question doctrine

La doctrina de la cuestión política no justiciable (political question doctrine), como lo expone *Alexander Bickel* en su obra "The Least Dangerous Branch" (1986), señala que "los tribunales no deben intervenir en cuestiones que están dentro de la esfera de competencia de los poderes políticos, tales como la asignación del presupuesto o la formulación de políticas públicas"¹⁰. Este enfoque resalta la importancia de la separación de poderes y el principio de que ciertos temas, como la gestión de recursos públicos, deben quedar fuera del alcance del control judicial directo.

En el contexto argentino, esta doctrina se manifiesta en la dificultad de la Corte para imponer medidas que impliquen erogaciones presupuestarias, ya que el Poder Judicial no tiene injerencia directa en el presupuesto nacional o provincial. Las sentencias que implican una distribución de recursos sólo pueden ser efectivas si los poderes políticos asumen la responsabilidad de cumplirlas. De lo contrario, el sistema judicial

⁹Ackerman, Bruce, *We the People*, Belknap Press, 1991.

¹⁰Bickel, A. "The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics", Yale University Press, 1986, <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1nqbm>

queda limitado a un reconocimiento abstracto de derechos, sin capacidad de materializarlos. Un ejemplo de ello y que tenemos a mano es el proyecto de presupuesto 2010¹¹.

Bajo estas premisas la dificultad de la operatividad práctica de las sentencias exhortativas no solo interpela al sistema judicial en su conjunto, sino que pone al operador jurídico, en este caso al juez, en una situación de profunda tensión. Este dilema puede manifestarse en dos aristas principales:

- La de los principios: mantener la coherencia jurídica. Un juez, comprometido con la defensa de los derechos, podría argumentar que su función es aplicar la Constitución y los tratados de derechos humanos, sin importar las dificultades prácticas de la ejecución. Bajo esta lógica, la sentencia es un acto de afirmación de la supremacía constitucional. La ineficacia del fallo no deslegitima la decisión judicial, sino que expone la falla del Poder Ejecutivo o Legislativo en cumplir con sus obligaciones.

Para esta perspectiva, el operador jurídico no puede ceder ante la "excusa" de la falta de herramientas para ejecutar una sentencia. La claudicación ante lo "inaplicable en la práctica" podría interpretarse como una renuncia al deber de tutelar los derechos. El juez debe emitir la sentencia, incluso si su cumplimiento depende de los otros poderes, ya que de lo contrario, se convierte en cómplice de la omisión estatal. Esta posición se apoya en una concepción del derecho como un sistema normativo autónomo, donde la coherencia interna de los principios jurídicos es prioritaria sobre las contingencias políticas o presupuestarias.

- La de la prudencia: la realidad como límite. Una segunda perspectiva, más pragmática, reconoce que la inoperatividad de una sentencia debilita no solo el fallo, sino la autoridad del Poder Judicial en su conjunto. Si una sentencia no se cumple, el ciudadano y los poderes políticos pierden el respeto por las decisiones de la justicia. Esto nos lleva al ejemplo que menciona sobre la Corte Suprema de EE.UU. y la doctrina del *political question* (cuestión política no justiciable).

La doctrina de la cuestión política no justiciable sostiene que los tribunales no deben intervenir en asuntos que, por su naturaleza, están reservados a los poderes políticos (Legislativo y Ejecutivo). La razón de esta abstención no es que el tribunal no tenga la autoridad para interpretar la ley, sino que carece de la capacidad práctica para ejecutar su decisión. El caso de las denuncias de fraude electoral es un ejemplo paradigmático. La Corte Suprema de EE.UU., podría declarar que una elección fue fraudulenta, pero ¿cómo forzar a un presidente en funciones a dejar el cargo? No tiene su propia policía.

Este mismo problema se reflejó en Argentina con el caso de la Aduana. Durante años, el Poder Judicial dictó sentencias en contra de la Aduana, pero el Poder Ejecutivo, a través de su control sobre las fuerzas de seguridad (la Policía Aduanera o la Gendarmería), podía simplemente no cumplirlas. La Corte Suprema carece de una fuerza de seguridad propia que le permita hacer cumplir sus sentencias por la fuerza. La autoridad del Poder Judicial se basa en el consenso y el respeto de los otros poderes, no en la coerción.

¹¹“Presupuesto 2010: qué dice sobre el Poder Judicial”, 2025, Edición 7317 <https://www.diariojudicial.com/news-60452-presupuesto-2010-que-dice-sobre-el-poder-judicial>

Entonces, si el operador jurídico opta por esta segunda posición, su argumentación se basaría en los siguientes puntos:

- Previsión de la inejecución: Al momento de dictar una sentencia en materia social, el juez debe ser consciente de las limitaciones presupuestarias y políticas. Una sentencia que ordena, por ejemplo, la construcción de miles de viviendas o el saneamiento total de una cuenca en un plazo irrealizable, está condenada al fracaso desde el inicio. Esta inoperatividad posterior no solo frustra al demandante, sino que además degrada la institución judicial.
- Diseño de sentencias viables: La solución no es la abstención total, sino el diseño de sentencias que sean prácticamente viables. En lugar de una orden general y grandilocuente, el juez podría optar por mandatos más específicos y graduales. Por ejemplo, en lugar de ordenar el saneamiento total del Riachuelo de una vez, podría ordenar la instalación de plantas de tratamiento en etapas, con plazos concretos y medibles. Esto permitiría un monitoreo más eficaz y haría más difícil que los poderes políticos eludan el cumplimiento.
- El juez como estratega: El operador jurídico debe actuar como un estratega, no solo como un jurista. Su decisión debe ser una herramienta para impulsar el cambio, no un simple pronunciamiento. Esto implica que, al dictar la sentencia, el juez ya debe tener en mente los mecanismos de ejecución. ¿Es posible convocar a las partes para un diálogo? ¿Se puede establecer una mesa de trabajo con los otros poderes? ¿Se pueden imponer sanciones económicas progresivas por incumplimiento?
- Mantenimiento de la autoridad judicial: Finalmente, la principal argumentación es la defensa de la autoridad del Poder Judicial. Una Corte que dicta sentencias que no se cumplen pierde su capital simbólico. El prestigio de la justicia no reside solo en la calidad de sus fallos, sino en su capacidad para hacerlos efectivos. Un juez debe evitar dictar sentencias que él mismo sabe que no puede ejecutar, porque con ello, el Poder Judicial se expone a una innecesaria erosión de su poder.

5. La responsabilidad del operador jurídico: entre la coherencia y la viabilidad práctica

La posición del operador jurídico, entre la coherencia jurídica y la viabilidad práctica, es fundamental. El juez debe ser consciente de que la sentencia no solo tiene que ser un acto de aplicación normativa, sino que debe responder a las realidades sociales, políticas y económicas que dificultan la ejecución de las decisiones. En este sentido, el operador jurídico debe actuar de manera estratégica, diseñando sentencias que no sean meros enunciados, sino medidas que sean factibles de ser implementadas.

El juicio no puede reducirse a la simple aplicación formal del derecho. El operador jurídico tiene que adaptar la doctrina y la jurisprudencia a los desafíos prácticos del momento, diseñando decisiones que sean viables y que propicien una efectiva respuesta del Estado ante las violaciones de derechos fundamentales.

La tensión entre la coherencia jurídica y la viabilidad práctica es el núcleo del dilema del operador jurídico en materia de derechos sociales. Es un debate que refleja la

esencia misma de la función judicial en un estado democrático, y su resolución, o al menos su consideración, es crucial para la efectividad real de la justicia en la sociedad.

Conclusión

El análisis de la paradoja de la efectividad de las sentencias exhortativas en materia de derechos sociales en Argentina pone de relieve la complejidad del panorama jurídico actual. La interacción entre el Poder Judicial y los poderes políticos, la doctrina del diálogo institucional y la limitación del Poder Judicial para imponer decisiones que impliquen erogaciones presupuestarias resalta la necesidad de repensar los mecanismos de ejecución de las sentencias en derechos sociales. La doctrina constitucional argentina, junto con la perspectiva internacional, sugiere que el operador jurídico no debe quedarse en la mera enunciación de derechos, sino que debe adoptar un enfoque estratégico que permita transformar las sentencias en políticas públicas efectivas, promoviendo una colaboración interinstitucional para garantizar la efectividad de los derechos sociales.

Resta, como operador jurídico que no se limite a la mera declaración de un derecho. Debe ser un estratega, diseñando sentencias que sean factibles de ser ejecutadas. Ello implica: Mandatos específicos y graduales: En lugar de órdenes genéricas, la sentencia debe contener mandatos claros, con plazos definidos y mecanismos de control medibles. O monitoreo judicial y diálogo inter-poderes: La sentencia no debe ser el punto final del proceso, sino el inicio de un diálogo supervisado. El juez debe establecer un sistema de seguimiento, convocando a las partes y a los otros poderes para que colaboren en la búsqueda de soluciones.

El derecho a la ejecución de la sentencia es concebido como un derecho y garantía fundamental para los justiciables, es una parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.

La reflexión sobre este tema nos invita a repensar la relación entre los poderes del Estado, la función del juez y la necesidad de una justicia social que sea realmente efectiva en su implementación.

