

¿Malos tiempos para la normatividad jurídica?*

Oscar Sarlo

Academia Nacional de Letras

1. Introducción

1.1 Propósito

En esta conferencia reflexiono sobre el futuro de la normatividad jurídica. No hablo de un futuro inmediato, pero tampoco de un futuro tan lejano que nos exima de cierta responsabilidad actual.

Por cierto, la actual coyuntura global ha planteado o, mejor dicho, ha puesto de manifiesto problemas de gobernanza de la pandemia por el covid-19. Pero ese episodio por sí solo no implica el planteamiento que quisiera compartir con ustedes, aunque no descarto que pueda tener que ver con él. Eso podremos verlo al final.

Lo que motiva mi preocupación proviene del notable desarrollo de tres campos disciplinarios ajenos al derecho, pero que interactúan de manera relevante con el campo jurídico. Por cierto, esta interacción no se originó con la pandemia de covid-19, aun cuando es posible que su protagonismo haya aumentado con ella, como veremos al final. Los tres campos a los cuales hago referencia son: la informática, la neurociencia y la ética. Dejo de lado cualquier discusión acerca de si son campos disciplinarios autónomos, interdisciplinarios, básicos, aplicados, etcétera. Y tampoco estoy afirmando que sean los únicos relevantes para el asunto.

Solo me interesa motivar la reflexión sobre el punto, entendiendo que los juristas debemos estar permanentemente atentos al desarrollo del conocimiento en otras áreas, porque el derecho no es

* El presente texto es la reconstrucción de la conferencia de clausura de la edición 2019/2020 del Máster de Legaltech y Gestión Digital de la Abogacía y del Máster de Abogacía Digital y Nuevas Tecnologías, organizados por la Universidad de Salamanca y FIADI, titulada «25 minutos para inquietar a juristas amantes de la informática. El futuro de la normatividad jurídica ante el asedio de la informática, la ética y la neurociencia», dictada a distancia el día 30 de junio de 2020. A los efectos de esta publicación, se ha cambiado el título.

un saber totalmente autónomo del contexto. El problema siempre será darnos cuenta cómo inciden los demás campos del saber sobre el nuestro.

Repasemos, pues, muy sintéticamente, algunos resultados muy genéricos provenientes de esos campos disciplinarios, bastante independientes entre sí, y sus implicaciones posibles con nuestro tema: la normatividad del derecho.

1.2 La normatividad de los sistemas jurídicos

Precisemos un poco nuestro concepto central: *la normatividad del derecho*. Aquí voy a entender y circunscribir la cuestión a la función normativa de los sistemas jurídicos, y no tanto a la cuestión de «¿por qué debo obedecer al derecho?». Esta última cuestión nos remitiría directamente al campo moral o ético, lo cual suele llevarnos, en última instancia, a una cuestión práctica personal, a nuestra conciencia.

Aquí, en cambio, me interesa la normatividad como una función (producto, resultado) de los sistemas jurídicos en un plano institucional, social.

Alguien podrá pensar que eso es «sociología» u otra cosa ajena al derecho. Pero allí debo señalar que, sea lo que sea, es el tono en que se mueve la teoría del derecho contemporánea desde Kelsen en adelante, pasando por Ross, Hart, MacCormick, Raz, etcétera, etcétera. Yo resumiría esta primera distinción de abordajes (análogamente a como hacen los economistas) entre teorías «macro jurídicas» y teorías «micro jurídicas». Las teorías macro jurídicas, necesariamente (si no quieren quedarse en un idealismo radical), adoptan una perspectiva institucional, desde las más estructurales (Kelsen), pasando por las pragmático-discursivas (Ross, Hart, MacCormick, Habermas) y las que destacan más los aspectos morales (Raz, Finnis, etcétera). Hoy en día, ninguna teoría del derecho (*legal theory*) que se precie puede evitar una perspectiva institucional, esto es, que el derecho tiene una dimensión social que condiciona su funcionamiento.¹

¹ Nuestra reflexión va por el camino que recorre el profesor Leslie Green (2004).

1.3 Función y relevancia de la normatividad jurídica

Vista de esta manera, que no es la que suele adoptar la dogmática jurídica como punto de vista interno que más interesa a los prácticos del derecho, la normatividad del derecho está asociada con un gran proyecto civilizatorio en Occidente y, antes todavía, en una antropología filosófica. Para decirlo breve, nuestra concepción de la normatividad del derecho parte de:

- a) el supuesto antropológico de la libertad de los individuos basada en la capacidad de su conciencia para comprender el mundo y decidir;
- b) la convicción de que esa capacidad es valiosa y debe ser resguardada con valores como la dignidad personal o autonomía moral;
- c) la evidencia de que las pulsiones agresivas entre los seres humanos hacen necesario regular los conflictos entre individuos mediante mecanismos de control lo más respetuosos de esa dignidad y autonomía, lo cual quedó plasmado en el ideal de «ser gobernados por leyes y no por hombres», y que el siglo xx vio desarrollarse en los tipos ideales de «estado de derecho», «rule of law», etcétera. Para esto, Occidente elaboró trabajosamente la técnica de la normatividad jurídica, caracterizada por institucionalizar pautas de comportamiento y resolución de conflictos (procesos judiciales) que guardaran una razonable autonomía frente a los hechos puros (violencia, mayorías, temor) y la moral pura (idealismo abstracto o fantasioso). Una civilización, una cultura o un ambiente jurídico, haría posible una convivencia más razonable, menos riesgosa.

