

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 20 | 2020 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



IDEAS & DERECHO

Nº 20 | 2020 | 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° 20, diciembre 2020

© 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 diciembre de 2020.

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

Corina Izaguirre

Análisis trialista de la quema de las islas del Delta del Paraná en el marco del fallo “Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civil c/Santa Fe, provincia de y otros s/amparo ambiental”	3
---	---

Germán H. Queipo

La Corte Suprema, entre la esperanza y los fantasmas de la mansión Bly	15
--	----

María Natalia Zavadviker

Las controversias entre principialismo y balances coste-beneficio en ética de la investigación	27
--	----

Martín Zuleta

Argumentación, derecho a la salud y pandemia: un análisis jurisprudencial y una propuesta	37
---	----

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Simón Martínez Urbáñez

Manuel Atienza y la teoría de la argumentación jurídica	57
---	----

RESEÑAS

Emilio García Méndez

Libro: TORRENS, MARÍA CLAUDIA, <i>Autonomía progresiva. Evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes</i> (Buenos Aires, Astrea, 2019)	69
Normas de publicación para los autores	75
Declaración de originalidad	82

ESTUDIOS

**ANÁLISIS TRIALISTA DE LA QUEMA DE LAS ISLAS
DEL DELTA DEL PARANÁ EN EL MARCO DEL FALLO
“EQUÍSTICA DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE
ASOC. CIVIL C/SANTA FE, PROVINCIA DE
Y OTROS S/AMPARO AMBIENTAL”**

CORINA IZAGUIRRE*

Resumen. La intención de este trabajo es analizar, desde la teoría trialista del mundo jurídico, la actual problemática que se presenta a partir de la persistente quema de las islas del delta del Paraná. A través del análisis del fallo “Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civil c/Santa Fe, provincia de y otros s/amparo ambiental” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pretendemos conocer cómo se ubican estos hechos en la realidad social, qué normas los avalan, toleran o prohíben, y finalmente qué valores se encuentran en juego y a quiénes se afecta.

La decisión de realizar el análisis en el marco del citado fallo se fundamenta en la importancia que reviste el pronunciamiento de nuestro máximo tribunal sobre este asunto al que el Estado, en su faz ejecutiva y legislativa, ha dado escasa respuesta.

Palabras clave: medio ambiente, quema, delta del Paraná, trialismo, protección.

***TRIALIST ANALYSIS OF THE BURNING OF THE ISLANDS
OF THE PARANÁ DELTA IN THE FRAMEWORK OF THE
“EQUÍSTICA DEFENSE DEL ENVIRONMENT
ASOC. CIVIL C/SANTA FE, PROVINCE OF
AND OTHERS S/AMPARO AMBIENTAL”***

Abstract. With the intention of this work and analysis, based on the trialist theory of the legal world, or current problem that arises as persistent burns in the delta do Paraná.

* Graduada de la Universidad Nacional de Rosario. Correo electrónico: corina izaguirre@outlook.com.

Through the analysis of the office “Echistic Defense of the Environment Civil Association c/Santa Fe, province of other on environmental protection” of the Supreme Court of Justice of the Nation, we intend to know how these facts are situated in social reality, what standards we endorse, tolerate or proibem, and therefore what values are there em jogo and burned and shaved.

A decision to proceed to an analysis does not include the scope of the aforementioned fundamental decision, the importance of the decision of our superior court in this matter to which State, to its executive and legislative authority, having few responses.

Keywords: environment, grassland burning, Parana delta, trialismo, protection.

ANÁLISE TRIALISTA DA QUEIMADURA DAS ILHAS DO DELTA DO PARANÁ NO ÂMBITO DA “EQUÍSTICA DEFENSE DEL MEIO AMBIENTE ASOC. CIVIL C/SANTA FE, PROVÍNCIA DE E OUTROS S/AMPARO AMBIENTAL”

Resumo. A intenção deste trabalho é analisar, a partir da teoria trialista do mundo jurídico, o problema atual que surge com as queimadas persistentes nas ilhas do delta do Paraná.

Através da análise do despacho “Defesa Equística do Meio Ambiente Asoc. Civil c/Santa Fe, província de e outras s/proteção ambiental” do Supremo Tribunal de Justiça da Nação, nós pre-tendo saber como esses fatos se situam na realidade social, que normas os endossam, toleram ou proibem, e por fim quais valores estão em jogo e quem é afetado.

A decisão de proceder à análise no âmbito da referida decisão fundamenta-se na importância da decisão do nosso tribunal superior nesta matéria à qual o Estado, na sua vertente executiva e legislativa, tem dado poucas respostas.

Palabras-chave: meio ambiente, queima, delta do Paraná, trialismo, proteção.

§ 1. ***INTRODUCCIÓN***

La intención de este trabajo es analizar, desde la teoría trialista del mundo jurídico, la actual problemática que se presenta a partir de la persistente quema de las islas del delta del Paraná.

La mencionada teoría, elaborada por WERNER GOLDSCHMIDT, afirma que el derecho tiene tres dimensiones: realidad social, normas y valores¹. Por lo tanto, mediante el análisis del fallo que motiva este comentario², pretendemos conocer cómo se ubican estos hechos en la realidad social, qué normas los avalan, toleran o prohíben, y finalmente qué valores se encuentran en juego y a quiénes se afecta.

La decisión de realizar el análisis en el marco del citado fallo se fundamenta en la importancia que reviste el pronunciamiento de nuestro máximo tribunal sobre este asunto al que el Estado, en su faz ejecutiva y legislativa, ha dado escasa respuesta. Lo determinante de la decisión es destacable, resultando entonces sumamente interesante el análisis cabal de la cuestión desde las tres dimensiones del mundo jurídico. Es de público conocimiento el daño a los humedales que produce la quema indiscriminada de las islas del delta del Paraná. Mucho se habla de la amenaza ecológica que significa, lo cual se fundamenta en la importancia de las funciones que cumple este particular ecosistema: recarga y descarga de acuíferos, control de inundaciones, retención de sedimentos y nutrientes, estabilización de costas, protección contra la erosión, regulación del clima. A esto se le debe agregar que desempeña un rol importante como reservorio de biodiversidad, alimento, refugio y sitios de reproducción para numerosas especies de peces, aves, reptiles y mamíferos.

Es por todo esto que el propio ambiente se encuentra en enorme riesgo, a lo cual se le suma la afectación en la salud de la población –principalmente de Rosario–, que es resultado de las implicancias que estas prácticas tienen en la calidad del aire.

Como consecuencia de lo explicado, la asociación civil Equística Defensa del Medio Ambiente interpuso una acción de amparo ambiental, que dio lugar al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) resuelto el 11 de agosto de 2020.

§ 2. ***DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA***

Dentro de la dimensión sociológica del mundo jurídico, nos encontramos con aquellos fenómenos sociales que son susceptibles de valoración dikelógica. Se trata de adjudicaciones de potencia e im-

¹ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*.

² CSJN, 11/8/2020, “Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civil c/Santa Fe, provincia de y otros s/amparo ambiental”, CSJ 468/2020.

potencia: lo que favorece y perjudica al ser y a la vida, respectivamente. Estas pueden ser repartos o distribuciones. Mientras las primeras son promovidas por el hombre, eligiendo una dirección y teniendo libertad para hacerlo, las segundas provienen de fuerzas diferentes: de la naturaleza, el azar, o las influencias humanas difusas³.

El principal hecho generador del conflicto que se trata, es la producción de incendios irregulares en el cordón de las islas que están frente a la costa de la ciudad de Rosario, fenómeno que comenzó a principios de 2020 y que está fuera de control. Se trata de repartos autoritarios directos: las personas que llevan adelante los incendios –repartidores– imponen estos repartos principalmente a la población de las ciudades de Rosario y Victoria –recipiendarios– sin tener en cuenta su falta de conformidad hacia estas prácticas.

Como sucede generalmente con este tipo de repartos, los repartidores se adjudican a sí mismos potencias (las quemas les brindan importantes beneficios para el desarrollo de sus actividades económicas, principalmente la agropecuaria), mientras que las que reciben los recipiendarios son de impotencia (afectaciones en su derecho a vivir en condiciones dignas y en un ambiente sano, con las consecuencias que eso conlleva también en su salud).

Teniendo todo esto en cuenta, conviene referirse al fallo citado de la CSJN, mediante el cual comienza a dársele una respuesta al tema que nos convoca. En este caso son varios los sujetos implicados: nuestro máximo tribunal es el repartidor que, según la decisión judicial, adjudica potencias e impotencias a los diversos recipiendarios.

En primer lugar, a todos los habitantes de las provincias de Buenos Aires, Entre Ríos y Santa Fe se les ha adjudicado potencias, debido a que el decisorio ordena la toma de medidas en forma cautelar con la finalidad de proteger el importante ecosistema de los humedales y el medio ambiente en el que estas personas se desarrollan. En otras palabras, a través de potencias, este reparto autoritario ordenancista⁴ intenta contrarrestar las impotencias que anteriormente se les habían adjudicado a estos sujetos.

³ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 48 y siguientes.

⁴ Creemos que es de importancia aclarar que, a los fines de la realización del presente trabajo, consideraremos el dictado de estas medidas cautelares como un reparto autoritario ordenancista. Es decir que, debido al desconocimiento sobre el efectivo cumplimiento de ellas (nos referimos principalmente al grado en que se cumplió y su efectividad), apelaremos a la buena fe de los recipiendarios a quienes estas medidas compelen y asumiremos que han sido obedecidas cabalmente, ya que de otro modo no se estaría ante un reparto ordenancista sino solamente ante un intento de él.

Por otro lado, las municipalidades de Rosario y de Victoria, las provincias de Santa Fe, Buenos Aires y Entre Ríos y el Estado nacional⁵ reciben una adjudicación de impotencia: la obligación de constituir un Comité de Emergencia Ambiental que adopte medidas eficaces para la prevención, control, y cesación de los incendios irregulares.

Las consecuencias que esta decisión jurisprudencial apareja son de fundamental importancia para la efectiva protección de los intereses de la parte más débil, conformada por los sujetos particulares que deben soportar los efectos del daño ambiental que se genera. Es de notorio conocimiento la existencia de intereses políticos y económicos en la cuestión, lo cual ha favorecido la dimensión que ha tomado el asunto, y explica que quienes producen los focos de incendio representen la parte más fuerte en este conflicto jurídico.

Asimismo, cabe mencionar que se llega a este decisorio con el correspondiente respeto al debido proceso. Debe destacarse que las decisiones judiciales requieren una mayor justificación, por lo que en la sentencia los magistrados se fundan en diversas pruebas e interpretando e integrando la normativa vigente. A pesar de esto, hay que considerar que esta decisión jurisdiccional no resuelve el fondo del asunto: lo fundamental en el fallo es el dictado de las medidas cautelares adoptadas en miras de ponerle un freno al "ecocidio" que se está perpetrando, pero que no obsta a que posteriormente el máximo tribunal conozca y resuelva el fondo del asunto, luego de escuchar a las partes.

Siguiendo la misma línea, importa destacar que los motivos esgrimidos por la parte actora para llevar a cabo su accionar judicial recaen en la defensa ambiental que requiere el asunto. Por su parte, los demandados han hecho pública su inmediata predisposición para dar cumplimiento a las medidas impuestas. Esto significa que el Estado, en sus distintas facetas, manifiesta abiertamente su preocupación por la resolución de este conflicto, a pesar de ser insuficientes las acciones tomadas en pos de su realización.