El realismo no es una renuncia, sino una condición para la efectividad. Un fallo que se sabe inejecutable es un fallo inútil. La función del juez es preservar su capital simbólico y su autoridad, dictando sentencias que, aunque no resuelvan el problema de inmediato, sí establezcan una hoja de ruta viable para su solución.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y GESTIÓN PÚBLICA: FUNDAMENTOS PARA LA TOMA DE DECISIONES ESTRATÉGICAS

Italo Dell’Erba Ugolini¹

Introducción

En el siglo XXI, la gestión pública se enfrenta a una dinámica de transformación constante, marcada por la globalización, la complejidad normativa y la creciente demanda ciudadana de transparencia, eficiencia y eficacia. En este contexto, la argumentación jurídica adquiere un rol protagónico como fundamento esencial para la toma de decisiones estratégicas en el ámbito estatal. No se trata únicamente de justificar actos administrativos dentro de los marcos de legalidad, sino de construir procesos argumentativos que aseguren legitimidad democrática, garanticen derechos y fortalezcan la confianza en las instituciones públicas.

La solidez de la argumentación no solo respalda la validez de las decisiones, sino que contribuye a su eficacia y sostenibilidad en el tiempo.

A ello se suma la incorporación de enfoques interdisciplinarios en la gestión pública, que exigen un diálogo constante entre el Derecho, la economía, la ciencia política, las ciencias administrativas y las ciencias sociales en general. Dicho diálogo no es accesorio, sino indispensable para comprender la complejidad de los problemas públicos contemporáneos y dar respuestas más integrales y estratégicas. La argumentación jurídica, en consecuencia, no puede limitarse a una lógica formal o estrictamente normativa, sino que debe abrirse a perspectivas que permitan evaluar el impacto social, económico y político de las decisiones.

Dentro de este escenario de cambio, la irrupción de nuevas tecnologías —entre ellas la Inteligencia Artificial Generativa (IAG)— plantea un reto adicional, ya que la IAG no es cuestión del futuro sino del presente. Por un lado, estas herramientas ofrecen la posibilidad de procesar grandes volúmenes de información, generar análisis predictivos y optimizar procesos y procedimientos administrativos; por otro, generan preocupaciones vinculadas a la opacidad de los algoritmos, el sesgo en los resultados y la necesidad de garantizar el respeto irrestricto de los principios del debido procedimiento y los derechos fundamentales. Así, el Derecho y su argumentación se ven obligados a adaptarse a entornos donde la innovación tecnológica no sustituye la deliberación jurídica, sino que la complementa y, a la vez, la desafía.

En este sentido, el presente trabajo tiene como finalidad reflexionar sobre la relación entre argumentación jurídica y gestión pública en la toma de decisiones estratégicas, identificando los fundamentos normativos, éticos y tecnológicos que deben guiar la acción estatal. Se busca demostrar que la argumentación jurídica, lejos de ser un recurso meramente formal, constituye una herramienta indispensable para la consolidación de un modelo de gestión pública más eficiente, ético y orientado al interés general con

¹ Universidad Privada del Norte (Lima, Perú). Magíster en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid (España).

resultados, capaz de responder a los retos que imponen tanto las demandas ciudadanas como las innovaciones del mundo digital.

1. Argumentación jurídica: evolución y enfoques contemporáneos

La argumentación jurídica ha transitado de un paradigma formalista, caracterizado por la aplicación mecánica de normas bajo el modelo de la subsunción, hacia enfoques más complejos que reconocen el papel de la interpretación, la justificación y el diálogo racional en la construcción de decisiones jurídicas. El formalismo, que dominó gran parte del pensamiento jurídico en el siglo XIX, suponía que el juez o el operador jurídico se limitaba a aplicar la norma a los hechos de manera casi automática. Sin embargo, este modelo resultó insuficiente para dar respuesta a los dilemas de sociedades crecientemente plurales y dinámicas, donde los conflictos sociales, políticos y administrativos no pueden resolverse únicamente con la literalidad de la norma (Dworkin², 1986).

Frente a ello, las teorías contemporáneas de la argumentación han resaltado que el Derecho no es un sistema cerrado, sino un discurso práctico que requiere ser continuamente interpretado y justificado. Para Alexy³ (1989), la argumentación jurídica constituye una práctica discursiva orientada a alcanzar la corrección racional de las decisiones, en la que intervienen reglas del discurso y principios con pretensión de validez universal. De esta manera, se abre la posibilidad de someter las decisiones jurídicas a criterios de racionalidad intersubjetiva y no únicamente a la autoridad de la norma.

Por su parte, Atienza⁴ (2006) enfatiza la dimensión práctica de la argumentación, señalando que esta no se limita a un ejercicio lógico-formal, sino que cumple la función de articular la norma con la realidad social, permitiendo resolver los conflictos de forma justa y contextualizada. La argumentación, en esta perspectiva, se convierte en un puente que vincula el Derecho con la justicia material, contribuyendo a fortalecer la legitimidad de las instituciones jurídicas.

En una línea complementaria, Habermas⁵ (1998) sostiene que la validez de las decisiones jurídicas depende de su inserción en procesos de racionalidad comunicativa, donde los argumentos se validan a través del consenso alcanzado en un diálogo inclusivo. Así, la legitimidad del Derecho no descansa solo en su origen formal, sino también en la posibilidad de ser aceptado racionalmente por los destinatarios de las normas. Esta visión ha influido de manera decisiva en el campo del Derecho Público, al destacar la importancia de procesos deliberativos en la toma de decisiones administrativas y políticas.

² Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

³ Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁴ Atienza, M., *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel, 2006.

⁵ Habermas, J., *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta, 1998.

Finalmente, autores como MacCormick⁶ (2005) han subrayado que la argumentación jurídica cumple también una función integradora, al permitir armonizar los principios generales del Derecho con las exigencias de casos concretos. Este enfoque reconoce la naturaleza abierta del ordenamiento jurídico y la necesidad de dotar de coherencia al sistema mediante razonamientos que sean comprensibles, racionales y persuasivos.

En suma, la evolución de la teoría de la argumentación jurídica revela un tránsito desde el formalismo hacia un modelo deliberativo y práctico, en el que la justificación racional, el diálogo intersubjetivo y la búsqueda de legitimidad social constituyen pilares fundamentales para comprender el papel del Derecho en la gestión pública contemporánea.

2. Gestión pública y toma de decisiones estratégicas

En el campo de la Administración Pública, la toma de decisiones constituye un proceso complejo en el que convergen factores políticos, técnicos, jurídicos, sociales y culturales. No se trata únicamente de elegir cursos de acción en función de la eficiencia y eficacia de los recursos, sino de garantizar que dichas decisiones estén alineadas con principios de legalidad, legitimidad democrática y satisfacción del interés general pensando en las personas. De esta forma, la gestión pública no puede reducirse a un mero ejercicio burocrático, sino que debe concebirse como un proceso estratégico que combina racionalidad normativa con capacidad de innovación institucional (Pollitt y Bouckaert⁷, 2011).

Según Parsons⁸ (2007), la toma de decisiones estratégicas en el sector público exige equilibrar racionalidad política y administrativa, lo cual implica no solo atender a los fines de la organización estatal, sino también considerar los valores y expectativas de la sociedad. Esta visión resalta que las decisiones en la esfera pública deben ser tanto efectivas como legítimas, ya que la eficacia técnica, sin el respaldo ciudadano, puede derivar en pérdida de confianza en las instituciones y deterioro de las democracias.

En la misma línea, Osborne⁹ (2010) sostiene que la gestión pública contemporánea se ha desplazado hacia modelos de gobernanza que requieren procesos argumentativos más abiertos, participativos e interinstitucionales. Esto supone reconocer que el Estado como institución ya no actúa de manera aislada, sino en coordinación con actores de la sociedad civil y del sector privado, en marcos de colaboración que demandan transparencia y rendición de cuentas.

⁶ MacCormick, N., *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

⁷ Pollitt, C. y Bouckaert, G., *Public Management Reform: A Comparative Analysis – New Public Management, Governance, and the Neo-Weberian State*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁸ Parsons, W., *Public Policy: An Introduction to the Theory and Practice of Policy Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar, 2007.

⁹ Osborne, S., *The New Public Governance? Emerging Perspectives on the Theory and Practice of Public Governance*, Londres: Routledge, 2010.

La toma de decisiones estratégicas en este contexto implica además la capacidad de anticiparse a escenarios cambiantes, prospectivos y de gestionar la incertidumbre. Kickert¹⁰ (2010) señala que la gestión pública estratégica requiere articular objetivos de largo plazo con mecanismos de flexibilidad que permitan adaptarse a nuevas demandas sociales, tecnológicas y económicas. En este marco, la argumentación jurídica cumple un rol fundamental, al proporcionar la justificación normativa y ética que respalde las decisiones adoptadas frente a la ciudadanía.

Por ello, el vínculo entre gestión pública y argumentación jurídica se revela indispensable. Mientras la primera busca alcanzar resultados efectivos y sostenibles en el tiempo, la segunda asegura que dichos resultados se construyan sobre bases de legalidad, legitimidad y justicia. En consecuencia, las decisiones estratégicas en la Administración Pública no pueden concebirse sin procesos de fundamentación jurídica que permitan enfrentar las tensiones entre eficacia administrativa, racionalidad política y principios del Estado de Derecho.

3. Derecho, nuevas tecnologías e Inteligencia Artificial

La revolución tecnológica de las últimas décadas ha transformado de manera profunda los sistemas sociales, económicos y administrativos, introduciendo en el ámbito jurídico nuevos retos relacionados con la digitalización y el uso de herramientas de inteligencia artificial. En particular, la Inteligencia Artificial Generativa (IAG) ha adquirido protagonismo en la gestión pública y en el Derecho, al ofrecer posibilidades de automatizar procesos, analizar grandes volúmenes de datos y facilitar el acceso a la información jurídica. Según Susskind¹¹ (2019), la incorporación de la IA en el campo legal no solo permite optimizar recursos y reducir costos, sino que también abre la puerta a una justicia más accesible y eficiente.