Un orden meramente fáctico no sería sustentable, simplemente porque ninguna circunstancia fáctica puede satisfacer a todos, todo el tiempo, ni mantenerse en el tiempo. La pandemia es solo un caso extremo, pero los ciclos económicos son un visitante más frecuente. Se requiere generar un mundo de expectativas, imágenes, ideologías, valores; en definitiva, normas que trasciendan la coyuntura y nos ligen al pasado (la solidez de pertenecer a una tradición) y al futuro (apertura al cambio).

Un orden basado en una moral racional implicaría condiciones de angelidad emocional, claridad epistémica y habilidad pragmática

que no están distribuidas con carácter universal e igualitario (o, para decir algo menos exigente: sobre lo cual no hay consenso en cómo distribuir).

De manera que, ante este panorama, en Occidente desarrollamos una tecnología maravillosa: transformar la política en normatividad jurídica, esto es, institucionalizando espacios de motivación y decisión razonablemente imparciales, que nos alejen de la lucha y decisión por violencia física (guerra), o del conflicto y decisión por imposición parcial o partidaria (dominación política).

Este gran proyecto civilizatorio occidental europeo es el que veo asediado por las creencias subyacentes en los tres campos disciplinarios que mencioné anteriormente. A los efectos de orientar una reflexión al respecto —ya que no pretendo tener ni certezas ni soluciones—, me limitaré a presentar, respecto a cada uno de dichas disciplinas, el supuesto o creencia subyacente, algunos resultados ya observables y los desafíos, paradojas o perplejidades que nos plantean a los juristas.

2. La informática, la IA y su aplicación al derecho

2.1 Algunos resultados conocidos

La informática —nacida hace ya muchas décadas— viene interactuando efectivamente en el campo jurídico desde hace más de sesenta años.² El interés siempre fue reproducir o simular aspectos de la inteligencia humana que se supone operan en el campo jurídico: la memoria, el reconocimiento de lenguajes, el sentido común, los contextos, las deducciones, etcétera.

Pero el desarrollo notable que ha tenido la inteligencia artificial (IA), sumado a los avances teórico-analíticos sobre el razonamiento jurídico, las demandas sociales en torno al costo, lentitud o falta de

² Todo se ha logrado analizar y reproducir de manera sorprendentemente análoga y eficaz. Yo mismo viví distintas fases de entusiasmo en la materia. Recuerdo perfectamente cuando, hacia 1988, el profesor Antonio A. Martino, por entonces al frente del Istituto per la Documentazione Giuridica (Florencia, Italia), visitó Montevideo y nos deslumbró con un programa que resolvía problemas de aplicación de normas vinculadas al riego en Italia. Pero, antes de eso, algunos teóricos alemanes habían visitado Buenos Aires y Montevideo, como Viehweg (1961) o Klug (1964), comentando la existencia de experiencias exitosas en la materia para el tratamiento de casos judiciales simples.

imparcialidad de los sistemas judiciales y administrativos, ha alentado notablemente la exploración de herramientas informáticas capaces de resolver contratos,³ decisiones judiciales (como sucede hoy en Estonia, México,⁴ Argentina,⁵ Colombia,⁶ Australia⁷), el registro

³ A mediados de los noventa, el jurista y científico informático Nick Szabo analizó el fenómeno de las máquinas expendedoras de productos (bebidas, cigarrillos, bocadillos, etcétera) existentes desde muchas décadas atrás, y acuñó la expresión «contratos inteligentes», caracterizados por la implementación y ejecución automática de cláusulas contractuales mediante software, con lo cual se evitaría el incumplimiento de las obligaciones o cualquier disposición contractual. Para Szabo, los *contratos inteligentes* son protocolos de transacción computarizados que ejecutan los términos de un contrato. Quería extender la funcionalidad de los métodos de transacción electrónica, como POS (punto de venta), al ámbito digital. Un *smart contract* es el contrato que, configurado a partir de datos computacionales, tiene la capacidad de ejecutarse por sí mismo, sin la necesidad de intermediarios centralizados.

