Machine Translated by Google
RCMOS — Revista Científica Multidisciplinar El Conocimiento. ISSN: 2675-9128. São Paulo-SP.

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

El marco sin nombre: mitologías jurídicas de la elección judicial. Ponderación, consecuencias y automatización en el constitucionalismo postindustrial.

El marco sin nombre: mitologías jurídicas de la elección judicial. Equilibrio, consecuencias y automatización en el constitucionalismo postindustrial.

El hito sin nombre: mitologías jurídicas de la elección judicial. Consideración, consecuencias y automatización en el constitucionalismo postindustrial.

Pablo Dietrich — Estudiante de maestría en Derecho por la Universidad Estácio de Sá (UNESA), con especialización en Acceso a la Justicia y Eficacia Procesal. Licenciado en Derecho por la Fundación Universitaria Regional de Blumenau (FURB). Posgrado en Práctica Penal Avanzada. Abogado. (OAB/SC 41.212). Profesor de Filosofía de la Religión, Procedimiento Penal y Derecho Penal. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2467496149913328. ORCID: https://orcid.org/0009-0003-5447-0550. Correo electrónico: pablodietrichh@hotmail.com.

Resumen: La teoría constitucional contemporánea rechaza la tesis de Hans Kelsen según la cual, dentro del marco de la norma, el órgano aplicador elige mediante un acto de voluntad entre posibilidades de igual valor jurídico. Sin embargo, este rechazo no eliminó la indeterminación que subyacía a dicha tesis. Este estudio examina la hipótesis de que tres mecanismos característicos del constitucionalismo brasileño reciente —el equilibrio de principios, el argumento de las consecuencias prácticas y la automatización de decisiones— pueden operar, en ciertos usos, como mitologías jurídicas en el sentido de Roland Barthes: transforman una elección entre alternativas jurídicamente abiertas en una apariencia de necesidad y, con ello, restituyen la libertad del marco sin la denominación que Kelsen le dio. La desorientación de la sociedad postindustrial, descrita por Domenico De Masi, ofrece el contexto en el que esta transformación se vuelve plausible y deseable. En contraste, con el apoyo de Paul Ricoeur, Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas, se argumenta que decidir no puede ser una elección personal no declarada ni desvinculada de criterios antecedentes, sino un camino ordenado jurídicamente, cuya presencia se verifica en la propia justificación: declaración de alternativas, criterio antecedente, indicación del punto de bifurcación y impugnabilidad. La investigación es teórica, de orientación crítico-constructiva, con ilustración normativa y jurisprudencial.
Palabras clave: decisión judicial; discreción; Kelsen; Barthes; ponderación; consecuencialismo; inteligencia artificial.

Resumen: La teoría constitucional contemporánea rechaza la tesis de Hans Kelsen según la cual, dentro del marco de la norma, el órgano de aplicación de la ley elige mediante un acto de voluntad entre posibilidades de igual valor jurídico. Sin embargo, este rechazo no eliminó la indeterminación en la que se basaba la tesis. La hipótesis que se examina es que tres mecanismos típicos del constitucionalismo brasileño reciente —la ponderación de principios, el argumento de las consecuencias prácticas y la automatización de decisiones— pueden operar, en ciertos casos, como mitologías jurídicas en el sentido de Roland Barthes: transforman una elección entre alternativas jurídicamente abiertas en una apariencia de necesidad y, por lo tanto, restituyen la libertad del marco sin la denominación que Kelsen le dio. La desorientación de la sociedad postindustrial, tal como la describe Domenico De Masi, proporciona el contexto en el que esta transformación se vuelve plausible y deseada. Partiendo de las ideas de Paul Ricoeur, Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas, se argumenta que la decisión no puede ser una elección personal no declarada, desvinculada de criterios antecedentes, sino un proceso ordenado jurídicamente cuya presencia se verifica en el propio razonamiento: la exposición de las alternativas, el criterio antecedente, la indicación del punto de divergencia y la posibilidad de controversia. La investigación es teórica y crítico-constructiva, con ejemplos normativos y jurisprudenciales.

Palabras clave: decisión judicial; discreción; Kelsen; Barthes; ponderación; consecuencialismo; inteligencia artificial.

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google
RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar El Conocimiento. ISSN: 2675-9128. São Paulo-SP.

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

Resumen: La teoría constitucional contemporánea rechaza la tesis de Hans Kelsen según la cual, dentro del marco de la norma, el órgano solicitante elige mediante un acto de voluntad entre posibilidades de igual valor jurídico. Sin embargo, este rechazo no eliminó la indeterminación que sustentaba la tesis. Se examina la hipótesis de que tres mecanismos característicos del constitucionalismo brasileño reciente —la consideración de principios, el argumento de las consecuencias prácticas y la toma de decisiones automatizada— pueden operar, en ciertos usos, como mitologías jurídicas en el sentido de Roland Barthes: convertir una elección entre alternativas legalmente abiertas bajo el pretexto de la necesidad, para, con él, restaurar la libertad del hito sin la denominación que Kelsen le dio. La desorientación de la sociedad postindustrial, descrita por Domenico De Masi, ofrece el contexto en el que esta conversión se vuelve plausible y deseada. En contraste, con el apoyo de Paul Ricoeur, Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas, se considera que la decisión no puede ser una elección personal no declarada ni sujeta a criterios previos, sino más bien un proceso ordenado jurídicamente cuya existencia se verifica por sí misma: declaración de alternativas, criterios previos, indicación del punto de bifurcación y posibilidad de objeción. La investigación es teórica, de orientación crítico-constructiva, con ilustración normativa y jurisprudencial.

Palabras clave: decisión judicial; discrecionalidad; Kelsen; Barthes; consideración; consecuencialismo; inteligencia artificial.

1. Introducción

En marzo de 2008, el Tribunal Supremo Federal concluyó el juicio de una ley...
Paraná, que exigía a los distribuidores de gas licuado pesar los cilindros a la vista del cliente.
consumidor. Se estaba debatiendo la cuestión de si la medida era proporcional. El ministro Eros Grau expresó el
temor de que, con este enfoque, el tribunal no examinaría si la ley era constitucional para
para examinar si era bueno o malo. Cezar Peluso respondió que nadie invoca la proporcionalidad.
«Al azar, simplemente para discutir teoremas, pero para resolver conflictos entre valores constitucionales». Carlos Britto
añadió: «Es una cuestión de equilibrio». Y Eros Grau concluyó...
intercambio: “Eso no está escrito en la Constitución. Disculpe” (BRASIL, 2008, apud VIEIRA, 2017,
pág. 238).

El diálogo, breve y casi informal, resume todo el problema. Peluso y Britto hablan.
como si describiera una operación necesaria: existen valores contradictorios y el conflicto se resuelve.
sopesándolos. Eros Grau sospecha que la operación, presentada como necesaria, está encubriendo una
una elección que ningún texto autoriza. Ninguno de los tres afirma que el juez decida según su propio criterio...
preferencia. Todos, por el contrario, asumen que la decisión debe derivarse de algo distinto a la preferencia.
La voluntad de quien toma la decisión es importante. El desacuerdo radica en dónde se produce realmente esta derivación.
— y en relación con la sospecha de que, en ciertos casos, no sucede en ningún lugar.

Hans Kelsen había respondido a esta pregunta de una manera desconcertante. La norma general
Constituye un marco dentro del cual pueden encajar diversas decisiones, igualmente conformes a la ley;

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

La elección entre ellos no es un acto de conocimiento, sino de voluntad; y la cuestión de cuál es
Lo "correcto" pertenece a la política del derecho, no a su teoría (KELSEN, 1998, pp. 247-249). Pocos
Las tesis de la teoría jurídica del siglo XX fueron objeto de una feroz controversia. La tradición que se convirtió en convencional
Calificar a alguien de postpositivista o neoconstitucionalista ha construido en gran medida su identidad en oposición a esa ideología.
Ella: principios dotados de fuerza normativa, argumentación racional, integridad, coherencia,
Control intersubjetivo de la justificación. En Brasil, la crítica más persistente a la supervivencia.
La discreción kelseniana bajo nuevas formas es la de Lenio Streck, para quien la
La discreción, heredada del octavo capítulo de la Teoría Pura, es "el poder conferido a
El juez/intérprete tiene que elegir una entre varias alternativas, y esto debe superarse, así como...
el sujeto solipsista que lo sustenta (STRECK, 2011, pp. 20-23).2

Rechazada en teoría, la elección no ha desaparecido en la práctica. La indeterminación que Kelsen
describió — la pluralidad de significados de las palabras, la discrepancia entre texto e intención,
La contradicción entre normas simultáneamente válidas permanece inalterable. Lo que ha cambiado es...
su forma de hablar. La hipótesis es que algunos de los instrumentos más característicos de
El constitucionalismo brasileño reciente: el equilibrio de principios, el argumento de
consecuencias prácticas consagradas en la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño y la
La automatización de decisiones puede funcionar, en ciertos casos, como lo describió Roland Barthes.
Lo calificó de mito: un discurso que transforma lo producido en algo dado, algo elegido.
en algo encontrado. Cuando funcionan así, restauran la libertad del marco y lo eliminan.
El nombre. La elección regresa, ahora sin firma.

La hipótesis tiene un claro punto de contacto con la crítica de Streck, y eso es justo.
para reconocerlo inmediatamente. El objetivo, sin embargo, es ligeramente diferente. El juez que declara que decidirá.
«Según la propia conciencia» reconoce la elección; el mito, por el contrario, la disuelve. Es interesante.
menos la decisión que se supone que es una preferencia que la decisión que se presenta como
El resultado inevitable de un equilibrio, una proyección de efectos o un patrón estadístico.
La diferencia importa porque el remedio cambia. Frente a la elección confesada, basta con exigir razones;
Ante la disolución de las opciones, primero es necesario visibilizarlas.