No obstante, la aplicación de estas tecnologías plantea desafíos sustanciales. Entre ellos destacan el riesgo de sesgo algorítmico, la falta de transparencia en los procesos automatizados y la dificultad de garantizar el debido proceso cuando las decisiones se apoyan en sistemas opacos. Mittelstadt et al.¹² (2016) señalan que la confianza en la IA depende de la posibilidad de explicar cómo se generan sus resultados, un aspecto especialmente sensible en el Derecho, donde la legitimidad de las decisiones exige una justificación clara y comprensible.

La gestión pública también se ve impactada por estas transformaciones. El uso de la IAG puede mejorar la planificación de políticas públicas, optimizar la asignación de recursos

¹⁰ Kickert, W.J.M., "Public Management Reforms in the Netherlands: Social Reconstruction of Reform Ideas and Underlying Philosophy", *International Review of Administrative Sciences*, vol. 76, N° 3, 2010, pp. 373-392.

¹¹ Susskind, R., *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2019.

¹² Mittelstadt, B., Allo, P., Taddeo, M., Wachter, S. y Floridi, L., "The ethics of algorithms: Mapping the debate", *Big Data & Society*, vol. 3, N° 2, 2016, pp. 1-21.

y apoyar la evaluación de programas sociales mediante análisis predictivos (OECD¹³, 2021). Sin embargo, estos beneficios deben equilibrarse con la necesidad de preservar la autonomía de los decisores humanos y de garantizar la vigencia de principios como legalidad, igualdad y proporcionalidad. En este sentido, Calo¹⁴ (2015) advierte que la tecnología no puede reemplazar la deliberación jurídica, sino que debe ser entendida como una herramienta de apoyo que requiere control normativo y supervisión ética.

El Derecho, por tanto, se enfrenta a un doble desafío: aprovechar las ventajas que ofrecen las nuevas tecnologías y, al mismo tiempo, establecer marcos regulatorios que aseguren su uso responsable y respetuoso de los derechos fundamentales. En el contexto de la Administración Pública, esto implica diseñar procesos híbridos de toma de decisiones, en los cuales la IAG complemente —pero no sustituya— la argumentación jurídica. Tal modelo busca garantizar que las decisiones estratégicas no solo sean más rápidas y eficientes, sino también legítimas, transparentes y acordes al interés general.

En síntesis, el impacto de la IAG en la gestión pública exige repensar el papel del Derecho y de la argumentación jurídica como pilares de control y justificación. La clave reside en que la innovación tecnológica se incorpore como un aliado del razonamiento jurídico, asegurando que el desarrollo tecnológico fortalezca, en lugar de debilitar, los fundamentos democráticos y éticos de la acción estatal.

4. La argumentación jurídica como fundamento de decisiones estratégicas

En el ámbito de la Administración Pública, las decisiones estratégicas no pueden entenderse únicamente como actos de gestión técnica o de cálculo económico, sino como procesos políticos y jurídicos que requieren fundamentación sólida. La argumentación jurídica se convierte en el medio a través del cual el Estado justifica sus decisiones frente a la ciudadanía, asegurando que estas no solo sean efectivas, sino también legítimas. A diferencia del sector privado, donde los criterios de eficiencia económica pueden predominar, en la esfera pública la legitimidad democrática y la rendición de cuentas resultan ineludibles (Parsons, 2007).

El reto actual radica en que la ciudadanía es cada vez más crítica y demandante de explicaciones transparentes. No basta con adoptar una decisión administrativa; es necesario argumentar por qué se opta por una alternativa frente a otras posibles, cómo se garantiza la equidad en su aplicación y de qué manera se resguarda el interés general. Aquí, la argumentación jurídica cumple una doble función: asegura la coherencia con el ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, genera confianza social al mostrar un razonamiento claro y justificado (Alexy, 1989; Atienza, 2006).

Un ejemplo de ello se observa en el diseño de políticas públicas en materia de salud, educación o medio ambiente, donde la administración debe conciliar principios de

¹³ OECD, *The State of Implementation of the OECD AI Principles*, París: OECD Publishing, 2021.

¹⁴ Calo, R., "Robots in American Law", *University of Washington School of Law Research Paper*, N° 2015-04, 2015, pp. 1-35.

legalidad con necesidades prácticas urgentes. La argumentación permite sostener decisiones impopulares, siempre que se justifiquen en principios de equidad, sostenibilidad o justicia social. Así, el discurso jurídico fortalece la dimensión estratégica de la gestión pública al dotarla de legitimidad normativa y respaldo ciudadano.

5. Retos de la digitalización y la Inteligencia Artificial

La transformación digital ha introducido nuevas herramientas en la gestión pública, desde sistemas de *big data* hasta aplicaciones de Inteligencia Artificial Generativa (IAG). Estas tecnologías permiten optimizar la toma de decisiones al analizar datos masivos, predecir escenarios y reducir tiempos en procesos administrativos. No obstante, plantean dilemas éticos y jurídicos de enorme relevancia.

En primer lugar, el sesgo algorítmico constituye un riesgo que puede reproducir desigualdades sociales en la asignación de recursos públicos. Si un sistema automatizado prioriza ciertos datos sin considerar criterios de justicia material, se corre el peligro de legitimar discriminaciones bajo apariencia de neutralidad técnica (Mittelstadt et al., 2016).

En segundo lugar, la opacidad de los algoritmos dificulta la exigencia de responsabilidad. Mientras que a un funcionario público se le puede demandar justificación de sus decisiones, en el caso de la IA el razonamiento que lleva a un resultado puede permanecer oculto.

En este contexto, la argumentación jurídica adquiere un papel de contrapeso. No se trata de rechazar la tecnología, sino de establecer marcos que obliguen a justificar jurídicamente los criterios de programación, supervisión y aplicación de los algoritmos. Tal como señala Calo (2015), el Derecho debe garantizar que la innovación no se traduzca en debilitamiento de las garantías procesales, sino en su fortalecimiento mediante mecanismos de control y transparencia.

5. Hacia un modelo híbrido de toma de decisiones

Frente a estos desafíos, resulta necesario avanzar hacia un modelo híbrido en el que la deliberación jurídica y la tecnología coexistan de manera complementaria. La IAG puede aportar velocidad y capacidad de procesamiento, pero el juicio jurídico humano sigue siendo insustituible en la valoración ética, social y política de las decisiones públicas. La argumentación jurídica, en este sentido, actúa como filtro crítico que valida y legitima el uso de herramientas tecnológicas en la gestión estatal.

El futuro de la Administración Pública parece dirigirse hacia un esquema en el cual las decisiones estratégicas se apoyen en análisis tecnológicos, pero siempre bajo el control de principios jurídicos y constitucionales. Esta convergencia, aunque compleja, puede generar un círculo virtuoso: decisiones más informadas y rápidas gracias a la tecnología, pero también más justas y transparentes gracias al razonamiento jurídico. Para lograrlo,

es indispensable capacitar a los operadores públicos en competencias jurídicas y digitales, promoviendo una cultura institucional que reconozca la innovación tecnológica como aliada, pero que no renuncie a los fundamentos normativos del Estado de Derecho.

En consecuencia, la discusión actual no es si la tecnología sustituirá al Derecho, sino cómo el Derecho y su argumentación pueden guiar y regular el uso de la tecnología en beneficio del interés general. La gestión pública, enfrentada a escenarios de incertidumbre y complejidad creciente, encontrará en este modelo híbrido la posibilidad de construir decisiones estratégicas que no solo respondan a los desafíos del presente, sino que también proyecten legitimidad y sostenibilidad hacia el futuro.

6. Resultados esperados o hallazgos

La revisión teórica y el análisis crítico de la relación entre argumentación jurídica y gestión pública permiten identificar una serie de hallazgos relevantes que orientan la reflexión académica y práctica sobre la toma de decisiones estratégicas en el sector público.

En primer lugar, se confirma que la argumentación jurídica es un pilar transversal de la acción administrativa, pues constituye la base de legitimidad de las decisiones públicas. La legalidad, por sí sola, resulta insuficiente para sostener decisiones en contextos de alta conflictividad social o de pluralismo normativo. La argumentación dota de coherencia al ordenamiento y permite explicar de manera razonada cómo los principios constitucionales se aplican a casos concretos, fortaleciendo la confianza ciudadana en la institucionalidad estatal.

En segundo lugar, emerge la necesidad de integrar el razonamiento jurídico con el enfoque estratégico de la gestión pública. La argumentación no debe limitarse a justificar actos administrativos aislados, sino articularse con procesos de planificación, evaluación de políticas públicas y gestión de recursos. Esto implica que la función jurídica ya no puede concebirse de manera secundaria dentro de la administración, sino como un componente esencial para garantizar que las decisiones estratégicas respondan a criterios de equidad, sostenibilidad y transparencia.

En tercer lugar, se observa que la incorporación de la Inteligencia Artificial Generativa (IAG) en la toma de decisiones públicas plantea oportunidades y riesgos que requieren un marco regulatorio sólido. Entre las oportunidades, destacan la capacidad de procesar información masiva, anticipar escenarios complejos y agilizar trámites administrativos, lo que puede redundar en mayor eficiencia estatal. Sin embargo, entre los riesgos identificados se encuentran el sesgo algorítmico, la opacidad en los procesos de decisión automatizados y la amenaza a principios fundamentales como la igualdad y el debido proceso. Estos riesgos evidencian que el papel de la argumentación jurídica será cada vez más relevante, en tanto mecanismo de control y de justificación de las decisiones asistidas por tecnología.