⁴ Expertius es un sistema experto de apoyo a la toma de decisiones judiciales en el dominio del juicio de alimentos. Ha sido desarrollado por el Departamento de Inteligencia Artificial Aplicada al Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, financiado por el CONACYT (Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México) y la colaboración del Tribunal Superior de Justicia del estado de Tabasco y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. El conocimiento experto adquirido de los funcionarios judiciales adscritos a esos órganos jurisdiccionales, en conjunción con las bases lógicas y metodológicas diseñadas para este proyecto, constituye uno de los aspectos esenciales del sistema. Ver Martínez Bahena (2012).

⁵ El programa Prometea, desarrollado por un equipo dirigido por Juan G. Corvalán en el Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial (UBA), con gran repercusión a nivel mundial, interesando al Banco Interamericano de Desarrollo, a la revista *Bloomberg*, la Organización de Estados Americanos, la Oficina de las Naciones Unidas de Viena, el Consejo de Estado Francés, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal Administrativo de Lombardía (Italia), la Corte Constitucional de Colombia, el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Ministerio de Justicia y Seguridad de la Ciudad de Buenos Aires, la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina, y distintas instituciones administrativas y oficinas judiciales, nacionales y extranjeras, vinculadas a la protección de los derechos (Corvalán, 2018).

⁶ El Sistema Experto Jurídico Talión, en Colombia, destinado a recomendar y explicar la pena en materia penal hasta el año 2015, fue desarrollado en 2010 por Jair Sanclemente Castro y la empresa Solinix, recomendaba y explicaba la pena para los delitos basados en la ley 1153 de 2007.

⁷ El sistema desarrollado en el estado de Queensland (Australia) hacia 2005, que implementó una decisión estratégica empleando las ventajas de las TIC en la administración de justicia, para atender la demanda de justicia de los ciudadanos, garantizando la seguridad y confiabilidad de toda la información recibida o generada en el curso de un proceso judicial. Este estado cuenta con 160 jueces para atender un volumen judicial de alrededor de 600.000 nuevos casos cada año.

inmobiliario o la escrituración pública, y hasta la emisión monetaria, con la promesa de una total seguridad, imparcialidad y eficacia. Esa promesa de la IA aplicada al derecho, hoy se presenta bajo atractivos nombres: *smart contracts*, *blockchain*, jueces-robots.

2.2 Supuestos o creencias de base

Todo este deslumbrante desarrollo de la informática jurídica se ha venido cumpliendo, en muchos casos, bajo el supuesto de que nuestra agencia puede reproducirse mediante algoritmos matemáticos.

Todos ellos prometen superar la veleidosa voluntad de los individuos, su limitado saber y, en definitiva, toda posible traza de maldad, deshonestidad o ignorancia. Regla y realidad serían perfectamente simétricas, con lo cual la esencia de la normatividad (posibilidad de violación de la regla) desaparece.

2.3 Desafíos, paradojas o perplejidades

Mientras esos experimentos y artefactos sean pensados y utilizados como auxiliares de los agentes humanos, no hay inconveniente. El problema, la perplejidad y las paradojas surgen cuando se quiere trascendentalizar el supuesto de que toda nuestra inteligencia puede reproducirse.

Un algoritmo puede, ciertamente, reconocer lenguajes, reglas y recoger e intercambiar toda la información disponible, pero lo que no veo en este campo es la posibilidad de remplazar algo que en el mundo humano es fundamental: la interacción emocional, la empatía, la solidaridad.

Debemos recordar que la historia, y dentro de ella el derecho, es el resultado de la interacción simbólica de los individuos y las comunidades de individuos.

Uno de los equipos más avanzados en la temática reconoce que

existen diversas limitaciones para los sistemas expertos legales basados en reglas. En primer lugar, consumen mucho tiempo para poder construirlos, son costosos y muy dificultosos de mantener. Cualquier cambio en las leyes, hace que sea necesario reprogramarlos; sin embargo, las nuevas tecnologías y técnicas de programación van minimizando este problema. Por otra parte, tienen como limitante

la incapacidad de simular el razonamiento analógico. Esta forma de pensar es la que se utiliza cuando se pueden identificar las reglas a aplicar en base a los casos similares. Los sistemas expertos legales basados en reglas de producción, están basados únicamente en razonamiento deductivo. A nivel teórico, existen críticas a los sistemas expertos legales, argumentando que estos fallan en reconocer la complejidad de las leyes y la jurisprudencia, y no pueden reflejar adecuadamente el contexto social sobre el cual operan dichas leyes (Gómez, Perichinsky y García, 2001).

En algunos casos, las limitaciones que aparecen al intentar automatizar el razonamiento legal han llevado a cambiar de objetivo, pasando de construir sistemas expertos legales a la creación de sistemas basados en conocimiento. Dichos sistemas no proveen autónomamente una solución a los problemas legales, sino que incorporan conocimiento legal y estrategias de razonamiento para hacer que los sistemas —en este caso abogados— que realizan esas tareas, lo hagan en forma más productiva.