Esto se relaciona estrechamente con los límites que se presentan para la solución de este caso. En primer lugar, vale aclarar que son necesarios los surgidos de la naturaleza de las cosas. En este

⁵ Cabe aclarar que utilizamos el término Estado debido a que así lo hace la CSJN en el presente decisorio judicial. Sin embargo, consideramos necesario aclarar que los beneficiarios a los que nos referimos son más precisamente los gobernantes. Gobierno y población son elementos conformantes del Estado, y es necesario tratarlos de forma separada a los fines de una efectiva comprensión del análisis que intentamos realizar.

caso, las actuales condiciones ecológicas y climáticas especialmente propicias para la propagación del fuego. Sin embargo, especial relevancia tienen los límites generales, especialmente aquellos de índole político-económica. Los reclamos efectuados por la municipalidad de Rosario para que Entre Ríos proporcione información catastral para ubicar a los propietarios de los campos donde se llevan a cabo los incendios, la falta de integración de las políticas provinciales y nacionales, el conflicto entre el sector llamado “el campo” y el gobierno nacional que genera que las autorizaciones para la realización de quemas dependan del grado de control que este último decida realizar sobre la actividad, según sea su color político –fomentando o no el conocido fenómeno de “pampeanización”–, son solo algunos ejemplos de este tipo de límites. Todo esto explica con claridad la diferencia dada entre la postura que el Estado alega tomar sobre el asunto, y su efectivo comportamiento en el plano fáctico.

Por otro lado, puede decirse que se trata de un orden de repartos constituido de manera vertical: el plan de gobierno en marcha. En otras palabras, era previsible la respuesta dada por el máximo tribunal a esta cuestión debido a que da cumplimiento tanto a la normativa interna vigente, como a los estándares internacionales de derechos humanos que versan sobre el derecho a vivir en un ambiente sano.

Sin embargo, en lo que respecta a los poderes ejecutivo y legislativo del Estado, nos animamos a decir que podría hablarse de un desorden de repartos. Esto es así debido a que, como consecuencia del gran poder y *lobby* ejercido por parte de los grupos que se encuentran al frente de las prácticas de quemas, por momentos no resulta del todo claro quién manda o ejerce efectivamente el poder (anarquía institucional), a qué responden las decisiones tomadas por el gobierno, en qué se fundamenta su actuar o incluso la falta de él.

§ 3. ***DIMENSIÓN NORMOLÓGICA***

Según la teoría trialista del mundo jurídico, las normas son captaciones lógicas de repartos proyectados que deben ser fieles, exactas y adecuadas. Si una norma se propone objetivos y utiliza medios para lograrlos, la “adecuación” trialista analiza la pertinencia de estos, logrando una nueva vinculación entre las dimensiones⁶. Además,

⁶ GALATI, *Introducción al pensamiento jurídico complejo*, “Revista de la Facultad de Derecho”, n° 20, 2012, p. 157 a 215.

deben comprenderse siempre con relación a las causas por las cuales aparece y se desenvuelve y también atender a su valoración.

Teniendo esto en cuenta, es pertinente resaltar que la complejidad y especificidad de la cuestión hace imprescindible contar con una ley que la regule especialmente, sin lo cual no puede hablarse de normas que cumplan cabalmente con los estándares señalados de fidelidad, exactitud y adecuación.

En nuestro país no contamos aún con una ley nacional de estas características, es decir, que regule los presupuestos mínimos para la conservación, protección y uso racional y sostenible de los humedales. A pesar de los numerosos debates y reclamos que esto ha despertado, y de los proyectos de ley presentados al respecto, el Congreso aun no le ha dado un adecuado tratamiento.

Lo antedicho genera que sea de carácter fundamental el rol de los jueces para dar una respuesta al asunto. En otras palabras, la carencia de regulación a la que nos referimos, acentúa la necesidad de realizar una debida integración de la restante normativa vigente en nuestro ordenamiento, para brindar así soluciones más adecuadas a los conflictos que se presentan. El ordenamiento jurídico es un todo y debe interpretarse de esa forma.

Así ha ocurrido en el decisorio judicial que se analiza en este trabajo. A través del mencionado mecanismo, la Corte ha precisado y desarrollado el contenido de exhaustiva normativa vigente.

Antes de adentrarnos en la legislación a la que se refiere, consideramos pertinente aclarar que existen dos tipos de fuentes: reales y de conocimiento. Las primeras pueden clasificarse en formales (leyes, decretos, Constitución nacional, sentencias, resoluciones) o materiales (costumbres). El segundo tipo hace referencia a la doctrina⁷. La normativa que se trata es de tipo real –formal–, correspondiendo a distintos niveles del ordenamiento jurídico.

Con la máxima jerarquía, la CSJN invoca la cláusula ambiental regulada en el art. 41 de la Const. nacional, relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como el Hábitat de Aves Acuáticas (ley 23.919) y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (ley 24.295). En el orden nacional, hace alusión a las leyes de presupuestos mínimos en materia de adaptación y mitigación del cambio climático global (ley 27.520), de control de actividades de quema (ley 26.562), y de incendios forestales y

⁷ GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 215 y siguientes.

rurales (ley 26.815). Asimismo, menciona la ley general de ambiente (ley 25.675) y la ley de bosques nativos (ley 26.331).

Se trata de normas generales que describen e integran la realidad social, cuyo carácter es de orden público debido a que responden a la necesidad de garantizar derechos de raigambre constitucional y convencional que no pueden relegarse por la voluntad de las partes.

Toda esta normativa tiene una estrecha relación con el derecho ambiental y los derechos humanos. Teniendo en cuenta que el primero forma parte de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, puede decirse que ambas ramas jurídicas tienen carácter transversal. Esto significa que sus valores, principios y normas nutren e impregnan el entero ordenamiento⁸.

Asimismo, se vincula con el derecho agrario, civil y comercial, por las implicancias de la actividad agropecuaria en esta cuestión. Consideramos que es importante la influencia sobre el derecho político, ya que lo que respecta a la representatividad, legitimidad y el rol de los gobernantes tiene en este caso una implicancia especial.

Por otro lado, y por último, creemos oportuno referirnos a la costumbre como fuente material. Constituye una realidad el hecho de que la actividad de las quemadas de las islas del delta del Paraná tiene ya larga data. Si bien es costumbre a nivel local recurrir a este tipo de práctica –principalmente a los fines del desarrollo de la actividad agropecuaria–, no puede negarse que la costumbre *contra legem* no es admitida por nuestro cuerpo normativo. Esto significa que no existe argumento válido para permitir que las quemadas excedan los límites impuestos por la normativa vigente, principalmente por las leyes de control de quema (ley 26.562) y de manejo del fuego (ley 26.815).

§ 4. **DIMENSIÓN AXIOLÓGICA**

ARISTÓTELES nos enseña que “la justicia es la única virtud de una persona que es considerada como el bien de alguna otra, ya que ella asegura una ventaja para otra persona”. Consideraba a esta como la virtud más alta. Por su parte, PLATÓN sostenía que “la justicia es la parte esencial del bienestar”⁹.

⁸ CIURO CALDANI, *Bases del pensamiento jurídico*, p. 32.

⁹ NINO, *Justicia*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 14, nov. 1993, p. 61 a 74.

Especial relevancia cobran estas afirmaciones para el caso en cuestión, donde el bien común de la población se encuentra fuertemente comprometido. Diversos son los valores que se encuentran en juego: salud pública, vida digna, humanidad, utilidad. Mientras que este último es el valor económico supremo, la justicia lo es en cuanto a lo jurídico. Es por esto que, en el caso en análisis, a los fines de la realización del último fue necesario limitar al primero: nos encontramos frente a una relación de exclusión, debido a que la persecución de fines económicos sin límites genera fuertes afectaciones a los derechos de las personas. De esta manera, el tribunal exalta los restantes valores en juego, los cuales sin duda alguna contribuyen a la mencionada finalidad, ya que hay una relación de coadyuvancia entre ellos y la justicia.

En el decisorio judicial hay una fuerte consideración de la justicia correctiva, debido a que ya se han perpetrado fuertes y graves daños ambientales, siendo necesaria su limitación y consiguiente corrección de los desequilibrios generados.

Por otro lado, vale mencionar que es sabido que la efectivización de la función pantonómica de la justicia es imposible para el ser humano por lo que, la justicia humana, es una justicia fraccionada. Estas características revisten el decisorio judicial que nos compete. Si bien, en principio, las decisiones que tienden a ser más amplias y comprensivas de la realidad social (desfraccionamiento) son aquellas que mayormente contribuyen a la realización de la justicia, en este caso – al tratarse de una decisión cautelar y expeditamente tomada – los jueces se vieron obligados a realizar el pertinente fraccionamiento a los fines de lograr seguridad jurídica. El peligro que generaría la demora de este accionar es la principal causa que justifica todo lo antedicho.

Se trata de una decisión intervencionista, lo suficientemente razonable con relación a la gravedad de la situación a que responde. A través de ella se garantiza el respeto debido a las exigencias de vida en comunidad, tolerancia y libertad. De su exhaustiva fundamentación resulta evidente la justicia en la adjudicación de la decisión tomada, sin perjuicio de la eventual decisión que tomará el tribunal al resolver el fondo del asunto.

§ 5. **CONCLUSIÓN**

Consideramos que el estudio del fallo analizado a través de la teoría trialista del mundo jurídico, permite ahondar de manera mucho

más profunda en el asunto y su complejidad, además de formar un pensamiento crítico sobre él. Por lo tanto, luego de su abordaje, es posible llegar a algunas conclusiones.

En primer lugar, consideramos de vital importancia la relación entre la filosofía y el derecho. Vivimos en una sociedad en la que los cambios son constantes, por lo que preguntarnos y repreguntarnos nos humaniza. Humanizar la realidad social es el punto de partida para hacerlo con el derecho. Asimismo, no hay dudas de la complementariedad existente entre ambos. La filosofía nos permite ir más allá de las cuestiones particulares y preguntarnos sobre las más universales.

Consecuentemente, y teniendo en cuenta el caso que nos convoca, queremos mencionar las palabras de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su opinión consultiva sobre “Medio Ambiente y Derechos Humanos” expresa: “El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva [...], constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras [...], también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros”¹⁰.

Estas palabras resumen perfectamente la gravedad de la situación que se plantea. Por un lado, la afectación posiblemente irreversible del medio ambiente en que vivimos. Por el otro, las graves afecciones a la salud que sufre la población. Son todos efectos directos de la quema indiscriminada en las islas del delta del Paraná.

El fallo de la CSJN viene a dar una respuesta contundente a la problemática, la cual necesariamente deberá ser resuelta al momento en que el máximo tribunal entienda sobre el fondo del asunto. Además, necesita ser regulada de forma adecuada, atendiendo a las funciones vitales para nuestro planeta que cumplen los humedales. Estas circunstancias son imprescindibles para satisfacer cabalmente las exigencias de justicia que nos convocan. El orden –o desorden– de los repartos debe ser modificado. Insistimos en que el crecimiento del valor utilidad debe limitarse, para exaltarse el valor humanidad y, así, la justicia.

¹⁰ CIDH, 15/9/2017, “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, OC-23/17.

BIBLIOGRAFÍA

- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Bases del pensamiento jurídico*, Rosario, UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario, 2012.
- GALATI, ELVIO, *Introducción al pensamiento jurídico complejo. La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin*, “Revista de la Facultad de Derecho”, n° 20, 2012, p. 157 a 215.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- NINO, CARLOS S., *Justicia*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 14, nov. 1993, p. 61 a 74.