En cuarto lugar, se identifica que la gestión pública del siglo XXI debe orientarse hacia un modelo híbrido de toma de decisiones, donde la tecnología complementa, pero no sustituya, el razonamiento jurídico y la deliberación democrática. Este modelo requiere establecer protocolos de supervisión jurídica sobre los sistemas tecnológicos empleados, así como mecanismos de rendición de cuentas que permitan a la ciudadanía conocer y cuestionar los fundamentos de las decisiones adoptadas. La argumentación jurídica, en este sentido, funge como puente entre la innovación tecnológica y la exigencia de legitimidad social.

Finalmente, un hallazgo central es la necesidad de formación integral de los operadores públicos. El futuro de la gestión estratégica dependerá de funcionarios capaces de combinar competencias jurídicas, tecnológicas y éticas. La capacitación en argumentación jurídica crítica, junto con conocimientos básicos sobre el funcionamiento de la IA, se convierte en un requisito indispensable para garantizar que la innovación tecnológica no desplace los valores democráticos, sino que los fortalezca en beneficio del interés general.

En conjunto, los resultados apuntan a que la argumentación jurídica seguirá siendo una herramienta imprescindible para enfrentar los retos que la transformación digital impone al Derecho y a la gestión pública. Su función no es solo validar lo ya decidido, sino orientar la construcción de decisiones estratégicas que sean, al mismo tiempo, eficientes, legítimas y socialmente aceptadas.

7. Conclusiones

En el marco del análisis realizado, es posible extraer varias conclusiones que permiten valorar el papel de la argumentación jurídica en la gestión pública del siglo XXI y sus desafíos frente a la transformación tecnológica:

- a. La argumentación jurídica constituye un elemento insustituible en la fundamentación de las decisiones estratégicas de la Administración Pública. No basta con invocar la legalidad como sustento; es necesario construir un razonamiento sólido que articule principios, valores y normas, de modo que las decisiones públicas se perciban como legítimas, racionales y coherentes.
- b. La gestión pública contemporánea demanda un enfoque integral, donde la eficacia y eficiencia administrativa se complementa con la legitimidad normativa y social. La argumentación jurídica se convierte en el mecanismo que permite equilibrar la racionalidad técnica con el respeto a los derechos fundamentales y el interés general, fortaleciendo así la confianza ciudadana en las instituciones estatales.
- c. La irrupción de la Inteligencia Artificial Generativa (IAG) y otras tecnologías disruptivas genera oportunidades inéditas para optimizar procesos y anticipar escenarios en la gestión pública. Sin embargo, también plantea riesgos sustanciales vinculados al sesgo, la opacidad y la posible erosión de garantías procesales. En este escenario, la argumentación jurídica emerge como un

contrapeso necesario que obliga a justificar y supervisar el uso de herramientas tecnológicas en la toma de decisiones estatales.

- d. El futuro de la Administración Pública se orienta hacia un modelo híbrido, en el cual la deliberación jurídica y la tecnología coexisten de manera complementaria. Este modelo no supone la sustitución del razonamiento humano, sino su fortalecimiento mediante el apoyo tecnológico. La clave estará en diseñar marcos regulatorios que aseguren la transparencia y en consolidar prácticas argumentativas que legitimen las decisiones adoptadas.
- e. La formación de operadores públicos constituye un hallazgo transversal. Se requiere capacitar a los funcionarios en competencias jurídicas críticas, pero también en conocimientos tecnológicos y éticos que les permitan interactuar con herramientas de IA sin perder de vista los principios del Estado de Derecho. Esta formación integral garantizará que la tecnología sea aliada de la justicia y no un factor de debilitamiento institucional.
- f. En última instancia, el desafío del Derecho y de la gestión pública no es resistirse a la innovación, sino dirigirla. La argumentación jurídica seguirá siendo la herramienta que guíe este proceso, asegurando que la modernización tecnológica no socave los valores democráticos, sino que los consolide en beneficio de una gestión pública más justa, eficiente, eficaz y orientada al interés general pensando en las personas.

EL PRECEDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO REGLA DE DERECHO EN EL ÁMBITO DEL PODER EJECUTIVO

Natalia L. Monge¹

1. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto de estudio el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el ámbito del Poder Ejecutivo. Se examinarán cuatro pronunciamientos que exponen pautas aplicables al procedimiento administrativo y exhiben la responsabilidad estatal por incumplimiento a la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica (CADH, PSJCR). Desde ese vértice, se verá como el tribunal insiste una y otra vez, en la aplicación del derecho internacional de los Derechos Humanos en los tres poderes del Estado y la cada vez mayor recepción de la jurisprudencia de la Corte como obligaciones de todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles. Bajo este esquema, se concluirá que adoptar una doctrina del precedente en su dimensión vertical podría ser fructífera en miras a la seguridad jurídica y a la protección de la igualdad.

2. Tratamiento jurisprudencial

La CADH se adoptó en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Fue suscripta por nuestro país el 2 de febrero de 1984 y se ratificó el 14 de agosto de ese año reconociendo la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la CoIDH por tiempo indefinido, bajo condición de estricta reciprocidad. El texto de reserva y las declaraciones interpretativas realizadas por nuestro país a la Convención se concentraron en el artículo 21 referido al derecho de propiedad privada, las limitaciones, la pena del delincuente, la detención por deudas y el error judicial, respectivamente. Además, se dejó constancia que las obligaciones contraídas sólo tendrían efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación.

Frente a este escenario, surge la necesidad y conveniencia de instrumentar mecanismos o dispositivos de complementariedad entre las jurisdicciones internas e internacionales. Así, el control de convencionalidad interno o difuso se presenta como una herramienta idónea de convergencia de los subsistemas constitucional-convencional con alcances que van más allá del control judicial de convencionalidad, dado que, tal como lo señaló el tribunal en la causa “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” todas las autoridades públicas internas de un Estado, asumen la obligación de brindarle efecto útil al Sistema Interamericano de Derechos Humanos².

¹ Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPam. Magíster en Derecho Civil, FCEyJ, UNLPam.

² CoIDH, sentencia de fecha 24 de noviembre de 2006, voto razonado del Juez García Ramírez, párrafo 11.

Tal es así, que la CoIDH en oportunidad de entender en torno al control de convencionalidad en el caso “Masacres de Río Negro Vs. Guatemala”³ manifestó que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el Poder Judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana (párrafo 262).

Seis meses después, se expidió en el caso “Gelman Vs. Uruguay” del 20 de marzo de 2013⁴ y en torno al control de convencionalidad, la Corte señaló que se lo ha concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este tribunal (párrafo 65). Además, expresó que cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación de la Corte, intérprete última de la Convención Americana (párrafo 66).

Posteriormente, en la causa “Mendoza y otros Vs. Argentina” del 14 de mayo de 2013⁵, el tribunal remarca que, cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la CADH, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y ejecutivo, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer de oficio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (párrafo 221).

Por último, en el caso “Liakat Ali Alibux Vs. Surinam”⁶ del 30 de enero de 2014, la Corte expresa que la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad y recuerda que la obligación de ejercer

³ Sentencia del 04/09/2012. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf

⁴ Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf

⁵ Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf

⁶ CoIDH. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf

un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (párrafo 124).

Hasta aquí, podemos advertir que la Corte reafirma el control de convencionalidad como un deber y la obligación de todas las autoridades de la Nación de ejecutarlo.

3. La obligatoriedad de las resoluciones de la CoIDH

Para analizar este tema, necesariamente debemos partir del deber que imponen los artículos 62 y 68 del PSJCR. El primero, regula la posibilidad de todo Estado Parte de reconocer incondicionalmente y bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para ciertos casos *“como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”*. Asimismo, agrega que esa competencia resultará en *“cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta convención que le sea sometido”*. A su vez, el artículo 68 impone la obligatoriedad de tales resoluciones al interior de cada Estado Parte, señalando que *“se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”* y deja a salvo la posibilidad de llevar adelante la ejecución en el respectivo país según su procedimiento interno vigente para las ejecuciones contra el Estado. A ello se suma, que en los últimos años el tribunal amplió su mirada y a partir de la causa *“Barrios Altos vs. Perú”*⁷, expresó que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en la parte resolutive, sino que se extiende a los fundamentos del fallo, al dar amplias facultades a las partes para decidir el modo en el cual se materializaría la reparación por los derechos violados.

Una de las implicancias directas del sistema adoptado por la Convención es el deber de todas las autoridades de la Nación de realizar un control difuso de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención en el ámbito de sus competencias y regulaciones procesales (Lorena y Gustavo Vega, 2015:9). Lógicamente, ese deber alcanza al Poder Ejecutivo y sus órganos, en tanto se trata de un poder del Estado que ejerce materialmente función administrativa. Y detrás de todo deber existe una obligación, en este caso, de carácter convencional cuyo cumplimiento deviene necesario atento nuestro país como Estado Parte de la Convención.

Sin embargo, el control de convencionalidad está muy lejos de constituir una práctica doméstica del Poder Ejecutivo. La realidad indica que se trata de un ejercicio discontinuo enfocado en algunas temáticas, como plazo razonable, que colisiona con los principios que nos organizan como sociedad justa en términos de Dworkin (2002), en tanto que la mayoría de los casos son resueltos al amparo de la Constitución y de la ley, pero se pasa por alto que el principio de juridicidad se amplió a partir de la jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos.