La profesión legal utiliza tres clases de premisas o estándares normativos, en conjunción unos con otros. Los jueces justifican sus decisiones en casos particulares, usando doctrinas legales. Cuando se cita jurisprudencia para una conclusión legal, la justificación doctrinal está implícita, ya que se presupone que fueron aplicadas al caso las bases doctrinales. Por otro lado, no se puede decir que un caso es más relevante que otro sin invocar consideraciones políticas o teleológicas.

Las doctrinas legales, jurisprudencia y políticas no son las únicas normas, y las justificaciones doctrinales, en base a jurisprudencia o en base a políticas racionales, no son las únicas formas de razonamiento. El razonamiento en base a jurisprudencia es una forma de razonamiento basado en casos. El razonamiento doctrinal es una forma especializada del razonamiento basado en reglas. La argumentación en base a políticas racionales es una forma de razonamiento basado en metas, también conocido como razonamiento práctico. Lo que es único en el contexto legal es la complejidad de las argumentaciones y la interacción entre estas tres clases de normas.

Por otra parte, algunos gobiernos, quizás temiendo que la tecnología informática termine corriendo el velo de la «caja negra» de la

imparcialidad judicial, han ido directamente a la prohibición de la trazabilidad de la función de los magistrados.⁸

3. Las neurociencias y la acción humana

3.1 Algunos ejemplos

Como ustedes seguramente conozcan, en el caso Herbert Weinstein (Nueva York, 1992),⁹ el abogado de este señor —que había dado muerte por estrangulamiento a su esposa— planteó que su cliente no podría ser responsabilizado del homicidio, en tanto mantenía un quiste alojado en la membrana aracnoidea de su estructura cerebral, la cual habría provocado en él un actuar violento más allá de su propia voluntad. La evidencia aportada por imágenes cerebrales, si bien no lo exoneró totalmente, llevó al fiscal a ofrecer una considerable reducción de la pena, que el acusado aceptó gustosamente. Comenzó así una nueva forma de discutir la responsabilidad penal: apelando a evidencia médica de los problemas orgánico-cerebrales que serían determinantes en el comportamiento violento que habría antecedido al delito.

Otros desarrollos apuntan a *lie-detection technologies* (LIT) basadas en la neurociencia, como la llamada «huella digital del cerebro»¹⁰

⁸ Artículo 33 [...] II. El título preliminar del código de justicia administrativa queda así modificado: 1.º Los párrafos segundo y tercero del artículo L. 10 se sustituyen por tres párrafos redactados de la siguiente manera: «Sujeto a las disposiciones específicas que rigen el acceso a las decisiones judiciales y su publicación, las sentencias se ponen a disposición del público de forma gratuita en formato electrónico». [...] «Los datos de identidad de los magistrados y miembros del registro no pueden reutilizarse con el propósito o efecto de evaluar, analizar, comparar o predecir sus prácticas profesionales reales o supuestas. La violación de esta prohibición se castiga con las sanciones previstas en los artículos 226-18, 226-24 y 226-31 del código penal, sin perjuicio de las medidas y sanciones previstas por la ley n.º 78-17 del 6 de enero de 1978 relativas al procesamiento de datos, archivos y libertades».

⁹ *The People of the State of New York, Plaintiff, v. Herbert Weinstein, Defendant*. Supreme Court, Nueva York, 8 de octubre de 1992. Recuperado de <<https://www.leagle.com/decision/1992190156misc2d341186>>.

¹⁰ Desarrollada por Lawrence Farwell en la década del ochenta, consiste en que los sujetos se pongan un casco lleno de electrodos que mide una onda cerebral llamada P300. Según Farwell, esta cambia su frecuencia cuando las personas reconocen imágenes, palabras y olores. Después de mostrar imágenes sospechosas de lugares conocidos y medir sus patrones de activación de P300, los

o *guilty knowledge* (conocimiento de la culpabilidad).¹¹ Estas tecnologías se proponen reemplazar a los conocidos polígrafos (detectores de mentira), considerados altamente inexactos.

3.2 Supuestos o creencias de base

Los supuestos subyacentes a estos programas de investigación y desarrollo van desde la negación de nuestra condición de seres libres (recordemos que era uno de los supuestos de la civilización jurídica) hasta la conveniencia de transparentar nuestros pensamientos, nuestra mente a los demás (quizás el indicador más genuino de lo que hemos considerado siempre como dignidad humana).

Más allá de lo incipiente del problema, es evidente que lo que está socavándose son algunos de los supuestos fundamentales de la normatividad del derecho: aquella idea referida al comienzo de que nuestras acciones, y en general nuestro comportamiento, está determinado por la conciencia de normas que usamos para orientarnos, comprometernos, juzgar, etcétera.

