

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 21 | 2021 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



IDEAS & DERECHO

Nº 21 | 2021 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ideas & Derecho es una revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho que comenzó a publicarse como anuario en el año 2001. Abarca todas las escuelas de pensamiento referidas a la Teoría Jurídica, a la Filosofía del Derecho, a la Filosofía Política y a la Filosofía Social. Procura, asimismo, que las investigaciones científicas que se publican en sus páginas respondan a las necesidades de la comunidad jurídica y política nacional y extranjera. Por ello, la revista está abierta tanto a las contribuciones que aborden un análisis iusfilosófico general (desde el enfoque teórico de su preferencia), como a los estudios de áreas más específicas del campo jurídico, político y social, en la medida en que adopten una perspectiva iusfilosófica. Las contribuciones podrán pertenecer a las siguientes categorías: a) Estudios; b) Diálogos y ensayos, y c) Reseñas.

La revista Ideas & Derecho tiene como objetivos primordiales:

- a) Difundir los resultados de los avances logrados en el marco de la Teoría Jurídica, la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política y la Filosofía Social.
- b) Contribuir al debate acerca de las diferentes escuelas de pensamiento sostenidas a lo largo de la historia y las de la actualidad.
- c) Promover la construcción de pensamiento crítico en torno al mundo jurídico y a las disciplinas afines.
- d) Incentivar el desarrollo de la investigación y la docencia en estas materias.

Ideas & Derecho es una revista arbitrada que utiliza el sistema de doble ciego y recurre a evaluadores externos a la AAFD para la selección de los artículos a publicar.

Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial de la AAFD.

Ideas & Derecho. ISSN 2314-0321

Periodicidad semestral - N° 21, junio 2021

© ASOCIACIÓN ARGENTINA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (AAFD)

San Martín 569, piso 5º, of. "12" - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4011-1312 - info@aafder.org - www.aafder.org/revista.php

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en Prosa-Amerian, en la segunda quincena de junio de 2021.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

PRESIDENTE

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

VICEPRESIDENTE

Diego Duquelsky Gómez

SECRETARIA

Débora Ranieri

TESORERO

Juan Pablo Alonso

VOCALES TITULARES

Jorge Eduardo Douglas Price

Paula Gaido

Marina Goralí

Ricardo Guibourg

Daniel Alejandro Herrera

Claudina Orunesu

Julio Raffo

María Gabriela Scataglini

Eduardo Sodero

María Claudia Torrens

Rodolfo Vigo

VOCALES SUPLENTE

Luciana Álvarez

Eugenio Bulygin †

María Isolina Dabove

Eduardo Quintana

REVISORAS DE CUENTAS

Mercedes Ales (titular)

Alicia Enriqueta Carmen Ruiz (suplente)

REVISTA IDEAS & DERECHO

DIRECTORES GENERALES

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA) - Juan Pablo Alonso (UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Diego Luna (UBA)

María Florencia Vazzano (Unicen)

COMITÉ EDITORIAL

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Juan Bautista Etcheverry (Conicet-U. Austral)

Claudina Orunesu (UNMdP)

María Gabriela Scataglini (UBA)

Débora Ranieri (UCA)

María Claudia Torrens (UNR)

CONSEJO ACADÉMICO

Robert Alexy (Alemania)

Javier Ansuátegui Roig (España)

Manuel Atienza (España)

Andrés Botero Bernal (Colombia)

Eugenio Bulygin † (Argentina)

Juan Ramón Capella (España)

Carlos Cárcova (Argentina)

Mario Chaumet (Argentina)

Miguel Ciuro Caldani (Argentina)

Paolo Comanducci (Italia)

Raffaele De Giorgi (Italia)

Alberto Filipi (Italia)

Juan Antonio García Amado (España)

Ricardo Guibourg (Argentina)

Carla Huerta (México)

Santiago Legarre (Argentina)

Raúl Madrid Ramírez (Chile)

José Juan Moreso (España)

Pablo Navarro (Argentina)

Julio Raffo (Argentina)

Cristina Redondo (Argentina)

Eligio Resta (Italia)

Oscar Sarlo (Uruguay)

Julián Sauquillo (España)

Lenio Luiz Streck (Brasil)

Damaso J. Vicente Blanco (España)

Rodolfo Vigo (Argentina)

Francesco Viola (Italia)

TABLA DE CONTENIDO

ESTUDIOS

Florencia Vazzano	
La interpretación en la teoría trialista del mundo jurídico	3
Franco Gatti	
La razonabilidad en la interpretación de la emergencia	19
María Isolina Dabove	
Acceso a la justicia en la vejez	37

JURISPRUDENCIA

Juan Pablo Caputo	
Doce hombres en pugna: un análisis del discurso jurídico desde el cine ..	61

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Juan Pablo Alonso	
Eugenio Bulygin (1931-2021)	77

RESEÑAS

Sebastián Chavarría	
Libro: MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI, <i>Una teoría trialista del derecho</i> (Buenos Aires, Astrea, 2020)	83
Normas de publicación para los autores	91
Declaración de originalidad	99

ESTUDIOS

LA INTERPRETACIÓN EN LA TEORÍA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO*

FLORENCIA VAZZANO**

Resumen. Desde la perspectiva de la teoría trialista del mundo jurídico, la interpretación se concibe desde la dinámica del derecho, como una de las tareas que pone en marcha a las respuestas del mundo jurídico. En este importante cometido, permite conectar las normatividades con la realidad social y con los valores jurídicos, y es así una labor tridimensional, en el marco de una concepción filosófica que entiende que el mundo del derecho se puede construir desde tres dimensiones: sociológica, normológica y axiológica (en particular dikelógica, referida a la justicia).

En este trabajo se aborda, en primer lugar, la interpretación jurídica en el complejo del funcionamiento normativo, su finalidad, los caminos o métodos de interpretación; en segundo lugar, se describe la tarea de interpretación en las normas jurídicas reguladoras de la responsabilidad alimentaria de los parientes, a los fines de mostrar su aplicación a una institución jurídica en particular.

Palabras clave: interpretación jurídica, teoría trialista, funcionamiento-complejidad.

* Recepción: 28/12/2020; evaluación: 5/2/2021; aceptación: 10/4/2021.

** Magíster en Derecho Privado y doctoranda por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Docente en la asignatura Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho, directora del Centro de Estudios en Vejez y Discapacidad, integrante del Instituto de Estudios Jurídicos y Sociales, todo en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: florencia.vazzano@azul.der.unicen.edu.ar.

INTERPRETATION IN TRIALIST THEORY OF THE LEGAL WORLD

Abstract. From the perspective of the trialist theory of the legal world, interpretation is conceived from the dynamics of law, as one of the tasks that sets in motion the responses of the legal world. In this important task, it allows to connect normativities with social reality and with legal values, thus being a three-dimensional work, within the framework of a philosophical conception that understands that the world of law can be built from three dimensions: sociological, normological and axiological (in particular dikelological, referring to justice).

In this work, in the first place, the legal interpretation in the complex of normative functioning, its purpose, the paths or methods of interpretation is addressed, and secondly, the interpretation task in the legal regulations governing maintenance of relatives is described, in order to show its application to a particular legal institution.

Keywords: interpretation, legal trialist theory, functioning-complexity.

A INTERPRETAÇÃO NA TEORIA TRIALISTA DO MUNDO JURÍDICO

Resumo. Na perspectiva da teoria trialista do mundo jurídico, a interpretação é concebida a partir da dinâmica do direito, como uma das tarefas que aciona as respostas do mundo jurídico. Nesta importante tarefa, permite ligar normatividades à realidade social e aos valores jurídicos, sendo uma obra tridimensional, no quadro de uma concepção filosófica que entende que o mundo do direito pode ser construído a partir de três dimensões: sociológica, normológica e axiológica (em particular dikelógica, referindo-se à justiça).

Neste trabalho, em primeiro lugar, é abordada a interpretação jurídica no complexo do funcionamento normativo, sua finalidade, os caminhos ou métodos de interpretação e, em segundo lugar, é descrita a tarefa de interpretação nos regulamentos legais que regem a responsabilidade alimentar. a fim de mostrar sua aplicação a uma determinada instituição legal.

Palavras chave: interpretação, teoria jurídica trialista, funcionamento-complexidade.

A) INTRODUCCIÓN

En la propuesta de la teoría trialista, la interpretación se construye desde la dinámica del derecho, como una de las tareas que pone en movimiento las respuestas del mundo jurídico. Como tal, no se piensa de manera aislada, sino como parte de un complejo de actividades del funcionamiento normativo que incluye a la labor de reconocimiento, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis². La interpretación está dirigida a conocer la voluntad social o del autor de las normatividades. En ese importante cometido, permite conectar las normas jurídicas con la realidad social y con los valores jurídicos, con lo cual se presenta como una labor tridimensional, en el marco de una concepción filosófica que entiende que el mundo del derecho se puede construir desde tres dimensiones: sociológica, normológica y axiológica (en particular dikelógica, referida a la justicia).

A los fines de exponer los aportes de la teoría trialista en la temática, en primer lugar, se aborda la interpretación jurídica en el complejo del funcionamiento normativo, su finalidad, los caminos o métodos de interpretación. En segundo lugar, con el propósito de mostrar su aplicación a una institución jurídica en particular, se describe la tarea de interpretación en las normas jurídicas reguladoras de la responsabilidad alimentaria de los parientes.

B) TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMATIVIDADES

§ 1. LA FINALIDAD Y LOS CAMINOS DE LA INTERPRETACIÓN

Desde la perspectiva de la teoría trialista, el mundo del derecho se pone en marcha a partir del despliegue de diversas tareas que se encuentran relacionadas entre sí, de las cuales algunas son necesarias en todos los casos, y otras ante situaciones que reclaman su realización. Se construyen en la dimensión normativa del derecho, pero ello

² GOLDSCHMIDT propuso la tarea de interpretación, determinación, elaboración y aplicación. Con posterioridad, CIURO CALDANI incorporó la de reconocimiento, argumentación y síntesis (*Metodología jurídica*, p. 17).

no significa que queden ancladas al ámbito de la lógica jurídica, pues con su desarrollo no solo funciona la normatividad en sí, sino también la vida misma, y los valores que integran el complejo axiológico del mundo jurídico³. El funcionamiento normativo en su conjunto no hace más que mostrar cuál es el origen de las normas jurídicas, en tanto estas no surgen de una creación artificial de sus autores, sino que se construyen a partir de situaciones que provienen de la realidad social⁴ –lo que, en términos trialistas, concebimos como repartos y distribuciones de potencia e impotencia–, y a partir de las valoraciones que se estudian desde una dimensión específica del derecho –axiológica y dikelógica–⁵.

La interpretación es una de las tareas necesarias –junto con la de reconocimiento, argumentación, aplicación–, que tiene como finalidad dar a conocer el contenido de la voluntad del autor de la normativa, o de la comunidad a la cual esa normatividad pertenece. De este modo, interpretar es entender, se vincula con el conocer⁶; un acto de conocimiento que permite al intérprete identificar los *fin*es que integran el contenido de las normas jurídicas, vinculados a una cierta parcela de la realidad social que ha sido captada por esa normatividad, y a valores que han inspirado a sus creadores.

En la propuesta originaria de GOLDSCHMIDT, la interpretación se dirige a conocer la *auténtica* voluntad del *autor* de las normas –su repartidor–; el propósito es lograr la fidelidad de la norma formulada, todo lo cual requiere atender no solo a lo que aquel pensó –a su intención–, sino a lo que quiso –el fin perseguido–⁷. La fidelidad consiste en establecer si la normativa describe con acierto el contenido de aquella voluntad. El objetivo de GOLDSCHMIDT es evidenciar con ello *quiénes* son los repartidores que intervienen en cada actividad del funcionamiento normativo, y *qué* es lo que hacen en cada una de ellas⁸.

³ DABOVE, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho*, <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4937>.

⁴ Lo que en términos de GÉNY es “lo dado”. La normatividad se construye y funciona sobre lo dado (CIURO CALDANI, *La dimensión sociológica de la juridicidad originaria del Código Civil y Comercial*, <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/58173>).

⁵ Para profundizar sobre la construcción del derecho desde sus tres dimensiones, remitimos a CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*.

⁶ BETTI, *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, p. 91.

⁷ CIURO CALDANI, *Metodología jurídica*.

⁸ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 114.

En la interpretación, el protagonista es quien da creación a las normas jurídicas, y el sujeto encargado del funcionamiento normativo, por ejemplo, el juez, debe ser leal a ese autor.

Para verificar si la norma es fiel, GOLDSCHMIDT propuso distintos caminos o métodos que guían la actividad del intérprete: en primer lugar, la interpretación literal; luego, la interpretación histórica y finalmente, la sistemática. La interpretación *literal* es aquella que, mediante el análisis lingüístico, permite establecer el significado de cada uno de los términos (elemento gramatical) y el sentido de ellos en el contexto de la oración y de los párrafos del texto legal (elemento lógico). Consideramos que el significado de las palabras de la normativa es el que la comunidad le atribuye en un momento determinado. En segundo lugar, la interpretación *histórica* es aquella que se dirige a identificar la voluntad del autor de la norma al redactarla, mediante el recurso a elementos que permitan conocer las finalidades perseguidas, tales como sus expresiones plasmadas en la Exposición de motivos, en las citas o notas de la normativa, en las declaraciones esgrimidas en el diario de sesiones del Congreso, incluso en los productos científicos de su autoría. Asimismo, es posible utilizar el recurso de la suposición de razonabilidad del autor, esto es, suponer cuál es la finalidad buscada por este, descartando toda interpretación que conduzca al absurdo o a la arbitrariedad⁹.

La voluntad histórica del autor está anclada en un contexto determinado y puede coincidir o no con los intereses y valoraciones de la sociedad; si son concordantes, entonces las finalidades del creador serán aquellas también deseadas por la comunidad.

En tercer lugar se encuentra la interpretación *sistemática*, que es aquella que permite conocer la voluntad del autor en el conjunto del sistema jurídico, al considerarse que la normativa forma parte de un complejo de respuestas del cual es posible extraer las finalidades perseguidas por sus creadores. Este camino de interpretación permite incluso detectar cuál es el lugar que ocupa cada fuente del derecho dentro del sistema normativo, en especial su jerarquía¹⁰.

⁹ DABOVE, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho*, <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4937>.

¹⁰ DABOVE, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho*, <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4937>.

Conforme la propuesta goldschmidtiana, se parte de la interpretación literal (con bases gramaticales y lógicas), se pasa a la histórica (auténtica voluntad del autor), se comparan ambas y, en caso de discordancia, se establece la infidelidad de la norma y se requiere la adaptación de la versión literal a la histórica (por extensión, restricción o sustitución).

La interpretación extensiva consiste en ampliar el significado literal para hacerlo coincidir con la voluntad del autor; la restrictiva, en cambio, consiste en acortar el contenido normativo porque su literalidad es extensa con relación a la voluntad histórica. Por otro lado, la sustitutiva significa reemplazar el análisis lingüístico por el histórico, porque de ambos se desprende un contenido diverso¹¹.

Desde la versión más reciente, desarrollada por CIURO CALDANI, la tarea de interpretación tiene también como meta averiguar la voluntad de la *sociedad*. Como se dijo, GOLDSCHMIDT pensó la actividad de interpretación en vinculación con el autor de la normatividad, interesado en la fidelidad de las normas y en la lealtad a su voluntad. Desde la construcción más actual, entendemos que resulta relevante atender a la interpretación que tenga en cuenta las referencias sociales y valorativas de la comunidad a la que pertenecen las normatividades interpretadas, y no así tener como meta la “auténtica” voluntad del autor¹².

En suma, emprender la tarea de otorgar un contenido a la normatividad implica asumir una interpretación dirigida a identificar la voluntad de su autor, mediante el recurso al elemento histórico o sistemático; o tendiente a establecer el significado que la sociedad le atribuye a las palabras (y a sus relaciones) plasmadas en el texto legal (interpretación literal); o a conocer la *voluntad de esa sociedad* –a veces difusa–, que muestra los fines, los intereses, las fuerzas, las valoraciones que se desenvuelven en aquella parcela de la realidad receptada por la normatividad (interpretación social).

§ 2. **LA INTERPRETACIÓN EN EL COMPLEJO DEL FUNCIONAMIENTO JURÍDICO**

Como se dijo, la interpretación forma parte de un complejo de tareas, cuya ejecución por parte de los operadores jurídicos permite

¹¹ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 267.

¹² CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 115.

el funcionamiento del derecho. Todas conducen a la aplicación de las normatividades a los casos o problemas concretos; en definitiva, el funcionamiento que planteamos tiene sentido si conduce a la realización de los repartos y valores que están proyectados en las normas jurídicas.

Cada una de esas actividades tiene una finalidad propia, por lo que es necesario que sean diferenciadas: así, mientras que la labor de *interpretación* está dirigida a *averiguar* cuáles son los fines que surgen de las normativas, la de *reconocimiento* tiene como meta *seleccionar* aquellas normatividades que resultan aplicables al caso y es la primera de las tareas que el encargado del funcionamiento debe realizar de manera necesaria. La de *elaboración* tiene como finalidad integrar el orden normativo ante la existencia de carencias normativas (históricas o dikelógicas), para lo cual se acude a la autointegración, esto es, a elementos del propio sistema jurídico (por analogía o por el empleo de principios generales del sistema), o a la heterointegración, es decir, a institutos o principios generales que están por fuera del sistema. La de *determinación*, por su parte, tiene como propósito *precisar* la normativa, *desarrollar* principios o *reglamentar* una ley, ante la identificación de una normatividad que está incompleta (p.ej., porque se trata de una norma con consecuencias penales con mínimos y máximos, o que contiene palabras ambiguas o que carece de detalles por falta de reglamentación). La de *argumentación* tiene como meta *expresar las razones* de la decisión, y es una tarea transversal a todas. La de *síntesis* se propone escoger entre varias normatividades reconocidas que no pueden aplicarse al mismo tiempo (p.ej., en el concurso real de delitos). Finalmente, la de *aplicación* tiene el propósito de *subsumir* y *encuadrar* el caso en la normativa escogida¹³.

Ahora bien, a la par de la identificación de las particularidades de cada actividad, también es relevante comprender que todas forman una *unidad*, de manera que todas se piensan y se realizan de modo relacionado. No es posible interpretar si antes no se lleva a cabo el reconocimiento de la normativa, es decir, la selección de las normas jurídicas posiblemente aplicables a la situación concreta. Interpretar, a la vez, puede llevar al encargado del funcionamiento a identificar alguna situación en la que sea necesario concretar otras de las tareas. Pues, cuando se realiza la interpretación puede que el in-

¹³ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 115 y siguientes.

térprete advierta la existencia de carencias normativas (históricas o dielógicas) que ameriten la elaboración de la normativa del caso, por las vías antes referidas; o cuando se concreta la interpretación puede que encuentre que la normativa está incompleta, por lo cual requerirá de la determinación, mediante la precisión, el desarrollo de principios o la reglamentación. Asimismo, la *argumentación*, la *síntesis* y la *aplicación* son posibles una vez que se han concretado las anteriores actividades, es decir, es posible argumentar, sintetizar y aplicar luego de los resultados arrojados por el reconocimiento, la interpretación y, en su caso, por la elaboración o determinación normativa.

Desde la teoría trialista, consideramos que el funcionamiento de las normas no solo se desenvuelve de manera real, sino también conjetural. En el primer caso, las actividades se concretan efectivamente; en el segundo, el encargado del funcionamiento *especula* o *presume* cuáles serían sus resultados. El mundo jurídico opera y se desarrolla sobre una importante base de suposiciones, hipótesis y especulaciones, acerca de lo que el mundo es, o puede ser, en su conjunto. De allí que la conjetura es una suposición acerca de la realidad, de una situación o de una relación jurídica. Los abogados, jueces, legisladores, funcionarios públicos, conjeturan acerca de las posibles soluciones o respuestas a los casos o problemas del derecho; los medios de comunicación son también grandes constructores de conjeturas. Los particulares también suelen conjeturar frecuentemente cómo sería la solución que los tribunales brindarían si llevaron su conflicto ante sus estrados. En ese gran marco, pensar en un funcionamiento conjetural permite a quien deba asumirlo suponer cuáles serían los *resultados* de las tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, síntesis y aplicación¹⁴. En cuanto a la interpretación, en esta se conjetura acerca de los fines que integran la voluntad del autor o de la sociedad, de acuerdo con las posibilidades que le brindan los distintos caminos o métodos de interpretación.

Por último, consideramos que cuando el mundo jurídico se pone en marcha, funciona la cultura toda, y con ella, la religión, la economía, las ciencias, el arte, la filosofía, la historia, etcétera¹⁵. Se des-

¹⁴ CIURO CALDANI, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*. Metodología jurídica, p. 10.

¹⁵ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 93 y siguientes.

pliegan ideas, intereses, fuerzas, inquietudes, problemas que forman parte del entorno del derecho, y que el autor de las normatividades ha captado asignando un significado y efectos jurídicos.

C) LA INTERPRETACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD ALIMENTARIA DE LOS PARIENTES

La responsabilidad alimentaria derivada del parentesco da nacimiento a una de las principales interacciones familiares receptadas por el orden normativo. En su regulación por el Código Civil y Comercial, se mantiene su estructura sobre la base de las reglas tradicionales, pero con ciertas modificaciones que expresan la mirada humanista del cuerpo normativo. Dichas reglas son: la necesidad de los parientes que reclaman alimentos, la subsidiariedad de la obligación, y las posibilidades económicas de los sujetos obligados. Estas surgen del texto del art. 537, el cual establece: *“Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado; b) los hermanos bilaterales y unilaterales. En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado”*. Además, del art. 541 prevé el contenido de la referida obligación: *“La prestación alimentaria comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición de que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación”*.

De la interpretación literal e histórica de la norma del art. 537 del Código es posible extraer que la finalidad de su autor es la de reconocer un deber jurídico –fundado en la solidaridad familiar–, a cargo de los parientes enunciados en el texto legal, según el orden de prelación y atento a las necesidades de quien reclama los alimentos y a las posibilidades económicas de los obligados. Se desprende que no todos los integrantes de la familia poseen responsabilidad alimen-

taria, sino aquellos contemplados por la normativa y que, por ende, la finalidad del legislador ha sido desde sus orígenes recortar el deber-derecho a los casos de alimentos entre parientes más cercanos o próximos en cuanto al grado de parentesco. En definitiva, de la diversidad de vínculos familiares que se establecen en los hechos, los legisladores captan, mediante construcciones lógicas, aquellos a los que deciden atribuir ciertos efectos relevantes para el mundo jurídico. La voluntad literal y la histórica coinciden, por lo que consideramos que la disposición legal es fiel a la voluntad de su creador, incluso a la voluntad de la sociedad, que construye pretensiones de ayuda recíproca entre los parientes más cercanos, ante la necesidad de alguno de ellos. Para reconstruir la voluntad histórica del autor es posible recurrir a elementos extranormativos, fundamentalmente a la exposición de Fundamentos del Anteproyecto del Código, y a las fuentes consultadas por sus redactores en la materia (los proyectos de Reforma de 1993 y 1998).