En estos términos, debemos preguntarnos ¿existen alternativas viables para que el control de convencionalidad funcione como una práctica habitual y estable del Poder Ejecutivo en todas las temáticas y no sea una mera expresión de deseos? O, mejor dicho, que la aplicación de precedentes no se reduzca a citar y transcribir jurisprudencia y si bien juegan un papel definitorio en la solución de los casos, las herramientas para su aplicación resultan rudimentarias (Ahumada, 2020).

Considero que iniciar el proceso de adopción del precedente vinculante en su dimensión vertical o el reconocimiento de cierta fuerza o relevancia a lo resuelto por la CoIDH, podría ser una práctica que contribuya. Esto es, el seguimiento obligatorio de los fallos

⁷ CoIDH, sentencia del 14/03/2001. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf

de la Corte dejando de lado los márgenes de discreción del Poder Ejecutivo como para reconocer un verdadero deber de seguimiento u obligatoriedad.

Si bien este trabajo se concentra en un único poder público, la independencia judicial podría ser un argumento a la orden del día si pensamos en la relación del precedente vinculante y el Poder Judicial. Sin embargo, la respuesta a este argumento es que parte de una concepción errónea de la independencia judicial pues no se trata de un privilegio y garantía en favor del juez (y de su criterio), sino que el verdadero protagonista del proceso y beneficiario de las garantías procesales es el justiciable (Ratti Mendaña, 2020).

Finalmente, una de las conclusiones a las que este estudio permite arribar es que es necesario adoptar una doctrina del precedente de la CoIDH que reconozca su obligatoriedad vertical. Los órganos de la administración al verse compelidos por el precedente no podrán ser manipulados por el poder político para no ejercer el control de convencionalidad ni se verán habilitados a resolver el caso por motivos personales, razones ideológicas o subjetivas incumpliendo obligaciones convencionales.

ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS A LA IMPOSIBILIDAD IDEOLÓGICA DE ALCANZAR LA VERDAD EN EL PROCESO SEGÚN MICHELLE TARUFFO

Juan Carlos Rios Yaringaño¹

1.- La propuesta de Michelle Taruffo

Para comprender el pensamiento del autor, quisiera establecer un primer punto de partida sobre la base de lo vertido en su obra materia de examen:

La oposición entre la concepción del proceso como instrumento de resolución de conflictos y la idea de la búsqueda de la verdad sobre los hechos del caso se manifiesta habitualmente cuando se dice que la búsqueda de la verdad no puede ser el objetivo de un proceso que pretende solucionar conflictos. Se trataría, en efecto, de finalidades distintas e incompatibles: resolver conflictos significa encontrar la composición de intereses más satisfactoria para las partes y, eventualmente, también para el contexto social en el que ha surgido el conflicto, garantizando valores como la autonomía de las partes y la paz social; respecto de esta finalidad, la búsqueda de la verdad no es necesaria, puede ser incluso contraproducente y, en todo caso, representa una función extraña a la que se pretende al individualizar el punto de equilibrio que produzca la solución práctica del conflicto. (p. 38)

En este apartado, el autor señala que existe una manifiesta incompatibilidad entre las finalidades de los procesos que buscan de un lado resolver un determinado conflicto y del otro, la búsqueda de la verdad. Para la primera postura doctrinaria, añade, la búsqueda de la verdad no es necesaria, incluso puede llegar a ser contraproducente con su objetivo que es la de otorgar paz social.

La segunda perspectiva se centra en la búsqueda de la verdad como fin fundamental del proceso. Para él, la decisión judicial debe basarse en una adecuada averiguación de los hechos, sin lo cual la aplicación de la ley al caso en concreto no puede ser justa.

2.- Crítica a la propuesta elaborada

En el trasfondo de la propuesta de Taruffo subyace un problema central, graficar al proceso entendido como método de debate que resuelve conflictos, como uno sin interés en torno a la verdad.

Dicha perspectiva se basa que, a través del escenario de la dialéctica entre las partes, donde cada una de ellas expone y lleva al proceso lo que es materia de debate a fin de que su postura resulte ser la victoria en la contienda, siendo resuelto por un juez imparcial.

¹ Corte Superior de Justicia de Junín (Poder Judicial del Perú). Maestro en Derecho Procesal por la Universidad Peruana Los Andes. Autor del libro “La prueba en el proceso laboral”.

Aquí no es que se pretenda una decisión alejada de la verdad y más orillada a la arbitrariedad, como parece que sea vista, pues, ningún tipo de proceso en un estado constitucional de derecho tiene dicho objetivo en sus planes.

La verdad se encuentra latente en los ordenamientos procesales, a través de la etiqueta del principio de veracidad; pero, su averiguación tiene un matiz moderado, sin ir a todo galope llevándose en su marcha los demás principios procesales.

La búsqueda de la verdad, en esta sede es considerada como una finalidad más del proceso, pero no la principal. Respeta los demás principios sobre los cuales se edifica el proceso.

Quiero dar inicio a esta crítica a la propuesta de Taruffo, con la formulación de la siguiente interrogante:

¿La búsqueda de la verdad es la finalidad principal del proceso judicial?

La ola que dibuja la doctrina de la prueba que establece la búsqueda de la verdad como objetivo principal del proceso, ha sido realmente extensa desde más de dos décadas. Enarbolan las banderas de dicha escuela profesores de la talla de Michelle Taruffo, Jordi Ferrer, Carmen Vázquez, entre otros. Para Ferrer² (2007) “Ahora bien, si parece claro ya que la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial” (p.31).

Aunque su pensamiento se encuentra muy arraigado en toda Latinoamérica, siendo la mayoritaria en la doctrina filosófica – procesal, encuentro muy serias y fundadas críticas al respecto.

A mi modo de ver, que la decisión final a emitirse en todo procesal judicial debe orientarse a la verdad, creo que es compartida por la inmensa mayoría. Pues, de lo contrario, el hecho de sustentar la decisión última en razones falsas, sería abrir las puertas de par en par a la arbitrariedad, lo que resquebrajaría la seguridad jurídica.

Llegamos aquí a nuestra primera conclusión, que la verdad es una de las finalidades del proceso, pero, ¿será el objetivo principal? La contestación no puede ser sino negativa. Varias son las posibles respuestas a esta cuestión. Pues, en un Estado Constitucional de derecho, la finalidad principal del proceso, viene a ser el resolver una controversia en base a la tutela de derechos, con el fiel resguardo de las garantías procesales, y no la verdad propiamente.

Sobre este tópico, Susan Haack, añade (2016)³:

El objetivo básico de un juicio podría de hecho ser descrito, tal como la Corte Suprema dijo en el caso *Tehan* (1966), como la “determinación de la verdad”. Pero lo que *determinar* la verdad significa es llegar a una conclusión con respecto a los hechos de una forma jurídicamente correcta; que no es lo mismo que *buscar* mucho menos *descubrir* la verdad. (p.325-326)

Es tentador reforzar el punto anterior agregando que, al dar punto final a un proceso judicial, se hace sobre la base de los hechos y pruebas incorporadas por las partes, esa es

² Ferrer Beltrán, J. *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2007.

³ Haack, S. “La justicia, la verdad y la prueba: No tan simple, después de todo”, en Ferrer Beltrán, J. y Vázquez Rojas, C. (coords.), *Debatiendo con Taruffo*, Madrid: Marcial Pons.

la determinación de la verdad que se busca en el proceso, sostenida en la construcción argumentativa y probatoria únicamente de las partes, de nadie más. Lo que, resulta muy diferente a señalar que el objetivo principal del proceso es la búsqueda de la verdad.

Veamos esto un poco más de cerca, si fuera la verdad la finalidad principal del proceso, sobre su marcha se transgredirían muchos principios procesales: preclusión, cosa juzgada, contradictorio, congruencia, *tantum apellatum quantum devolutum*.

En cuanto a la preclusión, la búsqueda a toda costa de la verdad implicaría, de manera específica en el campo probatorio, admitir medios probatorios a pesar que la etapa procesal correspondiente para su incorporación ya feneció.

La cosa juzgada, perdería su condición de inmutabilidad, pues, el demandante pese a no haber tenido éxito en un proceso anterior, nuevamente interpone su demanda alegando que tiene pruebas que demostrarían la verdad “verdadera” sobre su caso.

El juzgador con la mirada puesta en la verdad, pone a un segundo plano la puesta en conocimiento de las partes intervinientes en el proceso, la admisión de la prueba de oficio, sin la verificación de éstas los criterios de relevancia y licitud para su admisión.

El principio de congruencia se agrieta, ya que, el juez para la búsqueda de la verdad, no se detiene únicamente en los pedidos y fundamentos de las partes.

El órgano jurisdiccional de segunda instancia, no analizará únicamente lo que es materia de apelación, extendiendo su análisis a aspectos no impugnados si encuentra en éstos la verdad.

El panorama antes expuesto, movería los cimientos de la estructura del proceso. El profesor Alvarado⁴ (2006), sobre la verdad, señala lo siguiente:

(...) el proceso regulado conforme al principio de contradicción se basa en la “verdad” de cada una de las partes y en la existencia de un tercero imparcial que no se convierte en investigador de los hechos objetivamente existentes, sino en simple verificador de los hechos afirmados por cada parte, con los elementos probatorios que propongan las partes y respetando las reglas del procedimiento que se convierten en garantías para las partes. De esta manera en el proceso no se persigue la verdad “verdadera” a toda costa, sino algo más humilde pero más real como es la “verdad legal”, la que es posible obtener en el proceso, y con las garantías propias del mismo. (p.163)

Sobre la idea de proceso, comulgo con las ideas del profesor Alvarado, en el sentido que el proceso es entendido como una contienda de posiciones, cuyos hechos son incorporados únicamente por las partes, lo que trae a su vez, la acreditación de dicha afirmación por medio de los elementos de prueba. La función del juez es verificar que el proceso se desarrolle con las debidas garantías y emitir una decisión cercana a justicia.