Si la IA se propone reproducir o simular algunas funciones de la mente humana (su inteligencia), la filosofía de la mente y la neurociencia trabajan directamente sobre la comprensión de la naturaleza y el funcionamiento de la mente. Esto ya lo venían haciendo filósofos y pensadores desde hace más de dos mil años, que estudiaron el problema de la cognición humana desde una perspectiva predominantemente especulativa.

A fines del siglo XIX,¹² la mente comienza a ser estudiada con el método científico empírico; y a partir del año 1960, el enfoque cognitivo surgió como un paradigma importante, proponiendo

funcionarios del gobierno podrían, al menos en teoría, mostrar imágenes sospechosas de lugares que pudo o no haber visto antes.

¹¹ Desarrollada por Daniel Langleben (Universidad de Pennsylvania, 2001), experimentando con sujetos a quienes se les pedía que mintieran deliberadamente mientras eran controlados por una resonancia magnética. Langleben y sus colegas descubrieron que ciertas áreas del cerebro se iluminaban cuando la gente mentía. Por cierto, esta teoría ha sido criticada pues en pureza no estaría midiendo *la* mentira, sino solo el aumento de la actividad cerebral que se produce *a*l mentir.

¹² Algunos autores señalan 1879, concretamente, como la fecha precisa de creación del laboratorio de psicología experimental en Leipzig.

alternativas convincentes frente a las insuficiencias teóricas y epistemológicas del conductismo. En ese sentido, muchos investigadores de esa época se interesaron por el estudio de la mente, concordando con la idea de que el paradigma cognitivo posee el marco teórico y metodológico más adecuado para formular y analizar el problema de la naturaleza de la cognición humana.

La definición del modelo cognitivo fue una contribución de la ciencia cognitiva, que es conocida como un movimiento interdisciplinar que nació como producto del simposio sobre teoría de la información, realizado en 1956 por el Instituto de Tecnología de Massachusetts (Massachusetts Institute of Technology, MIT).¹³

3.3 Una conexión interesante: el modelo de John Searle

La intuición de este mundo social como independiente de la naturaleza ya estaba presente en el neokantismo y en la hermenéutica de fines del siglo XIX. La actual concepción institucional del derecho avanza sobre esta intuición, estableciendo categorías analíticas más precisas en torno a esta clase de objetos. Una de las propuestas más importantes es la del filósofo norteamericano John Searle (1997), quien entre los objetos naturales y los ideales introduce la categoría de los hechos institucionales, que a mi juicio guardan un gran parentesco con los objetos culturales mentados por los neokantianos.

Las indagaciones teóricas de Searle parten de un postulado: las conductas humanas presentes en la comunicación, y en otras formas de interacción social, son conductas gobernadas por reglas (Searle, 1997), para lo cual parte del entendimiento de que «seguir una regla» es una práctica», siguiendo a Wittgenstein (1988). Las reglas originan el tipo de estructuras y realidades sociales resultado de la interacción (Bouveresse, 1995). En consecuencia, el interés de este filósofo nor-

¹³ En ese simposio se reunieron investigadores de diversas disciplinas, con el propósito de intercambiar ideas sobre comunicación y ciencias humanas. Según Medler (1998), en esa reunión destacaron tres conferencias que dieron origen al movimiento de la ciencia cognitiva: «The magical number seven», de George A. Miller; «Three models of language», de Noam Chomsky, y «The logic theory machine», de Allen Newell y Herbert Simon. Basada en esas conferencias, comenzó a surgir la idea que consideró a las contribuciones de la psicología experimental humana, la lingüística teórica y la simulación de los procesos cognitivos mediante la computadora como elementos constituyentes de un gran conjunto.

teamericano está centrado en hacer explícitas las reglas de la conducta lingüística, como las que se presentan en el discurso indirecto o las que acarrear obligaciones o fundan instituciones sociales.

La construcción social de la realidad hace parte central de la literatura actual sobre la institucionalidad y el papel mediador del lenguaje y la intencionalidad en las relaciones sociales.

3.4 Desafíos, paradojas o perplejidades

Más allá de los episodios y aplicaciones puntuales, siempre alentadas y legitimadas por la necesidad de una justicia segura, imparcial y eficiente, existe la tentación y la posibilidad de que el uso de esas tecnologías se naturalice y pase paulatinamente a ser usada como sistema de control social.

Ya mismo nos enfrentamos a algunas paradojas. ¿Cómo podemos justificar el castigo de un sujeto a quien la ciencia caracterice como determinado causalmente por procesos químicos de su cerebro y, por consiguiente, carente de libre albedrío? ¿Cómo podemos evitar que la defensa de cualquier imputado condicione el dictado de un fallo legítimo, a la realización de una pericia neuronal, sin la cual nunca podríamos estar seguros de su responsabilidad jurídica? ¿Cuál sería el tiempo y el costo que demandaría el procesamiento de cualquier denuncia penal? Sin descartar que tales circunstancias pudieran extenderse también al campo civil, si pudiera demostrarse su incidencia en comportamientos incumplidores o contra la buena fe en negocios jurídicos de todo tipo.