LA CORTE SUPREMA, ENTRE LA ESPERANZA Y LOS FANTASMAS DE LA MANSIÓN BLY

GERMÁN H. QUEIPO*

Resumen. En la novela *Otra vuelta de tuerca*, HENRY JAMES propone una atmósfera sobrenatural con la presencia de fantasmas, en la que la protagonista, y su cómplice el lector, no comprenden el presente que les toca vivir. La jurisprudencia del alto tribunal, abordada principalmente en la actual situación de emergencia, sigue coexistiendo con los fantasmas de un pasado superado, en la que no se evidencia una cabal comprensión del nuevo clima de época de las ciencias sociales.

En tal marco, y jugando desde la intertextualidad, el presente trabajo propone un método radicalmente alternativo a la racionalidad jurídica dominante y, en ese pozo, se realza la importancia de los derechos humanos y de la hermenéutica de la cultura posmoderna.

Palabras clave: filosofía jurídica, lingüística, interpretación, derechos humanos.

THE SUPREME COURT, BETWEEN HOPE AND BLY MANSION'S GHOSTS

Abstract. HENRY JAMES' novel *The turn of the screw* displays a supernatural atmosphere dwelt by ghosts, where the narrating main character –and her reader, the accomplice– do not understand the present they are living in.

The Supreme Court's precedents –specially considered during the current emergency status– still coexist with the ghosts of an already overcome past, evidencing a lack of sound understanding of the new arising era in social sciences.

* Abogado (UBA), maestrando y doctorando. Docente de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de Avellaneda. Correo electrónico: germanhq@hotmail.com.

In view of the above, and playing with intertextuality, this paper proposes a radically alternative method to the dominant legal rationality, highlighting –at these crossroads– the importance of human rights and of hermeneutics in this post-modern culture.

Key words: legal philosophy, linguistics, interpretation, human rights.

O SUPREMO TRIBUNAL, ENTRE A ESPERANÇA E OS FANTASMAS DA MANSÃO BLY

Resumo. Na novela *Outra volta do parafuso*, de HENRY JAMES é proposta uma atmosfera sobrenatural com a presença de fantasmas, onde a protagonista e seu cúmplice, o leitor, não compreendem o presente que eles têm que viver. A jurisprudência do alto tribunal, abordada principalmente na atual situação de emergência, continua coexistindo com os fantasmas de um passado superado, na qual não se evidencia uma completa compreensão do novo clima de época das ciências sociais.

Neste contexto, e jogando a partir da intertextualidade, o presente trabalho propõe um método radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante e, neste sótão, é realçada a importância dos direitos humanos e da hermenêutica da cultura pós-moderna.

Palabras-chave: filosofia jurídica, linguística, interpretação, direitos humanos.

§ 1. *CRUCES E INTERTEXTUALIDADES*

La novela corta *Otra vuelta de tuerca* de HENRY JAMES (1898) narra la historia de una joven institutriz y dos niños a su cuidado, Flora y Miles, en la gótica mansión Bly. A lo largo del texto, los tres parecen estar continuamente acechados por los fantasmas de dos antiguos empleados de la mansión, el valet Peter Quint y la anterior institutriz, señorita Jessel. El texto, de tintes fantásticos, propone una atmósfera sobrenatural, que permite al lector entrar en un juego con características de otra dimensión. La protagonista de la novela, y su cómplice el lector, no comprenden el presente que les toca vivir, lo que conlleva a un clima de inestabilidad, asombro e incertidumbre.

Otro relato, escrito más de un siglo después, llama nuestra atención por características similares, en un recorrido no lineal sino rizomático (tal la propuesta de DELEUZE y GUATTARI), ampliando la noción de discursividad y de transtextualidad (o trascendencia textual) que propone GÉRARD GENETTE¹. Trátase, en concreto, de una sentencia del alto tribunal de justicia de la República Argentina dictada –con fecha 24/4/2020– en autos “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza”². La cuestión planteada ante aquellos estrados, en el marco excepcionalísimo del estado de emergencia desencadenado por la pandemia originada por el covid-19, giraba en torno de la validez legal de sesionar mediante medios virtuales o remotos. La narración, al igual que la novela antes mencionada, también navega entre la esperanza, la dudosa comprensión del presente y los fantasmas del pasado.

El voto mayoritario retoma las palabras de Oliver Wendell Holmes, juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos y uno de los juristas más influyentes del siglo xx. Transcriben nuestros jueces: “La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones del orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres [...] el derecho encarna la historia del desarrollo de una Nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas” (citado en el original: *The common law*, OLIVER WENDELL HOLMES JR., trad. FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 15).

Importa destacar, entonces, y he aquí los fuertes halos de optimismo, que el alto tribunal ha sacado del anaqueel las enseñanzas de uno de los precursores –al menos, para los Estados Unidos de América– en mostrar cómo elementos no estrictamente “jurídicos” codyuvaban en la decisión judicial³; mas, a pesar de ello, no logra evitar caer

¹ GENETTE, *Palimpsesto: la literatura en segundo grado*, p. 25 a 29.

² CSJN, 24/4/2020, “Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza”, SAIJ: FA20000018.

³ DUQUELSKY, *Las teorías críticas del derecho como crítica a la razón jurídica moderna*, www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Diego-Javier-Duquelsky.

en la tentación de citarse a sí misma –en tanto intérprete final de la Constitución y el derecho positivo– como única y excluyente fuente de estándares para analizar la norma y el “caso” en concreto (ver, entre otros, el consid. 12). Es decir que el análisis del sentido de las normas –en la oportunidad, el principio republicano que adoptó el Estado argentino en el artículo liminar de la Constitución nacional– y los hechos en pugna remite a las pautas interpretativas dadas por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación y que integran también, sin mención a cuerpos foráneos, el mundo del derecho positivo. Todas las respuestas están dentro del sistema, no hay nada por fuera: característica con sesgos tan autopoieticos, como vetustos que, a nuestro modo de ver, representa uno de los grandes fantasmas de los tribunales de justicia en este siglo XXI.

A lo largo de los años, el máximo tribunal ha hecho mención de los distintos parámetros –muchas veces contradictorios entre sí– según los cuales se deben interpretar la carta magna y las normas en general⁴. Podemos identificar: *a*) interpretación literal, orientada a seguir “la letra de la ley” (CSJN, *Fallos*, 324:1740, 3143, 3345); *b*) interpretación “intencional” orientada a desentrañar la intención presente en los legisladores constituyentes (CSJN, *Fallos*, 323:3139); *c*) interpretación “voluntarista” orientada a respetar la “voluntad” del legislador prestando especial atención a la voluntad expuesta por el mismo durante los debates constituyentes del caso (CSJN, *Fallos*, 324:1481); *d*) interpretación “teleológica” orientada a poner de relieve los “fines últimos” enunciados por la propia Constitución (CSJN, *Fallos*, 311:2751), y *e*) interpretación “objetiva” que afirma que cada norma debe ser interpretada, ante todo, teniendo en cuenta el sentido “objetivo” de ella (CSJN, “Volpe”, *Fallos*, 316:352). Todos estas “guías” para hallar el sentido –algunas de los cuales chocarían con las tesis del mismísimo HART– suelen presentarse desde la uniformidad semántica y maridan con la concepción de una ciencia jurídica positivista, autónoma y autosuficiente.

A pesar del notorio avance de la lingüística moderna –y su irrupción en otros ámbitos–, la práctica tribunalicia, en su imposible acto de juzgar⁵, suele mostrarse renuente a utilizar sus insumos, aun cuando el objeto sobre el que trabajamos los judiciales –y nos ganamos honradamente la vida– refiere al lenguaje y más genéricamente,

⁴ GARGARELLA, *Un papel renovado para la Corte Suprema de Justicia*, www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf.

⁵ RUIZ, *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, p. 24 a 34.

al sentido y la comunicación. El lenguaje, como bien advierte CÁRCOVA, ocupa el centro de la escena intelectual desde mediados del siglo pasado; y su estudio profundo –y crítico–, que nace con SAUSSURE y PIERCE⁶, ha ido profundizándose a través de multiplicidad de escuelas y tendencias: BAJTÍN, BENVENISTE, JACKOBSON, BARTHES, TODOROV, GREIMAS, ECO, KRISTEVA, MORRIS, AUSTIN, parecieran no estar en el radar de nuestros magistrados. La hermenéutica, la teoría del discurso, la teoría de la comunicación, el constructivismo lingüístico, el fenómeno de la narratividad –solo por mencionar algunas herramientas– no han tenido un impacto trascendente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷.

No es ocioso advertir, en este orden de ideas, que el fallo en análisis se erige sobre la base de precedentes tales como “Sojo”⁸ y, muy especialmente, “Alem”⁹, suscriptos en los años 1887 y 1893; resultando concomitantes, en una casualidad que –desde el pasado y el presente nos interpela– a los años en los cuales transcurre la historia en la mansión Bly y habrían palpitado, en el plano de la ficción, los fantasmas de Quint y Jessel. Fantasmas y más fantasmas en el mundo de la ciencia jurídica que, en pos de mostrar entereza y coherencia, pretende desarrollarse mirando a sus muertos.

Empero, el fallo que sirve de pretexto para estas líneas, no parece mantenerse enteramente ajeno al clima de época y allí radica, como ya se dijera, una fuerte ilusión. Habremos de coincidir con los magistrados que afirmaron que “la historia contemporánea del derecho demuestra que los aciertos –y los errores– [...] responden muchas veces a la capacidad –o falta de ella– de los más altos tribunales constitucionales en receptar y traducir imperiosas demandas en contextos históricos cambiantes y a veces, también, imprevisibles” (ver consid. 5°) e invitarlos a explicitar con todas las letras las premisas provenientes de las disciplinas que se ocupan –con rigor– del lenguaje (plasmadas en el contexto actual que atraviesan las ciencias sociales), a sabiendas que aquello no exhibiría una debilidad de la ciencia jurídica sino que, por el contrario, trasuntaría una nueva fortaleza y

⁶ ECO, *Tratado de semiótica general*, p. 457.

⁷ CÁRCOVA, *¿Hay una traducción correcta de las normas?*, “Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja”, año III, n° 4, p. 33.

⁸ CSJN, 22/9/1887, “Sojo, Eduardo c/Cámara de Diputados de la Nación”, *Fallos*, 32:120.

⁹ CSJN, 15/12/1893, “Alem, Leandro N. s/excarcelación bajo fianza”, *Fallos*, 54:432.

la mayor posibilidad de “comprensión”, “empatía” y reconocimiento (respeto) por el otro.

Nuestros jueces, así, podrán colaborar –de manera sustantiva– en la búsqueda de la paz social, que es la más alta función que le cabe a la Corte Suprema siguiendo los lineamientos fijados en el Preámbulo de la Constitución nacional y en sus propios pronunciamientos¹⁰. Es que, como ha advertido el propio LORENZETTI, “este diseño avaro (de las instituciones iuspositivistas) condiciona la utilización de nuevas herramientas”, en tanto “es el modo de ver (se trata de condicionamientos epistemológicos) el que impide ver” y “si se cambia el modo de ver, hay nuevos hechos que se hacen explícitos”; proponemos, entonces, procurando cierta originalidad sobre el tópico y continuando el camino trazado por autores como CÁRCOVA y RUIZ¹¹, acercar los estudios críticos del discurso al mundo judicial, movimiento específicamente interesado en el estudio de la reproducción discursiva del abuso de poder. Insisto, si la judicatura tiene como norte la paz social, y si aquella no puede concebirse alejada de la realidad mundana (a la que alude el fallo que nos atañe), bien podría interesarle a los magistrados, por ejemplo, ¿cómo se relaciona un pronombre utilizado en una sentencia, un título destacado en la norma, una entonación específica en una audiencia, es decir, un determinado elemento léxico, entre un cúmulo de propiedades semióticas, con las formas de dominación que terminan provocando desigualdad e injusticia social?¹².