Ello implica que la intervención del juez en cuanto a sus facultades probatorias debe ser limitada; sin embargo, actualmente podemos apreciar que el ordenamiento procesal ha establecido a la prueba de oficio como una herramienta que juega un papel determinante

⁴ Alvarado Velloso, A., “El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria”, en Montero Aroca, J. (coord.), *Proceso civil e ideología*, Valencia: Tirant lo blanch.

en la práctica judicial. Esto da pie a nuestro segundo cuestionamiento sobre la doctrina de Taruffo.

¿La prueba de oficio en el proceso vulnera las garantías procesales?

De las reflexiones desarrolladas a lo largo de este trabajo, tenemos que la prueba de oficio tiene como sustento la búsqueda de la verdad en el proceso.

El carácter fecundo de este enfoque, llega a los terrenos de los diversos tipos de proceso; sin embargo, no nos debe limitar que alcemos la mirada y apreciar el panorama en su real dimensión.

Este apartado pretende desenmarañar algunas percepciones erróneas y arrojar luz sobre algunos confusos debates, tanto en su dimensión teórica como práctica.

Si la doctrina imperante considera a la búsqueda de la verdad como finalidad principal del proceso, me pregunto ¿no debería ser un deber?, que todo juez aspira para llegar a la verdad de los hechos y de esta manera a la obtención de una decisión justa.

Al plantearse la prueba de oficio como una potestad en la mayoría de ordenamientos procesales encuentro cierta incongruencia en su planteamiento, en la medida que no se buscaría en todos los casos la verdad, dejando a la voluntad del juzgador cada caso, pudiendo caer sus argumentos en la prédica de un subjetivismo arbitrario. Aquí, encuentro una fisura que puede volverse camino.

Para que se entienda en su justa medida, luego de efectuar el juez la valoración probatoria, se ha puesto en marcha la construcción de su decisión final, siendo consciente quién resultará victorioso en la contienda judicial de emplearse la prueba de oficio.

Con lo anterior en mente, les pido que imaginen un rompecabezas, de cualquier figura, que será la sentencia o decisión final, cada pieza constituye los elementos de prueba que la construyen. Luego de ser puestas las piezas (valorarlas), nos damos cuenta que falta una única pieza para completar la representación (prueba de oficio). Esta ausencia, no nos impide saber cuál es la imagen (decisión) que se encuentra preconcebida. La pieza faltante solo sirve para completar la figura (justificarla).

De faltar un cabo suelto sobre un tema de probanza respecto de un hecho materia de debate, no corresponde a la investidura del juez admitir prueba de oficio, porque con ese elemento de prueba, no es que cierra el círculo de su decisión, sino, a mi modo de ver, sirve para justificar o motivar su decisión previamente establecida. En los casos de falta de prueba, se debe recurrir a la institución procesal de la carga de la prueba.

Algunas posturas consideran que, con la aplicación de la prueba de oficio no se logra saber qué parte saldrá beneficiada. Pico I Junoy (2007)⁵:

En primer lugar, el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba, no

⁵ Pico I Junoy, J., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo “iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam” y su repercusión social*, Barcelona: Bosch. 2007.

sabe a quién beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es cumplir eficazmente la función jurisdiccional que la Constitución le asigna (p.112)

Sobre el particular, dicha alegación se encuentra remozada en un barniz estrictamente teórico, sin aterrizar en la práctica jurídica, padeciendo de miopía ante la realidad de los hechos.

El juez como tercero en la contienda, no puede intervenir en aspectos tan importantes como los probatorios, que a la postre van inclinar la balanza a favor de una de las partes, con ello se transgrede su imparcialidad. Al respecto Zuckerman (2020)⁶, indica lo siguiente:

Si el juez se inmiscuyera en la definición de los puntos centrales de la controversia, si estableciera qué pruebas habrían de buscarse y aportarse, si además dirigiera el interrogatorio de testigos y de peritos y participara de la disputa jurídica, el proceso entero sería susceptible de ser distorsionado por el sesgo de la confirmación, por el sesgo de la sobrecompensación o por el sesgo de grupo. El involucramiento personal del decisor siempre acarrea el riesgo de que adquiera simpatía o aversión por alguna de las partes, por lo que dicho decisor sería inconscientemente influenciado por tales sentimientos. (p. 91)

Con estas precisiones sobre la mesa, considero que la prueba de oficio debe ser abolida de toda clase de proceso, pues, vulnera la imparcialidad del juez. Pese a la marcada desigualdad de las partes intervinientes en el proceso, no se puede mirar a una de ellas con caridad o enmascarando su desidia, e inclinar la balanza a su favor, admitiendo como prueba de oficio, una que bien pudo ser ofrecida en la etapa postulatoria o de forma extemporánea.

Dejemos una vez por todas que los realmente interesados en el proceso, sean los que ofrezcan y acrediten sus hipótesis. La exclusión de la prueba de oficio, no nos pone frente a un escenario problemático que impida resolver las controversias, pues, el ordenamiento procesal nos traza el camino de solución a través del empleo de la carga de la prueba y su distribución, que calzan a la medida de la naturaleza de diversas clases de proceso, especialmente las no penales.

3. Conclusiones

La búsqueda de la verdad no es la finalidad principal del proceso, ya que, transgrede los principios procesales y la estructura misma del proceso.

La prueba de oficio como herramienta procesal derivada de la concepción que el fin del proceso es la búsqueda de la verdad, vulnera la imparcialidad del juez, garantía fundamental de todo proceso judicial.

En un Estado Constitucional de derecho, la finalidad del proceso es la tutela de los derechos, es decir, que se garanticen los derechos procesales a las partes durante la tramitación del juicio y asimismo en el momento de la decisión final. De esta manera se respetan los derechos fundamentales de naturaleza procesal a la par que se busca una

⁶ Zuckerman, A., “La averiguación de la verdad y el espejismo del proceso inquisitorio.”, en Ferrer Beltrán, J., y Vázquez Rojas, C., (coords.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial*, Madrid. Marcial Pons.

emisión cercana a justicia de acuerdo a la estructura del proceso y al respecto de los principios sobre los cuales se sostiene.

MÉTODO RACIONALISTA VS. MÉTODO CONSTRUCTIVISTA PARA LA TOMA DE DECISIONES JURISDICCIONALES

José Francisco Oyarzú y Marcela Vigna

1. Introducción

Tanto el racionalismo como el constructivismo constituyen métodos epistemológicos, por lo que la razón de ser de cada uno de ellos es conocer la verdad con la verdad.

La verdad que se busca obtener en el contexto jurídico, más precisamente en el ámbito jurisdiccional, es la verdad del hecho que se debe juzgar y la verdad en la aplicación, como correspondencia de la norma legislativamente expresada con el hecho que constituye su objeto concreto.

Trabajar con uno u otro método no es indiferente ni inocuo; por el contrario, es decisivo para anticipar la posible respuesta jurisdiccional, es una manera de entender el concepto de seguridad jurídica.

El método que se escoja para trabajar influye en el rol y en la actividad específica que desarrolla cada una de las partes del proceso (partes litigantes y juzgador).

Cuando se trabaja con el método racionalista se genera el riesgo de caer en una suerte de despotismo judicial, en razón de que la determinación de “la verdad” queda exclusivamente en manos del juez, quien a través de su sola razón selecciona la información que se le brinda y resuelve de acuerdo a su sola interpretación de la evidencia que prueba el hecho, el que a su vez es interpretado en su significación jurídica.

Este método de trabajo en su faz netamente práctica implica que los litigantes pueden despreocuparse de la fineza técnica necesaria para una adecuada litigación, toda vez que pueden dar información innecesaria o irrelevante, con la certeza de que el juzgador depurará el cúmulo de datos a fin de tomar su decisión.

El método constructivista, en cambio, confía en la capacidad del diálogo para buscar la verdad; lo que en el ámbito del litigio se traduce en una mayor sujeción del juzgador a las pretensiones y expectativas de los litigantes, toda vez que el resultado es producto de una labor colaborativa a fin de resolver el conflicto, teniendo como único límite el orden público.

Esto no debe confundirse con la tesis de la “única respuesta correcta” que aparece en las teorías de Dworkin y Alexy y que ha encontrado una formulación más abarcativa— y pretendidamente acabada— en el neoconstitucionalismo.

Este modelo se encuentra en una línea de pensamiento más habermasiana, donde la solución transita por un mecanismo equiparable a la racionalidad comunicativa y que pretende— aunque no siempre con bases teóricas tan explícitas— ser un ejercicio de una “situación ideal de habla”.

En este sentido es interesante la idea de Alexy de “racionalidad argumentativa” que García Amado¹ sintetiza de la siguiente forma: “La racionalidad argumentativa consiste en exigir que los argumentos en pro de cada solución, se manejen no cotejándolos con las preferencias y creencias del juez o individuo, llamado a decidir el caso, sino del modo

¹ García Amado, J. A. “¿Quiénes son los verdaderos formalistas en la teoría de la decisión judicial?”, *Rev. CAP Jurídica Central*, n° 5, 2019, p. 129.

como los considerarían cualesquiera miembros de una comunidad de argumentadores perfectamente racionales e imparciales”.