Peor aún, una vez que las demandas de la ciudadanía —aterrada por epidemias y delincuencia— haya legitimado el empleo de técnicas de geolocalización y trazabilidad humana (pulseras electrónicas, chips, videovigilancia, etcétera), ¿cuánto demorarán los gobiernos en ceder a la tentación de utilizarlos más allá, o simplemente generando deliberadamente las condiciones de su utilización?

En tal caso, ¿seguiremos reconociendo eso como un sistema normativo, o será lisa y llanamente un sistema de control mecánico, opresivo y absoluto, donde las normas han sido sustituidas por algoritmos y los supuestos de hecho por la identificación de procesos neuronales? Más aún, ¿qué sentido tendrán las profesiones jurídicas formadas en la competencia para interpretar y argumentar como instrumentos de interacción?

4. La ética y su persistente pretensión individualista

4.1 Algunos resultados alcanzados: *observaciones políticamente incorrectas*

Otra línea de investigación ha estado impactando fuertemente en el desarrollo de los sistemas jurídicos contemporáneos. Esta proviene ya no del campo de las ciencias empíricas duras, como los anteriores, sino de un campo muy distinto: el de la filosofía moral, la ética.

Aquella autonomización relativa de la normatividad jurídica, tan funcional para generar un control social compatible con la diversidad moral y cultural de las sociedades contemporáneas (complejas, cambiantes y abiertas a los intercambios globales), se ha visto cuestionada por la introducción aquí y allá de *disruptores morales* de la normatividad esperable de los sistemas jurídicos.

Ejemplos de ello encontramos en la objeción de conciencia, los reclamos basados en la emotividad del cuidado, la preeminencia de valores morales por sobre reglas formales, el derecho al reconocimiento de la diversidad, etcétera. Todo ello está jugando un papel cada vez más fuerte, como excepción o freno, a las expectativas normativas sólidamente asentadas en las dogmáticas establecidas, elaboradas sobre la base de una justicia basada en la igualdad y en el seguimiento de reglas. Lo singular de estos procesos es que no provienen de unos intercambios de argumentos abiertos y generales en la sociedad, sino que operan de manera encubierta, ajena a los procesos de debate democrático.¹⁴ En el campo jurídico, esto es muy evidente: muchas veces se instalan cambios de paradigma a partir de doctrinas académicas¹⁵ y de su recepción por algunas autoridades con poder institucional, como son los tribunales supremos, o inclusive jueces de instancias subordinadas, erigidos en árbitros del valor moral de las convicciones personales y las exigencias normativas.

¹⁴ Entre otros, ver Bunz (2017). Recientemente, ha generado una gran conmoción el experimento bibliográfico atribuido al filósofo chino Jianwei Xun (personalidad ficticia generada por un escritor italiano) con su teoría de la «hipnocracia», que describe un programa de gobernanza global (en realidad, manipulación perceptiva) que obra directamente sobre nuestras mentes sin apelar a nuestra conciencia o voluntad (Jianwei Xun, 2025).

¹⁵ En este sentido, es luminoso el libro de Bernd Ruthers (2020), el cual describe claramente cómo el tribunal constitucional alemán modificó de manera imperceptible la Constitución alemana, bajo la óptica de los valores morales de una élite judicial, sin necesidad de ninguna reforma constitucional.

4.2 Supuestos o creencias de base

Luego de una cierta hegemonía ejercida por las corrientes positivistas y analíticas del derecho, en su propósito de reconocer una autonomía relativa de los sistemas jurídicos frente a las pretensiones de las concepciones morales (iusnaturalismo), vemos ahora resurgir diversas concepciones que buscan la legitimidad de los sistemas jurídicos en concepciones de una ética individual.

En efecto, como señalé al comienzo, el éxito de las concepciones positivistas, básicamente orientadas a entender los sistemas jurídicos como sistemas institucionales (actuados por seres humanos), se impuso en todas las orientaciones, pasando a integrar un sentido común compartido por todos, incluyendo a muchos iusnaturalistas.¹⁶

Pero el supuesto que aparece aquí introducido subrepticamente, es que nuestra moralidad tiene una base individual, nuestra conciencia moral libre y soberana. Y, por consiguiente, la legitimidad de los sistemas normativos jurídicos debe construirse desde la moral individual, debidamente fundada en modelos racionales, administrados por expertos.

4.3 Desafíos, paradojas o perplejidades

Esta estrategia nos plantea varios problemas. En primer lugar, la validez o no del individualismo epistemológico para construir el mundo social e institucional. No deberíamos perder de vista que existe un razonable debate acerca de cómo se forman nuestras creencias y actitudes y, por consiguiente, cómo podemos favorecer su desarrollo.