Ya no alcanza, si se quiere ser un magistrado “prudente” –característica enaltecida por la Corte federal en el decisorio escogido y en tantísimos otros¹³–, con leer a BAJTÍN, quien sostuvo que el lenguaje es aquella red donde los personajes se disputan la legitimidad de las palabras. Ya no alcanza con partir de la premisa que la disputa por el signo (semánticamente inestable, inacabado, abierto, dinámico, ambivalente, intercambiable y multívoco) expresa y condensa las luchas entre los hombres, ni resulta suficiente (aunque siempre necesario) advertir que dicha controversia es, en definitiva, un simbolis-

¹⁰ CSJN, 27/12/2006, “Massa, Juan A. c/Poder Ejecutivo nacional - decr. 1570/01 y otro s/amparo ley 16.986”, SALJ: FA06000358.

¹¹ Retomando, ya no desde las filosofías de la conciencia, conceptos tales como “poder”, “ideología” y “violencia”; dialogando permanente con FOUCAULT, MARX, HABERMAS, BENJAMÍN, ADORNO, LACLAU, etcétera.

¹² VAN DIJK, *Discurso y poder*, p. 19 y 20.

¹³ A modo ejemplificativo: “Barrick”, *Fallos*, 342:917.

mo que remite a la *construcción* de la existencia, de la realidad y de la verdad¹⁴.

Tampoco resulta suficiente postular que el derecho pueda definirse como una práctica discursiva¹⁵, ni dar cuenta de las reglas de su producción en términos foucalteanos¹⁶, pues corremos el riesgo de funcionar como agentes de aquello que condenamos en cada estructura sintáctica utilizada, en la elección del léxico, en la semántica de las presuposiciones, las figuras retóricas y, en general, en todas las construcciones argumentativas.

Huelga aclarar que, al igual que nuestra teoría crítica del derecho, los ECD no son “neutrales” y que, por el contrario, están comprometidos a favor de los grupos dominados de la sociedad: toman una posición y lo hacen explícitamente. Mientras que la mayor parte de la investigación social y jurídica “neutral” puede muy bien tener una posición social, política o ideológica implícita (o, en realidad, negar que adopte tal posición, lo cual, evidentemente, también es tomar posición), los defensores de los ECD reconocen los compromisos y la posición de su propia investigación en la sociedad y reflexionan sobre ellos. No solo se limitan a estudiar las formas de poder discursivo porque esta sea una materia “de interés académico”, sino que lo hacen –explícitamente– con el objeto de contribuir a producir un cambio social en favor de los grupos desfavorecidos¹⁷.

§ 2. **CONSTRUYENDO UN PENSAMIENTO ALTERNATIVO A LA RACIONALIDAD JURÍDICA DOMINANTE**

Hecha tal observación, y su correspondiente llamado a la prudencia que es “un valor inherente a la práctica constitucional, que obliga a todos los que tienen responsabilidades conferidas por el pueblo a encaminar sus aspiraciones en la senda del bien común”¹⁸, celebramos la extensa serie de antecedentes demostrativa de la temprana y permanente preocupación de la Corte Suprema de Justicia

¹⁴ BAJTÍN, *Estética de la creación verbal*, p. 280 y siguientes.

¹⁵ CÁRCOVA, *Las teorías jurídicas postpositivistas*, p. 120.

¹⁶ FOUCAULT, *La arqueología del saber*, p. 153

¹⁷ VAN DIJK, *Discurso y poder*, p. 26 y 27.

¹⁸ CSJN, 24/2/2015, “Ponce, Carlos A. c/San Luis, provincia de s/acción declarativa de certeza”, *Fallos*, 328:175

por los derechos humanos. Lo decidido en esta cuarentena no escapa a esta tendencia; por el contrario, la afianza. A guisa de ejemplo, nos permitimos destacar las causas CSJN, “Crescia, Ernesto O. c/ Salta, provincia de s/amparo”, 475/2020; íd., “Borge, María S. c/San Luis, provincia s/ medida autosatisfactiva”, 476/2020; íd., “Petcoff Naidenoff, Luis C. c/Formosa, provincia de s/hábeas corpus”, 592/2020; íd., “Licores Nordeste SRL c/Corrientes, provincia de s/amparo”, FRE 1674/2020; íd., “Sociedad Rural de Río Cuarto y otros c/San Luis, provincia de s/amparo”, FCB 6364/2020; íd., “Maggi, Mariano c/Corrientes, provincia de s/medida autosatisfactiva”, 2237/2020; y, muy especialmente, esta última causa, en la que decidió ordenar a la provincia de Corrientes que arbitre las medidas necesarias para permitir al accionante el ingreso al territorio provincial por el puente General Belgrano para asistir diariamente a su madre, durante el tratamiento oncológico que esta debía realizarse en la ciudad capital de dicha provincia.

En estos decisorios, se precisó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 9 de abril de 2020 emitió una declaración titulada: “Covid-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, a fin de instar a que la adopción y la implementación de medidas, dentro de la estrategia y esfuerzos que los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos están realizando para abordar y contener esta situación que concierne a la vida y salud pública, se efectúe en el marco del Estado de derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de ese Tribunal.

Ese llamado a “abordar con perspectiva de derechos humanos” las controversias debería proyectarse como pentagrama para un nuevo poder judicial que quiera salir de la mansión Bly y no solo para el legislador en épocas de crisis. Decimos esto a fin de resaltar el aspecto constitutivo y performativo de la actividad del lector-interpretador-juez realmente estratégico, en el que los tratados de derechos humanos pueden servir como pauta interpretativa –como horizonte de sentido– según el cual “llenar” de contenido a las restantes normas del ordenamiento jurídico, en pos de la igualdad real y la democracia sustantiva. En el plano normativo, la tesis propuesta, seguramente, acarreará consecuencias destacadas –ya sea en lo relativo a su aplicabilidad directa o a la jurisdicción que cabría atribuirle a los organismos que en ellos se estipulan–; empero, en el plano de lo simbólico,

con presidencia de los debates en torno a su carácter programático u otras minucias, su irradiación puede contribuir a validar, invalidar y redireccionar el derecho *in totum* inaugurando el *iter* hacia la emancipación¹⁹.

Rememoramos que la letra del mentado “bloque de constitucionalidad federal” (y esto se extiende al articulado que integran los tratados de derechos humanos) no deja de ser material inerte sin la intervención del lector: será este quien le atribuya secuencialidad y contenido. Será este, también, quien le atribuya secuencialidad y sentido a los restantes textos normativos e, inclusive, al presente y al pasado. Todo puede reescribirse en tanto todo puede reinterpretarse. Así las cosas, la invitación que hace la Corte Suprema de Justicia a “abordar con perspectiva de derechos humanos” puede dar lugar a inéditas interpretaciones de las leyes –aunque su añada se remonte a tiempos pretéritos– con miras a nuevas perspectivas; aunque todavía resulta imperativo, como advierte BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS al proponer una hermenéutica diatópica, “especificar las condiciones bajo las cuales los derechos humanos pueden ser usados como un instrumento contra-hegemónico, es decir, uno que avanza la agenda del cosmopolitismo subalterno”²⁰.

La apuesta por este dispositivo permite la formación de jueces críticos, deconstructores de la inestabilidad del signo y de la modernidad, rechazando el lugar de objeto al que la inercia cotidiana –MONTES-QUIEU mediante– suele arrojar a los meros recitadores de la Carta Magna. Esta posición estratégica habilita, por otra parte, la modificación del mundo, permitiendo acciones creativas. Siempre partiendo de la base que la lectura del intérprete es, innegablemente, activa en lo que hace al sentido del texto.

Quizá sea tiempo de terminar con esa muletilla, utilizada en el precedente que aquí nos guía, que proclama que la misión más delicada de los tribunales es la de “de saber mantenerse dentro de su órbita de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial”, puesto que mantenerse dentro “de la norma” es negar el papel que, en tanto operadores jurídicos de privilegio, ostentan los jueces

¹⁹ Hemos propuesto una tesis semejante, aclaramos en honor a la honestidad intelectual, en el marco de un congreso de docentes de la disciplina; mas, en la oportunidad, no habremos de citar los datos de la ponencia a fin de mantener el anonimato que exige el concurso.

²⁰ BOAVENTURA, *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*, www.uba.ar/archivos_ddhh/image/Sousa.

como voces de la democracia; por tanto, y sin que ello implique avanzar por sobre otros actores del mundo político, es tiempo de pensar en la justicia (de existir tal cosa). No es una oxímoron; es, simplemente, hacer efectivas las palabras de la propia Corte cuando propicia una “interpretación justa” (*Fallos*, 322:1699).

Con ironía puede decirse –volvemos a citar a LORENZETTI– que el derecho “es como el hotel Hyatt: está abierto para todos, pero solo algunos entran en él [...] Estas exclusiones, en otros tiempos, permanecían ocultas bajo la cuadrícula epistemológica”; es tiempo, entonces, de abrir puertas –con la llave del lenguaje– para garantizar –retomando sus palabras– “el acceso masivo e igualitario”²¹.

§ 3. **HERMENÉUTICA JUDICIAL EN LA CULTURA POSMODERNA**

En la escritura posmoderna, la figura del Autor (con “A” mayúscula) pierde prominencia, y la tensión entre viejo y nuevo, convención e innovación, da luz a una mezcla de trasgresión: respeto por el pasado (no todo lo acontecido en la mansión Bly merece reproche) pero, también, irreverencia lúdica. En su trabajo fundacional *La condición posmoderna*, JEAN-FRANÇOIS LYOTARD argumenta que el posmodernismo está definido por el escepticismo hacia las grandes narrativas de la modernidad. Es más, ya no podemos hablar de “totalidad”; tenemos, en cambio, una pluralidad de mundos y discursos múltiples. Para DERRIDA, por su parte, la verdad es como el sol: no se puede mirar fijamente porque enceguece; hay que abordarla desde diferentes ángulos²².

En este juego de intertextualidades, a modo de colofón, retomamos la novela citada al comienzo de este trabajo, pero no aquella escrita por HENRY JAMES, sino otra –homónima– firmada por JOYCE CAROL OATES, quien reconstruye su reescritura entre distintas voces paralelas (rompiendo el carácter unísono) y a partir del fantasmal y esquivo Peter Quint; haciéndose cargo de los distintos problemas en los que ocurre esta posmodernidad.

Bueno sería tener más jueces como JOYCE CAROL OATES, que hagan honor a todo lo que se ha dicho, pero al mismo tiempo reescriban sus

²¹ LORENZETTI, *Nuevos paradigmas en el derecho privado: el acceso a los bienes*, p. 1000.