Tampoco debemos confundirle con el “constructivismo ético” que está en la base de estas posturas y que García Amado describe de manera sintética de la siguiente forma:

No podemos captar bien el panorama, si no tomamos conciencia de lo que el constructivismo ético representa para el constitucionalismo iusmoralista de nuestros días. Las teorías de la única decisión correcta en Derecho presuponen algún tipo de sintonía, entre el sujeto que en Derecho decide y ese orden objetivo externo a él. Si el Derecho es un sistema normativo que, sea cual sea la materia prima de sus normas (enunciados legales producidos por el Legislador racional, conceptos, valores), contiene una única solución correcta predeterminada para cada litigio -o casi-, hará falta que los jueces posean algún atributo o don, o cuenten con algún método, que les lleve a descubrir esa solución, que dé pie a que esa solución se les manifieste cuando deban emitir sentencias².

Este método de tipo colaborativo genera necesariamente la preocupación de los litigantes a fin de depurar su técnica de litigación argumentando de mejor manera, limitando el ámbito discrecional del juez.

García Amado³ nos hace una advertencia es su texto que nos parece importante considerar desde ya: debemos matizar dentro del Derecho continental y cuando examinamos el modelo de racionalidad no podemos atender sólo al elemento subjetivo— la forma en que el juez razona— sino que debemos tener a la vista el concepto de Derecho y las variaciones que el mismo ha tenido a lo largo del tiempo en ese espacio.

Como se encarga de aclarar, con esto refiere al modelo decimonónico donde la única racionalidad tematizada era la del legislador y siendo el juez un mero aplicador, no había mayor problema en representar su actividad con un esquema silogístico. Esto funcionaba igual en Alemania donde el puesto de la racionalidad legislativa lo ocupan los conceptos organizados genealógicamente.

No podemos terminar este apartado introductorio sin hacer referencia a la necesidad— obligación jurídica en la inmensa mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos— de motivar la decisión judicial.

Podemos seguir a González Hernández⁴ quien luego de hacer una interesante disquisición sobre el alcance de la “motivación” en los fallos judiciales; sea considerando los elementos internos o subjetivos que están presentes (como las ideologías, los contextos sociales, el estado de ánimo, los prejuicios y la cultura de quién resuelve); a lo que debemos sumar los externos. Esto nos lleva a tener que considerar no solamente la suficiencia de tal motivación sino la corrección de la misma y que el autor referencia como instancias de validación del fallo.

Pero cierra esta primera parte de su planteamiento con una frase que nos deja pensando: “A pesar de que lo plausible y lógica que resulta la afirmación de que la motivación racional y razonable es uno de los pilares esenciales de las resoluciones judiciales, en tanto que las justifican, dan sentido y validan, debe tenerse en cuenta que existen corrientes ideológicas que de forma estructurada y congruente evidencian que las sentencias no son, ni pueden ser razonadas ni razonables...”

² García Amado, J. A. “¿Quiénes son los verdaderos formalistas en la teoría de la decisión judicial?”, *Rev. CAP Jurídica Central*, n° 5, 2019, p. 121-122.

³ *Ibidem*, p. 103-104

⁴ González Hernández, S., “La racionalidad y la razonabilidad en las resoluciones judiciales (Distinguir para comprender)”. *Praxis de la justicia fiscal y administrativa*, Vol. 5, no 12, 2013, p.2.

2. Modelos de decisión judicial

2.1. Modelizaciones

Los modelos han sido asociados a los sistemas de pertenencia a nivel de tradiciones jurídicas, donde se ha diferenciado el *civil law* del *common law*.

Hoyos Rojas⁵ introduce la idea de “hibridación” entendida como aquella que “conecta el ‘formalismo neutral’ del *Civil law* con la ‘interseccionalidad dialógica’ del *Common law* produciendo criterios interpretativos antes ajenos a las tradiciones conocidas...”.

Una parte importante de autores en la actualidad sostienen que si bien se trata de dos modelos que pueden caracterizarse de forma diferenciadora, no son de ninguna forma antagónicos y son por tanto trasladables de uno a otro las conclusiones a las que se arriba sobre su funcionamiento.

MacCormick, luego de estudiar en profundidad el funcionamiento de los estatutos y de los precedentes- junto a un prestigioso grupo de investigadores europeos- concluye que no hay diferencias sustanciales y que los cánones interpretativos presentes en unos también aparecen en otro.

Podemos sintetizarlo en nuestras palabras de la siguiente manera: el esfuerzo interpretativo y argumentativo que se hace para encuadrar (o desencadenar) una situación fáctica en un cierto marco normativo está presente cuando de lo que se trata es de dar cuenta de esos mismos hechos frente a un precedente.

2.2. Formalismo y antiformalismo

Dice García Amado⁶ que existe una “paradoja del formalismo, consistente en que en la teoría de la decisión judicial, los verdaderos y más propiamente formalistas, son los que se dicen antipositivistas, principialistas y ponderadores. En este punto, hay que empezar por deshacer la confusión entre teorías formalistas de la validez de las normas jurídicas y teorías formalistas de la decisión judicial”; y establece a continuación una distinción que parece interesante considerar, señalando que

Son teorías formalistas de la validez las que mantienen, dentro de un sistema jurídico, el que sea, que una norma jurídica es válida, si satisface ciertas condiciones, que son formales, en sentido amplio de la expresión: si dicha norma ha sido creada por el órgano y con el procedimiento, que se estipula en otras normas del mismo sistema jurídico. La de Kelsen es, posiblemente, el ejemplo más radical de las teorías formales o formalistas de la validez jurídica.

Son teorías formalistas de la decisión judicial las que afirman que el juez puede y debe decidir correctamente los casos que se le someten, mediante la aplicación de un método de razonamiento, o un procedimiento intelectual que le permita hallar en el sistema jurídico la solución única, correcta (o casi), que en éste se contiene para cada pleito, sin que en tal proceso de decisión del juez, tenga que darse -o casi sin que tenga que darse- ningún elemento de valoración subjetiva, ninguna parte de discrecionalidad judicial. En este ámbito de la decisión judicial, todos los autores que a lo largo del siglo xx y hasta hoy, se pueden denominar como iuspositivistas y sean cuales sean las variantes de su iuspositivismo, son profundamente antiformalistas, pues todos, en mayor o menor medida, niegan que la decisión judicial correcta pueda objetivamente hallarse para cada caso o casi, a base de aplicar métodos lógicos, mecánicos, aritméticos o puramente formales, y todos resaltan el insoslayable componente de discrecionalidad judicial. Llega hasta tal punto esto, que una de las

⁵ Rojas, L. M. H. "Activismo y creativismo legal teoría de las ingenierías judiciales para la creación e interpretación del Derecho", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, vol., 1, n° 375, 2022, p. 92.

⁶ García Amado, J. A, *Op. cit.*, p. 100-101.

notas definitorias del iuspositivismo jurídico del siglo xx es precisamente esa: la afirmación de la discrecionalidad judicial.

Ese antiformalismo iuspositivista puede ser muy radical, como en el caso del iuspositivismo empirista del realismo jurídico escandinavo; puede ser muy fuerte, aunque matizado por la asunción del componente ideológico, que acompaña la autopercepción del juez como vinculado a la ley (Kelsen), o puede ir de la mano de una filosofía política, que haga énfasis en el sustrato moral de los sistemas jurídicos modernos y que propugne que los jueces hagan un uso de su discrecionalidad lo más leal posible con tal sustrato moral (Ferrajoli).

2.3. *La racionalidad en estos contextos*

Debemos hacer una primera aclaración: en estos contextos el término “racionalidad” recibe variadas conceptualizaciones y es utilizado de maneras muy distinta.

Podemos ver una primera distinción en González Hernández⁷ que nos sitúa en una nivel de pensamiento general y nos lleva en el ítem del pensamiento filosófico hasta Aristóteles para decirnos que es aquello que refiere a la razón.

Por su parte García Amado⁸ señala que

En la teoría del Derecho, se han dedicado ingentes esfuerzos y ríos de tinta para fundamentar la decisión racional de casos jurídicos. Siempre se conjugan dos elementos para este propósito: la racionalidad que se predique del Derecho mismo, en tanto materia, objeto, o realidad y el grado de esfuerzo, metodológicamente guiado, que se le pida al sujeto, que en Derecho decide, a fin de alcanzar la decisión jurídica correcta.

Asociado el formalismo a la idea de que los fallos se representan a través del silogismo clásico⁹, nos dice el autor que él mismo ha sido puesto “en serios apuros el realismo de aquellos jueces y profesores, que desde las primeras décadas del siglo xx, nos hicieron conscientes de que no es la lógica, sino la ideología la que mueve las decisiones judiciales, y que no es la competencia deductiva, sino la muy personal y situada intuición, la que determina los contenidos de los fallos”¹⁰.

Esto sufre una evolución que tiene una etapa muy importante en la primera mitad del siglo XX donde si bien se “enfrentan a normativistas con empiristas, a psicologistas con sociologistas, a neokantianos y a neohegelianos, etc., etc., [si] hay un acuerdo de fondo, en el cual el optimismo metafísico del siglo XIX está muerto, por mucho que los legisladores se esfuercen, [y se afirma que] el Derecho es incapaz de abarcar la compleja realidad social, en que los términos jurídicos tienen siempre su halo de indeterminación y en que los jueces crean o recrean el Derecho y obran con muy amplios márgenes de discrecionalidad”¹¹.