Pero, por otra parte, da la impresión de que regresamos al punto de partida: de aquel proyecto civilizatorio de la Modernidad, que buscaba que fuéramos gobernados por leyes y no por hombres, estamos regresando paulatinamente al ideal de las autoridades sabias

¹⁶ Siempre menciono que uno de los máximos referentes del iusnaturalismo cristiano, como John Finnis, parte de la base de asumir que el derecho tiene una base institucional innegable; solo que él no se quedará con esto, sino que exigirá otras condiciones en ciertas circunstancias.

y justas. Es como que el Hércules dworkiniano¹⁷ está captando más creyentes que críticos.

De aquella racionalidad formal observada por Max Weber como característica del derecho occidental, hemos emprendido un proceso de desformalización que nos está llevando a una materialización del derecho. Y esto supone, necesariamente, un retorno, un religar, del derecho a convicciones densas, morales, políticas.¹⁸ Con lo cual, quizás, terminemos perdiendo las ventajas de la normatividad funcional de los sistemas jurídicos que hemos desarrollado hasta ahora.

No afirmo que así haya de ser, pero advierto —me advierto— que esto debe ser pensado, antes de ceder a la tentación de un derecho re-moralizado en extremo.

La serpiente se morderá la cola cuando se termine aceptando que un juez pueda exonerarse de cumplir el deber de fallar (piedra de toque de toda la tecnología jurídica) ante la invocación de una objeción de conciencia para hacerlo. No se comprende fácilmente por qué un médico puede eximirse de cumplir con un servicio médico y no lo pueda hacer un juez.¹⁹

¹⁷ Hago referencia a la metáfora utilizada por el teórico norteamericano Ronald Dworkin (1977) para generar un ideal regulativo en torno a la figura de un juez que llama Hércules, el cual tiene la capacidad de comprender todos los casos decididos históricamente, y de conocer todas las reglas y principios aplicables en una comunidad jurídica, para tomar una decisión del caso acorde con el sistema jurídico como *integridad*.

¹⁸ Una de las manifestaciones más preocupantes de esta tendencia es, quizás, la reciente iniciativa de reforma constitucional mexicana de hacer que los tribunales de justicia sean electos por voto popular.

¹⁹ El tema ya se ha planteado en España, sin éxito, pero es solo cuestión de tiempo. Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 161/1987, de 27-10-1987. A juicio del TC lo que habría es un reconocimiento del derecho constitucional a la objeción de conciencia ante concretos deberes legales. Esto es importante porque de no sancionarse legalmente derechos a la desobediencia civil o a la objeción de conciencia de los jueces y otros funcionarios, tales pretensiones serían inviables. Más interesante aún: la Sentencia 388/09 del 28-5-2009 resolvió una demanda de amparo para abortar promovida por una madre, cuando el juez que debía decidir no lo hizo, amparándose en una objeción de conciencia. Ante esto, la Corte resolvió: *a*) rechazar el impedimento, considerando que las causales de impedimento deben estar consagradas expresamente en la ley; *b*) que debiendo fundarse en íntimas e irrenunciables convicciones morales, filosóficas o religiosas, tal cosa está excluida en las personas jurídicas. *c*) Las personas que ostentan voluntariamente la calidad de autoridades judiciales no

Quizás, el origen de todo este malentendido provenga del pudor semántico exhibido por quienes redactaron la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en 1948, que para evitar cualquier reminiscencia de las dictaduras recién derrotadas evitaron incluir cualquier referencia a deberes. De ahí en más, el derecho (como sistema) se ha ido limitando a establecer derechos (subjetivos) y garantías (formales), lo que aparece como un camino seguro a la disfuncionalidad, y quizás a su incapacidad para cumplir tantas expectativas.

5. ¿Y entonces?

Como decía al comienzo, no traigo aquí certezas ni respuestas, o soluciones a todos los problemas que enfrentaremos los juristas ante el asedio señalado. Me limito a plantear observaciones inquietantes para mí. De todas maneras, si logro inquietarlos, ello será un buen comienzo, porque las inquietudes nos ponen en el camino de las preguntas, y estas son la motivación indispensable para buscar respuestas, estudiando, reflexionando, investigando, dialogando. Puedo sí contarles qué trato de hacer yo en estas circunstancias.