La pregunta que guía la investigación puede formularse de la siguiente manera: si casi nadie
Argumenta que el juez elige libremente dentro del marco, entonces ¿por qué tantas decisiones se basan únicamente en...
No explican cómo se puede tomar una decisión, y por qué esta decisión rara vez aparece como tal. La respuesta

[2] La crítica se desarrolla más extensamente en ¿Qué es esto? — Decido según mi conciencia.
(STRECK, 2010). En el artículo de 2011, el autor también argumenta que la teoría de Robert Alexy recibió una lectura superficial en Brasil y que el equilibrio llegó a ser tratado como si fuera un principio en sí mismo, un fenómeno que él llama panprincipiologismo (STRECK, 2011, pp. 10-12).

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

La propuesta tiene tres partes. La primera es de diagnóstico: ciertos usos de ponderación, de
Las consecuencias de la automatización crean una apariencia de necesidad donde existe una alternativa.
El segundo punto es contextual: la desorientación de una sociedad que dejó de ser industrial sin
Encontrar un nuevo modelo de referencia, en términos de Domenico De Masi, hace que esta aparición...
especialmente deseado. El tercero es normativo: decidir no puede ser una elección personal.
declarado ni sustraído de criterios previos; debe ser un camino ordenado legalmente.
Y el orden de este camino puede verificarse en los cimientos mismos.

La tesis es deliberadamente moderada. No afirma que exista una única respuesta correcta para cada caso.
Respuesta correcta, incluso si se puede eliminar todo el margen de decisión. Afirma que el margen
El residuo debe ser reducido por criterios previos al caso y, cuando persista, declarado como
Así es. Tampoco acusa a los jueces de mala fe: en el lenguaje de Barthes, el mito no es una mentira, y el
Los hombres no mantienen "relaciones reales con ella, sino más bien relaciones de uso" (BARTHES, 2009,
(pág. 236). El análisis se centra en las formas de significar, no en las intenciones.

La investigación es teórica, con una orientación crítico-constructiva. Implica la lectura de los textos de Kelsen, Barthes,
De Masi, Ricoeur, Habermas y Ferrajoli como herramientas para un problema específico.
no como objetos de exégesis. Ilustración jurisprudencial y normativa: decisiones de la Corte Suprema
Decisiones de la Corte Federal reportadas en la literatura, el Código de Procedimiento Civil, la Ley de Introducción a
Normas de la legislación brasileña y Resolución N° 615/2025 del Consejo Nacional de Justicia —
Sirve para probar conceptos, no para medir frecuencias. No hay ninguna afirmación empírica sobre
La cantidad de decisiones míticas que se toman o se dan por sentadas.

2. El marco y el nombre de la elección

La tesis de Kelsen suele recordarse en forma de caricatura: el juez como legislador.
La teoría arbitraria y pura como licencia para el decisionismo. Texto del octavo capítulo de la Teoría.
La teoría jurídica pura es más sobria y, por esa misma razón, más inquietante. Comienza con una observación.
estructural. Entre la norma de nivel superior y el acto que la aplica existe una relación de
determinación, pero esta determinación “nunca es, sin embargo, completa”. Incluso la más
Una planificación meticulosa deja al ejecutor con decisiones que el emisor ni previó ni pudo haber previsto, de modo que
La norma superior siempre tiene, en relación con el acto que la aplica, "el carácter de un marco o
"marco que debe ser completado por esta ley" (KELSEN, 1998, p. 246).

La indeterminación puede ser intencional, cuando el legislador deliberadamente la deja a su discreción.
El agente encargado de hacer cumplir la ley tiene la opción de imponer una multa o pena de prisión, o bien, adoptar medidas sanitarias adecuadas a las diferentes situaciones.
Epidemias. También puede ser involuntario, y aquí es donde el análisis se vuelve interesante. La palabra de

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

La ley permite varios significados; la expresión verbal puede diferir de la intención que se presume de la persona.
Él lo editó; dos reglas que pretenden ser válidas al mismo tiempo pueden contradecirse entre sí. En todo
En estos casos, concluye Kelsen, "la ley que se va a aplicar forma [...] un marco dentro del cual hay
Existen diversas posibilidades de aplicación, por lo tanto, cualquier acto que se ajuste a la ley es válido.
Dentro de este marco o borde, rellene este marco de cualquier manera posible.
(KELSEN, 1998, p. 247). La interpretación cognitiva puede establecer el marco y comprender el
Las posibilidades que contiene; no se puede elegir solo una de ellas. Las diversas soluciones, "en la medida en que
que solo se evalúan según la ley aplicable", tienen "igual valor" (KELSEN, 1998, p. 247).

La consecuencia se dirige contra la teoría tradicional de la interpretación, que pretendía
Extraer de la ley, mediante un acto puramente intelectual, la única solución correcta. Kelsen lo llama...
afirmación de "autoengaño contradictorio": si la regla dejaba solo una posibilidad, no
Habría necesidad de interpretarlo; si deja varios, no hay conocimiento del derecho positivo.
uno puede elegir entre ellos (KELSEN, 1998, pp. 248-249). Los métodos de interpretación conducen
siempre refiriéndose a un resultado que es "únicamente posible, nunca a un resultado que sea el único correcto";
Los argumentos en contra y las analogías conducen a resultados opuestos sin ningún criterio que indique cuándo.
utilice uno u otro (KELSEN, 1998, p. 248).

En este pasaje hay una observación que la teoría posterior rara vez menciona, y que
A la luz del debate brasileño, adquiere una relevancia inesperada. Kelsen examina la técnica que...
En su momento, presentó la siguiente solución al problema de la elección: la ponderación de
intereses. Su respuesta es cortante. "El principio de la llamada consideración de intereses también es..."
Esto es simplemente una formulación, y no una solución, al problema en cuestión. No proporciona...
la medida o criterio objetivo según el cual se pueden reconciliar intereses opuestos.
"comparado" (KELSEN, 1998, p. 248). Y añade que este criterio no puede eliminarse de
norma, ley o ordenamiento jurídico general, porque surge la necesidad de interpretación
precisamente porque el sistema aún no ha tomado ninguna decisión sobre cuál de los intereses en
El juego tiene mayor valor (KELSEN, 1998, p. 248).

El objetivo inmediato de Kelsen era la jurisprudencia de los intereses de la mayoría alemana, no la
una ponderación de principios en la forma en que Robert Alexy la formularía décadas después. El paralelismo, por lo tanto
Esto es estructural, no histórico: en ambos casos, la pregunta crucial es ¿de dónde proviene?
Una medida común que permite comparar lo que se coloca en la balanza. Por lo tanto, la ponderación no es...
Llega a la atención de Kelsen como algo nuevo que debe ser refutado. Llega como una de las formas en que la teoría...
El enfoque tradicional consistía en llenar el encuadre sin admitir que lo estaba llenando. Kelsen no...
Niega su utilidad; niega que sea un método jurídico capaz de transformar una elección en...

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

conocimiento. Lo que queda, después de esta negativa, es el reconocimiento franco de que la aplicación

La ley combina conocimiento y voluntad:

> La interpretación cognitiva (obtenida a través de una operación de conocimiento) de la ley que se va a aplicar se combina con un acto de voluntad en el que el cuerpo que aplica la ley hace una elección entre las posibilidades reveladas a través de esa misma interpretación cognitiva (KELSEN, 1998, p. 249).

Obtener la norma individual, en la medida en que llena el marco, es "una función".

"voluntario", y la cuestión sobre la solución correcta "no es un problema de teoría jurídica, sino

un problema de política jurídica" (KELSEN, 1998, p. 249).

Dos observaciones completan el panorama. La primera se refiere al contenido de ese

que entra en el acto de voluntad. En la medida en que todavía haya alguna actividad cognitiva para

Además de arreglar el marco, no aborda el derecho positivo, sino otras normas: "normas

Valores morales, normas de justicia, juicios de valor social a los que solemos referirnos como expresiones.

corrientes como el bien común, el interés estatal, el progreso, etc." (KELSEN, 1998, p. 249).

Desde el punto de vista del derecho positivo, nada puede decirse sobre la validez de estas determinaciones;

Solo pueden caracterizarse negativamente, como aquello que no resulta de la ley misma.

La segunda observación es más seria. La interpretación realizada por el organismo solicitante es auténtica, es decir

Sí, crea leyes, y a través de este medio "se puede producir una norma que está completamente fuera de..."

El marco que representa la norma aplicable, especialmente cuando la decisión es definitiva e inapelable.

Proviene de tribunales de última instancia (KELSEN, 1998, p. 250).

La crítica habitual a este capítulo sostiene que Kelsen habría cedido la decisión a...

Elección arbitraria. La acusación es comprensible, pero desvía la atención del tema. Kelsen no recomienda esta elección;

Lo describe y le da un nombre. Y al darle un nombre, lo separa del conocimiento. El jurista que presenta

Considerar únicamente una interpretación políticamente preferible como la única correcta hace algo que la ciencia...

La derecha debe rechazarlo: presenta falsamente como verdad científica lo que es tan...

"Solo un juicio de valor político". La creencia en la univocidad de las normas es, para Kelsen, una

"Ficción utilizada por la jurisprudencia tradicional para consolidar el ideal de seguridad"

legal" (KELSEN, 1998, p. 251).

En este rechazo a la ficción reside una ética del lenguaje que a menudo pasa desapercibida.