El art. 541, como se dijo, manifiesta cuáles son las necesidades que integran el contenido de la obligación de alimentos. La interpretación desde el elemento histórico y literal permite desentrañar que la finalidad del autor –y de la sociedad– es asegurar que los destinatarios de la prestación no solo reciban lo que en sentido estricto podemos considerar como “alimentos” (la comida), sino también aquello que se relaciona con la vestimenta, el acceso a un hogar y a asistencia médica. En relación con esta última necesidad, los redactores del Código Civil y Comercial introdujeron dicha expresión en reemplazo de la de “asistencia en las enfermedades”, plasmada en el anterior art. 372 del Cód. Civil. Durante la vigencia de este cuerpo normativo se presentaba un problema de infidelidad de esa norma, por no describir con acierto la voluntad de su autor. Pues, una interpretación *literal* parecía limitar el alcance del deber jurídico a los gastos relacionados con el tratamiento o cura de una enfermedad; no obstante, la interpretación *histórica y sistemática* desentrañaba un contenido más amplio de aquella voluntad, comprensivo de situaciones en las que está en juego la salud de las personas sin que exista una enfermedad, por ejemplo ante la necesidad de tratamiento psicológico, o de rehabilitación frente a determinada dolencia o afección física o psíquica. Incluso, la doctrina incluía dentro del contenido de la norma los gastos de sepelio.

A los fines de reconstruir esa voluntad histórica, la utilización del recurso de *suposición de razonabilidad* podía llevar a presupo-

ner que, si bien VÉLEZ SÁRSFIELD escogió la expresión asistencia en la “enfermedad”, su finalidad no era limitar el alcance de la prestación alimentaria a esos supuestos, sino proteger de un modo más amplio a su destinatario, ante situaciones de falta de posibilidades para afrontar gastos relacionados con su estado de salud. Asimismo, aquella voluntad histórica y sistemática se reconstruía a partir de una interpretación armonizada con la norma del art. 3790 que, al regular sobre el legado de alimentos, incluía “la instrucción correspondiente a la condición del legatario”, por lo que razonablemente era de suponer que si VÉLEZ SÁRSFIELD preveía la *instrucción* dentro del legado de alimentos –a los fines de que sea posible proporcionar condiciones de desarrollo a su beneficiario–, con más razón su finalidad no era dejar desamparado a quien reclama alimentos ante situaciones en la que está en juego la salud o la integridad psicofísica de la persona. Frente a la discordancia entre la literalidad del art. 372 y la voluntad histórica, era necesario realizar una actividad de adaptación de la norma por medio de una interpretación *extensiva*, de manera de incluir dentro del contenido del texto legal los fines identificados luego de conocer la voluntad histórica del autor¹⁶. Hoy ya no es necesario adaptar la norma, su interpretación literal arroja como resultado un contenido más amplio.

En la actualidad, resulta relevante atender a la *interpretación sistemática*, en tanto constituye el camino que permite identificar que las necesidades a las que refiere el art. 541 del Cód. Civil y Comercial remiten a derechos humanos consagrados en el propio sistema jurídico, en especial al derecho a la alimentación adecuada, a la calidad de vida, a la salud e integridad psicofísica, y de manera más amplia, al derecho a cuidar, a cuidarse y a ser cuidado¹⁷.

En especial, tratándose de alimentos a favor de las personas en la vejez, las necesidades de la norma mencionada remiten a los conteni-

¹⁶ Lo mismo sucedía con la expresión “visitas”, empleada por el art. 376 bis del antiguo Cód. Civil, en cuanto de la literalidad del término parecía remitirse a un derecho a visitarse en el domicilio de las personas (significado atribuido por la sociedad), cuando en realidad la voluntad histórica y en particular sistemática parecía referir a la posibilidad de entablar y mantener relaciones familiares, al desarrollo de las personas a partir de los vínculos y contactos con los parientes.

¹⁷ PAUTASSI, *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5809-cuidado-como-cuestion-social-un-enfoque-derechos>.

dos de las fuentes que consagran sus derechos¹⁸. En otras palabras, es necesario conectar los fines del art. 541 con aquellos que surgen de las normatividades que reconocen sus *derechos de autonomía, derechos de participación y derechos de protección*. Los primeros son aquellos que integran derechos vinculados a aspectos extrapatrimoniales (a la independencia, al autocuidado y autorrealización) y patrimoniales (a la propiedad, a producir y consumir); los segundos, están referidos a la inclusión en la familia y en los diversos ámbitos de la comunidad; los terceros, están relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales, con los cuidados y la asistencia en la vejez¹⁹.

Por su parte, tratándose de niños, niñas y adolescentes, las necesidades del art. 541 remiten a sus *derechos de supervivencia y derechos de desarrollo*. El primer grupo está relacionado con derechos que buscan satisfacer necesidades de subsistencia material o de sustento e integridad física –y psíquica–; el segundo, está vinculado a necesidades educativas y de formación en general²⁰. Así, la voluntad *sistemática* de los redactores del art. 541 es aquella que conecta la finalidad de satisfacer *necesidades de subsistencia, vestuario, habitación y asistencia médica*, con aquellas que surgen de las normatividades que consagran el derecho a la calidad de vida de los niños, niñas y adolescentes, el derecho a la salud y a la integridad psicofísica, etcétera.

Uno de los datos significativos con relación a la prestación alimentaria a favor de los niños, niñas y adolescentes, es que el Código Civil y Comercial incorporó la satisfacción de necesidades de *educación* dentro del contenido de la obligación de alimentos de los parientes. La interpretación desde el componente *histórico y sistemático* permite conocer que la voluntad de sus redactores se integra con la finalidad de asegurar condiciones de desarrollo y formación a favor de este grupo etario, y amplía los alcances del aquel deber jurídico hacia la protección de su derecho humano a la educación. Es posible averiguar la *voluntad histórica* recurriendo a las fuentes que tomaron los

¹⁸ Consideramos que se trata de fuentes que integran el derecho de la vejez como área jurídica autónoma (ver DABOVE, *Derecho de la vejez*).

¹⁹ Para mayor desarrollo, remitimos a DABOVE, *Derecho de la vejez*.

²⁰ Para mayor desarrollo, remitimos a FERNÁNDEZ, “Vulnerabilidad, infancia y protección especial. Sobre la especificación de derechos humanos fundamentales como tutela reforzada de protección”, en FERNÁNDEZ, *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*.

autores del Código, esto es, el Proyecto de Reforma de 1993 y el de 1998, los que con idéntica redacción ya incluían a la educación dentro de la obligación alimentaria, con la diferencia de que mientras estos lo establecían a favor de todos los parientes, el Código Civil y Comercial solo lo recepta cuando los alimentados son niños, niñas y adolescentes²¹.

La interpretación desde el elemento *sistemático* permite mostrar la relevancia de considerar al complejo jurídico en su conjunto, de manera de conferir a las normatividades un contenido acorde a las finalidades que provienen de otras partes del sistema. En el caso de grupos etarios como los mencionados, este camino de interpretación es imprescindible para reconstruir la voluntad de los autores y de la comunidad, que surgen de fuentes del derecho que reconocen sus derechos a partir de miradas que atienden sus debilidades. La importancia de la interpretación *sistemática* surge del Título Preliminar del Código Civil y Comercial, cuyo art. 2° expresa que las leyes deben ser interpretadas teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. Desde la teoría general del derecho que construimos a partir de los desarrollos de CIURO CALDANI, consideramos que se trata de una disposición legal que se proyecta a todo el complejo jurídico como elemento común a todas sus áreas. Así, presentamos a la interpretación sistemática como una tarea –y una herramienta– que posibilita al intérprete establecer relaciones entre las respuestas que derivan de distintas partes del sistema jurídico²².

Finalmente, como se dijo, el abanico de posibilidades con las que cuenta el intérprete abarca un camino de interpretación que está dirigido a conocer la *voluntad de la comunidad*, en el sentido de los fines perseguidos (interpretación social). Desde una perspecti-

²¹ El anterior art. 372 del Cód. Civil no incluía la educación dentro del contenido del deber alimentario de los parientes, ya que VÉLEZ SÁRSFIELD quiso diferenciar esta clase de responsabilidad de aquella que surge de la responsabilidad parental. Sin embargo, era posible recurrir a una interpretación social, respetuosa de la voluntad de la sociedad, y siempre que las circunstancias del caso demostraran las aptitudes económicas del alimentante.

²² Sobre la propuesta de una teoría general del derecho comprensiva de lo común y lo abarcativo del mundo jurídico, remitimos a CIURO CALDANI, *Lecciones de teoría general del derecho*, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/issue/view/34/showToc>.

va como la que ofrece la teoría trialista, la consideración de los fines de la sociedad permite vincular la dimensión lógica que representa la normatividad –o si se quiere la voluntad del autor– con la realidad social y con los valores que se reclaman. Todo ello en un marco más amplio de construcción del derecho desde sus tres dimensiones: desde los repartos y distribuciones de potencia e impotencia, normas jurídicas, y valores y principios jurídicos. En materia alimentaria, las actividades del funcionamiento normativo ponen de resalto cuál es la verdadera naturaleza del problema o conflicto que se ha de resolver –un tema de adjudicación de derechos fundamentales–, las fuentes creadas en la materia y las valoraciones que están en juego; asimismo, arrojan luz acerca del lugar que hoy ocupan dentro del derecho ciertos sujetos históricamente marginados –p.ej., los niños, niñas y adolescentes, las personas mayores–, así como de las debilidades que en ocasiones presentan frente a otros integrantes de la familia, al Estado y a la sociedad.

Cuando se presenta una necesidad alimentaria se desencadena el funcionamiento del mundo jurídico en su conjunto; no hay disposiciones aisladas, sino conectadas, incluso vinculadas con las interpretaciones, observaciones, recomendaciones de los órganos internacionales sobre derechos humanos. Los problemas alimentarios involucran al derecho en su todo, como una cuestión que no es solo familiar, sino también estatal y de la comunidad. En suma, cuando se aplica la teoría de la interpretación normativa que proponemos, se refleja la complejidad que presenta el derecho, por la diversidad de fuentes y por su creación por parte de distintos órganos de producción.

Cuando se ponen en marcha los contenidos de las normas sobre responsabilidad alimentaria de los parientes se realiza la solidaridad, es decir, se despliega uno de los valores que integra el complejo axiológico del derecho, y con ello, las construcciones filosóficas, religiosas, sociológicas, antropológicas, políticas, sobre la noción de solidaridad que constituyen los horizontes del mundo jurídico; y en general, se realiza la cultura en su conjunto²³.

²³ La noción de solidaridad se ha construido en el tiempo a partir de los desarrollos en el campo de distintas ciencias sociales. En particular, desde lo filosófico encuentra sus antecedentes en la idea de la virtud de la “amistad” desarrollada por PLATÓN, ARISTÓTELES, los estoicos, entre otros; desde lo religioso, en la caridad del cristianismo, y desde lo político, en el ideal de fraternidad moderna (PAEZ NEIRA, *Acercamiento teórico al concepto de solidaridad*, https://revista-realitas.webnode.com.co/_files/20000001217738186de/8_Revista%20Vol%201%20No%201_articulo_7.pdf).

D) REFLEXIONES FINALES

La perspectiva trialista propone una teoría de la interpretación que se piensa en el marco de un abanico de actividades diferenciadas pero vinculadas entre sí. Es decir, la interpretación no se piensa de manera aislada, sino en conexión con otras tareas que ponen en marcha al derecho para dar soluciones a situaciones concretas. En otras palabras, el funcionamiento propuesto no se limita a dar herramientas para conocer la voluntad del autor de las normas o de la sociedad (en la interpretación), sino también para integrar el orden normativo frente a la existencia de carencias normativas, o para determinar ante normatividades incompletas, o para sintetizar cuando coexisten en el caso disposiciones que no pueden aplicarse a la vez. Al mismo tiempo, abre cauces para desarrollar una teoría de la argumentación jurídica, y una teoría de la conjetura jurídica.

El funcionamiento descripto permite construir el derecho pensando en su dinámica, en su contacto con los casos o problemas de la vida humana y no humana, así como también con los valores que subyacen de ellos. Las tareas se piensan desde la dimensión lógica del derecho, pero su realización conecta los contenidos normativos con la vida misma, con los fines, fuerzas, intereses que están presentes en la realidad social, y que expresan los valores que se construyen en la dimensión sociológica y axiológica del mundo jurídico. De este modo, funciona el derecho todo y la cultura, y con ella los distintos horizontes del mundo jurídico (la historia, el arte, la religión, la filosofía, la economía, etcétera).

BIBLIOGRAFÍA

- BETTI, EMILIO, *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, tr. J. L. DE LOS MOZOS, Santiago de Chile, Olejnik, 2018.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
- *La dimensión sociológica de la juridicidad originaria del Código Civil y Comercial*, “Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales”, año 13, n° 46, <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/58173>.
- *Lecciones de teoría general del derecho*, “Investigación y Docencia”, n° 32, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/issue/view/34/showToc>.
- *Metodología jurídica*, Rosario, Zeus, 2007.
- *Una teoría trialista del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2020.

- DABOVE, M. ISOLINA, *Argumentación jurídica y eficacia normativa: hacia un sistema integral del funcionamiento del derecho*, “Dikaion”, año 29, vol. 24, n° 1, <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4937>.
- *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- FERNÁNDEZ, SILVIA, “Vulnerabilidad, infancia y protección especial. Sobre la especificación de derechos humanos fundamentales como tutela reforzada de protección”, en FERNÁNDEZ, SILVIA (dir.), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2015.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1996.
- PAEZ NEIRA, MARTHA, M., *Acercamiento teórico al concepto de solidaridad*, “Realitas. Revista de Ciencias Sociales, Humanas y Artes”, n° 1, https://revista-realitas.webnode.com.co/_files/200000012-17738186de/8_Revista%20Vol%201%20No%201_articulo_7.pdf.
- PAUTASSI, LAURA C., *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, CEPAL, 2007, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5809-cuidado-como-cuestion-social-un-enfoque-derechos>.

LA RAZONABILIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LA EMERGENCIA*

FRANCO GATTI**

Resumen. El presente trabajo tiene por objeto discutir las implicancias que adquiere la noción de razonabilidad en el derecho, deteniéndose, en primer lugar, en los modos en que impacta en la configuración de un modelo de sujeto de derecho. A partir de este análisis, y considerando el carácter “poroso” del concepto estudiado, se abordará el rol que desempeña la judicatura para atribuirle una significación.

Específicamente, la investigación profundizará en las diversas formas en que los tribunales han utilizado la categoría de la “razonabilidad” para responder a circunstancias imprevistas por la legislación y que reeditan el histórico debate entre la preservación de la estabilidad jurídica y la necesaria flexibilidad de las decisiones judiciales.

Palabras clave: razonabilidad, racionalidad, jurisdicción, flexibilidad, estabilidad.

REASONABLENESS IN THE INTERPRETATION OF EMERGENCY

Abstract. The purpose of this work is to discuss the implications that the notion of reasonableness acquires in law, stop-

* Recepción: 20/12/2020; evaluación: 4/2/2021; aceptación: 20/4/2021.

** Abogado, diploma de honor, por la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Especialista en Derecho Público Global, por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Profesor adjunto de Introducción a la Filosofía y a las Ciencias Sociales (por concurso), Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Correo electrónico: francogatti517@hotmail.com.

ping, first, in the ways in which it impacts on the configuration of a model of the subject of law. Based on this analysis, and considering the “porous” nature of the concept, the role played by the judiciary will be studied to attribute significance to it.

Specifically, the investigation will delve into the various ways in which the courts have used the category of “reasonableness” to respond to circumstances unforeseen by the legislation and that reissue the historic debate between the preservation of legal stability and the necessary flexibility of judicial decisions.

Keywords: reasonableness, rationality, jurisdiction, flexibility, stability.

A RAZOABILIDADE NA INTERPRETAÇÃO DA EMERGÊNCIA

Resumo. O objetivo deste trabalho é discutir as implicações que a noção de razoabilidade adquire no direito, parando, em primeiro lugar, nas formas como impacta na configuração de um modelo de sujeito de direito. A partir dessa análise, e considerando o caráter “poroso” do conceito estudado, será abordado o papel desempenhado pelo judiciário ao atribuir-lhe significado.

Especificamente, a investigação aprofundará as diversas formas como os tribunais têm utilizado a categoria de “razoabilidade” para responder a circunstâncias não previstas pela legislação e que reeditam o debate histórico entre a preservação da estabilidade jurídica e a necessária flexibilidade das decisões do tribunal.

Palavras chave: razoabilidade, racionalidade, jurisdição, flexibilidade, estabilidade.

A) RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD EN EL SUJETO DE DERECHO

§ 1. ELEMENTOS CONCEPTUALES

A partir del Renacimiento y del traslado de la centralidad hacia la razón humana, “el hombre se convierte en el primer y auténtico *subjectum*, sobre el que se fundamenta todo ente en lo tocante a su

modo de ser y su verdad”². Esta circunstancia tiene sus efectos específicos en el universo jurídico, donde el sujeto de derecho es configurado a partir de un modelo de racionalidad y con él se diseña, simultáneamente, un patrón de conducta.

Inicialmente, debe decirse que existen múltiples desarrollos relativos a la posibilidad de trazar distinciones entre la racionalidad y la razonabilidad. SIBLEY indica que un hombre es racional cuando no sabemos a qué fines apuntará en su conducta, solo sabemos que, sean cuales sean, utilizará la inteligencia para perseguirlos; mientras que aquel dispuesto a actuar razonablemente, en lo que respecta a otros, estará dispuesto a gobernar su conducta por un principio de equidad, a partir del cual él y ellos pueden razonar en común, y también que él admitirá datos sobre las consecuencias de sus acciones propuestas sobre su bienestar, en sí mismo, relevantes para sus decisiones. Esta disposición no se deriva ni se opone a la disposición de ser racional. Sin embargo, es incompatible con el egoísmo, porque está esencialmente relacionado con la disposición a actuar moralmente³.

Por su parte, ZORZETTO afirma que si bien lo racional está vinculado con un agente ideal perfectamente informado y es concebible desde un punto de vista solipsista, lo razonable tiene lugar en la interacción y encarna la conciencia moderna de la incertidumbre del futuro, las falibilidades cognitivas humanas, así como la posibilidad de errores⁴. En ese sentido, la persona razonable generalmente se compara con el hombre racional. Si bien este último es el maximizador perfecto y mide todos sus cursos de acción desde un punto de vista económico, equilibrando los beneficios y los costos, el primero se ve con frecuencia como una persona que interactúa con otros e interesados en buscar términos justos de cooperación. Por lo tanto, las personas razonables son generalmente conscientes de los pros y los contras de todas las opciones. También son conscientes de que las creencias pueden estar equivocadas y los deseos no pueden satisfacerse a toda costa⁵.

² HEIDEGGER, *Caminos de bosque*, p. 104.

³ SIBLEY, *The Rational versus the Reasonable*, “The Philosophical Review”, vol. 62, n°. 4, p. 556.

⁴ ZORZETTO, *Reasonableness*, “The Italian Law Journal”, vol. 1, n° 1, p. 113.

⁵ RIPSTEIN, “Reasonable persons in private law”, en BONGIOVANNI - SARTOR - VALENTINI, *Reasonableness and law*, p. 253 a 281.

Ahora bien, admitiendo la distinción entre la persona racional y la razonable, es preciso detenernos en cómo el discurso jurídico gestiona estas categorías, es decir, cómo les asigna sentido. BAZÁN y MADRID⁶ subrayan que entre los distintos usos de “lo razonable” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, uno de ellos se refiere, precisamente, a “lo ordinario, lo normal, esperable”⁷, este es el significado de lo razonable cuando hablamos del “reasonable man” o “buen padre de familia” como modelo generalizado de diligencia. Lo que propugna este modelo (que al apelar a la responsabilidad del ciudadano medio establece un patrón generalizable de comportamiento y, por lo tanto, de exigible cumplimiento, salvo causa justificada) es la exclusión, en cuanto a su exigibilidad, de la conducta extraordinaria. Esto supone la definición de un estereotipo humano: la persona razonable conocida⁸.

La pretensión de un accionar razonable por parte del sujeto de derecho se ve atravesada por la indeterminación de esa adjetivación, debido a que se trata de una noción de contenido variable, tanto en un sentido histórico o social, como en un sentido lógico. Por eso, ATIENZA sostiene que la noción de razonabilidad es un componente común de lo que suele llamarse “conceptos jurídicos indeterminados”, que vendrían a ser el resultado de la aplicación, a campos distintos, de un mismo concepto básico, el de razonabilidad⁹.

⁶ BAZÁN - MADRID, *Racionalidad y razonabilidad*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 18, n° 2, p. 181 y 182.

⁷ Lo razonable como “lo esperable”: STC 30/87, 11 de marzo, FJ 2º: “Lo garantizado en mérito del principio de igualdad a quienes demanden justicia ante los tribunales no es la obtención de una resolución igual a las que se hayan adoptado o puedan adoptarse en el futuro por el mismo órgano judicial, sino, más estrictamente, la razonable confianza –enlazada con la seguridad jurídica que la Constitución consagra– de que la propia pretensión merecerá del juzgador la misma respuesta obtenida por otros casos iguales”. Lo razonable como “normal u ordinario”: STC 69/89, 20 de abril, FJ 1º: “No vulnera la exigencia de *lex certa* que incorpora el art. 25 de la Constitución la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”.

⁸ ZORZETTO, *Reasonableness*, “The Italian Law Journal”, vol. 1, n° 1, p. 114.

⁹ ATIENZA, *Para una razonable definición de razonable*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 4, p. 190.

En ese sentido, RECASÉNS SICHES planteó la insuficiencia o inadecuación de la lógica tradicional, de la lógica físico-matemática o de lo "racional" para tratar con problemas prácticos como el de la interpretación del derecho. En su opinión, la lógica formal no agota ni remotamente la totalidad del logos, de la razón, sino que es tan solo una provincia o un sector. Aparte de la lógica de lo racional, aparte de la lógica formal de la inferencia, hay otras regiones que pertenecen igualmente al logos, pero que son de índole muy diversa de aquella lógica de lo racional en sentido estricto. Entre esas zonas o regiones figura el ámbito del logos de los problemas humanos de conducta práctica, al que llama "logos de lo razonable"¹⁰.