5.1 *Conocer la teorización del campo jurídico*

Debemos asumir que, así como hay investigación y avance en todas las ciencias, también hay una comunidad de investigadores que teorizan acerca del campo del derecho. Y que, como todo campo de investigación, hay avances y problemas nuevos. Por consiguiente, aun cuando nuestro trabajo refiera a la ciencia aplicada del derecho (por ejemplo, la dogmática, o técnicas específicas como la legislativa, la notarial o la argumentación forense), debemos mantenernos en contacto con el nivel más elevado y actual de la teorización del derecho, porque toda esa tecnología y esas técnicas se retroalimentan con la teoría. No estoy diciendo que se hagan teóricos, pero

pueden excusarse en la objeción de conciencia para dejar de cumplir una norma que ha sido adoptada en armonía con los preceptos constitucionales y que goza, en consecuencia, de legitimidad y validez pues ello supone desconocer el cometido estatal de «garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución» así como proteger a todas las personas. Tal cosa significaría convalidar una denegación injustificada de justicia y una sería, arbitraria y desproporcionada restricción de derechos constitucionales fundamentales. Al respecto, puede verse Sarlo (2017).

todos debemos articular intercambios periódicos con la teorización en el campo. Del mismo modo que defendiendo la necesidad de que los teóricos del derecho interactúen con quienes hacen dogmática y técnicas en el campo jurídico.

Así sucede en todos los campos del saber, y el jurídico no es una excepción.

5.2 Conectar interdisciplinariamente el conocimiento del derecho

Naturalmente, no basta conocer nuestro campo disciplinario, porque todos los fenómenos sociales están interconectados. Para ello, es preciso familiarizarse con el *estado del arte* en otros campos que inciden, interactúan o conectan con el derecho.

5.3 Comprender el sentido del derecho

El conocimiento teórico (siempre analítico, metodológico, condicionado por la evidencia lógica o empírica) tampoco es suficiente. Es necesario escrutar (indagar, explorar, examinar cuidadosamente) nuestra experiencia histórica: de dónde venimos, en dónde estamos en este momento, qué queremos ser, cuáles son nuestros propósitos e ideales, etcétera. Esto sería hacer una hermenéutica de nuestra civilización jurídica o, más específicamente, el sentido del derecho para nuestra circunstancia histórica.

Es probable que el comportamiento humano termine viéndose como una instancia más en el determinismo total de la naturaleza, como sugieren o suponen algunos resultados científicos mencionados.

También es posible que eso no sea más que una ideología destinada a ensayar nuevas tecnologías destinadas al control social.

Quizás, para ciudadanías atemorizadas por epidemias, delincuentes y poderes ocultos, sea una alternativa atractiva renunciar a su humanidad con tal de vivir en sociedades seguras y tranquilizadoras. Solo que siempre cabe la sospecha —al fin la hermenéutica viene en auxilio de nuestra humanidad— de que seguirá habiendo sistemas de dominación y control, y que esos sistemas habrán zafado la tecnología desarrollada en Occidente para controlar razonablemente esos fenómenos. Esa tecnología, maravillosa, ha recibido

varias denominaciones, pero todas aluden a los mismo: república, democracia, estado de derecho, en suma, todo lo que descansa en la normatividad jurídica.

Y no olvidemos que la preservación y desarrollo de esa tecnología depende únicamente de los juristas: de todos los juristas en la medida que actúen, reflexionen e investiguen críticamente.

Referencias bibliográficas

- BOUVERESSE, Jacques. «Règles, dispositions et habitus», en *Critique*, vol. 51, n.ºs 579-580, París, 1995, pp. 573-594.
- BUNZ, Mercedes. *La revolución silenciosa. Cómo los algoritmos transforman el conocimiento, el trabajo, la opinión pública y la política sin hacer mucho ruido*. Buenos Aires: El Cruce Ediciones, 2017.
- CORVALÁN, Juan G. «Presentación Prometea: Inteligencia Artificial al servicio de “más derechos para más gente”». Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, 22 de agosto de 2018. Recuperado de <<http://scm.oas.org/pdfs/2018/CP-PRES-CORV.pdf>>.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- GÓMEZ, Leopoldo; Gregorio PERICHINSKY y Ramón GARCÍA MARTÍNEZ. «Un sistema experto legal para la individualización y acuerdos sobre la pena», 2001. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/251380007_Un_Sistema_Experto_Legal_para_la_Individualizacion_y_Acuerdos_sobre_la_Pena>.
- GREEN, Leslie. «The Normativity of Law: What is the Problem?», en SHAPIRO, Scott y Jules COLEMAN (Eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*. Oxford: OUP, 2004.
- MARTÍNEZ BAHENA, Goretty Carolina. «Inteligencia Artificial y su Aplicación al Derecho», en *Alegatos. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, setiembre-diciembre de 2012, pp. 827-846.
- MEDLER, David A. «A brief History of Connectionism», en *Neural Computing Survey*, vol. 1, n.º 2, 1988, pp. 18-72.
- RUTHERS, Bernd. *La revolución secreta: del Estado de Derecho al Estado judicial. Un ensayo sobre Constitución y método*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2020.
- SARLO, Oscar. «Objeción de conciencia y funcionalidad del derecho», en *Ruptura*, año 7, n.º 8, Montevideo, 2017, pp. 97-106.
- SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica, 1988.
- XUN, Jianwei. *Hipnocracia. Trump, Musk y la nueva arquitectura de la realidad*. Barcelona: Rosamerón, 2025.