Kelsen no dice que la libertad de elección deba ocultarse, ni que deba celebrarse. Dice que existe.

y que se le debe llamar por su nombre. Uno puede estar en desacuerdo con todo lo demás: con la tesis de que nada de

Los factores jurídicamente relevantes guían la elección de la remisión en función de la equivalencia entre las posibilidades.

Desde la elección hasta la política, pero es difícil discrepar con este requisito mínimo de veracidad. La teoría

La reforma constitucional que siguió supuso un desafío para Kelsen principalmente en los dos primeros puntos. Él buscaba...

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

para demostrar que los principios, la argumentación y la coherencia ofrecen criterios legales donde Kelsen vio solo voluntad. En muchos casos, se ha demostrado. Pero la indeterminación que describió Kelsen no es Fue abolido por decreto teórico, y donde no se aplican los nuevos criterios, la opción permanece. La cuestión, entonces, deja de ser si la opción existe y se convierte en cómo se presenta.

Es en este punto donde la práctica contemporánea puede, paradójicamente, revelarse como menos Más transparente que Kelsen. La elección que Kelsen calificó de acto de voluntad y aludió a la política. El término "ley" reaparece, en ciertos usos, bajo nombres que sugieren lo contrario: peso, consecuencia, El vocabulario ha cambiado. Ya no decimos "yo elijo", decimos "la balanza está inclinada", "la «Los efectos imponen», «el sistema indica». El lenguaje que Kelsen reservaba para el conocimiento se convierte en... para cubrir también el acto de voluntad, y el acto de voluntad desaparece bajo él. Para entender Este cambio significa que la teoría jurídica necesita un instrumento del que carece: una teoría de... Habla de transformar lo que se produce en datos.

3. El mito como discurso que absuelve

Roland Barthes escribió los ensayos para Mitologías entre 1954 y 1956, influenciado por... Noticias francesas: un combate de lucha libre, un anuncio de detergente, la cara de Greta. Garbo, un caso criminal. El punto de partida, relata el autor, fue “una sensación de impaciencia con la forma "natural" en que la prensa, el arte y el sentido común enmascaran una realidad continua que, por el hecho de ser aquella en la que vivimos, no deja de serlo. Esto es perfectamente histórico” (BARTHES, 2009, p. 11). El ensayo teórico que concluye el libro, "El mito, hoy", extrae una definición de esta impaciencia. El mito es un discurso, un sistema de Significado de segundo grado, y su función es precisa: "transformar una intención histórica en naturaleza, una eventualidad en la eternidad” (BARTHES, 2009, p. 234). En el mito, “las cosas Pierden la memoria de su producción” (BARTHES, 2009, p. 234).

El mito no opera mediante la negación. Barthes insiste en esto, y esta insistencia es crucial para... El uso previsto del concepto en derecho. "El mito no niega las cosas; su función es, Por el contrario, hablar de ellas simplemente las purifica, las exonera y las fundamenta en la naturaleza. y en la eternidad, les da una claridad, no de explicación, sino de observación” (BARTHES, 2009, pág. 235). Lo que se pierde no es el objeto, sino su historia: el acto humano que lo hizo, el alternativas que fueron descartadas, la persona que las descartó. De ahí la fórmula que define el mito en sociedad burguesa: "el mito es discurso despolitizado", siempre que la política se entienda en el sentido de... profundas, como el conjunto de relaciones humanas en su poder para construir el mundo. (BARTHES, 2009, p. 235). Pasando de la historia a la naturaleza, el mito “abole la complejidad de

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

"Los actos humanos" organizan "un mundo sin contradicciones, porque carece de profundidad" y crean un una claridad afortunada en la que "las cosas, por sí mismas, parecen significar algo en sí mismas". (BARTHES, 2009, pág. 235).

El análisis de Barthes tiene un objetivo histórico preciso: la ideología de la burguesía francesa. del período de posguerra, y la intención no es transponerlo completamente a la ley. Lo que se toma de él es el Mecanismo semiológico: la conversión de lo que se ha hecho en algo que simplemente es. El mismo. Barthes autoriza este uso más amplio cuando observa que el mito “se apodera de todo: la justicia, moral, estética, diplomacia” (BARTHES, 2009, p. 241), y cuando define el mito no por su No es el contenido, sino su forma. Cuando se aplica a una decisión judicial, el esquema es inmediatamente... reconocible. La toma de decisiones es un acto humano por excelencia: alguien, investido de competencia, Selecciona hechos, los califica, elige entre interpretaciones e impone consecuencias. La justificación puede narrar este viaje, con sus bifurcaciones y puntos de vacilación, o Puede presentar el resultado como si hubiera surgido de la materia misma. En el segundo caso, La decisión pierde la memoria de su creación. Es innegable que existe una decisión; está ahí. Firmado y publicado, pero depurado por elección. El resultado se presenta con claridad. "No es una explicación, sino una declaración de un hecho."

Barthes no necesitaba viajar para llegar a la corte. Uno de los ensayos de El volumen, "Dominici o el triunfo de la literatura", examina el proceso mediante el cual un viejo campesino... de los Alpes fue condenado por asesinato basándose en pruebas materiales inciertas y en un Lo que interesa a Barthes es la reconstrucción psicológica del crimen, elaborada por la fiscalía. procedimiento mediante el cual el sistema de justicia atribuyó al acusado una psicología que, de hecho, era la de El presidente del tribunal y el fiscal. La justicia, escribe, siempre está dispuesta a prestar Se describe al acusado como alguien que tiene "un cerebro de sobra para condenarlos sin remordimientos" y lo pinta "tal como debe ser". "ser, y no cómo son" (BARTHES, 2009, p. 52). Esta operación depende de un "mito" intermediario del que la autoridad siempre hace gran uso, ya sean los tribunales de justicia o el desde plataformas literarias, que es la transparencia y universalidad del lenguaje” (BARTHES, 2009, pág. 52). El ensayo termina con una advertencia que no ha perdido relevancia: todos somos amenazados con “ser juzgados por un poder que quiere escuchar exclusivamente el lenguaje que nos proporciona”, y “robar el lenguaje de un hombre en nombre del lenguaje mismo” es “porque donde comienzan todos los asesinatos legales” (BARTHES, 2009, p. 55).

El caso Dominici anticipa el tipo de mito que nos interesa aquí. El idioma oficial de El tribunal se presenta como el del sentido común, transparente y universal; el del acusado, como Variedad pintoresca. Son, de hecho, dos particularidades que se contraponen, pero una de ellas...

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google
RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar El Conocimiento. ISSN: 2675-9128. São Paulo-SP.

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

Tiene el honor, la ley y la fuerza de su lado. La universalidad del lenguaje judicial no es falsa porque
Todo es selectivo, y la selección no se hace evidente. Lo mismo podría aplicarse a los instrumentos más complejos.
Características de la toma de decisiones constitucionales contemporáneas: peso, consecuencia y estándar.
Se presentan como lenguajes universales, accesibles a cualquier observador razonable, y se esconden.
las particularidades de quién las maneja.

En otro texto, dedicado al discurso de los historiadores, Barthes ofrece una segunda
instrumento, complementario al primero. El historiador clásico busca suprimir de su discurso
Los signos del orador, como si los hechos hablaran por sí mismos. Esta ausencia no es neutralidad;
Es una forma de presencia. A nivel del discurso, la objetividad, entendida como una falta de...
Los signos del hablante, "aparecen así como una forma particular de lo imaginario, el producto de
lo cual podría denominarse una ilusión referencial, puesto que el historiador pretende dejar atrás el referente.
"hablar por sí mismo" (BARTHES, 2004, p. 169). La observación se generaliza: en cualquier discurso,
“La objetividad, a nivel del discurso —un nivel fatal, no lo olvidemos— es una construcción imaginaria.”
como cualquier otro” (BARTHES, 2004, p. 9). El sujeto que se excluye por preocupación por
La objetividad no desaparece; solo excluye a su "persona", y el sujeto permanece, ahora sin
rostro.

El razonamiento judicial se nutre de esta tensión. Existen buenas razones institucionales para ello.
El juez no debe escribir en primera persona el deseo: la decisión debe ser válida como un acto del Estado, no
como una confianza. Pero la impersonalidad formal puede deslizarse hacia la ilusión referencial, en la que
La Constitución "exige", los hechos "demuestran", los efectos "recomiendan" y la persona que
Seleccionado, cualificado y elegido, se vuelve invisible. La diferencia entre ambas situaciones no es...
No en la gramática, sino en la posibilidad de reconstruir el camino. Un fundamento impersonal.
Puede ser completamente rastreable; una justificación llena de "entiendo" y "considero" puede
ser completamente opaco.

Barthes también propone un inventario de las figuras retóricas a través de las cuales se construye el mito burgués.
reproducida. La lista es ciertamente incompleta y, en algunos lugares, desactualizada, pero varias de las
Las cifras sirven precisamente para el examen de la decisión judicial. La vacuna consiste en "confesar"
"El mal accidental de una institución de clase, utilizado para camuflar mejor su mal indispensable."
(BARTHES, 2009, pp. 242-243). La omisión de la historia presenta el objeto como proveniente de
eternidad y elimina, de inmediato, "determinismo y libertad. Nada se produce, nada es
"elegido" (BARTHES, 2009, p. 243); de esto surge un concepto común a la mayoría de los mitos,
“la irresponsabilidad del hombre” (BARTHES, 2009, p. 243). La identificación reduce al otro a
En efecto, y Barthes lo ilustra con el tribunal: los acusados solo alcanzan la existencia social si son

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google
RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar El Conocimiento. ISSN: 2675-9128. São Paulo-SP.