Por su parte, en la teoría de la argumentación o nueva retórica de PERELMAN, la noción de lo razonable juega igualmente un papel central. Lo irrazonable representa para PERELMAN el límite negativo de cualquier argumentación jurídica y, en general, de cualquier argumentación práctica. Se trata de una noción variable histórica y socialmente, y que además remite a una pluralidad de soluciones posibles; dicho de otra manera, una decisión jurídica no puede (no debe) nunca ser irrazonable, pero dos o más decisiones jurídicas pueden ser, todas ellas, razonables. Ahora bien, el que se trate de una noción variable no implica que sea también una noción confusa. No lo sería porque, para PERELMAN, lo razonable tiene un límite que viene marcado por el auditorio; esta última noción es central en la concepción de la argumentación jurídica. "Es irrazonable lo que es inadmisibles en una comunidad en un momento determinado"¹¹. Como ha indicado AARNIO, el concepto de auditorio que marca el límite de lo aceptable o lo razonable adolece, en la obra de PERELMAN, de una cierta ambigüedad pues, por un lado, se configura como un acuerdo o un consenso ideal y, por otro lado, parece estar ligado a hechos contingentes de carácter social y cultural. Otra dificultad del concepto, indica ATIENZA, estriba en su escasa potencialidad crítica, desde el momento en que PERELMAN presupone que, ante un mismo caso, pueden tomarse diversas decisiones que (si respetan ciertos límites, que parecen configurarse de manera clara) habría que considerar como aceptables y, por tanto, como igualmente justificables¹².

¹⁰ RECASÉNS SICHES, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonada*, p. 519.

¹¹ PERELMAN, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit*, p. 15.

¹² ATIENZA, *Para una razonable definición de razonable*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 4, p. 191.

De cualquier modo, parece claro que lo que es razonable depende tanto de hechos como de valores que no están predeterminados. Esto significa que los criterios abstractos de razonabilidad no existen en clave absoluta y lo razonable es poroso y depende del contexto¹³. Por eso, sostenemos que el contenido que se le atribuya, sobre todo al momento de la decisión judicial, dependerá en gran medida del orden de significación instituido y de las maneras en que los jueces logren afrontar la tensión entre estabilidad y flexibilidad.

§ 2. ***LAS EXPECTATIVAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: ¿QUÉ ESPERA EL DERECHO DE SUS DESTINATARIOS?***

Al asumir el carácter “poroso” e históricamente connotado de la razonabilidad, la identificación de ciertas referencias del ordenamiento jurídico argentino puede dar cuenta de la función que desempeña y permitirnos trazar algunas conclusiones parciales.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina contiene expectativas manifiestas de conductas razonables por parte de los sujetos. Por ejemplo, al regular las obligaciones de las partes en ciertos contratos (compraventa¹⁴, locación de obra¹⁵, transporte¹⁶) exige un comportamiento de conformidad con lo que “razonablemente cabe esperar” de acuerdo con la posición de la que se trate.

La figura del buen hombre de negocios, como objetivación del estereotipo de razonabilidad, también tiene su lugar en el derecho argentino. La ley de sociedades comerciales, en su art. 59, establece que “los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”. Asimismo, en la ley de contrato de trabajo se prevé, en el art. 69, que las partes deben ajustar sus conductas “a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador”. Incluso, las normas procesales contienen un estándar de conducta razonable a la hora de

¹³ ZORZETTO, *Reasonableness*, “The Italian Law Journal”, vol. 1, n° 1, p. 110.

¹⁴ Art. 1141, Cód. Civil y Comercial: “Realizar todos los actos que razonablemente cabe esperar del comprador”.

¹⁵ Art. 1256, Cód. Civil y Comercial: “Ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada”.

¹⁶ Art. 1317, Cód. Civil y Comercial: “El transportista [...] de emplear una razonable diligencia en la contratación del transportista siguiente”.

evaluar el accionar temerario o malicioso de las partes en el litigio (art. 45, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación Argentina).

El discurso de los jueces, de igual modo, ha recurrido al criterio de la razonabilidad para definir los límites de las expectativas jurídicas en relación con el comportamiento de las personas. Se ha referido, por ejemplo, al nivel de información que una persona razonable debería tener al momento de tomar una decisión¹⁷, al modo en que se aprecia un hecho delictivo desde la óptica de cualquier persona razonable¹⁸, y ha acudido a la noción de “buen padre de familia” para definir cuál es sentido común vigente a la hora de articular ciertas contrataciones¹⁹. De hecho, el modelo del sujeto razonable resultó fundamental para atribuirle significación a reglas jurídicas como la que dispone el deber de seguridad en los espectáculos deportivos, en el significativo precedente “Mosca”. Allí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina concluyó que “una persona razonable y cuidadosa que organiza un espectáculo debe ponderar los riesgos que existen en el acceso al mismo o sus inmediaciones, y adoptar las diligencias necesarias para evitarlos. El organizador debe proteger al espectador ubicado dentro del estadio, cuando accede al mismo para ver el espectáculo y cuando está a unos metros de la entrada. Es irrazonable pensar que una persona accede a su riesgo antes de la puerta y, por el contrario, está asegurada por el organizador cuando traspasa ese umbral, siendo que la fuente de riesgo es la misma: la organización de un espectáculo sobre la base de la tolerancia excesiva y negligente de las hinchadas”²⁰.

En efecto, el sujeto de derecho, configurado a partir de un tipo de racionalidad que históricamente incluyó y excluyó (mujeres, niños, niñas, personas con discapacidad, pueblos indígenas), es parte de un orden de significación instituido. De tal modo, la definición de ciertos modos de conducirse, capturados por el estándar de razonabilidad, también cristalizan tensiones, conflictos y acuerdos coyunturales. Las referencias normativas identificadas y la concretización de

¹⁷ CSJN, 27/5/2009, “Noejovich, Raúl A. c/Rodríguez, Nestor s/ejecutivo”, *Fallos*, 332:1082.

¹⁸ CSJN, 24/8/2000, “Scheffer, Ana T. c/Nación Argentina y otro s/daños y perjuicios”, *Fallos*, 274:192.

¹⁹ Dictamen de la Procuración General de la Nación, 14/2/2008, “Denuncia s/presuntas irregularidades en el Banco de la Provincia de Río Negro”.

²⁰ CSJN, 6/3/2007, “Mosca, Hugo A. c/Buenos Aires, provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios”, *Fallos*, 330:563.

la idea de razonabilidad que han desplegado los tribunales, permiten advertir que su “porosidad” habilita un diálogo propicio entre los textos jurídicos y los contextos, lo cual se constituye en una oportunidad para interpretaciones innovadoras (p.ej., piénsese en las formas de entender la idea de “buen padre de familia” por medio de las transformaciones operadas por el paradigma de los derechos humanos). Sin embargo, también es susceptible de convertirse en un terreno fértil para la arbitrariedad y la afectación de la seguridad jurídica (cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad²¹).

B) EL JUEZ Y LA RAZONABILIDAD

§ 3. INTRODUCCIÓN

En los apartados anteriores hemos abordado las diferencias centrales entre racionalidad y razonabilidad con referencia al sujeto de derecho, y de esta manera hemos propiciado una reflexión en torno a cuáles son las pretensiones del sistema jurídico respecto de la conducta de sus destinatarios. En ese sentido, advertimos que las normas del ordenamiento apelan a categorías indeterminadas (el hombre razonable, el buen hombre de negocios, el buen padre de familia, etc.) cuyo contenido acaba por definirse, en general, en el plano jurisdiccional.

A continuación, procuraremos establecer cuáles son los marcos de actuación de las autoridades judiciales en el contexto del Estado de derecho para gestionar el conflicto y la incertidumbre. En consecuencia, además de proporcionar los elementos teóricos fundamentales, adoptaremos como hilo conductor algunos ejemplos de la jurisprudencia argentina en circunstancias de emergencia, con el propósito de identificar el impacto que allí cobra la “razonabilidad” del decisor.

§ 4. UN JUEZ RAZONABLE PARA EL ESTADO DE DERECHO

Lo razonable no solo está determinado por la cultura, sino que también está profundamente influenciado por sus antecedentes filosóficos y políticos²² y –podríamos decir– la razonabilidad opera como un límite al arbitrio del poder. Identifica CUONO, *exnegativo*, cinco

²¹ ÁVILA, *Teoría de la seguridad jurídica*, p. 580.

²² ZORZETTO, *Reasonableness*, “The Italian Law Journal”, vol. 1, n° 1, p. 113.

significados de razonabilidad de los actos del poder: *a)* irrazonable como insensato, es decir, aquel soberno que no usa la razón para emplear los medios idóneos para alcanzar los fines deseados en su propia actuación; *b)* irrazonable como inicuo, con referencia al problema de la equidad, entendida como la justicia en el caso concreto, en términos aristotélicos; *c)* irrazonable como discriminatorio, asumiendo una vinculación de la razonabilidad con el principio de igualdad; *d)* irrazonable como inmoral, es decir que se identifican como irrazonables aquellos actos contrarios a la dictamina *rectae rationis*, permitiendo incluso, tal como sostiene RADBRUCH, la exclusión de las leyes a las que les falte total sentido de la verdad y del derecho, y *e)* irrazonable como inflexible, incluyendo en esta categoría a los actos de los gobernantes incapaces de tomar en consideración las razones de otros, es decir, ser razonable supone darse cuenta de las circunstancias y de las limitaciones que estas implican con la renuncia a una actitud, teórica o práctica, de absolutismo²³. Los últimos dos sentidos son los de recurrencia más frecuente por las perspectivas denominadas neoconstitucionalistas.

Lo que subyace, en definitiva, es que más allá de los posibles contenidos, la necesidad de un juez razonable se funda en el presupuesto de que el ordenamiento jurídico no proporciona todas las respuestas o, por lo menos, que el acontecimiento judicial tiene carácter realizativo, zanja la distancia entre el registro general dado por la regla y la singularidad del caso²⁴. El propio Código Civil y Comercial dispone, en su art. 3°, que los jueces deben “resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”, por lo que parece demandarse algo más que una decisión ajustada a la racionalidad jurídica, es decir, una justificación que siga ciertas pautas interpretativas y está basada en determinadas fuentes del derecho²⁵.

La construcción de la razonabilidad en la escena judicial confronta, según advierte AARNIO, con el permanente problema de la incertidumbre de los contenidos del sistema jurídico. A fin de que la vida social no caiga en el caos, es necesario disipar la incertidumbre, las regulaciones tienen que tener algún tipo de contenido y, en ese

²³ CUONO, *Entre arbitrariedad y razonabilidad: hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo*, “Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad”, n° 3, p. 46 a 49.

²⁴ DERRIDA, *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*, p. 52.

²⁵ SCHELSKY, *Die juristische Rationalität*, “Die Soziologen und das Recht”, p. 15 y 16.

marco, los jueces tienen que lograr un equilibrio entre dos objetivos que apuntan en direcciones opuestas. Por un lado, deben respetar la estabilidad y, por otro, procurar la flexibilidad requerida por las circunstancias. El primero de estos objetivos sirve a la continuidad, a la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley, y permite que las relaciones sociales puedan ser anticipadas. Esta responsabilidad pesa sobre quienes tienen a cargo la adaptación de la ley a las nuevas circunstancias y sobre la ciencia del derecho, que aclara los contenidos del sistema jurídico. La maquinaria legislativa es demasiado pesada y lenta como para poder responder con la suficiente celeridad a cada pedido de reforma. Solo si se deja de lado la letra de la ley es posible reducir la tensión entre las normas y la realidad social existente. No hay medios universalmente aplicables que permitan controlar un argumento tal como el de la razonabilidad de la solución, la decisión jurídica crea siempre un equilibrio entre la letra de la ley y otros factores que influyen en el asunto. Se trata, sugiere AARNIO, de saber cómo aplicar la ley de forma tal que cuente con la aceptación general²⁶.

En la propuesta de DWORKIN, la solución a la autoridad razonable radica en la figura del juez “Hércules”, capaz de arribar a la respuesta correcta²⁷. Este personaje ficticio “lo sabe todo, dispone de tiempo para tomar la decisión, su información sobre el caso y sobre los argumentos relevantes es ilimitada”²⁸; en palabras de HABERMAS, es demasiado heroico, sus construcciones narrativas son monológicas, no conversa con nadie, si no es a través de libros, nada le conmueve²⁹. Es decir, se trata de una figura ideal, que desconoce a la otredad, pues desconoce a todo interlocutor que pueda interferir en su insular espacio de decisión, es una suerte de hombre “después de todo”, inmune a la pluralidad. PRIETO SANCHÍS advierte, con buen juicio, las razones por las que DWORKIN desemboca en este modelo de juez y señala que quienes realmente creyeron en la autosuficiencia del derecho nunca pensaron en un juez Hércules, sino en todo lo contrario, en jueces populares: una vez elaborado el Código racional, completo y coherente, el procedimiento judicial habría de reducirse a un simple juicio de he-

²⁶ AARNIO, *Lo racional como razonable*, p. 34 y 35.

²⁷ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 177.

²⁸ AARNIO, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, nº 4, p. 31.

²⁹ HABERMAS, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 295.

cho verificable por cualquier persona. En cambio, si DWORKIN precisa idear un juez como Hércules, tal vez sea porque no le ofrece un derecho claramente delimitado, sino un complejo sistema de normatividad social en el que se entrecruzan reglas jurídicas y morales³⁰.

Nos enfrentamos, en suma, a un espacio de discrecionalidad que, en palabras de HART, se trata de un lugar intermedio entre las elecciones dictadas por el puro capricho personal o momentáneo y aquellas realizadas en aplicación de métodos claros para alcanzar objetivos definidos o para adecuarse a reglas cuya aplicación al caso concreto resulta evidente³¹. Es decir, entender a la discrecionalidad como un ámbito donde los argumentos pueden ser razonables sin ser definitivos.

§ 5. **LA RAZONABILIDAD JUDICIAL EN CONTEXTOS DE EMERGENCIA**

Con el propósito de ilustrar la trascendencia que ha adquirido el apego a la razonabilidad en los pronunciamientos judiciales, recurriremos a distintos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) y de otros tribunales, emitidos en circunstancias de emergencia.

a) *EL JUICIO DE RAZONABILIDAD EN LA CRISIS DE LOS AÑOS 2001-2002.*

Una buena muestra de esta práctica se halla en las sentencias dictadas en el marco de la frenética crisis económica y social ocurrida en el Estado argentino durante los años 2001 y 2002³², con manifies-

³⁰ PRIETO SANCHÍS, *Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin*, "Revista Española de Derecho Constitucional", año 5, n° 14, p. 367 y 368.

³¹ HART, *Discrecionalidad*, "Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho", n° 37, p. 92.

³² En el marco de la situación de emergencia, el Estado nacional dictó medidas por las que se restringió la disponibilidad de los depósitos bancarios y se estableció la conversión a pesos de los efectuados en moneda extranjera (decr. 1570/2001; ley 25.561 y decr. 214/2002). Los depósitos constituidos en moneda extranjera, fueron convertidos a pesos a la relación de \$ 1,40 por cada dólar estadounidense y ajustados por el coeficiente de estabilización de referencia (CER), sin perjuicio del reconocimiento de intereses (arts. 2° y 4°, decr. 214/2002). En relación con los contratos vigentes, la ley 25.561 dispuso en su art. 11 que las prestaciones dinerarias exigibles desde su fecha de promulgación, originadas en los contratos celebrados entre particulares en moneda extranjera, fuesen canceladas en pesos a la relación de cambio de un peso igual a un dólar estadounidense, en concepto de pago a cuenta de la suma que, en definitiva, resultara de la reestructuración de las obligaciones que las partes debían negociar durante un plazo no mayor a los 180 días, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio.

tas consecuencias en el plano jurídico. En primer término, si bien la Corte Suprema admitió lo que en términos de HART podría denominarse la “discrecionalidad reconocida” de la Administración pública, determinó que es incontrovertible el deber del Poder Judicial de controlar la razonabilidad y constitucionalidad de tales medidas, máxime cuando, como en el caso, estas se traducen en normas sujetas a bruscos y veloces cambios³³.

Concretamente, al momento de evaluar las determinaciones adoptadas en un profundo escenario de conmoción, el máximo tribunal nacional determinó que “en tal contexto, la pesificación se presenta como razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor. Fue, por lo demás, una medida razonable frente a la situación de fuerza mayor trasuntada en la emergencia”³⁴. Es decir, frente a la aplicación ciega de las disposiciones del Código Civil (arts. 617 y 619) que exigían el pago de las obligaciones en la moneda convenida por las partes y la protección de la propiedad privada, el juzgador recurre a la razonabilidad y propicia una adecuación a la excepcionalidad de la controversia.

En otro asunto vinculado a la misma problemática, concluyó que a la luz de las referidas orientaciones normativas se presentan, básicamente, dos caminos alternos para dar solución a problemas suscitados: *a)* aplicar los parámetros indicados en las prescripciones legales referidas en los considerandos anteriores, y *b)* ordenar la distribución equitativa entre los contendientes de las consecuencias de la variación cambiaria. La segunda solución es la respuesta que se impone a efectos de alcanzar una recomposición justa y razonable de las prestaciones, haciendo efectiva la regla de equidad que constituye el eje sobre el que la legislación de emergencia ha procurado hacer girar todo sistema de reajuste³⁵.

Asimismo, al pronunciarse acerca de los efectos de las medidas de emergencia en materia de contratos de mutuo hipotecario, destacó que “si bien es cierto que según lo dispuesto por el Código Civil, el deudor debe resarcir los daños e intereses que su morosidad causare,

³³ CJSN, 5/3/2003, “Provincia de San Luis c/Estado nacional”, *Fallos*, 338:1389.

³⁴ CJSN, 26/10/2004, “Bustos, Alberto R., y otros c/E.N. y otros s/amparo”, *Fallos*, 327: 4495.

³⁵ CSJN, 18/12/2007, “Longobardi, Irene G., y otros c/Instituto de Educación Integral San Patricio SRL”, *Fallos*, 340:1695.

para juzgar si corresponde hacerlo responsable por los efectos de la emergencia y de la devaluación, no solo debe ponderarse la magnitud de la depreciación de nuestra moneda que desquició las bases del contrato, sino también que aquellos hechos desbordaron el grado de previsibilidad que podía exigirse a un obrar razonable”³⁶.

b) *LA EMERGENCIA MOTIVADA POR LA PANDEMIA DE COVID-19*. El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus (covid-19) como una pandemia. Posteriormente, el 12 de marzo de 2020, según el decr. 260/2020, el Poder Ejecutivo nacional amplió en la Argentina la emergencia pública en materia sanitaria establecida por la ley 27.541, por el plazo de un año, en virtud del brote de covid-19. Simultáneamente, el decreto de necesidad y urgencia 297/2020 dispuso el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive, extendido en diversas oportunidades y luego reformulado, de acuerdo con las situaciones epidemiológicas de cada una de las jurisdicciones del país.

Las normas referidas contienen, entre sus fundamentos, menciones expresas a la razonabilidad. Por ejemplo, el DNU 297/2020 en sus considerandos sostiene que “las medidas que se establecen en el presente decreto resultan las imprescindibles, razonables y proporcionadas con relación a la amenaza y al riesgo sanitario que enfrentamos”. En términos similares, en el DNU 329/2020, por el que se prohibieron los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor por el plazo de sesenta días –que luego se prorrogaron–, se argumentó que “en el marco de las obligaciones asumidas por la República Argentina en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y con el objetivo de preservar la paz social, corresponde adoptar medidas transitorias, proporcionadas y razonables, con el fin de garantizar el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo, que le asegure condiciones de existencia dignas para ellas y para sus familias”.

³⁶ CSJN, 15/3/2007, “Rinaldi, Francisco A., y otro c/Guzmán Toledo, Ronal C., y otra s/ ejecución hipotecaria”, *Fallos*, 330:855. Allí, la Corte agregó: “Quienes se obligaron durante la vigencia de la ley de convertibilidad no lo hicieron respecto de una moneda extranjera que fluctuaba libremente en el mercado cambiario y podía tener altibajos; su voluntad tuvo el marco de referencia normativo dado por el Estado que les aseguraba la paridad fijada por la ley 23.928, reafirmada por disposiciones de variada índole durante el lapso anterior a la sanción de la ley 25.561”.

Por su parte, los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se expidieron, con cierta celeridad, para definir estándares orientados a preservar la garantía de los derechos humanos, a pesar de la excepcionalidad vigente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) determinó que “todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a la pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”³⁷.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en sintonía con la posición de la Corte, sostuvo que “constituye un deber que las autoridades estatales informen a la población, y al pronunciarse al respecto, deben actuar con diligencia y contar en forma razonable con base científica”³⁸. Además, señaló que cualquier diferencia de trato es contraria al derecho internacional cuando no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido³⁹. En consecuencia, está clara la inclusión del criterio de la razonabilidad como pauta orientadora a la hora de definir las políticas para enfrentar la pandemia.

En el orden interno, se advirtieron cuestionamientos a las medidas promovidas por el Poder Ejecutivo nacional, traducidos en diversos planteos judiciales. Concretamente, la Cámara Nacional de Apelaciones en los Criminal y Correccional de la Capital Federal se pronunció en el caso “Kingston, Patricio” y destacó: “la situación de excepcionalidad da cuenta de la legitimidad de los fines buscados que se pretenden preservar, por lo cual desde este prisma la norma [DNU 297/2020] tiene pleno sustento. En cuanto al medio utilizado y las restricciones dispuestas que limitan la posibilidad de reunirse y circular han sido dispuestas también en forma razonable, como se dijo, en cuanto único medio que la comunidad internacional y la información médica da cuenta para evitar la propagación de la grave en-

³⁷ Corte IDH, 9/4/2020, declaración 1/2020.

³⁸ CIDH, 10/4/2020. res. 1/2020.

³⁹ CIDH, 27/7/2020, res. 4/2020.

fermedad”⁴⁰. Se advierte que la medida busca preservar la salud pública en forma razonable y proporcional.