²² COMPANY, *Una vuelta de tuerca postmoderna*, “Cuadernos Universitarios. Publicaciones Académicas de la Universidad Católica de Salta”, vol. 4, p. 57 a 63.

fallos en forma metarreflexiva y reinterpreten el contenido de la ley de manera innovadora y “con perspectivas de derechos humanos”; mostrando así, nada más y nada menos, su fe en la literatura jurídica contemporánea, capaz de servirse de un lenguaje que sepa –y que quiera– dar cuenta del mundo de la complejidad social en el que vivimos.

Aunque cueste horrores salir de la mansión Bly o de nuestra casa tomada.

BIBLIOGRAFÍA

- BAJTÍN, MIJAIL, *El método formal en los estudios literarios: Introducción crítica a una poética sociológica*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.
- *Estética de la creación verbal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
- BARTHES, ROLAND, *El placer del texto y Lección Inaugural de la cátedra de semiología literaria del Collège de France*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008.
- BOAVENTURA DE SOUSA, SANTOS, *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*, Nueva York, 2002, http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/Sousa.
- CÁRCOVA, CARLOS M., *Las teorías jurídicas post positivistas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- *¿Hay una traducción correcta de las normas?*, “Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja”, año III, n° 4, 2009, p. 33 a 42.
- COMPANY, *Una vuelta de tuerca postmoderna*, Cuadernos Universitarios. Publicaciones Académicas de la Universidad Católica de Salta, vol. 4, 2011, p. 57 a 63.
- CULLER, JONATHAN, *Breve introducción a la teoría literaria*, Barcelona, Crítica, 2000.
- DERRIDA, JACQUES, *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*, “Doxa”, n° 11, p. 128 a 191.
- DULQUELSKY, DIEGO, *Las teorías críticas del derecho como crítica a la razón jurídica moderna*, Buenos Aires, 2018, www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Diego-Javier-Duquelsky.
- ECO, HUMBERTO, *Tratado de semiótica general*, Barcelona, Lumen, 1981.
- FOUCAULT, MICHEL, *La arqueología del saber*, Madrid, Siglo XXI, 1970.
- GARGARELLA, ROBERTO, *Un papel renovado para la Corte Suprema de Justicia*, Buenos Aires, 2007, www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella.pdf.
- GENETTE, GERARD, *Palimpsesto: la literatura en segundo grado*, Madrid, Taurus, 1989.
- LORENZETTI, RICARDO, *Nuevos paradigmas en el derecho privado: el acceso a los bienes*, Buenos Aires, La Ley, sección doctrina, 1994.
- RUÍZ, ALICIA, *Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Editores del Puerto, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2001.
- VAN DIJK, *Discurso y poder*, Barcelona, Gedisa, 2009.

LAS CONTROVERSIAS ENTRE PRINCIPIALISMO Y BALANCES COSTE-BENEFICIO EN ÉTICA DE LA INVESTIGACIÓN

MARÍA NATALIA ZAVADIVKER*

Resumen. Este artículo surge de reflexiones inspiradas en la experiencia adquirida en el Comité de Ética de la Investigación (UNT/Conicet), cuya misión es evaluar los protocolos éticos de investigaciones en áreas realizadas todas en Tucumán. A partir del análisis de diversos protocolos de investigación, se han detectado situaciones controvertidas que dan lugar a verdaderos dilemas morales en torno de si ciertas situaciones justificarían la violación de principios fundamentales de ética de la investigación, tales como el de autonomía (libre decisión de participar basada en un juicio informado), veracidad (recepción de información lo suficientemente completa y veraz) y confidencialidad (resguardo de la información y preservación del anonimato). Se exponen diversos ejemplos que generan controversias entre posiciones deontologistas y consecuencialistas, pues estas últimas tenderían a avalar la pertinencia de violar ciertas normas éticas si su acatamiento absoluto entorpece severamente los fines de la investigación.

Palabras clave: ética de la investigación, deontologismo, consecuencialismo, ciencias sociales.

CONTROVERSIES BETWEEN PRINCIPIALISM AND COST-BENEFIT BALANCES IN RESEARCH ETHICS

Abstract. This article arises from reflections inspired by the experience acquired in the Research Ethics Committee (UNT/Conicet), whose mission is to evaluate the ethical protocols of research in all areas carried out in Tucumán. From

* Profesora adjunta en Epistemología, Universidad Nacional de Tucumán. Investigadora de Conicet Correo electrónico: zavadivker@gmail.com

the analysis of various research protocols, controversial situations have been detected that give rise to real moral dilemmas regarding whether certain situations would justify the violation of fundamental principles of research ethics, such as autonomy (free decision to participate based on an informed judgment), veracity (receipt of sufficiently complete and truthful information) and confidentiality (protection of information and preservation of anonymity). Various examples are exposed that generate controversies between deontological and consequentialist positions, since the latter would tend to endorse the relevance of violating certain ethical norms if their absolute compliance severely hinders the purposes of the investigation.

Keywords: research ethics, deontologism, consequentialism, social sciences.

CONTROVÉRSIAS ENTRE PRINCÍPIOS E EQUILÍBRIOS DE CUSTO-BENEFÍCIO NA ÉTICA EM PESQUISA

Resumo. Este artigo surge de reflexões inspiradas na experiência adquirida no Comitê de Ética em Pesquisa (UNT/Conicet), cuja missão é avaliar os protocolos éticos de pesquisa em todas as áreas realizadas em Tucumán. A partir da análise de diversos protocolos de pesquisa, foram detectadas situações polêmicas que dão origem a reais dilemas morais sobre se determinadas situações justificariam a violação de princípios fundamentais da ética em pesquisa, como a autonomia (livre decisão de participar com base em um julgamento informado), veracidade (recebimento de informações suficientemente completas e verdadeiras) e confidencialidade (proteção das informações e preservação do anonimato). São expostos vários exemplos que geram polêmica entre posições deontológicas e consequentialistas, uma vez que estas últimas tenderiam a endossar a relevância da violação de certas normas éticas se seu cumprimento absoluto prejudicar gravemente os propósitos da investigação.

Palavras-chave: ética em pesquisa, deontologismo, consequentialismo- ciências sociais.

§ 1. INTRODUCCIÓN

Este artículo surge de reflexiones inspiradas en la experiencia adquirida como miembro del Comité de Ética de la Investigación (CEI) de doble dependencia (UNT/Conicet) que integramos desde 2015. La

tarea de dicho comité consiste en evaluar los protocolos éticos de investigaciones correspondientes a todos los campos del saber realizadas en Tucumán, fundamentalmente en el sector público (universidades, centros de investigación, etcétera). El análisis de una amplia variedad de investigaciones hizo posible la detección de una diversa gama de situaciones controvertidas que dan lugar a verdaderos dilemas morales en el campo de la investigación científica. Eso nos insta a los miembros del CEI a reflexionar sobre la necesidad de generar consensos más amplios entre los miembros de diversas comunidades científicas (fundamentalmente las de las ciencias sociales y humanas), en torno de cuestiones tales –como si algunas situaciones justificarían la violación de principios fundamentales de ética de la investigación– como el de autonomía (libre decisión de participar basada en un juicio informado), veracidad (ligada al principio anterior, ya que una decisión verdaderamente libre debe basarse en la recepción de información lo suficientemente completa y veraz) y confidencialidad (resguardo de la información obtenida y preservación del anonimato de los participantes).

Los principios y normas que regulan la ética de la investigación fueron originalmente aplicados a la investigación biomédica (clínica, farmacológica, epidemiológica, etc.) y luego en gran medida extrapolados sin cambios sustantivos al terreno de las ciencias sociales, cuyos objetivos de investigación suelen ser completamente diferentes. En este artículo se examinarán ejemplos (especialmente provenientes del ámbito de las ciencias sociales) capaces de generar debates significativos en torno de si habría en algunos casos razones de peso capaces de justificar la transgresión, al menos parcial, de algunos de los principios mencionados.

§ 2. ***EXPERIMENTOS NATURALES SOBRE COMPORTAMIENTO HUMANO***

Los llamados “experimentos naturales” sobre comportamiento humano, muy comunes, por ejemplo, en psicología social, buscan recabar datos sobre la reacción espontánea de los sujetos frente a ciertos estímulos. Su realización en la actualidad sería directamente incompatible con las normativas vigentes en experimentación con seres humanos por violar los siguientes principios: *a)* autonomía: el sujeto no puede expresar su consentimiento para participar en ellos ya que, a los fines de no interferir sobre su comportamiento espontáneo, el participante no puede saber que está siendo investigado; *b)* veracidad: el sujeto es deliberadamente sometido a un engaño, ya que di-

chos experimentos consisten en provocar artificialmente una situación ficticia a los fines de desencadenar respuestas espontáneas, pues son precisamente estas las que se quiere someter a evaluación. En otras variantes (como la del experimento de Milgram), el sujeto sabe que está participando de una situación experimental, pero recibe información falsa sobre el propósito del experimento y sobre las variables que supuestamente serán investigadas, con el objetivo de desviar su atención respecto de los aspectos de su comportamiento que verdaderamente se quiere investigar.

Frente a estas situaciones cabrían dos posibilidades: o bien se asume un criterio deontologista o principialista, en virtud del cual se prohíben dichos experimentos por violar los principios de autonomía y veracidad (y en algunos casos los de confidencialidad si existen, p.ej., registros filmicos expuestos públicamente), o bien se puede realizar una ponderación de los potenciales riesgos o daños que podría sufrir el participante, en contraposición a los potenciales beneficios (o valor intrínseco) de la información a obtener como resultado de la aplicación del experimento. Entre los posibles daños podríamos considerar, en principio, dos posibilidades: daños psicológicos o físicos como resultado de someterse al experimento (p.ej., se sabe que el experimento de Milgram o el de Zimbardo afectaron psicológicamente a los participantes, no solo en el momento, sino que también dejaron secuelas a largo plazo más o menos importantes). La otra posibilidad es que el experimento revele actitudes o comportamientos éticamente controvertidos en los sujetos experimentales que podrían salir a la luz (si bien existen ciertas garantías de resguardo de la confidencialidad) y afectar su reputación. Por ejemplo, en un experimento natural sobre comportamiento frente al soborno, se le dejó a profesores junto a un grupo de exámenes que debían corregir uno que contenía cierta cantidad de dinero, con la petición al docente de que omita algunos errores. En este último caso, el sujeto experimental no solo está siendo sometido a un experimento sin saberlo (y, por ende, sin su consentimiento), sino que además el experimento puede poner en evidencia aspectos éticamente controvertidos de su comportamiento que alteren su reputación. Tanto el experimento de Milgram, como sobre todo el de Zimbardo de la cárcel de Stanford, pueden constituir casos representativos de este dilema. En este último, el contexto generado –una cárcel ficticia– indujo en algunos participantes ciertos comportamientos violentos, de sometimiento, dominación, humillación, etc., mientras que el de Milgram reveló que algunas personas estarían dispuestas a infringir daños in-

soportables a sujetos inocentes solo por obediencia a una autoridad. En ambos casos, por ende, el experimento pudo haber lesionado la reputación social de los participantes, siendo que, por otra parte, el resguardo del anonimato no estaba asegurado (ambos experimentos fueron filmados y difundidos públicamente). Otro criterio a evaluar con relación al balance riesgo-beneficio, es la probabilidad de que los sujetos experimentales reaccionen negativamente, e incluso inicien demandas legales, una vez que descubran que fueron manipulados para participar en el experimento sin su consentimiento. Dicha probabilidad podría estimarse ponderando el potencial daño subjetivo que podrían generar esos experimentos: si ellos son relativamente inocuos y podría suponerse razonablemente que no afectarán a los participantes (p.ej., experimentos sobre atención, percepción, etc.), tampoco cabría esperar que estos se sientan motivados a denunciar a los investigadores, independientemente de que haya habido efectivas violaciones de principios éticos.