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

reducidos a meros simulacros del juez, "ya que la justicia es una operación de pesaje y la balanza
"Solo se puede confrontar lo mismo con lo mismo" (BARTHES, 2009, p. 244). La tautología define la
incluso por la misma razón, y se protege detrás de un argumento de autoridad: "es así porque es así".
Así" (BARTHES, 2009, p. 245). El ninismo postula dos fuerzas opuestas y las equilibra para rechazar
ambas: "la realidad se reduce inicialmente a términos análogos; estos luego se sopesan", y la
Los términos están equilibrados solo porque "han sido vaciados de su peso específico" (BARTHES,
2009, pág. 245). Cuantificar la calidad reduce toda calidad a una cantidad.
(BARTHES, 2009, p. 246). La observación, finalmente, tiende hacia el proverbio y la máxima: es
"una contraexplicación, el noble equivalente de la tautología", cuyo fundamento es el sentido común,
"una verdad que la decisión arbitraria de quien la pronuncia puede bloquear" (BARTHES, 2009,
pág. 247).

Según Barthes, las figuras se agrupan en dos signos principales: las Esencias y las
Escalas. La ideología que describe transforma los productos de la historia en tipos esenciales.
y hace que la realidad sea computable; y "la moral burguesa es esencialmente una operación de ponderación: la
Las esencias se colocan en la balanza, cuyo brazo inmóvil sigue siendo el hombre.
«burgués» (BARTHES, 2009, p. 247). La imagen es inquietantemente precisa para quienes...
El debate constitucional continúa. La balanza no es neutral solo porque alguien la sostenga; y quienquiera que
La póliza de seguro no aparece en el dibujo.

Es importante evitar dos errores al aplicar estas categorías. El primero sería tomar la
La crítica al mito se considera una acusación de mala fe. Barthes es explícito: el mito no se define por la intención.
No se trata de engañar, sino de una forma de significar, y la gente la usa según sus necesidades.
Una segunda idea errónea sería suponer que toda conversación sobre la decisión es mítica. Barthes reconoce que una
Lenguaje que no es lenguaje: el lenguaje del leñador que nombra el árbol que tala, lenguaje operativo.
vinculado a su objeto por el trabajo. Siempre que el hombre habla "para transformar la realidad, y no
más para preservarlo en imagen", el metalenguaje se remite a un lenguaje objeto, "y
«El mito se vuelve imposible» (BARTHES, 2009, p. 238). Esta distinción se retomará más adelante.
porque de ello depende la posibilidad de una fundación que no sea mítica.

4. Desorientación y búsqueda de necesidades

¿Por qué la elección judicial, precisamente ahora, debería buscar la forma de mito? La pregunta no admite una
respuesta causal simple, y esa no es la intención aquí. Sin embargo, es posible,
Describe el entorno en el que la aparición de la necesidad se vuelve especialmente deseable.

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

Domenico De Masi dedicó una buena parte de su obra posterior a este entorno y le dio un nombre: desorientación.

Según De Masi, la transición de la sociedad industrial a la postindustrial produjo un nivel de desorientación sin precedentes. Los períodos de transición siempre lo han experimentado; el nuestro... Ella sería la primera en experimentarlo “360 grados”, no en una esfera de la vida, sino en todas (DE (MASI, 2019, sección “Desorientación y diseño”). La causa principal no es la velocidad de cambio, pero la ausencia de un punto de referencia: “nuestra desorientación proviene de la falta de un un modelo universal y compartido, alineado con la sociedad postindustrial, que nos permite trazar el mapa de la "Coordinar nuestro presente y decidir con claridad las rutas y los destinos de nuestro futuro." (DE MASI, 2013, Conclusión). El modelo anterior ha llegado a su fin; el siguiente aún no existe. En este El autor señala que la necesidad de saber, cuando no se satisface, "aumenta el intervalo". desorientación” (DE MASI, 2019, sección “Desorientación y diseño”).

Dos aspectos de esta descripción son directamente relevantes para la decisión judicial. El primero es... Migración de preguntas. De Masi recuerda el caso de Eluana Englaro, una joven italiana que vivió diecisiete años en estado vegetativo y cuya alimentación artificial se interrumpió en 2009, a fin de una larga disputa que pasó por los tribunales de su país.3 La cuestión de si estaba viva. La muerte de la mujer movilizó a médicos, filósofos, teólogos y políticos, y demostró que incluso el principio y el final... de la vida, "considerada cierta y puntual a lo largo de toda la historia humana que nos precedió", Habían pasado “de un estado de certeza a un estado de hipótesis” (DE MASI, 2013, Conclusión). El mismo autor nos recuerda que el Occidente clásico “estaba guiado por la mitología, la inteligencia y "Por ley" y que, con ideologías y maestros perdidos, ya no se sabe a qué modelo recurrir. (DE MASI, 2013, Conclusión). Cuando los mecanismos de orientación tradicionales se debilitan, Las preguntas que respondieron no desaparecen; buscan otro lugar donde puedan ser... decisiones. Los tribunales son uno de esos lugares, porque tienen algo que pocas instituciones... Conservan: el deber de responder.

En Brasil, esta migración adquirió su propia forma institucional. Oscar Vilhena Vieira Describe como supremacía el poder sin precedentes atribuido al Tribunal Supremo Federal. tener la última palabra sobre las decisiones tomadas por otras ramas del gobierno en materia política y económica, Se trata de cuestiones morales y sociales, y él lo atribuye a la desconfianza en la política y a la hiperconstitucionalización de la vida. Brasileño (VIEIRA, 2018, cap. 4). Los datos relevantes para el argumento son la observación que proviene próximo:

[3] La interrupción fue autorizada por los tribunales: el Tribunal de Casación italiano estableció, en 2007, las condiciones para la suspensión del tratamiento, y el Tribunal de Apelación de Milán, en 2008, reconoció que estaban presentes en el caso (ITALIA, 2007; ITALIA, 2008).

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google
RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar El Conocimiento. ISSN: 2675-9128. São Paulo-SP.

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

> La supremacía de la Corte Suprema también se ha visto favorecida por su amplia discreción, resultado de la ausencia de una cultura consolidada de precedentes en el país; la dificultad que tiene la Corte para establecer estándares interpretativos; así como la falta de voluntad de la Corte Suprema para someterse solo a lo que han solicitado las partes (VIEIRA, 2018, cap. 4).

La expansión de los asuntos presentados ante el tribunal y la ausencia de criterios estables para Tomar decisiones sobre estas cosas va de la mano. El resultado, documentado por el mismo autor, es lo que él llama... "Efecto lotería": casos que son muy similares legal y políticamente, como los nombramientos de Luiz. Inácio Lula da Silva a la Casa Civil en 2016 y Moreira Franco a la Secretaría General de Presidencia en 2017, recibe respuestas opuestas según el ministro que las reporta (MS 34.070 y MS 34.609, citado por VIEIRA, 2018, cap. 4).

El segundo rasgo de la desorientación es la demanda de simplificación. De Masi observa que, Ante un fenómeno misterioso, primero lo simplificamos "en términos poéticos y míticos, teológico" y solo entonces, metódicamente, lo simplificamos científicamente (DE MASI, 2019, sección "Desorientación y diseño"). Y distingue dos simplicidades: la que resulta de una complejidad resuelta y una "simplicidad primitiva e infantil, que proviene de la ignorancia de fenómenos o la voluntad, tal vez inconsciente pero obstinada, de no ver su complejidad" (DE MASI, 2019, sección "Desorientación y diseño"). La distinción puede tomarse en el Tribunales sin violencia. Una simple decisión puede ser el desenlace de una situación compleja. confrontado; también puede ser la forma que adopta la negativa a confrontarlo. El mito jurídico Pertenece al segundo tipo: ofrece la simplicidad del resultado sin el trabajo que lo justificaría.

La relación entre desorientación y mito debe afirmarse con cautela. No es sostenible. que la sociedad postindustrial provoque reflexión, consecuencialismo o automatización, ni que estos son síntomas de ello. Se argumenta algo más modesto: en un entorno donde el Las cuestiones llegan a los tribunales sin un modelo preexistente para organizarlas, y en las que la autoridad de Los jueces recurren cada vez más a opiniones no arbitrarias; y la utilidad de las formas de expresarlo aumenta. Presente la decisión según sea necesario. La desorientación no produce el mito, pero lo genera. ocasión. El juez que necesita responder una pregunta sin una respuesta preparada y que no puede decir "Yo elijo" encuentra, en el lenguaje del peso, la consecuencia o el estándar, una salida que Satisface simultáneamente el requisito de decidir y el requisito de no aparentar que se está eligiendo.

5. Tres mitologías de la toma de decisiones

Los tres instrumentos que se examinan a continuación no son de naturaleza mítica. Cada uno de ellos cada uno tiene su propia justificación, y cada uno puede emplearse de una manera que haga que la decisión sea más, y

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

No menos controlable. La cuestión, en cada caso, es bajo qué condiciones el instrumento deja de funcionar. ordenar la decisión y luego proceder a encubrirla.

5.1 La balanza: principios de pesaje

La defensa del principio de equilibrio surge de una observación que Kelsen no pondría en duda: Las constituciones contemporáneas consagran derechos y valores que, en casos específicos, entran en juego. tensión. Oscar Vilhena Vieira deja clara la consecuencia. Los derechos no son ni suposiciones absolutas ni esferas insuperables; antes de que se realicen en el mundo práctico, "Tendrán que sopesarse frente a los intereses y valores de la sociedad, muchos de los cuales también protegidos como derechos. Solo mediante una ponderación de los hechos en un caso específico se puede que podremos vislumbrar con seguridad la dimensión de un derecho" (VIEIRA, 2017, p. 23). Antes Además, la ley es una razón a priori, un signo de que el interés protegido debería tener mayor peso en conflicto con intereses no protegidos.