Un especial foco de polémica estuvo dado por la res. conjunta 16/MJGGC/20 del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), dado que estableció la obligación de aviso y comunicación, por medio del número telefónico 147, de las personas mayores de setenta años, previa a la salida de su domicilio. En este caso, la razonabilidad de la disposición debió analizarse a la luz de la especial situación de los adultos mayores y contemplándose el criterio del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en virtud del cual “cuando está en juego el derecho a la igualdad, el contenido propio del juicio de razonabilidad y proporcionalidad encuentra su eje en la presunción de consentimiento. La finalidad perseguida por la norma así como la proporción entre los medios seleccionados para lograrla, confluyen como datos relevantes pero incardinados bajo el ámbito propio de la garantía de la igualdad, presidido por la noción de consentimiento atribuible al sujeto pasivo. Así, lo que debe ser razonable y proporcionado no son los fines y medios que seleccionó el legislador considerados en general, sino tomados como elementos para medir si es posible presumir el consentimiento del destinatario para legitimar la imposición dispuesta por el órgano depositario de la voluntad popular”⁴¹.

De conformidad con lo anterior, el control de razonabilidad desligado de referencias concretas, remite a una noción más bien inasible y tan variable como la cantidad de operadores que formulen el control. Por eso, el TSJ entendió que a la edad, en cuanto cualidad de las personas físicas, el orden jurídico le atribuye diversos efectos cuya validez constitucional depende en cada caso de su razonabilidad, y que se encuentra prohibido, en cambio, efectuar distinciones irrazonables, es decir, aquellas que importen una discriminación o una segregación⁴².

En suma, el discurso de los jueces ha permitido advertir que la razonabilidad ocupa un sitio determinante para resolver las tensiones

⁴⁰ CNCrimCorrCap, 21/3/2020, “Kingston, Patricio s/hábeas corpus”, Id SAIJ: FA20060000.

⁴¹ TS CABA, 6/11/2007, “Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, expte. n° 4973/06.

⁴² Juzg 1ª Inst ContAdm y Trib n° 14, 20/4/2020, “Lanzieri, Silvano c/GCBA s/amparo”, expte. 3045/2020-0.

señaladas al comienzo de este trabajo, sobre todo en coyunturas singulares donde queda claro que para afrontar la crisis de legitimidad por la que, en ocasiones, atraviesa el derecho, debe considerarse que las interpretaciones aceptables tienen que ser no solo racionales, sino también razonables.

C) CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

A lo largo de este ensayo se ha procurado problematizar las narrativas a partir de las cuales se construye el sentido de la razonabilidad, y se ha colocado, en primer lugar, el acento en los modelos de sujeto configurados por el ordenamiento jurídico que definen qué es lo que se espera de sus destinatarios. Estos modelos pueden convertirse en vehículos de estereotipos y prejuicios vigentes en el orden de significaciones instituido, pero la noción de “razonabilidad”, por su propia flexibilidad, permite a los jueces ajustarla a las necesidades de los tiempos históricos.

En definitiva, se reedita mediante la discusión por el sentido de lo razonable un debate persistente referido a la determinación o indeterminación del derecho y al papel de los tribunales en ese escenario. Por esa razón, se han recogido antecedentes vinculados a contextos de emergencia, que alteraron manifiestamente las condiciones económicas y sociales, y que evidenciaron –una vez más– las limitaciones de la maquinaria legislativa para prever determinados acontecimientos. Allí, la labor de la judicatura se tradujo en atribuirle significado al estándar de “razonabilidad”, para lo cual recurrió, por ejemplo, a las ideas de “flexibilidad” y “equidad”, e intentó resolver los problemas enquistados en una aplicación fría de las condiciones contractuales y legales, diseñadas para otro tipo de circunstancias.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, AULIS, *La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, nº 4, 1990, p. 23 a 38.
- *Lo racional como razonable*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- ATIENZA, MANUEL, *Para una razonable definición de razonable*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, nº 4, 1987, p. 189 a 200.
- ÁVILA, HUMBERTO, *Teoría de la seguridad jurídica*, Madrid, Marcial Pons - Cátedra de Cultura Jurídica, 2012.

- BAZÁN, LUIS - MADRID, RAÚL, *Racionalidad y razonabilidad*, “Revista Chilena de Derecho”, vol. 18, n° 2, 1991, p. 181 y 182.
- BONGIOVANNI, GIORGIO - SARTOR, GIOVANNI - VALENTINI, CHIARA, *Reasonableness and law*, Springer, 2009.
- CUONO, MASSIMO, *Entre arbitrariedad y razonabilidad: hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo*, “Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad”, n° 3, 2012-2013, p. 46 a 49.
- DERRIDA, JACQUES, *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 1997.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2005.
- HART, HERBERT L. A., *Discrecionalidad*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 37, 2014, p. 85 a 98.
- HEIDEGGER, MARTIN, *Caminos de bosque*, Madrid, Alianza, 1996.
- PERELMAN, CHAIM, *Le raisonnement et le déraisonnable en droit*, Paris, LGLJ, 1984.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Teoría del derecho y filosofía política en Ronald Dworkin*, “Revista Española de Derecho Constitucional”, año 5, n° 14, p. 353 a 378.
- RECASÉNS SICHES, LUIS, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonada*, México, Dianoia, 1971.
- RIPSTEIN, ARTHUR, “Reasonable Persons in Private Law”, en BONGIOVANNI, GIORGIO - SARTOR, GIOVANNI - VALENTINI, CHIARA, *Reasonableness and law*, Springer, 2009.
- SIBLEY, W. M., *The rational versus the reasonable*, “The Philosophical Review”, vol. 62, n° 4, 1953, p. 556.
- SCHLSKY, HELMUT, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, Springer Fachmedien Wiesbaden, 1980.
- ZORZETTO, SILVIA, *Reasonableness*, “The Italian Law Journal”, vol. 1, n° 1, 2015, p. 113.

ACCESO A LA JUSTICIA EN LA VEJEZ*

MARÍA ISOLINA DABOVE**

Resumen. El acceso a la justicia es un derecho fundamental, una herramienta política y un componente clave de nuestra cultura, ya que fue instituido como mecanismo racional de solución de conflictos, superador de la venganza, o del castigo por mano propia. Las personas mayores están atravesadas por la misma necesidad de justicia que cualquier otro ser humano. No obstante, el sistema cultural, político y jurídico sostiene frente a ellos un ambivalente y peligroso juego de poder: al mismo tiempo que reconoce este derecho a todos por igual, no genera iguales condiciones para hacerlo posible a causa de los “viejismos”. En este trabajo, se analiza el sistema de alerta judicial de la Corte Suprema del Perú implementado para asegurar la debida diligencia y el trato preferente a las personas mayores, en todo proceso en el cual sean parte. Para ello, se utiliza el enfoque de la teoría trialista del mundo jurídico.

Palabras clave: justicia, accesibilidad, vejez, sistema de alarma judicial.

* Recepción: 15/5/2021; evaluación: 28/5/2021. Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto personal de investigaciones titulado: “La autonomía jurídica en la vejez” (res. 1923/2020), y desde el Proyecto de Investigación Plurianual: “De la curatela a la autonomía personal. Filosofías, políticas y derechos sobre asistencia, apoyos, representación y cuidados de las personas mayores con capacidad restringida” (PIP 2017-2019 GI), que se desarrolla de manera colectiva bajo mi dirección. Ambos proyectos están acreditados y financiados por el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), Argentina.

** Abogada (Universidad Nacional de Rosario). Doctora en Derechos Humanos (Universidad Carlos III de Madrid). Investigadora principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio Lucas Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: isolinadabove@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-7577-3812>.

ACCESS TO JUSTICE IN OLD AGE

Abstract. Access to justice is a fundamental right, a political tool, and a key component of our culture since it was instituted as a rational mechanism for conflict resolution, overcoming revenge, or punishment by one's own hand. Older people are crossed by the same need for justice as any other human being. However, the cultural, political, and legal system maintains an ambivalent and dangerous power game in front of them: while it recognizes this right to all equally, it does not create the same conditions to make it possible due to ageism. In this work, the judicial alert system implemented by the Supreme Court of Peru to ensure due diligence and preferential treatment of the elderly, in any process in which they are part, is analyzed. The approach of the trialist theory of the legal world is used to fulfill it.

Keywords: justice, accessibility, old age, judicial alarm system.

ACESSO À JUSTIÇA NA IDADE

Resumo. O acesso à justiça é um direito fundamental, um instrumento político e um componente fundamental de nossa cultura, uma vez que foi instituído como um mecanismo racional para a resolução de conflitos, superação da vingança ou punição pelas próprias mãos. Os idosos são atravessados pela mesma necessidade de justiça que qualquer outro ser humano. No entanto, o sistema cultural, político e jurídico mantém à sua frente um jogo de poder ambivalente e perigoso: embora reconheça esse direito a todos de forma igual, não cria as mesmas condições para torná-lo possível por causa dos “velhos costumes”. Neste trabalho é analisado o sistema de alerta judicial da Suprema Corte do Peru implementado para garantir a devida diligência e o tratamento preferencial dos idosos, em qualquer processo de que façam parte. Para tanto, utiliza-se a abordagem da teoria trialista do mundo jurídico.

Palavras chave: justiça, acessibilidade, velhice, sistema de alarme judicial.

A) INTRODUCCIÓN

El envejecimiento de la población ha generado un peculiar escenario social que crece día a día de manera sostenida y se expande en el mundo muy rápidamente. Por ello, es considerado un fenómeno global y multigeneracional³, cuyos rasgos se expresan en el plano demográfico, en el campo económico, en el área cultural y, por ende, en el plano de los derechos⁴.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, entre 2000 y 2050, el porcentaje de mayores de 60 años se duplicará mundialmente del 11 % al 22 %. “El cambio demográfico será más rápido e intenso en los países de ingresos bajos y medianos. Habrá en el mundo más personas octogenarias y nonagenarias que nunca”⁵. Hoy también, se registra una mayor y creciente longevidad en mujeres que en varones. En el grupo de personas de 60 a 75 años, hay una y media mujeres por cada varón. Mientras que en el grupo de 75 y más años, hay de dos mujeres por cada varón⁶.

Sin embargo, no todas las personas mayores viven en buenas condiciones. No todas son aceptadas y respetadas en sus familias y comunidades.

*Poder envejecer bien depende de muchos factores*⁷. Se destacan entre ellos los cambios fisiológicos y psicológicos derivados de

³ DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, p. 5 a 51; LEESON, *Prepared or not, Latin America faces the challenge of aging*, “Current History”, vol. 110, n° 733, 2011, p. 75 a 80, y “Demography, politics and policy in Europe”, en LUDOW (ed.), *Setting EU priorities*, p. 102 a 124; LUTZ, “Future ageing in South-east Asia: demographic trends, human capital and health status”, en ARIFIN - ANANTA (eds.), *Older persons in Southeast Asia*, p. 102 a 124.

⁴ DABOVE, *Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez*, “Revista de Derecho de Familia”, n° 40, jul.-ago. 2008, p. 39 a 54, y *Elder law: a need that emerges in the course of life*, “Ageing International”, september 2013, DOI 10.1007/s12126-013-9193-4.

⁵ Organización Mundial de la Salud, *Envejecimiento y salud*, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>.

⁶ DABOVE, *La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho*, “Bioética y Bioderecho”, n° 1, 1996, p. 49 a 54; DI TULLIO BUDASSI, *El derecho alimentario de los ancianos*, “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 2008, n° 38, p. 64 a 82.

⁷ Organización Mundial de la Salud, *Envejecimiento y salud*, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>.

la longevidad, la proximidad de la muerte, la experiencia, la jubilación y el cese de ciertas actividades, la pérdida de vínculos y la instauración de nuevas redes, la disponibilidad de mayor tiempo libre, la necesidad de cuidados⁸. No incide solo la cronología. Es la resultante de un complejo bio-psico-social y cultural⁹.

Así, por ejemplo, en los países pobres, la mayoría de las personas mayores mueren de enfermedades no transmisibles, como las cardiopatías, cáncer o diabetes¹⁰. En todo el mundo, muchas personas de edad avanzada están en riesgo de ser maltratadas. En los países desarrollados, entre un 4 % y un 6 % de los mayores han sufrido alguna forma de maltrato doméstico. En las residencias o asilos es frecuente que padezcan abusos, que atentan contra su dignidad, al no cambiarles la ropa sucia, o al sujetarlos para que no se muevan, o bien al negarles directamente la asistencia, entre otros¹¹.

Al haber población más longeva, *la necesidad de asistencia a largo plazo también está aumentando*¹². La pérdida de habilida-

⁸ DABOVE, *Los derechos de los ancianos*, p. 83 a 103.

⁹ "El fenómeno de la vejez abarca una dimensión material, vinculada a su manifestación física y psíquica; una perspectiva histórica, que da cuenta del paso del tiempo y del fin de la vida, y un plano cultural, referido a la construcción valorativa de su significado y función. Esta etapa, pues, es el resultado de procesos evolutivos multicausales, diversos entre sí, e ideológicamente plurales, en cuyo marco la ley positiva ejerce un papel simbólico fundamental al habilitar su desarrollo a partir de la edad que ella determina para su inicio" (DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, p. 6 a 9; ARAGO, *El proceso de envejecimiento: aspectos psicológicos*, "Estudios de Psicología", n° 2, 1980, p. 156; LEHER, *Correlato social y psicosocial de la longevidad*, "Geriatría Práctica", vol. III, n° 9, 1993, p. 3; RUBIO HERRERA, *Psicología del envejecimiento: trastornos típicos. Aspectos biológicos, fisiológicos, psicológicos y metodológicos de dicho proceso*, "Boletín de Estudios y Documentos de Servicios Sociales", n° 13, 1983, p. 25 a 30; SAGRERA, *El edadismo. Contra "jóvenes" y viejos. La discriminación universal*, p. 105 a 110).

¹⁰ Ello en lugar de infecciones y parasitosis. Además, es frecuente que las personas mayores padezcan varios problemas de salud al mismo tiempo, como diabetes y cardiopatías (Organización Mundial de la Salud, *Envejecimiento y salud*, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>).

¹¹ Organización Mundial de la Salud, *Envejecimiento y salud*, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>; DABOVE, *Autonomy, Self-determination, and Human Rights: Legal Safeguards in Argentina to Prevent Elder Abuse and Neglect*, "International Journal of Law, Policy and The Family", 2018, n° 32, p. 80 a 92; doi: 10.1093/lawfam/ebx017.

¹² Organización Mundial de la Salud, *Envejecimiento y salud*, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>; DABOVE, *Las residen-*

des para el desarrollo de actividades de la vida diaria, o bien de las competencias instrumentales necesarias para la toma de decisiones, son los motivos más frecuentes¹³. Algunos padecen limitaciones de la movilidad, fragilidad u otros problemas físicos o mentales y requieren de ayuda para la vida cotidiana. Otros necesitan cuidados de largo plazo, ya sean domiciliarios, residenciales o comunitarios¹⁴.

Además, en las situaciones de emergencia y catástrofe como la actual pandemia, las personas mayores pueden ser doblemente vulnerables¹⁵.

En suma, las necesidades sociales cambian y crecen al mismo ritmo del envejecimiento poblacional, razón por la cual aumentará también de manera sustancial el requerimiento de protección judicial de las personas mayores. Pero, ¿estamos preparados jurídicamente para efectivizarla? ¿Cómo nos atraviesan los prejuicios sobre la vejez? ¿Es nuestra cultura propicia para garantizar el acceso a la justicia de aquellos que transitan la última etapa de la vida?

En este trabajo, se analiza el sistema de alarma judicial de la Corte Suprema del Perú implementado para asegurar la debida diligencia y el trato preferente a las personas mayores, en todo proceso en el cual sean parte. Para su desarrollo, se utiliza el enfoque de la

cias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en Argentina, "Revista de la Facultad de Derecho", vol. V, n° 2: Nueva serie II, 2014, p. 173 a 215.

¹³ A medida que las personas vivan más tiempo, en todo el mundo se producirá un aumento espectacular de la cantidad de casos de demencia, como la enfermedad de Alzheimer. El riesgo de padecer demencia aumenta netamente con la edad y se calcula que entre un 25 % y un 30 % de las personas de 85 años o más padecen cierto grado de deterioro cognoscitivo. En los países de ingresos bajos y medianos los ancianos aquejados de demencia por lo general no tienen acceso a la atención asequible a largo plazo que su afección puede requerir. Muchas veces, la familia no recibe ayuda gubernamental para ayudar a cuidar de estos pacientes en casa (Organización Mundial de la Salud, *Envejecimiento y salud*, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>).

¹⁴ DABOVE, *Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas*, "Revista de derecho privado", n.º 34, ene.-jun. 2018, p. 53 a 85.

¹⁵ Cuando las comunidades son desplazadas por pandemias, desastres naturales o conflictos armados, puede ocurrir que los ancianos sean incapaces de huir o de viajar grandes distancias, por lo cual se los abandona. Por el contrario, en muchas situaciones estas personas pueden ser un recurso valioso para sus comunidades y en la prestación de la ayuda humanitaria cuando se involucren como líderes comunitarios (Organización Mundial de la Salud, *Envejecimiento y salud*, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>).

teoría trialista del mundo jurídico y del derecho de la vejez en el cual hoy se inserta esta temática.

Agradezco muy especialmente la cordial invitación que me hizo llegar la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú para participar en el Seminario sobre Acceso a la Justicia de las Personas Mayores, que dio origen a las páginas que siguen.

B) ACCESO A LA JUSTICIA

§ 1. *CONCEPTO*

El acceso a la justicia es un derecho fundamental del derecho de la vejez. Es decir, es un poder, una competencia o facultad de alcance transversal que garantiza la igualdad y la no discriminación de las personas mayores. También es un dispositivo, un mecanismo establecido para asegurar el funcionamiento del mundo jurídico cuyo fin es asegurar el respeto de la dignidad de toda vida singular y de la comunidad en la que se habita. Por ello, su reconocimiento va más allá del diseño de un sistema procesal, o de la eficacia de sus remedios. Su inclusión forma parte de las raíces mismas de la cultura, del obrar humano y de la responsabilidad individual y social concomitante.

En la Antigüedad, ESQUILO expresó la importancia de su implementación en *Euménides*, la última de las tres tragedias que componen *La orestíada*, una de las sagas más representativa de la literatura antigua, del año 458 a.C.¹⁶. Mediante esta mítica obra de teatro, los griegos muestran que es posible –y necesario– sustituir la condena por mano propia y la venganza de sangre, es decir, los castigos automáticos, sin miramientos, fundados en el clamor de las furias y en el poder sancionatorio de la divinidad, por el acceso a un sistema de justicia gestionado por seres humanos.

ESQUILO lo representa como una instancia de solución de conflictos basada en la racionalidad, la prudencia y el análisis de las súplicas, defensas y pruebas. Este nuevo Poder, llamado entonces “Areópago”, es instituido por Palas Atenea en el final de la obra, cuando dice: “De ahora en más, para entender en los homicidios, ele-

¹⁶ ESQUILO, *Tragedias, passim*.

giré jueces, que a la vez que sean irreprochables en la estimación de la ciudad, estén vinculados por juramento, y los constituiré en tribunal para siempre”¹⁷. Así, con este mito fundacional, nuestra cultura asume la tarea de impartir justicia a todo aquel que la suplique.

Ahora bien, la puesta en marcha de este método de solución de conflictos no estuvo exenta de fracasos, debilidades y frustraciones. Uno de los textos más ilustrativos de estas circunstancias es *El proceso*, la obra de KAFKA publicada póstumamente en 1925¹⁸. En el relato, Josef K. es arrestado una mañana por una razón que desconoce. Desde ese momento, se ve en la necesidad de defenderse de algo que nunca se sabe qué es, ante las más altas instancias que no son sino las más humildes y limitadas, creándose así un clima de inaccesibilidad a la *justicia* y a la *ley*. La maquinaria judicial se vuelve burocrática y absurda, por fuerza de la propia racionalidad administrativa hipostasiada, y la vida del justiciable-suplicante, una pesadilla¹⁹.

Las personas mayores están atravesadas por la misma necesidad de justicia por la cual Orestes suplica. Pero también, por la desesperación que genera la falta de respuesta e incertezas causados por el exceso de racionalidad que da lugar a la burocracia procedimental en la que termina consumido Josef K.

Sin embargo, a estas circunstancias generales hay que añadir el reconocimiento de obstáculos particulares que las personas mayores padecen a causa de las especificidades de esta etapa de la vida. Entre los más destacados cabe mencionar las costumbres “viejistas”, es decir, las prácticas sociales de discriminación basada en prejuicios y estereotipos sobre la vejez, tales como el empobrecimiento de las personas mayores a causa del cese de la vida laboral; el acceso a la jubilación (los que pueden); los costos judiciales y las enormes distancias que separan a las personas mayores de los centros administrativos y de los tribunales; las largas demoras procesales para la resolución de sus conflictos que tornan irrazonable y absurdo todo el procedimiento; la brecha cultural entre las generaciones; el analfabetismo digital involuntario de las personas mayores; o bien las discapacidades que,

¹⁷ ESQUILO, “Las Euménides”, en *La orestíada, estudio preliminar*, p. 147 a 190.

¹⁸ KAFKA, *El proceso, passim*.

¹⁹ ÁLVAREZ SÁNCHEZ, *Kafka: en el límite*, “En-claves del pensamiento”, versión online, 2013, vol. 7, n° 13 p. 11 a 22, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2013000100001&lng=es&nrm=iso, ISSN 2594-1100.

en intersección con los viejismos, colocan en situación de aminoración a muchas personas mayores, entre otros ejemplos²⁰.

Pero, ¿cómo precisar desde el derecho de la vejez actual al “acceso a la justicia”?, ¿cuáles son sus componentes y su alcance en esta etapa de la vida? ¿Por qué es tan significativo contar con protocolos procesales como el implementado en el Poder Judicial del Perú, sobre acceso a la justicia de personas mayores?

§ 2. **COMPONENTES: ACCESIBILIDAD, SISTEMA Y JUSTICIA**

Desde la teoría trialista de GOLDSCHMIDT y CIURO CALDANI, el derecho puede ser comprendido como un fenómeno complejo, integrado por hechos, normas y valores, de manera que cualquier institución o herramienta jurídica merece ser analizada desde los tres enfoques mencionados²¹.

Así, en el acceso a la justicia es posible identificar tres dimensiones constitutivas de su condición. La dimensión fáctica o sociológica alude a la problemática del “acceso o accesibilidad”. La dimensión normativa se refiere al sistema o mecanismo lógico normativo que encauza el accionar humano. La dimensión valorativa está referida al fin o la meta estratégica, establecidos para hacer realidad algún sentido de justicia culturalmente construido y asumido como tal.

Junto a ello, la teoría trialista permite estudiar el mundo jurídico desde un enfoque dinámico relativo a su funcionamiento. En este marco, podemos interrogarnos y entender el acceso a la justicia desde las tareas que hacen posible la puesta en marcha del derecho en su conjunto.