Por otra parte, cabe reconocer que en las prácticas sociales actuales, mediadas por las nuevas tecnologías de comunicación masiva, está tan naturalizada la violación de la privacidad de las personas, el uso de datos personales sin autorización, el desdibujamiento de las fronteras entre lo privado y lo público y la manipulación de la voluntad, que las personas viven estos hechos como parte de la cotidianidad sin cuestionárselos siquiera, y solo tienden a reaccionar ante aquellas violaciones a la privacidad que involucran temas sensibles, las exponen en situaciones demasiado íntimas o controvertidas, etcétera. Esto nos remite, en otro orden de ideas, al espinoso asunto de la contraposición radical entre los requisitos éticos sumamente exigentes que deben cumplir las investigaciones en ciencias sociales, las cuales deben respetar a rajatabla todos los principios de privacidad, confidencialidad, autonomía y veracidad, y su violación sistemática en las redes y medios masivos de comunicación con todo tipo de propósitos ligados a intereses comerciales, políticos, bélicos, etcétera.

§ 3. ***ENTREVISTAS, TEST PSICOLÓGICOS, ENCUESTAS Y CUESTIONARIOS
CUYA FIABILIDAD DEPENDE DEL DESCONOCIMIENTO DE SUS FINES
ÚLTIMOS***

En un sentido más o menos similar al del sujeto que sabe que está siendo sometido a un experimento, pero desconoce los verdaderos propósitos de este, es muy común en disciplinas como la psicología (entre otras) que el participante sea sometido a test o entrevistas

mediante un previo consentimiento informado en el que, o bien se le indica de manera muy general y difusa el tema de investigación, sin entrar en detalles sobre los verdaderos objetivos o variables a ser investigadas; o bien se le brinda información ligeramente tergiversada (no tan drásticamente como en el experimento de Milgram, pero sí con algún tipo de estrategia sutil que desvíe el foco de atención del sujeto respecto del verdadero objeto de estudio). Estas estrategias, que los investigadores suelen utilizar de manera no muy consciente, persiguen un propósito muy razonable, ya que el conocimiento por parte de los sujetos de las intenciones del investigador puede inducir respuestas que alteren los resultados, obstaculizando la manifestación de comportamientos “espontáneos”. Por otra parte, del mismo modo que un psicólogo, por ejemplo, no puede develar las propias herramientas de análisis que utiliza con su paciente, ya que lo que quiere descubrir mediante su uso son los aspectos inconscientes subyacentes a los comportamientos, verbalizaciones y demás manifestaciones, tampoco debería develarlas en la información contenida en el consentimiento informado, sobre todo cuando la entrevista o test no consiste en un auto-reporte consciente –como sucede en casos menos problemáticos– sino en un intento de capturar aspectos inconscientes de la conducta o discurso. Otra dificultad es que, a los fines de la ética de la investigación, la psicología está tipificada como una ciencia de la salud, lo que llevó en los hechos a extrapolar de manera más directa que en otras disciplinas los formularios de consentimiento informado (FCI) provenientes de las ciencias biomédicas a la psicología. En realidad, también en las investigaciones biomédicas puede suceder algo similar, ya que si el sujeto sabe que se le administrará una droga experimental para curar una afección determinada, dicho conocimiento puede inducir un efecto placebo. Los ensayos de doble ciego pueden llegar a subsanar parcialmente este problema, aunque tienen sus propias controversias.

Más allá de este detalle, está claro que los objetivos de los estudios experimentales en psicología y ciencias biomédicas son completamente distintos; en las investigaciones sobre nuevas drogas o terapias es imprescindible que el paciente tenga pleno conocimiento de los potenciales riesgos y beneficios a los que será sometido, y su decisión de participar depende de un balance personal entre costes y beneficios con efectos directos sobre su salud, las investigaciones psicológicas, sociológicas, etc., solo aspiran a ampliar el conocimiento teórico sobre un tema, con la posibilidad de futuras aplicaciones prácticas.

Los participantes, por lo general, no obtienen ni beneficios ni perjuicios, y el valor de su participación depende precisamente de que no sean plenamente conscientes de los aspectos de la personalidad, comportamiento, valoraciones, creencias, etc., que el investigador quiere evaluar. ¿Podría entonces considerarse lícito o aceptable un consentimiento informado que no cumpla plenamente con los requisitos de información completa y plena veracidad? ¿La omisión de información estaría en este caso justificada en aras de garantizar la fiabilidad de los resultados? Aquí también cabría ponderar los riesgos y beneficios, procurando prever de antemano si las entrevistas o test pueden, por ejemplo, causar algún tipo de daño psicológico o emocional, o develar aspectos de la intimidad del sujeto que atenten contra sus requerimientos de privacidad, etcétera. Dado que el participante no recibe toda la información relevante y veraz con relación al test o encuesta al que será sometido, no puede tomar de antemano una decisión lo suficientemente informada que le permita evaluar si quiere participar o no, y podría durante el curso de la investigación transitar situaciones no previstas e incompatibles con su voluntad inicial (si bien también está garantizado su derecho a abandonar la investigación en cualquier instancia sin sufrir consecuencias).

§ 4. ***INVESTIGACIONES QUE DEVELAN TRANSGRESIONES ÉTICAS CON CONSECUENCIAS NEGATIVAS PARA TERCEROS, PARA CIERTAS POBLACIONES O PARA LA SOCIEDAD EN GENERAL***

Un último dilema a analizar concierne a aquellas investigaciones cuyo objetivo es poner de manifiesto, de manera directa o indirecta, actos que violan normas morales y, por ende atentan contra el bienestar, los derechos e intereses de terceros –personas físicas, comunidades, medioambiente, etcétera–. Por ejemplo, investigar si ciertos alimentos o productos atentan contra la salud de la población por estar adulterados, vencidos o simplemente ser insalubres o peligrosos, si ciertos fármacos en circulación pueden tener efectos adversos graves no previstos en su momento, si ciertas empresas o industrias contaminan el medioambiente o afectan el ecosistema y la salud de poblaciones aledañas, etcétera. Estas investigaciones pueden perseguir de forma deliberada el propósito de desenmascarar acciones éticamente cuestionables (actos de corrupción, daños al medioambiente o a la salud, etc.), o bien podría suceder que la investigación no tenga específicamente ese objetivo, pero en el transcurso de ella haya aparecido información que constata violaciones de normas éticas

por parte de personas, instituciones, etc. (p.ej., una investigación en un contexto escolar que revele que una alumna es violada por su padre o por un docente de la institución). ¿Cómo debería proceder el científico en tales casos, en los que surge la controversia entre la lealtad hacia el sujeto investigado –en este caso se trataría más bien de informantes-clave, como el gerente de una empresa, la directora de una escuela, etc.– al cual se le garantizó mediante consentimiento informado que sus datos estarían protegidos y, por lo tanto, su anonimato garantizado; y el deber de castigar actos de corrupción y violación de normas, que implica al mismo tiempo lealtad hacia las potenciales víctimas? O bien en el ejemplo de una investigación que devela la condición de víctima o de vulnerabilidad de alguno de los participantes (como en el ejemplo de una encuesta, procedimiento que devela que un alumno es abusado sexualmente por un docente de una institución, un preso es abusado por otro o por un guardiacárcel, un interno de una institución religiosa es abusado por un cura, un trabajador sufre acoso laboral por parte de su jefe, etc.) ¿debería el científico sacar a la luz el hecho detectado, lo que además de violar la intimidad de las víctimas implicadas, podría poner a estas en una situación de peligro y vulnerabilidad mayor? ¿Incluso debería hacer público el hecho o comunicárselo a alguna autoridad competente si las propias víctimas le solicitan expresamente que no diga nada? Si bien tales ejemplos pueden parecer extremos, lamentablemente se encuentran en el espectro de situaciones posibles bastante más de lo que nos gustaría.

En síntesis, ¿debería comprometerse el investigador con el principio científico de neutralidad, limitándose a investigar los hechos sin intervenir activamente en la prevención de daños a potenciales usuarios, la evitación de daños ya consumados y el justo castigo a los responsables, cuando develar los datos obtenidos implica necesariamente violar el principio de confidencialidad? Ejemplos de esto pueden ser el descubrimiento de alimentos u otros productos adulterados, violaciones a normas de bioseguridad o salubridad por parte de una empresa, venta de droga dentro de un colegio, descubrimiento de casos de acoso sexual en ámbitos laborales, etcétera. En estos casos no sería posible resguardar a las potenciales víctimas sin denunciar a los responsables con “nombre y apellido”. Más aún, la no denuncia del hecho colocaría al investigador en el papel de cómplice o encubridor.

Estas situaciones generan diversas controversias. La primera, ya mencionada, estaría ligada a la violación del principio de confidencialidad, que en este caso podría considerarse justificada si los implicados cometieron un ilícito y merecen ser denunciados, no solo como cas-

tigo por su comportamiento, sino con el fin de resguardar a las víctimas directas (y a otras víctimas potenciales). Otra controversia surge cuando los informantes claves (p.ej., los gerentes de una empresa) se niegan a proporcionar información. ¿En caso de existir una sospecha de ilícito o comportamiento moralmente controvertido, ¿sería lícito, como se hace en otros contextos, procurar recabar información por vías indirectas que atenten contra el principio de autonomía basada en el consentimiento informado? –cámaras ocultas, entrevistas a extrabajadores, entre otras–. Estas técnicas son utilizadas –incluso con restricciones– en el campo de la actividad policial, judicial, por servicios de inteligencia, etcétera. ¿Sería lícito utilizarlas en el terreno científico si se percibe que el fin justifica los medios, vale decir, que la información a obtener posee una relevancia social crucial que justificaría la violación de principios de autonomía y confidencialidad?

§ 5. **CONCLUSIONES**

En este artículo se examinaron diversos ejemplos inspirados en protocolos de investigación presentados al CEI que generaron controversias, al permitirnos advertir que en muchos casos la sujeción a los principios fundamentales de ética de la investigación (en particular los de autonomía, veracidad y confidencialidad, que básicamente fueron extrapolados sin demasiada revisión del terreno de las ciencias biomédicas al de las ciencias sociales) puede interponer severos obstáculos a la consecución de los objetivos básicos de las investigaciones en ciencias humanas. Esto da lugar a genuinos dilemas entre posiciones principialistas y perspectivas más utilitaristas, que tenderían a sopesar los costes y beneficios de violar ciertas normas éticas cuando los propósitos de la investigación no podrían sustanciarse si estas se respetaran a rajatabla. Dado que las decisiones sobre la posible flexibilización de algunas normas de ética de la investigación, o en algunos casos la introducción de pautas tendientes a llenar varios vacíos legales allí donde no existen especificaciones precisas, no puede depender exclusivamente de la discrecionalidad de los miembros de un Comité de Ética de la Investigación en particular, lo deseable sería alcanzar un consenso amplio. Ello, resultante de un debate profundo al interior de la comunidad académica, e incluso de amplios sectores de la sociedad en general, que es la beneficiaria última de los avances científicos, a los fines de que los propios interesados tengan voz y voto a la hora de definir las pautas éticas relevantes en la investigación, sobre todo en el terreno de las ciencias humanas y sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÍO TACSAN, MAYRA, *Los comités de ética y la investigación en ciencias sociales*. Red Revista de Ciencias Sociales”, nº 99, 2003, p. 85 a 95.
- HERRERA, C. D., *Ethics, deception, and “those milgram experiments”*, “Journal of Applied Psychology”, vol. 18, nº 3, 2001, p. 245 a 256.
- LECUONA, ITZAR DE (coord.), *Pautes per avaluar projectes de recerca i innovació en salut que utilitzin tecnologies emergents i dades personals*, Cátedra UNESCO de Bioética de la Universitat de Barcelona, Observatori de Bioetica i Dret, s/a.
- SANTI, FLORENCIA, *Vulnerabilidad y ética de la investigación social. Perspectivas actuales*, “Revista Latinoamericana de Bioética”, vol. 15, nº 2, 2015, p. 52 a 73.
- ZIMBARDO, PHILIPHS, *On the ethics of intervention in human psychological research: With special reference to the Stanford prison experiment*, “Cognition”, 2(2), 1973, p. 243 a 256.
- *The Lucifer effect: understanding how good people turn evil*, New York, Random House, 2007.