La versión teórica más elaborada de esta postura, la de Robert Alexy, no se limita a Imagen de la escala. Estructura proporcional en pruebas de adecuación sucesivas. necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y somete la evaluación final a una ley. según el cual el grado de restricción de un principio debe corresponder a la importancia de satisfacción de la otra.4 El legislador procesal brasileño incorporó parte de este requisito: "En En caso de conflicto entre normas, el juez deberá justificar el objeto y los criterios generales de ponderación. llevado a cabo, indicando las razones que autorizan la injerencia en la norma ignorada y las premisas. circunstancias fácticas que sustentan la conclusión" (BRASIL, 2015, art. 489, § 2). La ponderación así La regulación no es una licencia; es una carga.

El problema, por lo tanto, no reside en la ponderación en sí misma, sino en el uso que la transforma de... procedimiento en fórmula. El propio Streck, un duro crítico de la recepción brasileña de Alexy, Él señala que la teoría ha recibido "una lectura superficial" de una parte considerable de la doctrina y de los tribunales, hasta el punto de que el equilibrio se trata como si fuera, en sí mismo, un principio. (STRECK, 2011, págs. 10-11). El diálogo en ADI 855 ilustra el pasaje. Cuando Peluso afirma que nadie invoca la proporcionalidad "aleatoriamente" y Britto agrega "es un juicio de "Pesaje", el pesaje se invoca como la naturaleza de la operación, no como una Un procedimiento cuyos pasos pueden verificarse. El nombre del método sustituye al método.

[4] Véase Alexy, 2008. La estructura se menciona solo en sus líneas generales, como una postura rival; el argumento no depende de ningún desarrollo técnico adicional de la teoría.

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

Las figuras de Barthes nos permiten describir con precisión lo que ocurre en estos usos.
En primer lugar, está el equilibrio. La ponderación mítica reduce los bienes heterogéneos: la libertad de expresión.
y honor, propiedad y vivienda, seguridad y privacidad: estas son grandezas inconmensurables y, en
A continuación, péselos. Pero la conmensurabilidad no reside en los bienes mismos, sino que se produce por la operación que se lleva a cabo.
Se presenta como una mera observación de pesos. Barthes describió este movimiento casi
Literalmente: la realidad "se reduce inicialmente a términos análogos; estos luego se sopesan".
(BARTHES, 2009, p. 245). La segunda figura es la cuantificación de la calidad. Asignar a una
derecho a describir un peso como "ligero", "medio" o "pesado", o a hablar de una intensidad "mayor" o "menor" de
La restricción puede ser un instrumento útil de exposición; se vuelve mítica cuando el número o el adjetivo
No se justifica por nada más que el resultado deseado. El peso, en este caso, no...
Precede a la conclusión; es la conclusión escrita de otra manera.

La tercera figura es la más sutil. Barthes llamó ninismo a la operación que coloca dos [figuras].
los opuestos y los equilibra (BARTHES, 2009, p. 245). En el equilibrio, el ninismo aparece cuando,
después de afirmar que ninguno de los principios en juego es absoluto y que ambos merecen ser considerados.
En el contexto de la protección, la decisión adopta una solución "intermedia" o "armonizadora" sin explicar el porqué.
La línea se trazó en ese punto y no en otro. La simetría de las premisas da como resultado...
una apariencia de equilibrio que prescinde de la necesidad de justificar la medida. Barthes observa que la
El ninismo es un comportamiento mágico: se niega a elegir entre condiciones difíciles y huye de la realidad.
reduciéndolo a opuestos que se equilibran entre sí solo porque se les ha despojado de su peso.
específico. La armonización puede ser la solución correcta; lo que la hace mítica es la ausencia de
razones para el punto exacto en el que se detiene.

Una cuarta figura completa el panorama: la vacuna. Reconociendo los riesgos de sopesar las opciones —
Subjetivismo, inseguridad, activismo y advertencia sobre la necesidad de precaución y
El razonamiento riguroso es valioso cuando el reconocimiento va acompañado de
procedimiento. Cuando no llega, funciona como la vacuna descrita por Barthes, quien confiesa una
Daños accidentales para proteger mejor los daños estructurales (BARTHES, 2009, pp. 242-243). Se admite
que la evaluación "puede" ser subjetiva, para luego afirmar que en ese caso particular no lo fue.
sin que haya nada en el texto que permita verificar la diferencia.

Kelsen, como se ha visto, ya había declarado que el equilibrio de intereses es "simplemente un
formulación, y no ninguna solución" al problema de la elección (KELSEN, 1998, p. 248). La frase
Se puede leer de dos maneras. Leído como una tesis general, argumenta que no se ha tenido en cuenta ninguna ponderación.
Su propio contenido jurídico, y en esa forma es impugnable: § 2 del artículo 489 del Código de Procedimiento Civil.
Civil demuestra que es posible imponer una ruta verificable en la ponderación. Se trata como un diagnóstico.

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

Desde una perspectiva de uso, describe con precisión el mítico balance de ideas. Cuando la decisión anuncia el balance de ideas. Sin revelar el objeto, los criterios, las razones de la injerencia y las premisas fácticas, la ponderación Es simplemente el nombre del problema, colocado donde debería estar la solución.

Luigi Ferrajoli añade una dimensión institucional a este diagnóstico. Jurisdicción, Para él, se trata de una función de garantía, un poder vinculante que requiere la aplicación sustancial de las reglas. funciones superiores, a diferencia de las funciones discrecionales del gobierno, que solo requieren la con respecto a estas normas (FERRAJOLI, 2011, p. 532). Por lo tanto, contrastar las reglas aplicables y Los principios que solo son ponderables "corren el riesgo de oscurecer y debilitar el valor vinculación de segundos, lo cual es aún más grave si estos están revisando el rango constitucional" (FERRAJOLI, 2011, p. 533). La observación invierte la expectativa habitual. La ponderación A menudo se presenta como el instrumento que da fuerza a los principios constitucionales; utilizado Como fórmula, puede tener el efecto contrario, porque transforma el principio en peso variable, cuyo La precisión depende de la evaluación de la persona que sostiene la báscula.

5.2 El hallazgo: el argumento de las consecuencias prácticas

El segundo mecanismo surgió, en parte, como reacción al primero. Ley n.º 13.655/2018 introdujo en la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño una disposición cuyo propósito El objetivo declarado era contener las decisiones basadas en principios vagos: "En los ámbitos administrativos, En un contexto de control y judicial, las decisiones no se tomarán basándose en valores legales abstractos sin que estos sean... considerando las consecuencias prácticas de la decisión" (BRASIL, 2018, art. 20). El único párrafo Agrega que la justificación demostrará "la necesidad y la pertinencia de la medida impuesta o la invalidación de un acto, contrato, acuerdo, proceso o norma administrativa, incluso en relación con posibles alternativas" (BRASIL, 2018, art. 20, único párrafo).

El propósito es antimítico, y vale la pena reconocerlo. El legislador desconfiaba de las decisiones. quienes sacaron conclusiones concretas de valores abstractos sin considerar los hechos y exigieron que El responsable de la toma de decisiones observó el mundo en el que su decisión produciría efectos. El único párrafo, cuando exigir prueba de necesidad y conveniencia a la luz de posibles alternativas, contiene una de las piezas más valiosas de cualquier proceso de toma de decisiones ordenado: la obligación de decir la ¿Qué más se podría haber hecho?

Sin embargo, el párrafo inicial traslada la indeterminación en lugar de reducirla. Anteriormente, el inicio era... No se trata solo de valor; ahora también se trata de pronóstico. Las consecuencias de una decisión no son hechos. disponibles en el momento en que se realiza la declaración; estas son proyecciones, que dependen de supuestos sobre el comportamiento futuro de las personas y las instituciones, basado en datos que casi siempre son incompletos y de

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google
RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar El Conocimiento. ISSN: 2675-9128. São Paulo-SP.

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

decisiones sobre qué efectos cuentan y cuáles no. La regulación federal de la ley, editada para el
la administración pública, lo revela con notable franqueza: en el nombramiento de
En términos de consecuencias prácticas, el responsable de la toma de decisiones presentará "solo aquellas consecuencias prácticas que, en
Mediante el desempeño diligente de sus funciones, podrán discernir, a la luz de los hechos y los méritos del caso.
y legal" (BRASIL, 2019, art. 3, § 2). La consecuencia, según la propia regla, es que
que quien toma la decisión puede vislumbrar. El tema que el argumento consecuencialista parecía eliminar.
La escena reaparece en el texto que la regula.

Cuando la consecuencia proyectada se presenta como una proyección, con los datos que la
Apoyan los supuestos que presupone y las alternativas que considera: el argumento
El consecuencialismo es perfectamente compatible con una decisión ordenada. Se convierte en algo mítico.
cuando la proyección se presenta como un hallazgo. La figura de Barthes describe el fenómeno:
La observación tiende a la conclusión final de abarcar un mundo ya creado y enterrar "la huella de esa creación".
bajo evidencia eterna"; su fundamento es el sentido común, "una verdad que la decisión
La naturaleza arbitraria de quien la pronuncia puede bloquear" (BARTHES, 2009, p. 247). Frases como "un
"Mantener la medida generaría una grave inseguridad", "otorgarla produciría un efecto".
Afirmaciones como "multiplicador" o "la decisión opuesta haría inviable el servicio" pueden ser ciertas. Pero,
Las afirmaciones hechas sin los elementos que permitirían refutarlas funcionan como observaciones que
Ningún recurso puede ser eficaz porque no ofrece ninguna premisa que atacar.