Por ello, será ineludible abordar el reconocimiento del caso en cuestión y de las fuentes aplicables, en Perú, por ejemplo, representado en el Protocolo que hoy se presenta, junto con los preceptos constitucionales, convencionales, administrativos, civiles, comerciales, penales, etc., que componen el ordenamiento normativo. Otra tarea necesaria es la interpretación de este entramado normativo y del caso en cuestión.

²⁰ DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance, passim*; *Los derechos de los ancianos, passim*; DABOVE (dir.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional, passim*.

²¹ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho, passim*; *Estrategia jurídica, passim*; GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, passim*.

También, puede ser requerida una labor de elaboración o de determinación para supuestos de lagunas, o bien de ambigüedades o imprecisiones lingüísticas. Por último, se deberá trabajar en la construcción de la solución mediante el encuadramiento, la aplicación y la argumentación correspondientes.

Sentadas estas premisas, analicemos un poco más de cerca el acceso a la justicia de las personas mayores en su estructura y dinámica.

C) ESTRUCTURA

§ 3. *DIMENSION FÁCTICA*

Para la teoría trialista del mundo jurídico, la dimensión (o jurística) fáctica permite estudiar las condiciones jurídico-sociológicas de la accesibilidad, tanto desde una perspectiva micro, como de conjunto o macrosocial²².

El enfoque microsociológico muestra que el acceso a la justicia es básicamente el resultado de acciones humanas, es decir, de “adjudicaciones o repartos” efectuados por personas determinadas o determinables cuyo fin es la implementación de mecanismos de acercamiento, o bien la remoción de obstáculos al contacto, comunicación, o ejercicio de facultades y cargas.

Así, en cada acto de acceso a la justicia es posible identificar sujetos, objeto, forma, móviles y tipos de acciones que lo efectivizan²³.

Entre los sujetos se distingue claramente a los conductores (o repartidores) de accesibilidad y a sus destinatarios o beneficiarios. Los repartidores son todos aquellos seres humanos que gestionan y posibilitan de hecho este acceso. Conforme al Protocolo, lo son todas las personas habilitadas para la carga de datos del sistema de alarma. Sin embargo, a ellos se suman las acciones de una red muy grande de personas que finalmente hicieron posible que en esa mesa de entradas, en esa repartición, hubiera una computadora que permitió que alguien concreto ingrese, o no, los datos requeridos.

²² CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 31 a 93; *Estrategia jurídica*, p. 24 a 40; GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 8 a 34.

²³ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 34 a 78; GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 47 a 80.

Por su parte, para que cada reparto de accesibilidad no fracase, es decir, se lleve a cabo, hay que tener en cuenta las características e idiosincracia de sus destinatarios, las personas mayores. Así, habrá que definir una serie de cuestiones, como la edad de inicio en esta etapa de la vida. Así, ¿tomaremos en cuenta a las personas desde los 60 años, conforme lo establece la Convención Interamericana?, o bien, ¿tendremos en cuenta la edad de acceso al sistema previsional?, ¿qué otro dato podemos entender representativo y relevante para definir el inicio de la vejez?, y ¿desde qué concepto de vejez tomaremos decisiones y actuaremos?, entre otras cuestiones.

En cuanto al objeto, el acceso a la justicia habilita el acercamiento, la llegada y la escucha de las personas mayores ante el encargado o encargada de construir la solución al conflicto requerido. En este sentido, constituye siempre una potencia u oportunidad de empoderamiento para la persona mayor. Pero, al mismo tiempo, da lugar a impotencias o restricciones conductuales, en quien tiene en sus manos la tarea de garantizarlo.

Por ello, en cuanto al objeto pretendido, bien vale preguntarse también por las herramientas de las que se dispone para generar las condiciones de accesibilidad deseadas. Así, por ejemplo, es necesario decidir si el foco de atención estará puesto en lo actitudinal (lenguaje, gestualidades, confort habitacional, edilicio o urbanístico de los conductores de la acción), o bien nos centraremos en el sistema tecnológico operativo (en cuyo caso cabe preguntarse por los recursos con los que se cuenta, PC, programas, programadores, etcétera). O tal vez, ¿en cada caso debemos integrar los dos planos? Es importante, pues, ser conscientes de la potencia o impotencia que podemos generar a partir de los recursos elegidos. Sobre ello volveremos cuando nos refiramos a la importancia estratégica de los recursos para la dinámica de este instituto.

La adjudicación de acceso a la justicia está basada en un interesante juego de móviles, razones alegadas y razonabilidad social, no siempre coincidentes entre sí. Por ello, es muy importante preguntarse si los conductores o sujetos activos de esta acción están atravesados o no por prejuicios o estereotipos viejistas. También es necesario cotejar la actitud de los repartidores en relación con lo que alegan como justificativo de su comportamiento, y otro tanto hay que hacer con respecto a la percepción social. ¿Hay coherencia entre las actitudes y el posicionamiento de la persona que ejecuta el acceso, lo que argumenta para los demás y aquello que la sociedad

considera apropiado? Los “viejismos”, por ejemplo, suelen estar fundados en razones sociales falsas respecto de la vejez (p.ej., vejez: enfermedad; vejez: inutilidad, etcétera). ¿Condicionan estos viejismos el accionar de los sujetos encargados de repartir accesibilidad a los mayores? También, es interesante preguntarnos esto mismo respecto de las propias personas mayores, ya que ellos suelen estar atravesados por “autoviejismos”²⁴.

Otro elemento interesante para el análisis es el referido a las formas o caminos que se emplean para hacer accesible la justicia a las personas mayores. Así, cabe preguntarse si este acceso es el resultado de una negociación entre las partes, o bien, es fruto de la adhesión. ¿Es el acceso el resultado del cumplimiento de reglas preestablecidas, o es fruto de la imposición? Estos caminos, a su vez, llevan implícitos dos *modus operandi*: el del acuerdo (o repartos autónomos); o el del ejercicio del poder (reparto autoritario)²⁵. ¿Cuál de los dos será más efectivo o más deseable?

Toda adjudicación de accesibilidad para el ejercicio de derechos está sujeta a límites que conviene identificar para asegurar el éxito del reparto. Así, el acceso a la justicia está condicionado por límites u obstáculos necesarios o voluntarios. Entre los límites necesarios caben destacarse los provenientes de la naturaleza, la psicología y las condiciones de vida de las partes, las costumbre, la infraestructura económica, la tecnología, el sistema político, entre otras, es decir, todo aquello que no podemos modificar conforme a nuestras aspiraciones de manera inmediata. Los límites voluntarios, en cambio, son aquellos que podemos establecer concientemente en atención a algún propósito explícito²⁶.

Así, por ejemplo, todo protocolo delimita las fronteras de actuación a causa de decisiones adoptadas por quienes tienen en sus manos el poder para su establecimiento. Por ello, en el sistema de acceso a la justicia de las personas mayores adoptado, cabe es-

²⁴ DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, p. 54 a 72; *Los derechos de los ancianos*, p. 263 a 306; DABOVE (dir.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, p. 9 a 43.

²⁵ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 34 a 78; GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 47 a 80.

²⁶ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 43 y 44; GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 71 a 78.

tar atentos a la incidencia del juego de los límites en su implementación, sobre todo, respecto de los límites que impone toda cultura viejista.

Desde el punto de vista del conjunto de adjudicaciones, o bien desde el enfoque macrosociológico, es relevante mencionar las tensiones que pueden presentarse entre las costumbres (ejemplaridad), en relación con el plan de acción que cada protocolo aspira a materializar (en este sentido, todo plan es un “protocolo en sentido material”)²⁷.

Con frecuencia, las prácticas sociales se alimentan de estereotipos ancestrales sobre la vejez, cuya deconstrucción requiere de la inversión de esfuerzos y dineros públicos y privados para la puesta en marcha de programas educativos, espacios en medios masivos y en redes sociales, en los cuales se debata esta cuestión. Sin embargo, es importante poner de resalto que todo plan de acción lleva implícita la plusvalía de la “previsibilidad” de la vida comunitaria. Razón por la cual, también es un poderoso instrumento de generación de certidumbre y credibilidad social²⁸.

En suma, la eficacia del plan de acción ínsito en cada protocolo depende del compromiso genuino de quienes lo gestaron (supremos repartidores), del conocimiento que tengan de la realidad social hacia la que se dirige y de sus habilidades para generar conciencia y consensos sociales a tal fin²⁹.

§ 4. **DIMENSIÓN NORMATIVA**

Todo protocolo emitido por autoridad competente y en correspondencia con el sistema en vigor, representa la formalización de un mecanismo de actuación. Es, pues, una fuente formal del derecho positivo en vigor y, en cuanto tal, parte integrante del sistema normativo³⁰.

²⁷ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 95 a 135; GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 195 a 365.

²⁸ DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, p. 36 a 47.

²⁹ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 95 a 135; GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 195 a 365.

³⁰ DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, p. 134 a 145.

Así, cabe interrogarnos por la correspondencia de cada protocolo con el contenido de la Constitución nacional y de los tratados de derechos humanos que la integran³¹.

En este sentido, recordemos que el acceso a la justicia está implícitamente reconocido en la Constitución peruana de 1993, en particular en el art. 2º, inc. b, que señala: “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”, y en el art. 3º referido a los derechos no enumerados en la Constitución³².

Ha sido consagrado de manera explícita y general en el art. 25, incs. 1 a 3, de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, fue incorporado con alcance específico para la vejez por los arts. 3º (relativo a los principios generales, entre los cuales se destaca el “trato preferente” en el acceso a todos los derechos y a la justicia) y 31 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos de las Personas Mayores, recientemente asumido por el derecho interno.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores define a la vejez como la “última etapa del curso de la vida” del ser humano. Ubica su inicio alrededor de los 60 años y su fin en la muerte, e igualmente la conceptualiza como una “construcción social”³³.

En su art. 31, de manera expresa se refiere al derecho de acceso a la justicia señalando: “La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación

³¹ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 95 a 135; GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 195 a 365.

³² Constitución Política del Perú, <http://extwprlegsl.fao.org/docs/pdf/per127779.pdf>

³³ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, 15 de junio de 2015, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf; art. 2º: “Persona mayor”: Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor [...] ‘Vejez’: Construcción social de la última etapa del curso de vida”.

penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

También, obliga a los Estados parte a realizar los ajustes razonables requeridos para “asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás”, y a “garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales”.

Más adelante, en su cuarto párrafo, indica que “la actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor”.

Por último, invita a desarrollar y fortalecer la adopción de métodos alternativos de solución de conflictos y a trabajar fuertemente en la capacitación de todos los operadores del sistema jurídico³⁴.

Ahora bien, los estándares mencionados deben ser integrados con lo dispuesto en el art. 26, el cual considera a la “accesibilidad” un derecho subjetivo transversal, amplio y de aplicación directa, ya que abarca tanto el plano urbanístico, edilicio, tecnológico, como el cognitivo, entre otros. Así, la Convención logró dar un paso más allá del efectuado por la Convención de Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, que lo reconoce en carácter de principio general.

En suma, el protocolo establecido permite garantizar el respeto de un derecho subjetivo fuerte, claramente identificado e incorporado al sistema normativo nacional e internacional. Su implementación y cumplimiento resulta acorde a las bases normativas del sistema.

§ 5. **DIMENSIÓN VALORATIVA**

Desde el derecho de la vejez, el acceso a la justicia reclama, asimismo, la implementación de dispositivos jurisdiccionales que atiendan a criterios valorativos de enfoque gerontológico³⁵. En particular,

³⁴ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores, 15 de junio de 2015, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf.

³⁵ DABOVE, *Los derechos de los ancianos*, p. 401, y *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, p. 73 a 94.

requiere la incorporación de enfoques que permitan comprender a la justicia como un principio jurídico general³⁶ –o mandato de optimización–, que exige “asegurar a cada persona mayor, en cuanto tal, el espacio de libertad que necesita para continuar personalizándose e interactuar con los demás, en igualdad de condiciones”³⁷.

Junto a ello aparece también la necesidad de respetar la exigencia de “igual consideración y respeto” que cada uno tiene en cuanto persona³⁸. Precisa, pues, de la consolidación del derecho a una distribución igual de oportunidades, recursos o cargas y del derecho a ser tratado como igual, a recibir la misma consideración y respeto que le correspondería a cualquiera. Por consiguiente, también de ello se deriva el deber de garantizar que los intereses de las personas mayores sean tratados tan extensamente como los de cualquier otro.

Otras pautas de justicia vinculantes en torno a la vejez son aquellas que nacen de la necesidad de equilibrar mejor las adjudicaciones concretas de bienes y cargas entre los miembros de una sociedad determinada, favoreciendo a los que están peor situados con el propósito de igualarlos en términos globales.

En este sentido, uno de los principios básicos de justicia comparables, según RAWLS, es aquel que indica que “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que se compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”. También se impone que las desigualdades sociales y económicas sean conformadas de modo tal que: *a)* se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, y *b)* se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos³⁹.

Las prácticas viejistas de la actualidad, que generan un vaciamiento del sentido de los dispositivos normativos, han puesto en crisis el conjunto de pautas valorativas que tradicionalmente asumía el

³⁶ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 137 a 162; GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, p. 401 a 496.

³⁷ “El principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, de personalizarse” (GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 399 y 417).

³⁸ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 332.

³⁹ RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 75 y 82.

derecho como estándares de legitimidad⁴⁰. Además, han promovido un importante cuestionamiento entre la concepción idealista de la modernidad, que centraba su atención en el ser humano en abstracto, y el enfoque constructivista de la cultura globalizada de este tiempo, que interpela a lo concreto del sujeto⁴¹. Así, el derecho está obligado a promover orientaciones axiológicas innovadoras, propicias para el rescate de la vejez como un dato diferenciador relevante y para garantizar, junto a ello, el respeto integral de la persona como fin en sí.

En este marco, la implementación de protocolos de actuación jurisdiccional basados en la especificidad de la vejez permite asumir la condición humana con los ojos bien abiertos a la diversidad del transcurso vital⁴². Permite implementar una justicia distributiva que tiene en cuenta la unicidad y diversidad de la vejez⁴³. Hace aplicable, pues, la regla de justicia de ARISTÓTELES que indica que "si las personas no son iguales, no tendrán cosas iguales"⁴⁴ y para determinarlo, debe atenderse, pues, al mérito⁴⁵.

D) DINÁMICA

Desde la dinámica del mundo jurídico es posible advertir la necesidad de contar con estrategias y tácticas correspondientes con la realidad social del envejecimiento global de la población⁴⁶. Además, exige reconocer que la longevidad humana aporta claves nuevas para comprender que, por ser cada persona única, a ella le cabe de manera central resolver su destino. Por ser al mismo tiempo igual a los demás, a todos y a cada uno nos corresponde una zona de libertad a

⁴⁰ Acerca de la función de la justicia como criterio orientador puede verse (GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 398; DABOVE, *Los derechos de los ancianos*, p. 401).

⁴¹ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 21; FERRARIS, *Manifiesto del nuevo realismo*, p. 1 a 116.

⁴² DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, p. 134 a 145.

⁴³ Incluso, recordemos que estos han sido los términos utilizados por el Tribunal Constitucional para la consideración de la vejez. Al respecto, ver STC 19/1982, de 5 de mayo.

⁴⁴ "De aquí los pleitos y las reclamaciones cuando los iguales tienen y reciben porciones no iguales, o las no iguales porciones iguales" (ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, p. 61).

⁴⁵ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, p. 62.

⁴⁶ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 239 a 305.

tal fin. Mas, por ser social, también nos incumbe comprender que ineludiblemente todos formamos parte de la comunidad humana⁴⁷.

§ 6. **PRINCIPIOS ESTRATÉGICOS**

Desde el derecho de la vejez, proponemos la consideración de tres elementos estratégicos a tales fines: la unicidad (y diversidad), la igualdad (y no discriminación) y la comunidad⁴⁸.

El humanismo enseña que cada cual es un ser singular, distinto e irrepetible, y que de ello deriva, precisamente, el “fundamento de la personalidad a la que la justicia asegura la libertad de desenvolvimiento”⁴⁹. La unicidad representa la singularidad de cada cual.

La igualdad es el segundo componente de todo humanismo jurídico. Abarca tanto la exigencia de la igualdad ante la ley, de trato, de similar consideración y respeto, como la igualdad de oportunidades, e igualdad en las condiciones de ejercicio de los derechos, entre los cuales se encuentra el de acceso a la justicia.

La palabra “comunidad”, el tercer fin estratégico del derecho de la vejez, alude a lo que es común y a las características compartidas por un determinado conjunto de población⁵⁰.

Por todo ello, en el caso particular del acceso a la justicia, nos encontramos con una garantía mínima de respeto de la unicidad, igualdad y pertenencia comunitaria de toda persona mayor, ya que, como nos recuerda MUÑOZ, “tiene como objeto permitir a todas las personas por igual, contar y utilizar los mecanismos de reclamo, en cada caso concreto”⁵¹.

§ 7. **TÁCTICA**

Los nuevos criterios de justicia reseñados (el humanismo y la tolerancia, junto a la unicidad, la igualdad y la comunidad) han abierto,

⁴⁷ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 438 a 454; DABOVE, *Los derechos de los ancianos*, p. 404 a 410.

⁴⁸ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 438 a 454; DABOVE, *Los derechos de los ancianos*, p. 404 a 410.

⁴⁹ GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, p. 194.

⁵⁰ COROMINAS, *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, p. 163.

⁵¹ MUÑOZ, *El derecho al acceso a la justicia. El trasfondo de una demanda competencial*, <https://elmontonero.pe/columnas/el-derecho-al-acceso-a-la-justicia>.

así, la posibilidad de fortalecer la condición jurídica de los mayores desde distintas perspectivas. En particular, han habilitado el sustento de líneas de acción que tienden a su empoderamiento respecto de “los demás” actores sociales (ya sea el propio régimen u otros individuos). Otorgan fundamentos de identificación y empatía para justificar su protección frente a “lo demás”, es decir, a las circunstancias adversas que se ensañen contra ellos (pobreza, enfermedad, soledad). Por último, han dado sustento al sentido de pertenencia comunitaria de las personas mayores y a la legitimación de las prácticas de intervención que consolidan los cambios sociales requeridos.

El empoderamiento, la empatía y la pertenencia se constituyen, pues, en herramientas tácticas imprescindibles para la realización de los tres principios que componen el humanismo jurídico: la unicidad, la igualdad y la comunidad. Además, sostienen los componentes psíquicos y afectivos de cada ser humano, necesarios para el desarrollo de una sociedad respetuosa e incluyente de todas las edades⁵².

Ahora bien, el derecho de acceso a la justicia cuenta con un interesante recorrido jurisprudencial de claro valor táctico-jurídico, generado tanto a nivel nacional como regional, gracias a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que fue delimitando su alcance y contenido.

Conforme nos recuerda MUÑOZ, desde el conocido caso del Tribunal Constitucional del Perú de 2001, pasando por el caso “Abril Alosilla” de 2011, hasta “Muelle Flores” de 2019, se fueron estableciendo dos criterios valorativos básicos, ya que constituyen su piso mínimo: *a*) no se puede impedir el acceso a la justicia mediante la negativa de los recursos, y *b*) es obligatorio organizar el aparato normativo, social e institucional para hacer viable el acceso a un recurso judicial efectivo⁵³.

A ello debemos sumarle el estándar de la “doble protección o protección reforzada con la que cuentan hoy todas las personas mayores” en nuestro sistema regional, tal como fue explícitamente manifestado por la Corte Interamericana en el caso “Poblete Vilches contra Chile” de 2018 y en el mencionado “Muelle Flores”.

En palabras de la propia Corte Interamericana, en el caso “Muelle Flores”, en el derecho a la protección judicial “es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, con-

⁵² DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, p. 134 a 145.

⁵³ Ver <https://elmontonero.pe/columnas/el-derecho-al-acceso-a-la-justicia>.

sagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado” (fundamento 123).

En el fundamento 124, enfatiza que el art. 25.2.c de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho al “cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Más adelante, en el fundamento 125, nos recuerda que “la Corte ha indicado que la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten una decisión o sentencia, sino que requiere además que el Estado garantice los medios y mecanismos eficaces para ejecutar las decisiones definitivas, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. Asimismo, este Tribunal ha establecido que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”.

Junto a ello, la Corte considera que “la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y estado de derecho. La Corte también ha señalado que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora”.

También el fallo señala que “el principio de tutela judicial efectiva requiere que los procedimientos de ejecución sean accesibles para las partes, sin obstáculos o demoras indebidas, a fin de que alcancen su objetivo de manera rápida, sencilla e integral. Adicionalmente, las disposiciones que rigen la independencia del orden jurisdiccional deben estar formuladas de manera idónea para asegurar la puntual ejecución de las sentencias y garantizar el carácter vinculante

y obligatorio de las decisiones de última instancia. La Corte estima que en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de derecho todas las autoridades, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución” (fundamento 127).

Por último, vale poner de resalto que la Corte dejó en claro su criterio interpretativo del art. 25.2.c de la Convención, indicando que este estándar recoge la obligación de ejecutar “toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. Ello quiere decir que, la garantía de mecanismos eficaces de ejecución de decisiones o sentencias definitivas debe darse en relación con decisiones definitivas dictadas tanto en contra de entidades estatales como de particulares”.

Asimismo, reconoce que “es imprescindible la adopción de medidas adecuadas y eficaces de coerción, para que, de ser necesario, las autoridades que dicten las decisiones o sentencias puedan ejecutarlas y con ello lograr la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento definitivo”⁵⁴.

E) CONCLUSIONES

El acceso a la justicia es un derecho fundamental, una herramienta política y un componente clave de nuestra cultura, ya que fue instituido como mecanismo racional de solución de conflictos, superador de la venganza o del castigo por mano propia.

Las personas mayores están atravesadas por la misma necesidad de justicia que cualquier otro ser humano. No obstante, el sistema cultural, político y jurídico sostiene frente a ellos un ambivalente y peligroso juego de poder: al mismo tiempo que reconoce este derecho a todos por igual, no genera iguales condiciones para hacerlo posible a causa de los “viejismos”.

El desarrollo de protocolos para el acceso a la justicia pone a disposición de las personas mayores un interesante mecanismo informático que ayudará a garantizar el pleno ejercicio de los derechos, al constituirse en la “puerta de entrada” a la solución racional e institucional de sus conflictos.