ARGUMENTACIÓN, DERECHO A LA SALUD Y PANDEMIA: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y UNA PROPUESTA

MARTÍN ZULETA*

Resumen. El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre la estructura de los argumentos jurídicos presentes en la jurisprudencia de la CSJN y otros tribunales, respecto de los alcances del derecho a la salud en su dimensión constitucional-convencional, e investigar sus posibles límites frente a la excepcionalidad que implica la pandemia de covid-19. Para ello se propondrá una clasificación de los argumentos de acuerdo a su forma –subsunción, adecuación finalista y ponderación–, se analizarán algunos fallos emblemáticos sobre los alcances de la protección de ese derecho en la Argentina y se propondrá una alternativa que tome en cuenta las posibles tensiones entre interferencia judicial y deferencia, particularmente a partir de las perplejidades que generan las consecuencias de la pandemia en la República Argentina y en el mundo.

Palabras clave: argumentación, derecho a la salud, PIDESC, ponderación, activismo judicial.

ARGUMENTATION, RIGHT TO HEALTH AND PANDEMIC: A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS AND A PROPOSAL

Abstract. The aim of this paper is to reflect upon the structure of legal arguments in the jurisprudence of the Argentinian Supreme Court and other courts about the scope of the right to health as defined in the constitution and the international human rights pacts, to inquire about its possible boundaries in the

* Abogado UBA. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Università degli Studi di Palermo. Docente e investigador en el área Filosofía del Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Nacional de Avellaneda. Correo electrónico: martinzuleta@gmail.com

context of the covid-19 pandemic. To that end, I will propose a classification of different argument classes in view of their form and analyze some key rulings about the extent of the legal protection of health in Argentina, and I will propose an alternative that takes into account the possible tensions between jurisdictional interference and deference in view of the perplexities that the consequences of the pandemic in Argentina and in the world.

Keywords: Argumentation, right to health, ICESCR, proportionality, judicial activism.

ARGUMENTAÇÃO, DIREITO À SAÚDE E PANDÊMICA: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E UMA PROPOSTA

Resumo. O objetivo deste trabalho é refletir sobre a estrutura dos argumentos jurídicos presentes na jurisprudência da CSJN e demais tribunais a respeito do alcance do direito à saúde em sua dimensão constitucional-convencional, e investigar seus possíveis limites diante da excepcionalidade que envolve a pandemia de covid-19. Para tanto, será proposta uma classificação dos argumentos de acordo com sua forma –submissão, adequação finalista e ponderação–, serão analisadas algumas sentenças emblemáticas sobre o alcance da proteção deste direito na Argentina e será proposta uma alternativa que leve em consideração os possíveis tensões entre ingerência judicial e deferência, particularmente a partir das perplexidades geradas pelas consequências da pandemia na República Argentina e no mundo.

Palabras-chave: Argumentação, direito à saúde, PIDESC, ponderação, ativismo judicial.

§ 1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud como derecho social, y, en particular, su acceso mediante los recursos del sistema de salud es materia habitual de controversias judiciales. Los ciudadanos solemos encontrarnos con que aquella prestación que los profesionales de la salud nos indican como la más conveniente para tratar nuestras dolencias o garantizar nuestro bienestar no está expresamente contemplada por la normativa específica, y nos vemos en la necesidad de iniciar reclamos administrativos y acciones judiciales para intentar que se reconozcan nuestros derechos.

La suerte de estos reclamos es variada, ya que existen buenos argumentos a favor del más amplio acceso a la salud entendida como bienestar físico y mental integral, pero también buenos argumentos a favor de administrar los recursos invertidos en cada ciudadano, a fin de que todos tengan la posibilidad de acceder a las mejores prestaciones compatibles con la universalidad del acceso.

Para este trabajo se han seleccionado una serie de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y otros tribunales de alzada (cámaras federales, tribunales superiores de justicia), con el fin de realizar un análisis de las argumentaciones a las que recurren nuestros más altos tribunales a la hora de fallar sobre esta clase de derechos.

Para el análisis partiremos de una clasificación de los argumentos de acuerdo a su estructura, entre argumentos de adjudicación por subsunción, de adjudicación por adecuación finalista y de adjudicación por ponderación, y explicaremos brevemente cuál es su forma típica. A continuación, presentaremos el material normativo relevante para la delimitación de los alcances del derecho a la salud en la República Argentina, teniendo en cuenta las particularidades que presentan los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales.

Delimitado el marco teórico y normativo, realizaremos un análisis y modelización de los argumentos que suelen utilizarse en la adjudicación por parte de los tribunales argentinos, y la clase de casos para cuya resolución se recurre a cada uno de ellos. Finalmente, incorporaremos al análisis las particularidades que surgen de la pandemia covid-19, que implican una demanda extraordinaria sobre los servicios de salud y la posibilidad de que ciertas personas se vean privadas de tratamiento a partir de dicha circunstancia.

Sobre la base del estudio señalado, intentaremos responder si los modelos argumentales que se utilizan habitualmente otorgan las mejores respuestas posibles a las demandas de acceso a la salud, que surgen a partir del momento extraordinario que atraviesan los sistemas de salud.

§ 2. *UNA CLASIFICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS*

Como es sabido, la forma argumental que más habitualmente se asocia a la actividad judicial es el llamado “silogismo subsuntivo”, que

consiste en una suerte de argumento deductivo en el cual se sostiene que un caso particular sobre el que hay que resolver forma parte de la clase de casos que una norma del sistema jurídico asocia a una solución en forma de acción obligatoria, facultada o prohibida.

Siguiendo a ATIENZA¹ podemos proponer el siguiente modelo para el argumento subsuntivo: existe una *regla de acción* que se interpreta como: “Si se dan las circunstancias o condiciones X, entonces es debida la acción Y”. Una vez establecido –argumentado– que existe esa regla de acción, queda argumentar: “Se da la circunstancia o condición X”.

Estos casos no son necesariamente “casos fáciles”, ya que existe una gran variedad de problemas de interpretación y calificación que pueden –y suelen– aparecer tanto en la formulación de una regla de acción como en la subsunción de un determinado caso del mundo real, en el caso genérico “se da la circunstancia o condición X”.

Sin embargo, en ciertos casos en que el legislador no ha producido un material normativo que admita ser interpretado como regla de acción, sino que debe ser entendido como una *regla de fin* en el sentido de que ordena, prohíbe o faculta que alguien procure alcanzar ciertos objetivos. Para resolver casos concretos a partir de este material normativo, el juez no debe solo clasificarlo sino además realizar un razonamiento tendiente a argumentar que una determinada acción es la más adecuada, o la única adecuada, para la concreción de la finalidad debida.

El esquema modelo del *argumento de adecuación finalista* es: “si se dan las circunstancias X, el juez debe procurar alcanzar el fin F; se dan las circunstancias X; la acción M es un medio adecuado para obtener F (o bien, solo si M se producirá F); por lo tanto, el juez debe realizar M”².

Hay, finalmente, ciertas ocasiones en que los magistrados no disponen de reglas que aplicar para resolver un caso, o en que las reglas arrojan una solución no deseada por el juez o tribunal (laguna axiológica), o existen dudas respecto de cuál o cuáles reglas son las más adecuadas para la solución del caso o si está, efectivamente, resuelto por reglas. En esos casos suele recurrirse a “principios” y a *argumentos de ponderación*. Este argumento se caracteriza, en lo que

¹ ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, p. 183.

² ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, p. 184.

nos interesa resaltar, por la identificación de la aplicabilidad al caso de dos principios de significado contrapuesto, de acuerdo a uno de los cuales cierta acción es debida y de acuerdo al otro de los cuales la misma acción no es debida. Este argumento se da en dos pasos. Primer paso (ponderación): “Con relación a un caso son de aplicación dos principios con consecuencias contrapuestas: El que obliga la acción A y el que faculta o prohíbe la acción A. En el caso concreto X, dada la razón R, debe primar el principio que obliga la acción A. Por lo tanto, si ocurre X y se da R, es obligatorio A”. Segundo paso (subsunción): “Si se da X y R, es debido A; se dan X y R; por lo tanto, es debido A”.

Por supuesto, este tipo de razonamiento implica una serie de dificultades que le son propias y cada uno de sus pasos se debe argumentar. Particularmente, sostener que para un determinado caso y por determinada razón debe primar un principio sobre otro requiere alguna clase de argumentación adicional respecto de los principios en juego. ALEXY propone la formalización de este paso a través de su famosa “fórmula del peso”, que es una de las propuestas más interesantes y controvertidas en el mundo de la filosofía del derecho de los últimos años³. A los efectos de este trabajo, basta señalar que esa fórmula hace jugar, para decidir en un caso concreto a un principio sobre otro, los grados de afectación a cada uno de ellos que implicaría cada solución posible, la mayor o menor certeza que se tenga acerca de las cuestiones empíricas involucradas, y algo que llama “peso abstracto” de cada principio, lo que implica nuevamente la dificultad de justificar racionalmente dicha propiedad.

Esta clasificación, si bien esquemática, permite avanzar con el análisis de la legislación aplicable al problema del acceso a la salud y de la jurisprudencia relevante.

§ 3. **LA FAZ NORMATIVA DEL ACCESO A LA SALUD EN ARGENTINA**

El derecho a la salud se inscribe entre los llamados derechos económicos, sociales y culturales. Según la Organización de las Naciones Unidas, este incluye el derecho a acceder a las instalaciones, los bienes y los servicios relacionados con la salud, a condiciones la-

³ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*.

borales y ambientales saludables y a la protección contra las enfermedades epidémicas, así como los derechos pertinentes a la salud sexual y reproductiva (ACNUDH). Como otros derechos humanos, implica por un lado un derecho frente al Estado, y por el otro un derecho de acceso por medio del Estado. El contenido de los derechos de acceso por medio del Estado, como suele ocurrir con los derechos sociales, es materia permanente de controversia jurídica, y las herramientas para garantizar mayores niveles de acceso al derecho siguen en desarrollo. Como señala FERRAJOLI, en casos en que la satisfacción de los derechos sociales exige la intermediación burocrática y la creación de aparatos destinados a su satisfacción “nuestra tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y propiedad. Pero esto depende sobre todo de un retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal”⁴. Para el autor, el Estado social de derecho se ha desarrollado de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, generando un desorden normativo.