La segunda noción de Barthes completa el diagnóstico. El argumento de las consecuencias.
Produce un efecto realista: la referencia a los efectos en el mundo da a la decisión la apariencia de estar anclada
en hechos, y no en la valoración de quien la toma. Es la ilusión referencial que Barthes...
identificado en el historiador clásico, que "pretende dejar que el referente hable por sí mismo" (BARTHES,
2004, pág. 169). Los efectos no hablan por sí mismos; alguien los selecciona, los diseña y los evalúa. A
La pregunta es qué consecuencias importan: las económicas, las fiscales, las que recaen sobre
Las partes involucradas, las que afectan a terceros, las obligaciones a corto o largo plazo: no se responde con
los hechos. Se responde con criterios, y estos criterios, cuando no se mencionan, son simplemente...
La preferencia del responsable de la toma de decisiones, revestida de realidad.

Aquí hay una ironía que merece ser señalada. Kelsen dijo que, al completar el formulario,
El marco incluye juicios de valor social a los que solemos referirnos como "bien común, interés".
"del Estado, progreso" (KELSEN, 1998, p. 249). El argumento consecuencialista mítico
Reintroduce precisamente estas nociones, ahora en forma de pronóstico. El "interés del Estado"
Ahora se denominará "impacto fiscal", "progreso", "seguridad jurídica" o "entorno de
"Negocios"; "bien común"; "efectos sistémicos". No hay nada ilegítimo en considerar estos conceptos.

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

elementos. El problema radica en presentarlos como datos cuando son valoraciones, y en
Por lo tanto, están exentos de la justificación que se requeriría para una evaluación.

5.3 El estándar: automatización de decisiones

El tercer mecanismo es el más reciente y el más propenso a la exageración, de
Por lo tanto, lo mejor es comenzar con lo que no se afirma. No se argumenta que los sistemas de inteligencia
La inteligencia artificial ya está decidiendo procesos judiciales en Brasil. Resolución n.º 615/2025 del Consejo
El Departamento de Justicia Nacional otorga a estas herramientas un carácter auxiliar y complementario, prohibiendo su uso.
utilizar “como instrumento autónomo para la toma de decisiones judiciales sin el debido proceso”
orientación, interpretación, verificación y revisión por parte del magistrado”, que “permanecerá
"totalmente responsable de las decisiones tomadas" y establece que el sistema no puede
“restringir o sustituir la autoridad última” de sus usuarios internos (CONSEJO)
LEY NACIONAL DE JUSTICIA, 2025, art. 19, § 3, II, y art. 32, párrafo único). Tampoco es...
argumenta que las herramientas de triaje, la agrupación de casos o la redacción de textos son, en sí mismas,
indeseable. En un sistema que experimenta el "efecto lotería" descrito por Vilhena, los mecanismos
Las medidas que aumentan la coherencia entre decisiones similares pueden representar un progreso real.

El argumento se centra en otra cosa: en la forma que la automatización tiende a dar a...
Toma de decisiones asistida. Un sistema que sugiere la clasificación de un caso y señala precedentes.
“Similar” o propone un borrador que incorpora las decisiones tomadas tanto antes como después del caso.
¿Qué datos se utilizaron para entrenarlo, qué categorías organizan estos datos, qué criterios...?
Se adoptó la similitud y se consideró aceptable un margen de error. Estas elecciones no son...
ilegítimos; son inevitables. El riesgo es que lleguen al proceso como un estándar, es decir, como
algo que simplemente es como es. Barthes dio a esta forma el nombre de omisión de la historia: la
El objeto se presenta como si viniera de la eternidad, eliminando simultáneamente la
Determinismo y libertad, y el resultado es que "nada se produce, nada se elige".
(BARTHES, 2009, p. 243). De esta figura, señala Barthes, surge otro concepto común a [ellos].
Mitos: "La irresponsabilidad del hombre" (BARTHES, 2009, p. 243).

La regulación brasileña reconoce el problema y busca abordarlo. Resolución No.
El Reglamento 615/2025 exige una supervisión humana eficaz y prohíbe las soluciones que no permitan la revisión.
factores humanos con respecto a los resultados, o aquellos que generan dependencia absoluta del usuario e imponen mecanismos de
explicabilidad. Para soluciones clasificadas como de alto riesgo, el requisito de
Sin embargo, la explicabilidad conlleva una cláusula reveladora: debe adoptarse.
“siempre que sea técnicamente posible” (CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA, 2025, art. 13,

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

VII) La cláusula es realista; no se puede exigir lo imposible. Pero está registrada en el propio texto.
Las consideraciones regulatorias indican que hay operaciones cuya trayectoria puede no reconstruirse por completo.
Esto ocurre, la responsabilidad formal del magistrado permanece, pero existe la posibilidad de explicar
Se reduce la información sobre lo que se eligió y por qué.

La automatización añade una dimensión al problema que los otros dos mecanismos no tienen.
Tienen: la dispersión de la autoría. En la consideración mítica y la observación consecuencialista, hay...
un sujeto menos identificable cuya elección está oculta. En la toma de decisiones asistida por el sistema, el
Las opciones relevantes se distribuyen entre quienes diseñaron el sistema, quienes seleccionaron los datos,
quién configuró los parámetros y quién finalmente aprobó el resultado. Cada uno puede, con
Por alguna razón, atribuir la decisión a otros. La figura de la irresponsabilidad, que en Barthes era
Un efecto del lenguaje, que aquí encuentra un apoyo material.

De Masi, al describir la sociedad industrial que estamos dejando atrás, nos recordó que
Se había recurrido a "muchos brazos y pocos cerebros", y el taylorismo había transformado al trabajador.
en “un apéndice automático de máquinas” (DE MASI, 2019, sección “Inteligencia y
(sentimientos). La advertencia tiene un posible paralelismo en la jurisdicción. No se trata de temer que la
La idea de que una máquina reemplace a un juez es una hipótesis que la ley actual rechaza, pero sirve para evitar la estandarización.
Convertir la firma del juez en un apéndice de un viaje que no realizó.
La consistencia producida por un sistema que repite fielmente una elección no declarada es
Coherencia sin orden: los casos se resuelven de forma similar, pero nadie puede decirlo con certeza.
Al final, ¿por qué habrían de serlo?

Por lo tanto, los tres mecanismos comparten una estructura común. En cada uno de ellos, un
Una operación que implica elección: asignar ponderaciones, seleccionar y proyectar consecuencias, definir
patrones: se presenta de una forma que sugiere necesidad. En cada uno de ellos, la elección
No se niega, sino que se purifica: pierde la memoria de su producción. Y en cada uno de ellos el
La libertad del marco kelseniano vuelve a operar sin el nombre que Kelsen le dio. Kelsen dijo
"Acto de voluntad"; la balanza, la verificación y el estándar dicen "resultado".

6. Decidir no es elegir: el camino legalmente ordenado

La crítica del mito conlleva un riesgo claro: el de acabar con un mito opuesto. Si el equilibrio,
La observación y el estándar oscurecen una elección; la tentación es responder que, si se gestiona bien, la
Esta interpretación legal eliminaría toda posibilidad de elección y siempre conduciría a la respuesta correcta.
Sin embargo, la respuesta solo reemplazaría una declaración absuelta por otra. Kelsen ya lo había predicho...
La ficción de creer en la univocidad de las normas (KELSEN, 1998, p. 251), y la advertencia continúa.

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google
RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar El Conocimiento. ISSN: 2675-9128. São Paulo-SP.

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

válido. Lo que se busca no es la supresión de la elección, sino su ordenación: un camino en el que la
El margen residual se reduce según criterios previos al caso y, cuando persiste, parece
tal como.

6.1 Entre el dogmatismo y el escepticismo

En su teoría de la interpretación de textos, Paul Ricoeur ofrece el marco que este
Es necesario definir el camino. El punto de partida es la autonomía semántica del texto escrito. Separado de
Independientemente de la intención del autor, el texto puede construirse de diversas maneras, y es posible que se produzcan malentendidos.
...e incluso inevitable; comprender es, en primer lugar, conjeturar. Pero la conjetura no es el fin de...
proceso. Para Ricoeur, “si no hay reglas para formular buenas conjeturas, existen métodos para validarlas”.
las conjeturas que hacemos” (RICOEUR, 1987, p. 88). La validación no es verificación empírica;
Se aproxima a una lógica de probabilidad. Y, en un paso que es de interés directo para el derecho,
Ricoeur la define como "una disciplina argumentativa comparable a los procedimientos legales".
Utilizada en la interpretación jurídica, una lógica de incertidumbre y probabilidad cualitativa.
(RICOEUR, 1987, pág. 90).

La conclusión de Ricoeur responde, casi palabra por palabra, a la tesis de "igualdad" de Kelsen.
El valor de las posibilidades que contiene el marco reside en los procedimientos de validación.
También los procedimientos de invalidación, y el papel de falsificación lo desempeña el conflicto.
entre interpretaciones rivales. “Una interpretación no solo debe ser probable, sino más probable que
¿Qué otra interpretación existe? Y para concluir:

> Si bien es cierto que siempre existen varias maneras de construir un texto, no todas las interpretaciones son iguales. El texto presenta un campo limitado de posibles construcciones. La lógica de la validación nos permite navegar entre los dos límites del dogmatismo y el escepticismo (RICOEUR, 1987, p. 91).