⁵⁴ Corte IDH, 6/3/2019, caso “Muelle Flores vs. Perú”, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieec_375_esp.pdf.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ SÁNCHEZ, GUSTAVO, *Kafka: en el límite*, “En-claves del pensamiento”, versión online, 2013, vol. 7, n° 13 p. 11 a 22, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-879X2013000100001&lng=es&nrm=iso, ISSN 2594-1100.
- ARAGO, JOAQUÍN M., *El proceso de envejecimiento: aspectos psicológicos*, “Estudios de Psicología”, n° 2, 1980, p. 156.
- ARIFIN, EVI NURVIDYA - ANANTA, ARIS (eds.), *Older persons in Southeast Asia*, Singapore, Institute of Southeast Asian Studies, 2009.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, tr. A. GÓMEZ ROBLEDO, México, Porrúa.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Una teoría trialista del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2020.
- *Estrategia jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011.
- COROMINAS, JOAN, *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos, 1990.
- DABOVE, M. ISOLINA, *Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas*, “Revista de Derecho Privado”, n° 34, ene.-jun. 2018, p. 53 a 85.
- *Autonomy, Self-determination, and Human Rights: Legal Safeguards in Argentina to Prevent Elder Abuse and Neglect*, “International Journal of Law, Policy and The Family”, 2018, n° 32, p. 80 a 92.
- *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- *Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez*, “Revista de Derecho de Familia”, n° 40, jul.-ago. 2008, p. 39 a 54.
- *Elder law: a need that emerges in the course of life*, “Ageing International”, september 2013, DOI 10.1007/s12126-013-9193-4.
- *La condición de la mujer anciana desde la perspectiva del derecho*, “Bioética y Bioderecho”, n° 1, Rosario, 1996, p. 49 a 54.
- *Las residencias gerontológicas en el derecho de la vejez: panorama normativo en Argentina*, “Revista de la Facultad de Derecho”, Universidad Nacional de Córdoba, vol. V, n° 2, Nueva serie II, 2014, p. 173 a 215.
- *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- DABOVE, M. ISOLINA (dir.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2017.
- DI TULLIO BUDASSI, ROSANA, *El derecho alimentario de los ancianos*, “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, 2008, n° 38, p. 64 a 82.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.
- ESQUILO, “Las Euménides”, en *La orestíada*, estudio preliminar.
- FERRARIS, MAURIZIO, *Manifiesto del nuevo realismo*, tr. J. BLANCO JIMÉNEZ, colab. A. SANTONI, rev. y ed. final M. LOYOLA, Santiago de Chile, Ariadna Ediciones, 2012.

- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Buenos Aires, Depalma, 1986.
- KAFKA, FRANZ, *El proceso*, Madrid, Valdemar, 2016.
- LEESON, GEORGE W., "Demography, politics and policy in Europe", en LUDOW, PETER (ed.), *Setting EU Priorities*, 2009.
- *Prepared or not, Latin America faces the challenge of aging*, "Current History", vol. 110, n° 733, 2011, p. 75 a 80.
- LEHER, ÚRSULA, *Correlato social y psicosocial de la longevidad*, "Geriatría Práctica", tr. L. PÉRGOLA, vol. III, n° 9, 1993, p. 3.
- LUDOW, PETER (ed.), *Setting EU Priorities*, 2009.
- LUTZ, WOLFGANG, "Future ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status", en ARIFIN, EVI NURVIDYA - ANANTA, ARIS (eds.), *Older persons in Southeast Asia*, Singapore, Institute of Southeast Asian Studies, 2009.
- MUÑOZ, DELIA, *El derecho al acceso a la justicia. El trasfondo de una demanda competencial*, elmontonero.pe/columnas/el-derecho-al-acceso-a-la-justicia.
- Organización Mundial de la Salud, *Envejecimiento y salud*, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>.
- RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, tr. M. D. GONZÁLEZ, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- RUBIO HERRERA, RAMONA, *Psicología del envejecimiento: trastornos típicos. Aspectos biológicos, fisiológicos, psicológicos y metodológicos de dicho proceso*, "Boletín de Estudios y Documentos de Servicios Sociales", n° 13, 1983, p. 25 a 30.
- SAGRERA, MARTÍN, *El edadismo. Contraste "jóvenes" y viejos. La discriminación universal*, Madrid, Fundamentos, 1992.

JURISPRUDENCIA

DOCE HOMBRES EN PUGNA: UN ANÁLISIS DEL DISCURSO JURÍDICO DESDE EL CINE*

JUAN PABLO CAPUTO**

Resumen. Este ensayo tiene como objetivo analizar cómo se manifiesta el discurso jurídico en el proceso judicial en general, y en la película “Doce hombres en pugna”, dirigida por SIDNEY LUMET en 1957, en particular.

Palabras clave: discurso jurídico, práctica social, sentido, proceso, verdad, verosimilitud.

TWELVE ANGRY MEN: AN ANALYSIS OF LEGAL DISCOURSE FROM THE CINEMA

Abstract. The aim of this essay is to analyse how legal discourse manifests itself in the judicial process. Besides, in this paper we study the legal meaning of the film “Twelve angry men”, directed by SIDNEY LUMET in 1957, in particular.

Keywords: legal discourse, social practice, meaning, process, truth, verisimilitude.

DOZE HOMENS E UMA SENTENÇA: UMA ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO DO CINEMA

Resumo. O objectivo deste ensaio será analisar como o discurso jurídico se manifesta no processo judicial. Também,

* Recepción: 10/3/2021; evaluación: 17/5/2021; aceptación: 9/6/2021.

** Jefe de Trabajos Prácticos interino de la materia Introducción al Derecho de la Universidad Nacional de José C. Paz. Ayudante de segunda en la materia Teoría General del Derecho, a cargo de los profesores Alicia Ruiz y Diego Duquelsky, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: jpcaputo91@gmail.com y juan91_c@hotmail.com.

se estuda o filme “Doze homens e uma sentença”, realizado por SIDNEY LUMET em 1957, em particular.

Palavras-chave: discurso legal, prática social, significado, processo, verdade, verosimilhança.

A) INTRODUCCIÓN

“La tarea del pensamiento es dar cuenta de lo oculto, de lo escamoteado en la ‘cotidiana presentación’ del mundo de la vida, aquello que la ideología no muestra...”¹.

Con la intención de abandonar el estudio abstracto y sistemático de las normas y los procedimientos, lo cual conduce –en palabras de CÁRCOVA²– a concebir a la disciplina jurídica en una tecnología ciega, guiada por una razón instrumental, apelaremos al cine como recurso didáctico para estudiar el discurso jurídico.

Resulta importante enfatizar que el discurso cinematográfico ha decodificado con profundidad y originalidad cuestiones que conciernen al derecho y a la justicia, las cuales muchas veces han sido ignoradas por los propios juristas. Un ejemplo de ello ha sido cómo la ficción y la realidad, la identidad y la subjetividad, juegan esquivos papeles en la construcción racional del derecho.

Bajo esta perspectiva, y asumiendo que detrás de la imagen “técnica” del derecho hay seres humanos concretos, historias de vida, ideologías y poder, este ensayo tendrá como objetivo analizar cómo se manifiesta el discurso jurídico en el proceso judicial en general, y en la película “Doce hombres en pugna”, dirigida por el autor SIDNEY LUMET en 1957, en particular.

En términos teóricos, utilizaremos, en un primer momento, aportes tales como la noción de derecho entendida como una práctica social de naturaleza discursiva; la importancia de la teoría del discurso en el análisis del fenómeno jurídico, y los tres niveles del discurso jurídico explicitados por ENTELMAN.

¹ CÁRCOVA, “¿Verdad o verosimilitud?”, en *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, p. 65 y 84.

² CÁRCOVA - RUIZ - DOUGLAS PRICE, *La letra y la ley: estudios sobre derecho y literatura*, p. IX a XVII.

En segunda medida, apelaremos a la distinción entre verdad y verosimilitud en lo que concierne al proceso judicial; a la noción de teoría lúdica del derecho, como también a la figura del juez Hermes trabajada por Ost.

Por otra parte, acudiremos al debate de si la función jurisdiccional es un acto de conocimiento o un acto de creación; el vínculo entre la complejidad y derecho; y la tensión entre “libertad” y “restricción” en la actividad judicial planteada por el movimiento conocido como Critical Legal Studies (CLS).

En cuanto al largometraje que nos compete, su sinopsis es la siguiente: doce miembros de un jurado deben juzgar a un adolescente acusado de haber asesinado a su padre. La votación a favor de la culpabilidad aparenta ser sencilla en un primer momento, hasta que uno de sus integrantes opta por votar “inocente”. El desarrollo de la película se centra en mostrar cómo este hombre intenta generar una duda razonable en el resto de sus compañeros a fin de absolver al acusado.

Dicho esto, y con la intención de ser preciso en el análisis del discurso jurídico presente en esta película, haremos una identificación de cada jurado a través de la individualización de sus números como tales, como también a partir de la mención de los nombres completos de los actores.

En tal sentido, el listado del jurado es el siguiente: 1) Martin Balsan; 2) John Fiedler; 3) Lee J. Cobb; 4) Everett Eugene Gruz, conocido como E. G. Marshall; 5) Jack Klugman; 6) Edward Binns; 7) Jack Warden; 8) Henry Fonda; 9) Joseph Sweeney; 10) Ed Begley; 11) Jirí Voskovec, y 12) Robert Webber.

B) EL DERECHO Y EL DISCURSO

Realizadas las aclaraciones pertinentes, es necesario comenzar por cómo las teorías pospositivistas críticas entienden al derecho. En ese sentido, sus autores y autoras proponen reconstruirlo como *una práctica social específica de naturaleza discursiva*³: a) práctica, porque se trata de una acción repetitiva, estabili-

³ CARCOVA, “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?”, en *Las teorías jurídicas post-positivistas*, p. 155 a 165.

zada en el tiempo y estilizada; b) social, porque solo es requerida cuando media interacción entre los individuos; c) específica, porque produce sentidos propios y diferentes a los de otros discursos⁴, y d) discursiva, porque es un proceso social de producción de sentidos.

En tal orden, el derecho adquiere su especificidad y produce efectos que le son propios en el campo del sentido⁵, motivo por el cual *la teoría del discurso* se constituye como una herramienta indispensable para comprender el fenómeno jurídico. Su objeto consiste en analizar cómo, para qué, cuándo y quién utiliza el lenguaje, en miras de enarbolar una teoría que verse sobre las relaciones entre el uso del lenguaje y las creencias, bajo el marco de la interacción social. Por ello, CÁRCOVA destaca que el análisis del discurso jurídico estudia, por fuera de las reglas sintácticas y semánticas, las formas deliberadas o no con las que los usuarios se comunican a través de procesos estratégicos. Tal es así que las representaciones mentales, cuyo origen es la lectura de un texto o la escucha, no resultan meras reproducciones mecánicas, sino que deconstruyen y reconstruyen sentido por medio de elementos conversacionales, textuales y contextuales, tomando como base el conjunto de creencias previas que las personas poseen desde el inicio de la comunicación. Tal como el contexto influye en el discurso, el discurso puede modificar el contexto⁶.

En estos términos, VAN DIJK aseveró que “en todos los niveles del discurso encontramos ‘huellas’ de un contexto en el que las características sociales de los participantes desempeñan un papel fundamental, se trate del género, la clase, la filiación étnica, la edad, el origen, la posición u otros rasgos que determinan su pertenencia a un grupo”⁷.

En términos concomitantes, *el discurso jurídico reconoce tres niveles*, los cuales no podrán ser analizados por separado, sino que

⁴ RUIZ, “Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo”, en *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, p. 9 a 17.

⁵ CÁRCOVA, “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?”, en *Las teorías jurídicas post-positivistas*, p. 155 a 165.

⁶ CÁRCOVA, “Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas”, en *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, p. 91 a 108.

⁷ VAN DIJK, *El estudio del discurso*, en “El discurso como estructura y proceso”, p. 46.

deberán ser entendidos como una totalidad cuyos elementos interactúan de forma interrelacionada y continua⁸.

Desde esta perspectiva, ENTELMAN señala que el primer nivel corresponde al producto de los órganos autorizados para “hablar”, como por ejemplo una sentencia; el segundo nivel se compone de las prácticas de los operadores jurídicos en torno a los productos del primer nivel, como es el caso de la doctrina resultante de la práctica teórica de los juristas; y el tercer nivel es el que tiene basamento es el imaginario de una formación social, es decir, el discurso que producen los destinatarios del derecho en un juego de creencias, desplazamientos y ficciones.

A partir de este paradigma, es indispensable considerar que estos niveles no son lugares ni momentos definidos, sino que se constituyen como instancias de producción de sentidos que se interceptan y reconstituyen, sintetizándose de forma circunstancial en una decisión judicial para así convertirse en una fuente de sentido⁹.

Esto puede graficarse con claridad en la película que aquí nos ocupa, dado que, al ser los jurados ajenos a la maquinaria judicial, uno de los puntos interesantes de la película es ver cómo el tercer nivel, referido a los súbditos y al imaginario social, se constituye en el primer nivel, es decir, en aquel que es producto de los órganos autorizados para hablar. Ello denota la complejidad de la operación que debieron desplegar los jurados, la cual tuvo dimensiones tanto cognitivas como volitivas, con un carácter social inescindible.

C) ¿EXISTE LA VERDAD EN EL PROCESO JUDICIAL?

A partir de lo antedicho, ¿puede hablarse de la existencia la verdad en el proceso judicial? Tal como se invita a pensar la película que aquí nos ocupa, ¿alguien tiene el monopolio de la verdad? En tal orden, CALVO GONZÁLEZ¹⁰ ha destacado que el proceso se ocupa de una realidad ya vivida y plenamente gastada, dado que este incum-

⁸ ENTELMAN, *Discurso normativo y organización del poder*, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/2902>.

⁹ CÁRCOVA, “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?”, en *Las teorías jurídicas post-positivistas*, p. 155 a 165.

¹⁰ CÁRCOVA, “¿Verdad o verosimilitud?”, en *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*.

be a hechos pretéritos, agotados y póstumos, con lo cual se logra la inexistencia de la verdad fáctica.

Desde esta perspectiva, es necesario tomar en cuenta lo que señala RUIZ, al destacar que el derecho expresa los niveles de acuerdo y conflicto propios de una formación histórico-social determinada¹¹. Esto lo representa con mucha pericia Ost¹², por medio de su arquetipo denominado “Hermes”.

Este autor destaca que la trayectoria que dibuja este modelo de juez es una red, debido a que lo que está en juego es una multitud de puntos que se interrelacionan constantemente, y no así uno o dos polos, como tampoco la superposición de estos. Por ello, el objeto de análisis del discurso jurídico resulta ser una combinación infinita de poderes, los cuales pueden configurarse como separados, confundidos, y mismo intercambiables.

Para Ost, en esta circulación de significados e informaciones se expresa la forma de un banco de datos, el cual contiene infinitas informaciones disponibles instantáneamente, las cuales son, al mismo tiempo, difícilmente matizables. Sobre la base de este diagnóstico, este autor propondrá una *teoría lúdica del derecho*, cuyo punto de partida es que, antes de ser regla e institución, el derecho es logos, discurso, significado en suspenso.

Por ello, esta propuesta lúdica prescribe la necesidad de “articular entre las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico); entre el orden y el desorden; entre la letra y el espíritu; entre la fuerza y la justicia”. En este sentido, este autor dirá que solo este camino puede dar cuenta de las vueltas y rodeos existentes en el discurso jurídico¹³.

Con respecto a la realización filmográfica de LUMET, es notable que la representación concretada en dicha película no podría ser explicada cabalmente a partir de lo prescripto por el formalismo jurídico, es decir que la sentencia de absolución fue el resultado de una actividad cuasi mecánica del jurado; ni tampoco por lo que sostiene

¹¹ RUIZ, “Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo”, en *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*.

¹² OST, *Jupiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, “Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho”, año 4, n° 8, p. 101 a 130.

¹³ OST, *Jupiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, “Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho”, año 4, n° 8, p. 101 a 130.

el realismo estadounidense, corriente que entendió por derecho únicamente a las profecías de lo que los tribunales harán en concreto¹⁴.

La película muestra cómo la interpretación de la realidad siempre se compone de procesos cognoscitivos, valoraciones e ideología¹⁵. Desde esta perspectiva, es posible hacer el siguiente ejercicio: puede utilizarse a la película como una abstracción que se valga del jurado para explicitar cuál puede ser el proceso interior de una persona al tener que resolver un caso judicial.

En pocas palabras, lo que “Doce hombres en pugna” permite apreciar es justamente cómo la tarea de traducir las normas en un caso concreto resulta “un proceso de intercambio comunicativo [...] mediado por palabras, significaciones, historias previas, símbolos, valoraciones, acuerdos, pre-comprensiones del mundo”¹⁶.

En estos términos, CÁRCOVA dirá que la interpretación trata diversas textualidades heterogéneas y dispares, todas ellas portadoras de sentido. A los fines de su relato, un juez o una jueza deben ecualizar los sentidos en danza, es decir, establecer una correlación entre estos a fin de tornarlos consistentes. Ahora bien, es necesario asumir que esta compleja tarea y su resultado no poseen garantías algorítmicas, como tampoco hay fórmulas matemáticas ni lógicas que aseguren que las elecciones-selecciones sean certeras; ello ni cuando se escogen los hechos entendidos como relevantes, ni cuando se interpretan los diversos relatos que tuvo a su alcance. En sentido coincidente, CALAMANDREI ha mostrado como la verdad del proceso es una verdad sui generis, a causa de sus diversas limitaciones: *a*) la traba de la litis, es decir solo lo alegado por las partes; *b*) la admisión como “verdaderos” de los hechos que han sido acordados por las partes, aun cuando conste de que nunca acontecieron; *c*) solo puede establecer una verdad a través de los medios de prueba utilizados en el proceso, por fuera de que haya caminos alternativos, y *d*) no puede desconocerse lo probado en el juicio, aun cuando se hubiera obtenido información fidedigna diferenciada¹⁷.

¹⁴ DUQUELSKY, *El rol del juez en una sociedad democrática*, “Revista de Derechos e Garantías Fundamentales”, vol. 16, n° 2, p. 121 a 148.

¹⁵ Cfr. RUIZ, “La construcción social y jurídica de la verdad”, en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, p. 79 a 84.

¹⁶ Cfr. CÁRCOVA, “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, en *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, p. 27 a 33.

¹⁷ Cfr. CÁRCOVA, “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, en *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, p. 27 a 33.

Por estas razones, este jurista italiano postuló que toda declaración de certeza emanada de un magistrado posee un carácter relativo, por lo que una verdad con tal tesitura siempre será una verdad más formal que sustancial, configurándose así en una ficción ilusoria.

Dado lo antedicho, CÁRCOVA considera que resulta posible –y necesario– despedir a la verdad como un reflejo objetivo de un dato concebido como inmutable, y que ello implica que esta se presenta como el resultado de una interpretación; en otras palabras, de la puesta en función de paradigmas compuestos tanto por cuotas de objetividad como de subjetividad. Desde tal línea argumental, continúa este autor propugnando que no deben asumirse verdades objetivas, a-históricas, pétreas y ajenas al mundo de lo humano, sino que debe existir una apuesta a la construcción de paradigmas consensuales y dialógicos. En síntesis, no se entiende a la verdad como un producto dado, sino como una construcción. Por ello es que CÁRCOVA sentencia que “interpretar las normas es un proceso complejo, heurístico, hermenéutico, político y cultural, carente de resultados unívocos”. En definitiva, este es el motivo por lo que “no hay *verdad* en las sentencias, sino *verosimilitud*”¹⁸.

Ello puede comprobarse cuando se le pregunta a Henry Fonda si consideraba que el acusado fuera inocente, a lo que respondió “no lo sé”. Por su parte, este autor dirá que la verosimilitud es un dato contextual, el cual diversos institutos procesales ayudan a delimitar, como es el caso de la traba de la litis, o el de los hechos alegados y probados. Desde esta perspectiva, debe decirse que, aunque los elementos contextuales son determinantes, los elementos para-contextuales juegan su papel, es decir, los factores que operan en el imaginario social de la sociedad. Por ello, la verosimilitud no estará exenta de integrarse por elementos no racionales¹⁹.

En razón de la película que nos compete, pueden mencionarse varios ejemplos de lo que estamos describiendo:

a) El jurado 2, caracterizado por John Fiedler, sostuvo en un primer momento “solo pienso que el culpable”, y adujo que ello era un “sentimiento personal”.

¹⁸ Cfr. CÁRCOVA, “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, en *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, p. 27 a 33.

¹⁹ Cfr. CÁRCOVA, “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, en *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, p. 27 a 33.

b) El jurado 3, interpretado por Lee J. Cobb, mostró que: 1) no tenía interés en los argumentos a favor y en contra del acusado, a partir de la frase “casi me quedo dormido”, y 2) la pelea personal con su hijo fue la razón inconsciente que lo motivaba a querer condenar a la silla eléctrica al acusado. Si bien esto es interpretación mía, puede decirse que el director utilizó la lluvia detrás de este personaje al momento de algunos de sus diálogos para graficar la pena que sentía interiormente.

c) El jurado 7, oficiado por el jurado Jack Warden, se inclinó por la culpabilidad del acusado debido a que quería retirarse rápido del tribunal, a causa de que tenía entradas para un juego de beisbol; luego, cambió su voto por estar hastiado de la discusión sin poder expresar ningún argumento sustancial.

d) El jurado 9, interpretado por Joseph Sweeney, fue el primero en cambiar su voto de culpable a inocente, pero no por motivos inherentes al caso, sino por querer acompañar la convicción que había mostrado Henry Fonda.

e) El jurado 10, oficiado por Ed Begley, demostró tener una mirada prejuiciosa en torno al acusado, ya que aducía que su culpabilidad estaba asociada a su origen social. Prueba de ello fueron frases como “esos jóvenes enloquecen”, “matan a sus padres”, “ese chico tuvo suerte de tener un juicio justo”, “nacen mentirosos”, “saben cómo esa gente miente”, “se emborrachan”, “son violentos por naturaleza”, “la vida no vale para ellos”, “no tienen sentimientos”, “sé todo de ellos”, “son peligrosos” y mismo “son salvajes”.

D) DECISIÓN DEL JURADO: ¿ACTO DE CONOCIMIENTO O ACTO DE VOLUNTAD?

Sin intención de arruinar el final para aquellos y aquellas que no hayan visto la película que está en el centro de la escena de estas líneas, *a priori* debemos recordar que el jurado, luego de una larga deliberación, pasó de estar compuesto por once votos que sostenían la culpabilidad del acusado contra uno que sostenía su inocencia, a declarar de forma unánime la inocencia del adolescente.

A partir de este marco fáctico, es de gran utilidad acudir a MARÍ²⁰, quien expresó que una discusión histórica, propia del análisis

²⁰ MARÍ, *La interpretación de la ley*, p. 19.

del discurso jurídico, es la interpretación de la ley. En ese sentido, ha surgido la pregunta: "¿Qué hacen los jueces (y los organismos administrativos) cuando deciden los casos según sus competencias y jurisdicciones?". Su respuesta ha dado origen a una polémica con dos posturas claras: por un lado, quienes ven en la función judicial una simple operación de aplicación de las normas, y por el otro, quienes aprecian en ella una función creadora del derecho.