Luego de un interesante desarrollo que nos lleva intelectual y geográficamente por varios lugares de Europa concluye en que hoy la ponderación ha venido a ocupar el lugar del método silogístico o de la subsunción del siglo XIX. Ambos planteamientos tienen como pretensión última dar cuenta de que la discrecionalidad judicial es inexistente o marginal y que usando el método adecuado (subsunción o ponderación), el juez será capaz de hallar una respuesta única y correcta, que nunca dependerá de sus preferencias morales¹²

⁷ González Hernández, S., *Op. cit.*, p. 4-5.

⁸ García Amado, J. A., *Op. cit.*, p. 102-103.

⁹ O *modus ponens* o mecanismo de la subsunción.

¹⁰ García Amado, J. A., *Op. cit.*, p. 103.

¹¹ *Ibidem*, p. 108-109.

¹² *Idem*, p. 116-117.

3. Alguna jurisprudencia para ilustrar

Para el ámbito judicial y en particular para la toma de decisiones jurisdiccionales es preferible trabajar con el método constructivista y con mayor razón si se litiga en sistemas orales.

No obstante tal afirmación, debe existir un momento netamente analítico; es decir que debe desarrollarse un proceso de subsunción utilizando el silogismo jurídico, pero siendo conscientes que es insuficiente para construir la mejor respuesta al caso planteado.

La actividad colaborativa debe ser así entendida y asumida por las partes del litigio en procura de facilitar la tarea del decisor al no forzarlo a caer en el temido activismo judicial desbocado. Las partes litigantes deben recordar que en este tipo de modelo lo que ata al juez es la evidencia y los argumentos dados por las partes. Estás no pueden esperar que su falta de actividad (probatoria o argumentativa) sea suplida por quien ejerce la jurisdicción.

Habiendo desarrollado el marco teórico referencial podemos analizar un par de casos a fin de visualizar el funcionamiento concreto de cada modelo de toma de decisión y con tal objetivo se presentarán dos casos prácticos irreales pero posibles, vinculados al derecho penal y procesal penal.

3.1. Caso 1

Podemos pensar un supuesto en un proceso penal de corte acusatorio adversarial donde predomina la escritura en el cual quien representa al Ministerio Público Fiscal peticiona una intromisión en la intimidad de una persona adecuadamente imputada por un hecho de abuso sexual con acceso carnal en donde sobre el cuerpo de la víctima se hallaron rastros genéticos del agresor, por lo que el encargado de la investigación peticiona la extracción compulsiva de material genético del imputado peticionando la aplicación de la disposición contenida en el artículo 346 del Código Procesal de Salta (en adelante CPPS).

En este caso y dejando de lado la obviedad que no existe contradictor válido a la pretensión fiscal, un decisor que trabaje con un modelo racionalista conformaría el correspondiente silogismo donde la premisa mayor está dada por el relato legislativo (premisa normativa) en tanto que la premisa menor estará dada por el relato fáctico del hallazgo de material genético apto para el cotejo.

De este modo la premisa mayor al no poder ser cuestionada en su verdad sino solo en su validez se impone como de aplicación. En tanto que por su parte la premisa menor aparece como verdadera, por lo que la conclusión en la lógica racionalista es que corresponde autorizar la extracción compulsiva de material genético correspondiente a la persona imputada. Esa es la verdad.

Por el contrario, un decisor que trabaje sobre la base de modelos de razonamiento constructivista buscará generar el espacio contradictorio, entendiéndolo como un ámbito de diálogo en donde puede haber controversia o acuerdo. Este Juez o Jueza previo a decidir el pedido fiscal podría pedirle a este que le pregunte a la persona imputada si acepta o no tal injerencia en su cuerpo. De este modo y suponiendo que el imputado acepte la referida práctica, se evita el carácter violento de la actividad técnica genética por lo que la razonabilidad viene dada por el reconocimiento de la subjetividad de la persona humana y en la no afectación de su dignidad personal.

Ahora bien, en el supuesto que la persona imputada, previo asesoramiento con su defensa técnica decida no autorizar la intromisión en su cuerpo, este juez en particular deberá

buscar en el sistema procesal las reglas de decisión anticipada (art. 346 CPPS)¹³ y los principios fundamentales a fin de construir la decisión razonablemente adecuada al caso. Es decir, buscará más allá de la regla que autoriza la extracción compulsiva de material genético, los principios que regulan de manera general las particularidades, así verificará en atención a los argumentos y explicaciones brindadas y en los silencios la concurrencia de, por ejemplo, necesidad de la medida su idoneidad y fundamentalmente su proporcionalidad.

De este modo, el decisor podría llegar a la conclusión que, si bien es cierto que el representante del Ministerio Público Fiscal cuenta con tal facultad, las circunstancias del caso no ameritan la actuación compulsiva del Estado, ya sea porque resulta innecesario por ser sobreabundante (imaginemos la posibilidad que el hecho haya sido captado por una cámara de seguridad). Así se puede construir una decisión igualmente razonada sobre otro modelo de razonamiento más ligado a la retórica que a la racionalidad silogística.

3.2. Caso 2

Suponiendo un caso más ligado al Derecho Penal, podemos pensar un supuesto en que una mujer es requerida de juicio por el delito de Rufianería calificado por el parentesco¹⁴.

Este tipo penal en su tipicidad objetiva requiere de una persona que ejerza la prostitución y que la ganancia obtenida por tal actividad sea aprovechada por una tercera persona que no la haya promovido ni facilitado. A los fines del trabajo podemos suponer que el sujeto activo es la madre de quien se prostituye, siendo esta persona menor de 18 años, lo que implica una pena privativa de la libertad de al menos 10 años.

Supongamos que la persona que se prostituye solamente vive con su madre (la Rufián) inmigrante, escasamente instruida y sin una red familiar de contención en el país con escaso contacto con su núcleo de origen y la defensa técnica de esta argumenta y acredita la vivencia de situaciones de extrema vulnerabilidad por los motivos que fuesen. Un decisor racionalista al tener por acreditada la explotación económica de la prostitución de su hija en su aspecto objetivo y subjetivo, indefectiblemente debe condenar y por supuesto de manera efectiva.

Por el contrario, un Juez que trabaje sobre la base de un modelo constructivista, además de tener en cuenta las premisas del silogismo y considerando que este modelo lo que busca es dar la mejor respuesta posible al conflicto vería y valoraría la situación de

¹³ Art. 346.- La extracción de muestras en el cuerpo del imputado para la realización de pericias, deberá ser autorizada por el Juez de Garantías mediante auto fundado, en tanto no significare una invasión desmedida en su persona, considerándose especialmente el hecho que se pretenda acreditar. La negativa del imputado, en los casos en que el Juez rechazare el pedido no podrá presumirse en su contra, pero ello no impedirá que se realicen los procedimientos periciales con las muestras que se dispongan o que sean habidas.

¹⁴ Art. 127 del CP: Será reprimido con prisión de cuatro (4) a seis (6) años, el que explotare económicamente el ejercicio de la prostitución de una persona, aunque mediar el consentimiento de la víctima. La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión, si concurriere alguna de las siguientes circunstancias: 1. Mediar engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, o concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. 2. El autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, afín en línea recta, colateral o conviviente, tutor, curador, autoridad o ministro de cualquier culto reconocido o no, o encargado de la educación o de la guarda de la víctima. 3. El autor fuere funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria. Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión.

vulnerabilidad de la madre a más de evaluar las consecuencias de la decisión de condenar, esto es romper por completo el vínculo materno filial, único vínculo familiar subsistente de esta familia en situación social de marginalidad. La niña perdería a su madre y quedaría sin ningún tipo de red familiar de contención.

Ante este panorama un juez constructivista podría interpretar que la disposición legislativa no abarca ese contexto social en particular, es decir que la conducta por sus características no se encuentra alcanzada por la finalidad de la norma y en consecuencia la podría absolver por atipicidad. También podría pensar en perforar el mínimo de la escala penal y condenar por debajo de aquel límite y aún de manera condicional o de manera efectiva bajo la modalidad de prisión domiciliaria con asistencia social y psicológica a fin de mejorar el vínculo entre ellas al valorar aspectos tales como culpabilidad disminuida por vulnerabilidad frente al poder punitivo.

En este supuesto si la defensa técnica de la mujer no hubiese buscado acreditar la situación de vulnerabilidad previa y tampoco hubiese argumentado en tal sentido, el Juez se habría visto impedido de tomar en consideración tales aspectos no típicos de la conducta.

De igual modo y por imperativos normativos, la presencia de quien ejerce la representación complementaria de la niña es insoslayable, por lo que probablemente este Magistrado hubiese abogado por una solución que no implique la ruptura del vínculo y la orfandad de la niña.

4. Consideraciones finales

Para el ámbito judicial y en particular para la toma de decisiones jurisdiccionales es preferible trabajar con el método constructivista y con mayor razón sí se litiga en sistemas orales; pero esta afirmación involucra una importante cantidad de supuestos y tiene consecuencias diversas.

Esta dicotomía no hace sino poner de nuevo en agenda una vieja cuestión teórica y práctica: si los jueces crean Derecho y en qué medida son y o deben ser discrecionales; cada situación es única y por lo tanto la generalidad de la normativa aplicable nunca pueda dar cuenta de las particularidades de cada caso y es ahí donde los actores del proceso intervienen. Los diversos modelos históricamente y con ámbitos de validez y vigencia variables, dan soluciones cambiantes y que muchas veces no nos permiten hacer comparaciones que habiliten a conclusiones de mayores niveles de generalidad.

ISBN 978-950-863-558-7



9 789508 635587