Las dos tesis pueden colocarse una al lado de la otra. Kelsen y Ricoeur coinciden en que el texto
Permite más de una interpretación; ambas rechazan la ficción de una única respuesta. Discrepan en...
lo que sigue. Para Kelsen, las posibilidades, determinadas únicamente por la ley, tienen igual valor, y la
La elección entre ellas escapa a nuestra comprensión. Para Ricoeur, las posibilidades conforman un campo.
limitado y puede ser jerarquizado por argumentos de validación e invalidación; la elección final,
Cuando queda, es una elección entre lo que queda después de ese trabajo. El marco no
Desaparece, pero deja de ser homogénea. Dentro de ella, existen regiones más y menos sostenibles.
La tarea de justificar la decisión consiste en mostrar en qué categoría se encuadra y por qué.

Jürgen Habermas proporciona este marco con la precisión necesaria. En la reconstrucción que
Propone una diferencia entre verdad y corrección normativa, el predicado "correcto", a diferencia de

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

del predicado 'verdadero', "agota su significado en 'aceptabilidad idealmente justificada'".
(HABERMAS, 2004, p. 280). No existe un mundo de objetos que confirme la veracidad.
Desde fuera, existen razones, y las razones tienen la última palabra. Por lo tanto, la consecuencia que importa aquí es:
“Siempre hay razones mejores o peores, nunca la 'única correcta'” (HABERMAS, 2004, p. 308).
Habermas formula la tesis en relación con el discurso moral práctico, y no con la aplicación de la ley.
positivo, que tiene sus propios supuestos institucionales; lo que queda de él es solo el límite que
Impone una regla contra cualquier afirmación de veracidad basada en la razón. La frase impide el intercambio de mitos.
Por otro lado, la decisión no se justifica por haber encontrado la respuesta que ya estaba en el sistema, sino
porque ofreció las mejores razones disponibles y las presentó de una manera que pueden ser
examinado y cuestionado. También señala que el modelo del juez neutral, que aplica una ley ya...
El paradigma existente se ha vuelto insuficiente para un juicio imparcial cuando...
Las normas comenzaron a requerir justificación (HABERMAS, 2004, pp. 297-298). Habermas
La observación se formula en relación con el discurso moral; cuando se aplica al sistema legal, sugiere que,
Cuando el criterio aplicado es abierto, la imparcialidad deja de ser sinónimo de neutralidad.
Quienquiera que la aplique, exige una explicación de las razones que justifican su implementación.

6.2 La jurisdicción como poder limitado

La estructura hermenéutica de Ricoeur y la teoría de la corrección de Habermas necesitan...
un anclaje institucional, porque la decisión judicial no es simplemente una interpretación del texto: es
ejercicio del poder. Ferrajoli proporciona este ancla al distinguir entre las funciones del gobierno y
funciones de garantía. Las primeras, legislativas o ejecutivas, son discrecionales y están legitimadas.
especialmente en lo político; les basta con respetar las normas más elevadas. El segundo grupo, entre el cual
La jurisdicción es el ejemplo típico; se trata de "poderes limitados" a los que se requiere aplicación.
sustancial de las normas superiores y cuya legitimidad es totalmente legal (FERRAJOLI, 2011,
(p. 532). La misma distinción aparece, en una formulación más política, en la obra en la que el autor
Examina la crisis de la democracia italiana: las funciones e instituciones de garantía se legitiman mediante
"sujeción a la ley, en particular a la universalidad de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución".
establecido”, y no por representación (FERRAJOLI, 2014, p. 68).

La definición tiene un detalle instructivo. Para Ferrajoli, el rasgo que distingue la jurisdicción
de cualquier otra actividad de toma de decisiones es precisamente “la verificación de lo previsto por
la norma aplicada y, sobre la base de ella, su calificación jurídica” (FERRAJOLI, 2011, p. 532).
La palabra es la misma que Barthes usa para uno de los personajes del mito, y la coincidencia ayuda a...
separar las dos cosas. El hallazgo jurisdiccional, en el sentido de Ferrajoli, es verificable: se refiere

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google
RCMOS – Revista Científica Multidisciplinar El Conocimiento. ISSN: 2675-9128. São Paulo-SP.

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

Un hecho es una norma y puede ser refutado por evidencia o interpretación. El hallazgo mítico,
En el sentido de Barthes, es la que no ofrece nada que refutar. De esta distinción se deduce una
Una consecuencia que la crítica del mito visibiliza. Una función de garantía que decide por elección.
Un enfoque no declarado, sin confesarlo, se asemeja a una función gubernamental, pero sin la legitimidad.
La política que justifica esta discreción. El juez no fue elegido para elegir entre
políticas; se invirtió para aplicar la ley. Cuando la elección es necesaria, porque la
La incertidumbre no pudo superarse; es necesario declararla y justificarla con razones que...
Se pueden controlar, de lo contrario el poder de garantía perderá su característica distintiva. Ferrajoli
En otro contexto, recuerda una lección que atribuye a la "experiencia eterna" de Montesquieu:
El poder, en ausencia de límites y controles, tiende a concentrarse y "transmutarse" en...
"Ausencia de reglas, en poderes salvajes" (FERRAJOLI, 2014, p. 15). El autor estaba pensando en
poderes políticos y económicos, y la extensión al poder judicial no le pertenece; sin embargo, parece que
natural: un poder de garantía que decide sin un camino verificable no está exento de límites porque
diseño, pero está libre del control por efecto.

6.3 Cuatro requisitos verificables

El camino ordenado legalmente se puede describir mediante cuatro requisitos. Ninguno.
Una de ellas es nueva, y casi todas encuentran respaldo en el derecho positivo brasileño. Lo que se propone es
Considérenlos en conjunto como criterio para distinguir una decisión ordenada de una elección encubierta.

El primer paso es exponer las alternativas. La justificación debe mencionar las soluciones.
Opciones legalmente disponibles, no solo la elegida. Sin eso, es imposible saber siquiera cuál fue.
El campo de decisión. El requisito se encuentra en el único párrafo del artículo 20 del LINDB, que solicita:
demostración de la necesidad y la idoneidad de la medida, incluso a la luz de posibles
alternativas" (BRASIL, 2018), y el deber de confrontar argumentos capaces de refutar la
conclusión (BRASIL, 2015, art. 489, § 1, IV). Una decisión que no dice lo que podría haber dicho.
Lo que se hizo no nos permite saber lo que él hizo.

El segundo es el criterio antecedente. Lo que separa las alternativas debe preceder a...
caso reutilizable: el texto, el precedente, una regla de carga argumentativa, un estándar de prueba,
una orden de examen. El criterio que se forma únicamente en el momento de la decisión y que no serviría
En ningún otro caso es indistinguible de la preferencia. El requisito corresponde al deber de
los tribunales para mantener una jurisprudencia "estable, consistente y coherente" (BRASIL, 2015, art. 926) y para
La observación de Vilhena de que la capacidad de respuesta judicial no puede resultar de "una postura"
"El enfoque voluntarista de un tribunal", pero requiere "la construcción de estándares racionales para la toma de decisiones".

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

decisiones" (VIEIRA, 2018, cap. 4). En términos ricoeurianos, es el criterio antecedente el que permite
Validación: sin ella, no hay forma de decir que una interpretación es más probable que otra.

La tercera es la indicación del punto de bifurcación. Incluso después de...
Si se aplican alternativas y se consideran los criterios disponibles, puede quedar más de una solución sostenible.
Aquí es donde la tesis moderada diverge tanto de Kelsen como de sus adversarios. Frente a Kelsen,
Argumenta que este residuo no necesariamente coincide con todo el marco, porque
La validación puede reducir el campo de estudio. Contrariamente a la idea de una única respuesta, reconoce que el residuo puede...
existir. Y requiere que, cuando exista, se indique: la decisión debe especificar en qué momento podría existir.
Podría haber sido diferente, y por qué no lo fue. Este requisito es la forma legal de veracidad que Kelsen...
Apelaba a la ciencia del derecho. La opción que no se podía eliminar debía, al menos, ser nombrada.

El cuarto punto es la posibilidad de ser cuestionado. Cada paso del razonamiento debe poder ser impugnado.
con un argumento identificable. Una decisión que solo ofrece ponderaciones sin justificación,
Las consecuencias sin datos o los estándares sin criterios no ofrecen nada que cuestionar y, por lo tanto, no
Realmente se puede revisar; solo se puede reemplazar por otra opción. El mito, dijo.
Barthes organiza "un mundo sin contradicciones, porque carece de profundidad" (BARTHES, 2009,
(pág. 235). La decisión cuestionable es lo opuesto: expone las premisas en las que podría estar equivocada.

Los cuatro requisitos nos permiten retomar los tres mecanismos examinados y decir de qué manera.
Bajo ciertas condiciones, cada uno deja de ser mítico. El pesaje se ordena cuando se cumplen los requisitos del § 2.
El artículo 489 del Código de Procedimiento Civil exige: objeto, criterios, razones de la injerencia,
premisas fácticas — y cuándo la asignación de ponderaciones se justifica por algo que va más allá del resultado.
Un argumento consecuencialista es ordenado cuando presenta las consecuencias como proyecciones.
con los datos y las hipótesis que los respaldan, y cuando se establece el criterio que los hace relevantes.
La automatización es compatible con la toma de decisiones ordenada cuando lo que propone el sistema puede ser...
reconstruida, discutida y rechazada, y cuando la elección que representa se trata como una elección.
En todos los casos, la pregunta es la misma: ¿puede otra persona recorrer la misma ruta?