En este sentido, y en particular, serían atendibles las preguntas: "¿qué hizo el jurado cuando juzgó?" y "¿qué hizo cada jurado cuando votó?". En primera medida, debe decirse que estas preguntas no poseen una respuesta única, o las respuestas disponibles son múltiples y ambiguas. CÁRCOVA diría que el jurado puso en juego todo lo que sabía, ya sea conceptual o experimentalmente, teniendo en claro que sus integrantes conocieron, interpretaron, valoraron, deslindaron, estipularon y dudaron.

En términos epistemológicos, este autor se preguntaría si la actividad de estos doce hombres estuvo "determinada por parámetros lógico-metodológicos o, al contrario, resultan más relevantes en su desarrollo aspectos empíricos, que tienen que ver con la realidad social y los sistemas de valores". En torno a la segunda opción, debería pensarse que los jurados fueron hombres situados en el mundo, que no estaban encerrados en una torre de cristal, y que resultaban atravesados por todas las problemáticas que los definen, primero como seres humanos y luego como seres sociales, en un tiempo y lugar determinados²¹.

En suma, ¿la decisión del jurado fue producto de una actividad intelectual o de una actividad creadora? Es vital tomar en cuenta que lo que se piensa y se dice impacta de forma directa en lo que el discurso jurídico es, como también en lo que luego será²². Por este motivo, pensar al derecho como una práctica social discursiva genera un aporte, que supera el reductivismo normativo o axiológico, en el debate respecto del rol de los jueces y de sus competencias hermenéuticas.

Esta perspectiva "permite rescatar la normatividad, sin hipertrofiar su papel; la autoproducción operacional del derecho, sin reducirlo a meras predicciones de los jueces", e "incorporar las dimensiones de

²¹ CÁRCOVA, "¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?", en *Las teorías jurídicas post-positivistas*.

²² DUQUELSKY, *El rol del juez en una sociedad democrática*, "Revista de Direitos e Garantias Fundamentais", vol. 16, n° 2, p. 121 a 148.

la socialidad y con ello, las cuestiones de la ideología y el poder, tanto como las de la legitimidad, sin abandonar la especificidad teórica que le es propia”²³.

Dicho esto, CÁRCOVA se preguntaría, en torno al rol de los jurados, si acaso las lecturas filosóficas o psicoanalíticas realizadas en su fuero íntimo, las opiniones en estado práctico que circulan en los medios de comunicación, la discusión con integrantes de su familia –cónyuge o hijos e hijas–, o mismo el criterio de los amigos o amigas más cercanos o cercanas, están presentes al momento de constituir el discurso jurídico. En definitiva, la respuesta es no, debido a que toda interpretación es social.

Siguiendo el modelo de juez Hermes, debe decirse que se constituye una red de significaciones a partir de la circulación de los sentidos, los cuales no tienen un centro único de producción, sino que se configuran a partir de posiciones más o menos estratégicas por su influencia, las cuales poseen un carácter circunstancial e intercambiable.

Por este motivo, resulta necesario acudir a la *conexión existente entre complejidad y derecho*. CÁRCOVA destacó que la circulación de sentidos mencionada es la que “establece la complejidad epistemológica que DANILO ZOLO ha caracterizado como un fenómeno de circularidad cognitiva de los agentes (o sistemas) que se han vuelto conscientes del dato que su propia presencia produce. Ellos, no pueden neutralizar las distorsiones generadas por su actividad cognoscente; en el campo que a través de ella pretenden ‘aprehender’”.

Desde este orden de ideas, ZOLO diría, en cuanto al accionar de los jurados, que no pudieron desprenderse de su propia perspectiva histórica y social, o mismo liberarse de las desviaciones de la comunidad científica, cultura o civilización a la que pertenecían²⁴. Por tal razón, no podían conocerse a ellos mismos objetivamente, como tampoco podían conocer su propio ambiente, al entender su incidencia en este al proyectar sus propias inclinaciones a través del proceso de interacción.

En línea con lo anteriormente señalado, una perspectiva a considerar es lo planteado por KENNEDY, uno de los integrantes del mo-

²³ CÁRCOVA, “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?”, en *Las teorías jurídicas post-positivistas*.

²⁴ CÁRCOVA, “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?”, en *Las teorías jurídicas post-positivistas*.

vimiento llamado Critical Legal Studies (CLS). Dicho autor intentó demostrar que la *tensión entre “libertad” y “restricción” en la actividad judicial* no obedece a las cualidades de los materiales jurídicos, sino que es una sensación o experiencia vivida por los propios jueces (en este caso, por los integrantes del jurado).

Bajo tal paradigma, DUQUELSKY diría que, frente a los mismos hechos y con las mismas normas, algunos integrantes del jurado pueden sentir que la norma es clara y tienen no mucho margen de creación, y otros, con distinta formación, valores o creencias, pueden considerar que se encuentran frente a un caso atípico, por lo que se debe recurrir a otros principios y normas para resolver la cuestión²⁵. En estos términos, resulta claro que los doce jurados no son homogéneos en términos laborales, sociales, culturales ni axiológicos.

A su vez, resulta reveladora la reflexión planteada por KENNEDY en torno a que una sensación de una experiencia vivida sea determinante para resolver un caso judicial. Tal es así que el jurado 4, interpretado por E. G. Marshall, cambió el sentido de su voto, de culpable a inocente, a causa de haberse anoticiado de que una de las testigos claves era una mujer que usaba anteojos, debido a unas marcas en los costados superiores de su nariz. Es dable destacar que dichas marcas también las poseía este jurado por usar anteojos también.

Por esta razón, E. G. Marshall tuvo una duda razonable en torno a si es que la testigo pudo divisar e individualizar al acusado la noche que aconteció el crimen, ya que no era probable que esta mujer haya usado anteojos al momento de irse a dormir. En tal sentido, es vital señalar que no resulta un dato menor que este fue el último voto en modificarse, previo a que el jurado 3 rompa en llanto manifestando que cambiaría su voto, logrando así la constitución de la unanimidad de la postura “inocente”.

BIBLIOGRAFÍA

- CÁRCOVA, CARLOS, *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, Chile, Olejnik, 2019.
- “¿Hay una traducción correcta de las normas?”, en *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, Chile, Olejnik, 2019.
 - *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.
 - “¿Qué hacen los jueces cuando juzgan?”, en *Las teorías jurídicas post-positivistas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.

²⁵ DUQUELSKY, *El rol del juez en una sociedad democrática*, “Revista De Direitos E Garantias Fundamentais”, vol. 16, n° 2, p. 121 a 148.

- “Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas”, en *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, Chile, Olejnik, 2019.
- “¿Verdad o verosimilitud?”, en *Entre normas, principios, razonamiento, tolerancia y verdad*, Chile, Olejnik, 2019.
- CARCOVA, CARLOS M. (dir.) - GORALI, MARINA (coord.), *Semiosis y derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2021.
- CÁRCOVA, CARLOS - RUIZ, ALICIA - DOUGLAS PRICE, JORGE, *La letra y la ley: estudios sobre derecho y literatura*, Buenos Aires, Infojus, 2014.
- COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- DUQUELSKY, DIEGO, *El rol del juez en una sociedad democrática*, “Revista de Direitos e Garantias Fundamentais”, Faculdade de Direito de Vitória, vol. 16, n° 2, jul.-dez. 2015, p. 121 a 148.
- ENTELMAN, RICARDO, *Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra*, Buenos Aires, Unidad de Ciencias Políticas, UAP, 1986, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/2902>.
- MARÍ, ENRIQUE, *La interpretación de la ley*, Buenos Aires, Eudeba, 2014.
- OST, FRANÇOIS, *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, “Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho”, año 4, n° 8, 2007, p. 101 a 130.
- RUIZ, ALICIA, “Derecho, democracia y teorías críticas al fin de siglo”, en COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2001.
- “La construcción social y jurídica de la verdad”, en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2001.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

EUGENIO BULYGIN (1931-2021)

JUAN PABLO ALONSO*

EUGENIO BULYGIN nació el 25 de julio de 1931 en Jarkov, la segunda ciudad en importancia de lo que hoy es territorio ucraniano. Hijo de una familia de profesionales rusos, cultivados en la lectura y las ciencias, su infancia estuvo signada por los avatares de la Segunda Guerra Mundial.

Cursó un año de estudios primarios en Jarkov, mas luego debió desplazarse con su familia, por la invasión alemana, viviendo varios años en zonas rurales de la actual Ucrania. Durante esos años su padre, su madre y su tío se ocuparon de su formación. Aprendió matemáticas; leía y escribía en ruso a la perfección (es uno de los idiomas en que BULYGIN escribió sus trabajos científicos), además de inglés, alemán y español.

Si bien la intención de la familia BULYGIN era vivir en París, donde tenían familiares, el devenir de su éxodo los llevó a Linz, ciudad sobre el Danubio Austríaco. Entre 1945 y 1948, EUGENIO estudió en el prestigioso colegio Bundesrealschule, donde se educaron importantes filósofos (WITTGENSTEIN, por ejemplo). Allí perfeccionó su alemán e inglés.

Para entonces la ONU estaba llevando adelante programas de reacomodación definitiva de las familias que habían sido desplazadas por la guerra. Las opciones eran muy variadas: Canadá, Australia, Irak, Chile, Argentina. Es así que en 1949 la familia BULYGIN se asienta definitivamente en Lanús, provincia de Buenos Aires. Padre, madre, EUGENIO, tío, tía, primo y la niñera. EUGENIO tenía 18 años.

* Abogado graduado en la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Profesor adjunto regular de Teoría General del Derecho en la Facultad de derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y en la Universidad Torcuato Di Tella. Correo electrónico: jalonso@derecho.uba.ar

Finaliza sus estudios secundarios en el Colegio Bartolomé Mitre de la Ciudad de Buenos Aires. En 1953, ingresa como estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y se recibe de abogado en 1958.

Cuando aún era estudiante de Derecho ingresa en el grupo liderado por AMBROSIO GIOJA, y pasa a formar parte del grupo de filosofía jurídica más importante que existió en Argentina y Latinoamérica; el grupo que MANUEL ATIENZA, en su tesis doctoral "La filosofía del derecho en Argentina", denominó la "generación dorada". Entre sus integrantes estaban AMBROSIO GIOJA, GENARO CARRIÓ, JORGE BACQUÉ, CARLOS ALCHOURRÓN, MARTÍN FARRELL, EDUARDO RABOSI, RICARDO GUIBOURG, CARLOS NINO y EUGENIO BULYGIN.

Luego de doctorarse en la UBA con la más alta calificación, entre 1963 y 1969 realiza estudios posdoctorales en Europa: con ULRICH KLUG en Colonia, HANS WELZEL en Bonn y HERBERT HART en Oxford. A fines de su estancia en Oxford, coinciden durante unos meses cuatro de los más importantes filósofos del derecho del siglo XX: HERBERT HART, RONALD DWORKIN, JOSEPH RAZ y EUGENIO BULYGIN.

BULYGIN aprovecha su estancia en Oxford para discutir una monografía inédita que estaba escribiendo en conjunto con su amigo CARLOS ALCHOURRÓN. Este último, por su parte, discutía ese trabajo con VON WRIGHT, el padre de la lógica de normas.

BULYGIN, el jurista, discutió con HART; ALCHOURRÓN, el lógico, con VON WRIGHT. De allí nació *Normative systems*, publicada en inglés en 1971, con el patrocinio de MARIO BUNGE.

En dicha obra confluyen dos tradiciones filosóficas bastante lejanas entre sí: la lógica de normas, cuyo nacimiento hoy se estipula en el artículo "Deontic Logic" de VON WRIGHT (1951) y el positivismo jurídico en las versiones de Kelsen y Hart, de principios de los años sesenta del siglo pasado.

Normative systems es, probablemente, uno de los libros más importantes de la filosofía del derecho del siglo XX y por ello no resulta extraño que haya sido publicado en cinco idiomas: inglés, español, italiano, alemán y ruso.

JOSÉ JUAN MORESO, catedrático de Filosofía del derecho de la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona, ha dicho en reiteradas ocasiones: "*Normative systems* es el libro que todo filósofo del derecho hubiese querido escribir".

El trabajo de BULYGIN no se detuvo en esa obra. Al contrario, sus trabajos posteriores, solo o con ALCHOURRÓN, crearon una nueva forma de pensar la filosofía del derecho, con rigurosidad científica, racionalidad y pensamiento lógico. La obra completa de BULYGIN incluye quince libros y ciento cuarenta y siete artículos en español, inglés, alemán y ruso.

BULYGIN tiene discípulos en todas partes del mundo, todos ellos grandes catedráticos y iusfilósofos de referencia obligada en sus respectivos países: COMANDUCCI, CHIASSONI y REDONDO en Italia; ATIENZA, RUIZ MANERO, MORESO y BAYÓN en España; LISANYUK y ANTONOV en Rusia; DALMEIDA en Escocia; CERDIO en México, MENDONCA en Paraguay; CARACCIOLLO, ZULETA, NAVARRO, RODRÍGUEZ y muchos otros, en Argentina.

No queremos aburrir enumerando todas las distinciones que ha recibido BULYGIN: becario de Humbolt, Guggenheim, British Council, Premio Konex, profesor emérito UBA desde 1997. Fue elegido por RAÚL ALFONSÍN para ser el decano normalizador de la Facultad de Derecho de la UBA en 1983.

Ha sido doctor *honoris causa* por seis universidades americanas y europeas.

Fue presidente de la Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social (IVR) entre 1999 y 2003, el único latinoamericano en tener ese cargo (si bien EUGENIO no nació en Latinoamérica, vivió aquí desde sus dieciocho años, y ha desarrollado su obra científica con base logística en la UBA).

Para comprender la importancia de su obra, una anécdota puede ser suficiente: en 2004, en el Instituto Kelsen de Viena, se determinó que un trabajo atribuido a KELSEN era efectivamente de él. En ese trabajo, KELSEN discutía un artículo de BULYGIN publicado en alemán en 1965. Es así que se decidió publicar la discusión en un volumen único que incluía el primer trabajo de BULYGIN, la crítica de KELSEN, la réplica de BULYGIN, y la dúplica de WALTER, director del instituto en representación de KELSEN. Pocos filósofos del derecho en actividad, hasta entrado el siglo XXI, pueden afirmar que han discutido con KELSEN.

Conocí a EUGENIO BULYGIN en 1991. Yo era estudiante de doctorado en Barcelona y él era el profesor invitado para darnos un curso. Sus enseñanzas me llevaron a pedirle que sea mi director de investigación y él aceptó. Cuando volví a Buenos Aires en 1994, pasé a formar parte de su cátedra y de su seminario permanente de Lógica

de Normas y Teoría del Derecho Alchourrón & Bulygin, dirigido por EUGENIO BULYGIN y HUGO ZULETA, que funciona en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires todos los martes desde hace más de cincuenta años.

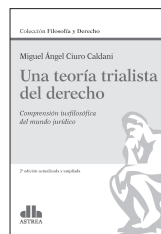
En lo personal, despido a EUGENIO con tristeza por su partida, pero con la alegría de que el destino me haya permitido conocerlo, que haya sido mi director de investigación durante casi treinta años, mi consejero y mi amigo.

Buenos Aires, 11 de mayo de 2021

RESEÑAS

LIBRO

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI
Una teoría trialista del derecho
(2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2020)



SEBASTIÁN CHAVARRÍA*

A) INTRODUCCIÓN

“El derecho es una perspectiva de la vida humana toda (en cierto modo, de la vida toda)”¹. Con estas palabras, el insigne iusfilósofo argentino MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI, en su más reciente obra *Una teoría trialista del derecho*, nos pone en la disposición necesaria para pensar el derecho. Esta descripción ya nos coloca en sintonía con la manera en que el trialismo confronta lo que, en términos tradicionales, se ha denominado “el problema acerca de la naturaleza del derecho”. Es decir, el problema en torno a qué es el derecho. Así entonces, la propuesta de entender el derecho desde la perspectiva de la vida humana toda, ya nos indica que el problema acerca de qué es el derecho no puede ser abordado de la manera en que se lo hace tradicionalmente. No puede ceder a la tentación de pensar el derecho desde la simplicidad o con reduccionismos, tentación en la que constantemente se incurre. Por ello, nada más profundo y sensato que pensar el derecho desde la vida misma.

Ahora bien, si el derecho es una perspectiva de la vida humana toda, tendríamos que, a su vez, confrontar lo que la vida es. No es

* Recepción: 23/12/2020; evaluación: 16/2/2021; aceptación: 1/5/2021.

Abogado. Maestrando en Filosofía del Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: schavarrialara@gmail.com.

¹ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 3.

fácil abordar la cuestión, pero he ahí el interés de la teoría trialista que ahora nos propone el CIURO CALDANI. Además, puesto que la vida es compleja, entonces lo que nos queda es hacer una aproximación del derecho justamente advirtiendo esta complejidad.

Tradicionalmente, se plantea que el derecho es norma o realidad. Estos dos aspectos son planteados como irreconocibles entre sí al momento de describir el objeto jurídico. Sin embargo, en el ejercicio del derecho no pueden estar completamente divorciados: el abogado no puede hacer total omisión de la realidad sobre la que tiene que tratar; a su vez, no puede pretender asumir el quehacer jurídico con una idea ingenua de que el derecho sea praxis pura con las que pretenda hacer caso omiso a consideraciones teóricas y técnicas. En otros términos, las aproximaciones teóricas de entender el derecho como norma o realidad, facilitan el análisis de la cuestión en torno a qué es el derecho, pero no dan cuenta de su funcionamiento en todas sus dimensiones. En ese contexto, aparece el trialismo que nos plantea que abordemos el estudio y el análisis del derecho entendido en toda su complejidad, que no es otra que la consciencia de la propia complejidad de la vida. Lo que corresponde entonces es plantear el problema en términos teóricos respecto de cómo dar cuenta de esta complejidad. Habiéndolo logrado, plantear qué aplicaciones prácticas podrían proponerse. Estas cuestiones contienen en sí un programa muy ambicioso, el cual es asumido por la teoría trialista del mundo jurídico. Para esto, se plantea que el derecho es un fenómeno tridimensional, complejo y construido; dicha tridimensionalidad se da mediante "una complejidad pura, incluyendo repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), captados por normatividades que los describen e integran (dimensión normológica) valorados, los repartos y las normas, por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión axiológica, también denominada dikelógica)"².

Ahora bien, ¿el objeto jurídico es una construcción o es una entidad ya dada en la realidad?, ¿cómo se relacionan dichas dimensiones? Ya hemos adelantado que en la obra reseñada se tiene una posición clara en cuanto a que el derecho es una construcción. Pero también se tiene una posición muy clara con respecto a otros aspectos de consideración teórica-jurídica. Sin embargo, previo a dar una reseña sobre lo que en la obra se plantea sobre el particular, nos gustaría ponerla en el contexto sobre cómo se ha desarrollado.

² CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 7.

B) ANTECEDENTES

Proponemos que la teoría trialista del mundo jurídico ha pasado a través de, al menos, tres etapas. La primera es la referente al origen de la teoría. La segunda, a la fase de crítica de los fundamentos goldschmidtianos. Y la actual es la que denominaríamos de síntesis y actualización de la teoría, y la obra “Una teoría trialista del derecho” es la cumbre de estos desarrollos. Haremos una breve descripción de cada una.

La teoría trialista del mundo jurídico fue propuesta originariamente por el jurista germano-argentino WERNER GOLDSCHMIDT. La propuesta acabada está contenida en la obra *Introducción filosófica al derecho* de 1978. En esta ya quedan determinadas cuáles serían las categorías específicas del mundo jurídico, en cuanto fenómeno determinado por tres dimensiones. GOLDSCHMIDT la dividió en una parte general, en la que trata la teoría trialista del mundo jurídico como una totalidad; y por otro lado, la parte especial, en la que analiza la teoría trialista del mundo jurídico en sus respectivas secciones. A aquella obra muchos de sus discípulos –entre ellos, CIURO CALDANI– le objetaron al menos dos tesis: que la tridimensionalidad del objeto jurídico estuviese determinada por una forma de realismo genético cristiano; y, sobre esta misma base, se derivaba la necesidad de plantear los valores de forma objetiva y no construida. Con estas objeciones cierra lo que podríamos determinar la primera etapa de la construcción de la teoría trialista del mundo jurídico.

Así entonces, al encontrar la necesidad de replantear alguno de los presupuestos del trialismo de GOLDSCHMIDT, la obra de CIURO CALDANI y de la escuela de Rosario se propondrá ver de qué manera se llevaría a cabo esta empresa de replanteamiento y actualización de la teoría. Así, pasamos a la segunda etapa del desarrollo de la teoría trialista. La obra del autor mencionado –según proponemos– se divide en dos partes: la de los años 90 y la de la primera parte del siglo XXI. En este marco espacio-temporal surgen tres obras cruciales: *Metodología jurídica*, *Metodología dikelógica* y *Estrategia jurídica*. En estas obras se van desarrollando tesis y conceptos con los que definitivamente se cortará con los aspectos realistas de la obra de GOLDSCHMIDT y se va en búsqueda, respecto del objeto jurídico, de entenderlo como construido (para ello estará en constante diálogo con la construcción del pensamiento a la manera en que lo

plantea GUIBOURG³); y, por otro lado, con el liberalismo político contemporáneo (de inspiración ralswsiana), por una parte, pero también, con las reflexiones surgidas en torno al neoconstitucionalismo.

Estas obras que representan un verdadero punto de inflexión en el desarrollo del trialismo, no obstante, tienen todavía una serie de presupuestos que, leídas en conjunto, no parecen cerrar de manera total y que ha generado ciertas dificultades para aproximarse a la obra trialista. Por eso, *Una teoría trialista del derecho* viene a servir de síntesis. En ella podemos encontrar una propuesta que presenta a la teoría trialista en su forma más robusta para pensar lo jurídico de manera trialista.

C) ESTRUCTURA DE LA OBRA

Tras haber puesto en contexto *Una teoría trialista del derecho*, cabe hablar de ella. La obra está compuesta de una introducción y dividida en tres partes. En cada una de ellas se plasma el desarrollo de la teoría trialista del mundo jurídico.

En la primera parte, denominada “Estructura general del mundo jurídico”, se explica cómo el trialismo aborda la complejidad del mundo jurídico. Es una explicación general del fenómeno sin entrar en consideraciones particulares de materia, espacio, tiempo y personales (esto se planteará en la segunda parte). Es, en este sentido, una teoría general del derecho con todas las de ley. Desde el trialismo, la complejidad de lo jurídico se da en el despliegue de las tres dimensiones, las cuales se dividen en lo sociológico (o dimensión de la conducta), lo normológico (o dimensión de la normatividad) y lo dikelógico (o dimensión de lo valorativo).

Cada una de las dimensiones del mundo jurídico es explicada en la primera parte de la obra. Para ello, en cada capítulo se desarrollan las dimensiones en particular. ¿Qué estructura se sigue en cada capítulo? En principio, se aborda el concepto definitorio de la dimensión. Por ejemplo, en el Capítulo Primero, que trata de la dimensión sociológica, se parte del concepto de adjudicación, el cual es básico e importante, ya que la dimensión sociológica que se propone construir al trialismo se “constituye con referencia a *adjudicaciones* de lo que favorece o perjudica a la *vida humana*, produciendo en el

³ GUIBOURG, *La construcción del pensamiento*.

desenvolvimiento de *energías, fuerzas e intereses*”⁴, y asimismo, del concepto de reparto que son “adjudicaciones producidas por la conducta de seres humanos determinables”⁵ y por distribuciones entendidas como adjudicaciones que son “originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar”⁶. Como puede apreciar el lector, estos conceptos ya nos conectan directamente con la experiencia de la vida misma. Para ello, se abunda sobre estos porque son los conceptos básicos y clave con los que se debe entender la dimensión sociológica del fenómeno jurídico. Lo propio ocurre tanto para la dimensión normativa (Capítulo II) como para la valorativa (Capítulo III). En el caso de la dimensión normativa, se da cuenta de la normatividad, definida como “una *construcción lógica* cuyos *contenidos últimos* se toman de fuentes reales”⁷; la razón de esta definición no es otra que su necesaria conexión con la dimensión de lo social y lo dikelógico. Dicho en palabras de CIURO CALDANI: “El trialismo considera importante que la construcción del objeto jurídico cuente con la claridad y el rigor de una dimensión *lógica*. A diferencia del realismo –como positivismo sociológico–, y en relativa semejanza con la teoría pura del derecho, la teoría trialista del mundo jurídico considera a la normatividad lógica. Por otra parte, a diferencia de la teoría pura, en el desarrollo de la tridimensionalidad la refiere, con la mayor amplitud posible, a la *realidad social* y complejo de *valores* que culmina en la justicia”⁸. Además, el concepto básico de la dimensión dikelógica remite al valor y el concepto de justicia.

Luego de explicitar los conceptos básicos para cada una de las dimensiones, se procede al despliegue de dos niveles de análisis: el de la dimensión en su perspectiva aislada y en su perspectiva relacionada. ¿Cómo entender esto? En el caso de la dimensión sociológica, se entiende que una cosa es explicar un reparto en sí y otra es explicar los repartos relacionados. Por ejemplo, tenemos un reparto considerado aisladamente cuando una madre da alimentos a su hija, en el cual, por razón del alimento, se da potencia a la hija; y otra cosa es advertir que este reparto no se da en la realidad de forma aislada, sin otras relaciones sociales. En otros términos, el que una madre

⁴ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 31.

⁵ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 34.

⁶ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 34.

⁷ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 96.

⁸ CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, p. 95.

dé alimentos a su hija se da en el contexto de la complejidad de la vida social en la que aparecen relaciones de poder. Cada uno de estos aspectos de la dimensión se explica desde su estructura. La estructura está conformada por repartidores (quienes reparten), recipientarios (a quienes se les reparte), objetos (qué se reparte), la forma (referente al camino que se recorre antes de llegar a su comienzo de adjudicación) y los motivos (abarcen desde los móviles de los repartidores, sus razones, etcétera). Además de la estructura, debe tenerse en cuenta cuál es el origen de los repartos, así como sus clases y, finalmente, cómo funcionan realmente los repartos (tanto aislados como relacionados). De esta misma manera se explican tanto la dimensión normológica como la dikelógica, sobre las que ahora no abundaremos para que el lector tenga la oportunidad de confrontarlas con una mirada fresca en la lectura de la obra.

Antes de exponer lo relativo a la segunda parte del libro reseñado, quizá valga la pena hacer una aclaración respecto de la dimensión dikelógica, ya que su desarrollo es ligeramente distinto del de las dimensiones sociológica y normológica. Aunque al igual que en aquellas dimensiones, hay un abordaje de los conceptos básicos, no obstante, esta dimensión a su vez está subdividida en dos partes: la axiología dikelógica y la axiosofía dikelógica. Este tipo de división no se da en las otras dimensiones. Es así debido a la complejidad de la justicia. Se reconoce que una cosa es el estudio de la justicia en términos formales, lo cual es abordado en la axiología dikelógica, y otra cosa es el estudio de la justicia en términos de sus contenidos, lo cual es un asunto de la axiosofía dikelógica. Esta parte es la central respecto del cambio con relación a la propuesta de GOLDSCHMIDT. En GOLDSCHMIDT, la posición era de entender a la justicia y a los valores como naturales; en cambio, la propuesta de CIURO CALDANI es entenderlos como contruidos. Pero también, además de variar la propuesta de GOLDSCHMIDT, en esta obra CIURO CALDANI se remite a hacer un análisis de la axiosofía dikelógica aplicada en particular a la valoración de los repartos, tanto aislados como relacionados. En esto hay una variación respecto de su propuesta en *Metodología jurídica*, con el fin de hacerlo más acorde a las conclusiones esenciales que derivó en *Metodología dikelógica*, y con eso, presentar un trabajo de síntesis.

En la segunda y tercera parte de *Una teoría trialista del derecho* se abandona la exposición de la estructura general del mundo jurídico. Se reflexiona sobre otros asuntos, pero presuponiendo esa

estructura general. Para el caso, en la segunda parte, denominada “Especificidades del mundo jurídico”, se plantea entender la diversidad de manifestaciones de lo jurídico, ya sea a nivel material (es decir, reflexionar teóricamente sobre las diversas ramas del derecho), como a nivel temporal (plantear cómo se han interrelacionado las tres dimensiones en las épocas de lo jurídico), a nivel espacial (cómo las tres dimensiones se despliegan de manera distinta en cada una de las culturas jurídicas) y a nivel personal (referente a los distintos roles que puede asumir un ser humano y las personas).

Nos parece que lo que se plantea en esta segunda parte de la obra es sumamente crucial. Lo consideramos así porque, dentro de las reflexiones de la teoría del derecho, se ha tenido casi como un problema irresoluble el dar cuenta de las especificidades de cada época, cultura, materia y personales con relación a los conceptos y tesis generales del derecho. En otros términos, a veces se cree que ambas cosas no se pueden hacer: si se pretende un enfoque general, debe abandonarse toda reflexión en torno a especificidades (a efecto de que cada especificidad tenga su propio marco conceptual); y si se quiere hacer una teorización de cuestiones particulares, entonces lo general se debe abandonar para dar cuenta de esas especificidades. Pero desde el trialismo esto no es un problema insuperable y esta parte del libro trata justamente de mostrarlo. La manera de lograrlo es la siguiente: esas categorías que funcionan a nivel general (es decir, cada una de las categorías brindadas para cada dimensión expuesta en la primera parte) se aplican en cada una de las especificidades. En otros términos, como todo fenómeno jurídico implica las tres dimensiones, entonces los fenómenos particulares que se dan en la realidad son susceptibles de ser descriptos con las categorías y así estas nos darían cuenta de las especificidades. Por tanto, no hay tensión entre generalidad y especificidad, en la medida en que se entienda que si bien la especificidad tiene sus propias categorías, estas se derivan de cómo se interaccionan las dimensiones (que se dan en el marco general).

Finalmente, en la tercera parte se expone lo relativo a la estrategia jurídica. Esta parte está intitulada “Estrategia jurídica” y en ella se nos presenta otro aspecto poco explorado en la teoría del derecho, pero que desde el trialismo actual se ha abordado de manera interesante. Lo que interesa no es tanto describir y explicar el fenómeno jurídico en general (como se planteó en la primera parte). Tampoco se pretende explicar y describir ciertas cuestiones específicas del

derecho a la luz de sus propias especificidades según las categorías generales (como se mostró en la segunda parte). En la tercera parte de la obra, lo que se pretende es mostrar cómo las categorías del trialismo podrían aplicarse para el desarrollo real del derecho aplicado a los casos concretos. Para alcanzar dicha finalidad se debe tomar en cuenta el punto de vista a adoptar (sea como un juez o como un abogado); a partir de ahí, considerar las categorías de la teoría para aplicarlas tanto en las estrategias como en las tácticas que sean necesarias para desarrollar el ejercicio de lo jurídico.

En definitiva, esperamos que, por medio de esta breve reseña, hayamos logrado brindar algunas luces sobre la importancia de la obra *Una teoría trialista del derecho*. En esta se hace gala de la complejidad del derecho, buscando siempre conciliar tantos objetivos que la teoría general a veces no alcanza: describir, explicar, a la vez que dar prescripciones sobre cómo abordar las tantas demandas de la profesión jurídica. Consideramos que esta es una obra de interés para diferentes lectores. Por una parte, quienes quieren pensar el derecho desde la complejidad, en ella encontrarán una de las propuestas más completas y más afortunadas. Asimismo, al abogado (sea litigante o juez) que no esté tan interesado en cuestiones de especulación filosófica, pero que necesita herramientas para pensar el derecho desde un enfoque que reconoce las dinámicas del funcionamiento del derecho, le proporcionará categorías desde las cuales pensar lo jurídico. Asimismo, quien desde otras tierras quiera enterarse de la pluralidad del pensamiento de la iusfilosofía argentina, el trialismo es una fuente obligada, y quizá sea la mejor manera de adentrarse en ella por medio de *Una teoría trialista del derecho*.

BIBLIOGRAFÍA

- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Estrategia jurídica*, Rosario, UNR Editora, 2011.
— *Metodología dikelógica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.
— *Metodología jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
— *Una teoría trialista del mundo jurídico*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2020.
GUIBOURG, RICARDO, *La construcción del pensamiento*, Buenos Aires, Colihue, 2004.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

A) SOBRE LAS SOLICITUDES DE PUBLICACIÓN

La revista Ideas & Derecho publica trabajos de investigación originales e inéditos, relacionados con las especialidades de Teoría Jurídica, Filosofía del Derecho, Filosofía Política y Filosofía Social. Abarca todas las escuelas de pensamiento y ciencias conexas. Los interesados en publicar en esta revista pueden enviar: a) *Estudios*: trabajos de investigación, artículos monográficos, de revisión, aportes teóricos o metodológicos y ponencias presentadas en eventos; b) *Diálogos y ensayos*: entrevistas a personalidades referidas a la especialidad y ensayos –reflexiones libres de los autores– que deberán demostrar claridad conceptual y coherencia argumentativa; c) *Reseñas*: Las reseñas podrán ser textos críticos o informativos referentes a libros, fallos o legislación.

B) ESTILO Y ESTRUCTURA DE LAS PUBLICACIONES

§ 1. PAUTAS EDITORIALES GENERALES, PARA TODO TIPO DE CONTRIBUCIÓN

- a) *Idioma*: se admitirán trabajos escritos en castellano, portugués e inglés.
- b) *Formato de envío*: los trabajos deberán realizarse en procesador de texto con la extensión .doc o similares y enviarse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.
- c) *Tipografía*: fuente Times New Roman, 12 pts.; notas al pie, 10 pts.
- d) *Márgenes*: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- e) *Interlineado*: cuerpo principal y notas al pie 1,5 líneas.
- f) *Alineación*: texto completo justificado.

§ 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El estilo de citación de la revista Ideas & Derecho tiene como base la norma internacional ISO 690:12ª ed. 1987, con las adaptaciones que se detallan a continuación. Para las referencias bibliográficas se utiliza el método de *notas secuenciales a pie de página con bibliografía completa, citada al final (Bibliografía)*. En este sistema, cada vez que el autor quiera complementar el texto del cuerpo principal del trabajo con un texto secundario o la referencia a una fuente, debe insertar un número superíndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (¹, ², ³,...). Todas las citas bibliográficas a pie de página (de la primera a la última) se describirán en forma abreviada y en la bibliografía final, en forma completa. La bibliografía citada se registrará al final del texto, ordenada alfabéticamente por apellido de autor. Si dos o varias obras tienen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría francesa al inicio de cada obra. Se usará el guión largo o raya cuando se repitan los mismos autores en la bibliografía final. Seguidamente, se indicará la forma de describir cada tipo de material de manera abreviada *En notas al pie* y de modo completo en la bibliografía final y se darán ejemplos.

a) *Libros**En notas al pie*

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra), si hay más de un autor se separa con guiones; título (en cursiva o bastardilla)¹, sin subtítulos; tomo, volumen (si lo hubiere) páginas.

Ejemplos:

MIZRAHI, *Responsabilidad parental*, p. 98.

NAUCKE - HARZER, *Filosofía del derecho*, p. 154.

AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 21 a 78.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título y subtítulo (en cursiva o bastardilla). Agregar solo el subtítulo principal. *No describir el contenido de la obra, que muchas veces aparece debajo del título o del subtítulo propiamente dicho*; n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas en el Anexo 1; labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función², seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

MIZRAHI, MAURICIO L, *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

NAUCKE, WOLFGANG - HARZER, REGINA, *filosofía del derecho*, trad. L. BROND, Buenos Aires, Astrea, 2007.

AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

b) *Parte de libro (capítulo, sección o párrafo completo de obra de más de un autor y donde se especifica quién escribió cada parte):**En notas al pie*

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s (del director/editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); tomo o volumen (si lo hubiere), y número de páginas.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, *Informática jurídica decisoria*, p. 191 a 211.

KLAMI, "Res ad ethicam venit", en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 17 a 36.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); si reviste alguna jerarquía especial, consignarla abreviada entre paréntesis (director, coordinador, editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); n° de edición: en arábigos y según

¹ Un título puede tener un subtítulo principal o destacado y otras informaciones sobre el título. El subtítulo propiamente dicho es una frase que suele acompañar y detallar o especificar al título; habitualmente figura en la portada en una tipografía más pequeña o diferenciada.

² Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función³, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

ÁLVEZ, GLADYS S., "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, RICARDO A. (dir.), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

KLAMI, HANNU, "Res ad ethicam venit", en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

c) Artículo de revista

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) y sin subtítulo. Si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol., y/o n° o si no dispone de esa numeración, mes abreviado⁴ y año de publicación en arábigos; números de páginas.

Ejemplos:

ALEX, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático*, "Derechos y Libertades", año V, n° 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, n° 9, p. 944 a 947.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s (en fuente versales), nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título del artículo: con subtítulo (en cursiva o bastardilla); título de la revista: con subtítulo (entre comillas). Si es conocida por su sigla o abreviatura ella va en cursiva, sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas.

Ejemplos:

ALEX, ROBERT, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el estado constitucional democrático*, "Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid", año V, n° 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, Año 20, n° 9, oct. 2013, p. 944 a 947.

d) Libros y documentos publicados en internet

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); labor de traduc-

³ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

⁴ Ver Anexo 4, Tabla de abreviaturas de meses del año en: <http://www.aafder.org/>.

ción, revisión o similares: abreviatura de la función⁵, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona (si la hubiere); datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año; URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, Buenos Aires, Clacso, 2012, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

e) *Artículos de revistas publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) sin el subtítulo si lo tuviere. Si es conocida por su sigla o abreviatura, las iniciales van en cursiva o bastardilla: URL o DOI (Digital Object Identifier); si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, <http://estudiosdel-desarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, *Elder Law*, “Ageing International”, DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla), con subtítulos; título de la revista (entre comillas) con subtítulos; si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas (si lo hubiere); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, ERAMIS, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, “Observatorio del desarrollo”, vol. 1, n° 4, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, M. ISOLINA, *Elder Law. A need that emerges in the course of life*, “Ageing International”, sep. 2013, DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

f) *Congresos, conferencias, simposios, u otras reuniones o eventos académicos*

Las conferencias publicadas como libro o artículos de revistas deben registrarse según las reglas para esos tipos de fuentes. El resto de los materiales presentados en eventos académicos debe registrarse según la siguiente fórmula:

En notas al pie

Autor de la ponencia o “paper”: apellido/s en fuente versales; título de la ponencia o “paper” (entre comillas); número y nombre del congreso o evento: antecedido por la frase “presentado en” (en cursiva o bastardilla); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet, agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

⁵ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en: <http://www.aafder.org/>.

En la Bibliografía final

Autor de la ponencia, “paper”: apellido/s en fuente versales, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título de la ponencia, o “paper”, etc. (entre comillas); número y nombre del congreso o evento, etc., antecedido por la frase “presentado en”, lugar y fecha de realización del evento (ciudad del evento, día, mes abreviado según Anexo 4, y año en números arábigos); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre “Verdad, Justicia y Derecho”, Ushuaia, 1 a 3 oct. 2015, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

g) Jurisprudencia

Los fallos se citan solo en notas al pie, teniendo en cuenta la tabla de abreviaturas de títulos de revistas y bases de datos jurídicas y la tabla de abreviaturas de organismos del Poder Judicial (ver Anexos 5 y 6 respectivamente).

En notas al pie (para todo tipo de Tribunal)

Tribunal (si no es nacional, indicar de dónde es el juez), lugar de la jurisdicción, sala o secretaría (si corresponde); fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en caso de corresponder, título de revista impresa o sigla, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplo:

CCivCom Mercedes, Sala II, 12/09/15, “Agüero, Carlos c/González, Arturo s/incidente de verificación”, *LLonline*, 2015-A-98.

En notas al pie (para Fallos de la Corte Suprema Argentina).

CSJN; fecha: dd/mm/aa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de sentencias publicadas en la revista *Fallos* de la CSJN colocar únicamente, n° de tomo, : (dos puntos) y página. Si está publicado en alguna otra revista, colocar el *título de revista* impresa, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplos:

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *Fallos*, 312:986.

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *LL*, 1984-B-183.

h) Legislación

La cita de la legislación se registra en el cuerpo principal del texto entre paréntesis. Las leyes nacionales se citan por el número (v.gr., ley 11.723). Las leyes provinciales se citan indicando el número y la provincia (ley 10.000 de Santa Fe). Los decretos nacionales se citan por el número/año de vigencia (decr. 386/07). De tratarse de un decreto provincial, se citan por el número/año de vigencia y la aclaración de la provincia de que se trate (decr. 386/07 de Río Negro). En todos los casos, de ser un decreto anterior a 1920, se registran los cuatro números del año. En los demás casos referidos a disposiciones normativas de menor jerarquía, se indica la clase de fuente legal, seguido de la sigla del organismo que la dictó y el número/año (res. IGJ 7/15; ord. munic. 6287/96 CD de Rosario). En el caso de la legislación extranjera, se utiliza el mismo mecanismo, pero se adiciona el nombre de la ley, decreto, etc., desarrollado y con iniciales en mayúsculas.

§ 3. INCLUSIÓN DE IMÁGENES Y TABLAS

Dentro del texto principal del trabajo solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos en formato *.jpg.

§ 4. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA ESTUDIOS

Los estudios no podrán exceder de los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Este tipo de contribuciones deberán incluir: título, subtítulo, si así lo requiere; resumen y palabras clave. El título deberá ir en mayúsculas, el resumen tendrá un máximo de mil (1.000) caracteres con espacios, y se registrarán cinco (5) palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave deberán figurar en tres idiomas: español, portugués e inglés. Secciones, subsecciones y párrafos: en caso de corresponder, los títulos de las secciones del artículo deberán estar escritos en negrita y centrados al ancho de la página, listados en letras mayúsculas (A, B, C). No colocar una Sección A si no hay al menos una Sección B.

Los títulos de las subsecciones, que excepcionalmente correspondan, deberán estar escritos en letra negrita y centrados al ancho de la página, numerados por números arábigos (1, 2, 3). La numeración de las subsecciones comienza en 1 para cada sección. No colocar una subsección 1 si no hay al menos una subsección 2. Los párrafos son la unidad temática básica. Deberán estar en letra cursiva o bastardilla y negrita, listados en forma sucesiva a lo largo de todo el texto del artículo, independientemente de que pertenezcan a distintas secciones o subsecciones (§ 1, § 2, § 3).

§ 5. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Los diálogos y ensayos no podrán exceder los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Los artículos de esta sección, en el caso de corresponder, deberán seguir las pautas de citación indicadas en el § 2. Referencias bibliográficas.

§ 6. PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA RESEÑAS

Las reseñas pueden referirse a publicaciones, jurisprudencia, legislación y eventos. Los textos no deberán superar los 10.000 caracteres (con espacio).

C) ENVÍO DE LAS CONTRIBUCIONES

§ 7. MODO DE REMISIÓN

Para garantizar el cumplimiento de las pautas de evaluación del sistema “doble ciego”, los trabajos deben ser enviados en un archivo electrónico en formato .doc o similares, nombrado con las tres (3) primeras palabras del título, y *sin la identificación del autor*. Su nombre y apellido, pertenencia institucional, cargos y datos de contacto, deberán enviarse en otro archivo con extensión .doc y encabezado con el apellido del autor seguido de las tres (3) primeras palabras del título.

§ 8. CORREO ELECTRÓNICO

Las contribuciones, ajustadas a las pautas editoriales referidas, deben dirigirse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.

Ver pautas completas y anexos en el sitio web de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho: <http://www.aafder.org/>

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Sres. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

At.: Revista Ideas & Derecho

Ref. Autor/a del artículo /Título del artículo

De mi mayor consideración:

Por medio de este documento, dejo constancia de que soy autor/a originario/a del trabajo que ofrezco para su posible publicación en la revista Ideas & Derecho de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están correctamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las citas bibliográficas al pie y en la bibliografía final.

Por lo antepuesto, asumiré cualquier reclamo relacionado con derechos de propiedad intelectual, del material aquí ofrecido, eximiendo de responsabilidad a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Además, dejo constancia de que este artículo no ha sido presentado para su publicación en otra revista, obra monográfica, ni bajo ninguna otra forma.

En caso de que el artículo ofrecido sea aprobado para su publicación, como autor/a y propietario/a de los derechos de autor autorizo de manera ilimitada en el tiempo a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho para que incluya dicho texto en la revista Ideas & Derecho, para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, internet o cualquier otro conocido o por conocer, por sí o por un tercero autorizado por ella.

Como única contraprestación por la presente autorización, declaro mi conformidad de recibir dos (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

Se firma esta declaración a los ... días, del mes de ..., del año ..., en la Ciudad de ...

Nombre/s y apellido/s del autor/a, firma, número de documento de identidad, teléfonos, domicilio particular y correo electrónico.