6.4 Dos objeciones

La primera objeción proviene del propio Kelsen. Si la indeterminación es irreductible, entonces todo
En un caso abierto, tomar una decisión implica una elección, y exigir que la decisión no sea una elección equivaldría a restablecer la decisión anterior.
La ficción de la univocidad. La objeción es válida contra una tesis fuerte, que afirma que decidir nunca
Implica elección. El argumento presentado es diferente. Admite que la elección puede persistir después de la
La validación y el rechazo se limitan a solo dos cosas: la elección personal no declarada y la elección que se le resta.
criterios previos. Kelsen deja así de ser simplemente el adversario y se convierte en

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

Aliada parcial. Él vio la oportunidad y la designó; su error fue suponer que la ley no tenía nada que decir al respecto.
cómo estrecharlo, y que el residuo es siempre todo el marco. La teoría de Ricoeur muestra que
Entre el valor igual de todas las posibilidades y la única respuesta correcta, existe un espacio intermedio.
ocupado por una argumentación que prioriza construcciones contrapuestas.

La segunda objeción es más seria y proviene de Barthes. Si toda la charla sobre las cosas puede
Al convertirse en algo mítico, el mismo "camino legalmente ordenado" puede transformarse en lo siguiente:
mito: la racionalidad procedimental como una nueva naturaleza, el razonamiento exhaustivo como
Una nueva forma de absolver la decisión. El riesgo es real. Una decisión puede enumerar alternativas y
criterios solo para completar un formulario, y el formulario completado puede funcionar como la vacuna de
de lo que hablaba Barthes. La respuesta reside en la distinción que el propio Barthes ofrece entre la
Lenguaje metalingüístico que habla de las cosas y lenguaje operacional que las transforma.
El lenguaje del leñador no es mítico porque está vinculado a su objeto por el trabajo; siempre
Aquello de lo que se habla para transformar la realidad, y no para preservarla como una imagen, el mito “se convierte en
"imposible" (BARTHES, 2009, p. 238). El razonamiento ordenado se aproxima a esto.
El lenguaje no solo declara criterios, sino que los pone en práctica a la vista de todos: cuando cada paso
Puede revisarse y cada premisa puede ser cuestionada. El criterio distintivo no es la presencia de
ciertas palabras, pero impugnabilidad efectiva. Una enumeración formal de alternativas que no
permite identificar por qué se prefirió uno de ellos; falla en el cuarto requisito y, por lo tanto, no
El diagnóstico es inevitable. La objeción no destruye la tesis; la obliga a reconocer que ninguna
El procedimiento es inmune al uso mítico, y la vigilancia sobre el lenguaje de la decisión no...
Finaliza con la adopción de un método.

7. Consideraciones finales

La pregunta inicial fue por qué, si casi nadie defiende la decisión del juez,
Dentro de ese marco, muchas decisiones solo pueden explicarse como elecciones, y por qué.
Esta opción rara vez aparece como tal. La respuesta que prevaleció es que la opción rechazada
A través de la teoría, ha encontrado, en la práctica, formas de decir que lo disuelven. La ponderación utilizada como
La fórmula, el argumento consecuencialista presentado como hallazgo y la automatización adoptada.
Como patrón, pueden funcionar como mitologías jurídicas: no niegan la decisión, sino que la purifican.
de la elección, y de esta manera devuelven al juez la libertad del marco kelseniano sin la
El nombre que Kelsen le dio. Kelsen habló de un acto de voluntad y de la política del derecho; el mito.
Habla de resultados.

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

El diagnóstico tiene limitaciones que deben repetirse. No llega al punto de sopesar...
consecuencialismo o automatización como tal, pero usos específicos, identificables por
La ausencia de una ruta verificable. No dice nada sobre la frecuencia de estos usos. Y no...
Se pretende eliminar la indeterminación. La contraparte normativa es igualmente...
modesto: la decisión no puede ser una elección personal no declarada ni estar exenta de criterios.
antecedentes; debe ser un camino ordenado legalmente, reconocible por la declaración de
alternativas, según el criterio previo al caso, indicando el punto en el que la decisión podría haber sido
Ha sido otra cuestión, y existe una posibilidad real de controversia. Ricoeur demuestra que este camino existe.
entre el dogmatismo de una única respuesta y el escepticismo de igual valor; Habermas, a quien él...
legítimo por mejores razones, y no por poseer una verdad que prescinda de razones; Ferrajoli,
que se lo exige un poder que se define a sí mismo como una garantía.

Lo que queda es el aspecto que hace que el problema sea más que una simple cuestión técnica.
La desorientación descrita por De Masi no se limita a los tribunales; también tiene repercusiones en...
Participación democrática. La proliferación de información no garantiza, por sí sola, la comprensión.
problemas públicos y la inseguridad frente a cambios que son difíciles de interpretar pueden
favoreciendo respuestas simplistas y soluciones autoritarias. En este escenario, la decisión judicial
Lo que se presenta como necesario, cuando en realidad es una opción, empeora la situación. Lo excluye del debate público.
la percepción de que había alternativas y que alguien elegía entre ellas; se convierte en algo natural.
Lo que era una decisión y lo que podía ser controvertido, permanecía en silencio. Barthes llamaba al mito discurso.
despolitizado, en el sentido preciso de un discurso que borra de las cosas la huella del acto humano que
Tal y como lo hizo. Una jurisdicción que se expresa de esa manera no se vuelve más neutral; se vuelve menos susceptible de controversia.

La protección de los derechos fundamentales depende, por tanto, de la educación crítica, de
pluralismo y posibilidades efectivas de participación y desafío al poder, incluyendo
el poder del juez. El razonamiento detrás de sus decisiones no debilita el
autoridad judicial; le otorga la única forma de autoridad compatible con una sociedad que ya
No acepta ser gobernado por esencias. El juez que dice donde podría haber decidido de otra manera,
Y al no hacerlo, ofrece a la crítica pública aquello de lo que el mito lo priva: la posibilidad de discrepar con la razón. Quizás
parezca poco ante la desorientación de una época. Pero es la realidad.
para que la decisión judicial sea un acto que pueda entenderse y ser cuestionado, y no solo una
Este es un resultado que debe aceptarse.

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

Referencias

Alexy, Roberto. Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducido por Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARTHES, Roldán. El rumor del lenguaje. Traducido por Mario Laranjeira. 2da ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BARTHES, Roldán. Mitologías. Traducido por Rita Buongermino, Pedro de Souza y Rejane Janowitzer. 4ª edición. Río de Janeiro: DIFEL, 2009.

BRASIL. Tribunal Supremo Federal (Pleno). Acción directa de inconstitucionalidad Caso n.º 855/PR. Relator: Magistrado Octavio Gallotti. Autor de la opinión: Magistrado Gilmar Mendes. Sentencia dictada el 6 de marzo de 2008.

BRASIL. Ley N° 13.105, del 16 de marzo de 2015. Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial de la Unión, Brasilia, DF, 17 de marzo de 2015. BRASIL. Ley N° 13.655, del 25 de abril de 2018. Incluye en el Decreto-Ley N° 4.657, del 4 de septiembre de 1942 (Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño), disposiciones sobre seguridad jurídica y eficiencia en la creación y aplicación del derecho público. Gaceta Oficial de la Unión, Brasilia, DF, 26 de abril de 2018.

BRASIL. Decreto N° 9.830, de 10 de junio de 2019. Regula lo dispuesto en los artículos 20 a 30 del Decreto Ley N° 4.657, de 4 de septiembre de 1942, por el que se establece la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño. Gaceta Oficial de la Unión, Brasilia, DF, 11 de junio de 2019.

CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA. Resolución N° 615, del 11 de marzo de 2025. Establece directrices para el desarrollo, uso y gobernanza de soluciones desarrolladas con recursos de inteligencia artificial en el Poder Judicial. Brasilia, DF: CNJ, 2025.

DE MASI, Domenico. El futuro ha llegado. Traducido por Marcelo Costa Sievers. Río de Janeiro: Casa da Palavra, 2013. Libro electrónico.

DE MASI, Domenico. El mundo aún es joven: conversaciones sobre el futuro próximo con Maria Serena Palieri. Traducido por Sieni Cordeiro Campos y Reginaldo Francisco. São Paulo: Vestígio, 2019. Libro electrónico.

FERRAJOLI, Luigi. Principio iuris: teoría del derecho y la democracia. v.1: Teoría del derecho. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trota, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Poderes salvajes: la crisis de la democracia italiana. Traducido por Alejandro Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

HABERMAS, Jürgen. Verdad y justificación: ensayos filosóficos. Traducido por Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

ITALIA. Tribunal Supremo de Casación. Sección I Civil. Sentencia n.º 21748, de 16 de octubre de 2007. Roma, 2007.

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.

Machine Translated by Google

Año VI, vol. 1 2025 | Envío: 22 de octubre de 2025 | Aceptación: 26 de octubre de 2025 | Publicación: 30 de octubre de 2025

ITALIA. Tribunal de Apelación de Milán. Sentencia de 9 de julio de 2008. Milán, 2008.

KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Traducido por João Baptista Machado. 6ª edición. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RICOEUR, Pablo. Teoría de la interpretación: el discurso y el exceso de significado. Traducido por Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. ¿Qué es esto: yo decido según mi conciencia? Porto Alegre: Librería do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. Recepciones teóricas inadecuadas en terrae brasilis. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, pág. 2-37, julio/diciembre 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Derechos fundamentales: una lectura de la jurisprudencia de la STF. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

VIEIRA, Óscar Vilhena. La batalla de poderes: de la transición democrática al malestar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Libro electrónico.

Este artículo se publica en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution, que permite el uso, la distribución y la reproducción sin restricciones en cualquier medio, siempre que se cite correctamente la obra original.