Esta particularidad implica que, cuando esta clase de derechos son judicializados, se torna esencial identificar cuáles deben ser los elementos objetivos que el juez debe valorar al momento de decidir si se está incumpliendo con la garantía de un derecho. Como señala UCÍN en su investigación sobre la judicialización de los DESC⁵, el control de proporcionalidad en estos casos recae en la revisión de las intervenciones legislativas en el ámbito de estos derechos fundamentales, a la luz de los estándares constitucionales y convencionales que conforman el núcleo protectorio de los derechos.

a) *LA NORMATIVA DE NIVEL CONSTITUCIONAL*. En la República Argentina no existía mención explícita en el texto constitucional al derecho a la salud hasta la reforma del año 1994. A partir de entonces se incorporaron como integrantes del sistema jurídico argentino con jerarquía constitucional una serie de convenciones de derechos humanos de las que el país era signataria, y se estableció un procedimiento para incorporar nuevos tratados con la misma jerarquía. En lo re-

⁴ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 30.

⁵ UCÍN, “La adjudicación de los DESC. Un aporte para su racionalidad”, presentado en II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, www.conpedi.org.br/wpcontent/uploads/2017/08/Maria-Carlota-Uc%C3%ADn-Argentina.pdf.

ferido al derecho a la salud, los tratados internacionales que forman parte del corpus constitucional desde 1994 son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención sobre los Derechos del Niño; y desde entonces ha sido incorporada la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo. Dichos instrumentos, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en ella (Constitución de la Nación Argentina).

En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconoce el derecho al disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental”. La observación general 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto de la interpretación que debe darse a la obligación referida, aclara que debe entenderse como garantía de disfrute una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud (punto 9). Los elementos esenciales del derecho (punto 12) son la disponibilidad, la accesibilidad (jurídica, física y económica) y el acceso a la información. Respecto de la asequibilidad económica, la observación general establece que los pagos por el servicio de salud deben basarse en el principio de equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos; y se evite una carga desproporcionada en el costo de acceso para los hogares más pobres (punto 12.b.iii) (E/C.12/2000/4, CESCR observación general 14).

Como señala ARIZA CLÉRICI en su investigación sobre la jurisprudencia de la CSJN en materia de derecho a la salud, los principales obstáculos a la plena vigencia de este derecho son de carácter económico⁶. Ello, debido a que se trata de derechos que dependen de erogaciones por parte del Estado o de otras instituciones para asegurar su efectividad; y dependen de la articulación de una política sanitaria pública. El Poder Judicial se enfrenta asiduamente a conflictos entre los particulares que pretenden el acceso a una prestación médica y el Estado, o los prestadores privados o del subsistema de

⁶ ARIZA CLÉRICI, *El derecho a la salud en la CSJN*, “Lecciones y Ensayos”, n° 80, p. 285.

obras sociales, que niegan prestaciones con argumentos de índole presupuestaria.

A partir de la constitucionalización, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desarrollado jurisprudencia en torno a la exigibilidad frente a los prestadores que implican una toma de posición a favor de tomar en serio la jerarquía constitucional del derecho a la salud. Los rasgos salientes de esta doctrina de la CSJN son, siguiendo a ARIZA CLÉRICI, el reconocimiento de una obligación asumida por la autoridad pública de garantizar el derecho mediante acciones positivas; el reconocimiento del PIDESC como instrumento de aplicación obligatoria en el Estado argentino, en particular por cuanto garantiza el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud física y mental y el deber estatal de garantizarlo; el hecho de que se trata de una obligación "hasta el máximo de los recursos" de que disponga el Estado para lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en el tratado, y que se trata de una obligación impostergable de inversión prioritaria.

b) *LA NORMATIVA DE NIVEL INFRACONSTITUCIONAL*. El sistema de salud en la Argentina se compone de tres subsistemas: el público, el privado y el sistema de obras sociales. Estas últimas son organismos públicos no estatales que agrupan trabajadores del mismo sector y prestan servicios de salud a los trabajadores y sus familias. Sus recursos provienen de los aportes de los trabajadores del sector, de los empleadores, y de recursos estatales.

Las leyes 23.660 y 23.661, sus decretos reglamentarios, y las resoluciones de la Superintendencia de Servicios de Salud son el marco normativo que rige los subsistemas.

A los fines de garantizar un piso de acceso a prestaciones médicas, todos los afiliados a obras sociales tienen derecho a una serie de prácticas médicas, que las obras sociales y los otros dos subsistemas tienen obligación de proveer. El listado de prácticas cubiertas se actualiza periódicamente por parte del organismo regulador estatal (Superintendencia de Servicios de Salud) y se denomina Programa Médico Obligatorio (PMO).

Las prestaciones incluidas en el PMO deben ser ofrecidas por las obras sociales y empresas de medicina prepaga a través de sus prestadores o, de no ser posible, pagadas a precio de mercado con otros profesionales, pero se debe garantizar el acceso a ellas.

Por otra parte, existen leyes específicas que contemplan el acceso a las prestaciones de salud de determinados colectivos. La ley 22.431, de sistema de protección integral de las personas con discapacidad; la ley 24.901, de sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad; la ley 25.404, de epilepsia; la ley 26.746, de identidad de género; la ley 26.862, de reproducción médicamente asistida y la ley 26.914, de diabetes, son instrumentos legales de protección a diversos sectores que, a juicio del legislador, requieren resguardo especial, y que, entre otras cuestiones relacionadas con la finalidad de cada una de ellas, incorporan prestaciones específicas al PMO y garantizan “el más amplio acceso” o “acceso integral” a las prestaciones de salud, o fórmulas legales a esos fines.

§ 4. **LOS ARGUMENTOS EN LA JURISPRUDENCIA**

A los fines de ilustrar la clase de argumentos que suelen utilizarse a la hora de resolver reclamos judiciales iniciados contra alguno de los prestadores que integran los diversos subsistemas de salud mencionados, se ha seleccionado una serie de fallos de diversos tribunales de alzada.

Así, por ejemplo, en el caso “F. D. A. c/Swiss Medical s/amparo” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal⁷, en un conflicto sobre la prestación por parte de una empresa de medicina prepaga –seguro de salud– que se negaba a cubrir el costo de la rehabilitación de una persona con discapacidad, el tribunal consideró, entre otras cosas, lo siguiente:

a) La ley de seguro de salud 23.661 ordena la inclusión de todas las prestaciones de rehabilitación que requieran las personas con discapacidad.

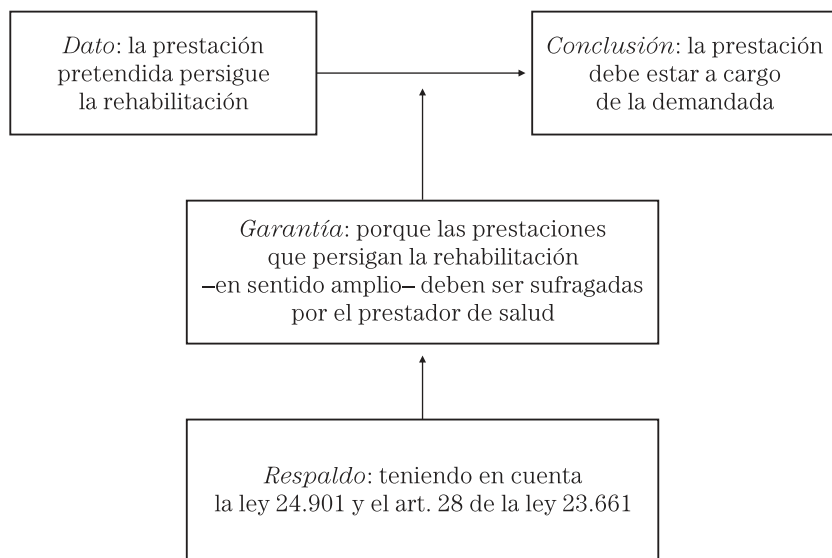
b) La ley 24.901 de rehabilitación integral a favor de personas con discapacidad prevé “prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad”.

c) Por lo tanto, las prestaciones obligadas son de carácter “integral”, es decir que deben analizarse las necesidades en sentido amplio.

d) La prestación es debida.

⁷ CNCivComFed, Sala I, 16/10/2018, “F. D. A. c/Swiss Medical s/amparo de salud”, MJJ115567.

En consonancia con el esquema propuesto por TOULMIN⁸ (al que recurrimos por la simplicidad de sus elementos que garantizan una comprensión inmediata) se puede reconstruir los argumentos dados en primera instancia a favor de la pretesión de la actora del siguiente modo.



En similar sentido y con estructura argumental análoga se puede ver lo resuelto en “O. I. M. c/Swiss Medical s/amparo”⁹, en que una persona de 102 años con discapacidad requería asistencia permanente; en “D. I. M. c/OSDE s/amparo”, en que se solicitó la internación de una persona con discapacidad en un determinado centro de salud que cumpliera con ciertos requisitos; en “I. J. M. c/OS Unión Personal s/amparo”¹⁰, en que se ordenó a la obra social que sufragara el costo de una escuela privada para un niño con discapacidad; todos ellos casos ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

⁸ TOULMIN, *Los usos de la argumentación*, p.129 y siguientes.

⁹ CNCivComFed, Sala II, 17/8/2018, “D. I. M. c/OSDE s/amparo”, MJJ113909.

¹⁰ CNCivComFed, Sala I, 11/12/2014, “I. J. M. c/OS Unión Personal s/amparo”.

De similar forma han resuelto otros tribunales. En “Doval Ramírez c/OSFATLyF s/amparo”¹¹, verbigracia, la Cámara Federal de Paraná resolvió con similar argumento la prestación solicitada de cuidadores domiciliarios 24 horas para una persona con discapacidad.

Por otra parte, debe señalarse que el alcance que reconocen los tribunales en el acceso al derecho a la salud no es exclusivo de las situaciones contempladas por el régimen de protección a las personas con discapacidad. Así, en “T. F. J. c/OSPJN s/amparo”¹² se reconoció el derecho a recibir el 100 % de cobertura en el costo de un medicamento que necesitaba una persona con epilepsia, de acuerdo a la interpretación que se dio a la ley 25.404, que implica la “cobertura integral” de la medicación. La estructura del argumento es la misma.

En “E. A. C. c/UPCN s/amparo”¹³, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro interpretó, de la integración de la ley de identidad de género con el resto del sistema, que debía brindarse la prestación pretendida de implante capilar a una persona transgénero, una vez más con similar estructura argumental, referida a la integralidad del acceso a las prestaciones. Asimismo, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en “C. V. F.c/ObSBA s/amparo” –medida cautelar–¹⁴ entendió que, de la integración de la ley de reproducción médicamente asistida con el resto del sistema, surgía que la obra social demandada debía cubrir el costo de un determinado tratamiento de fertilidad pretendido por la actora.

Como podemos observar, en este pequeño grupo de casos que –en lo central– comparten la misma estructura argumental, nos encontramos ante supuestos de una forma de argumento “subsuntivo”, tal como se lo describió más arriba. Incorporando el contenido específico en el esquema presentado, podemos reconstruir los argumentos del siguiente modo.

“Si se da que una prestación médica es la adecuada –según la ciencia médica– para un determinado paciente, entonces es debida la cobertura por parte de su seguro médico/obra social/sistema público de salud”. Una vez establecido que existe esta regla de acción

¹¹ CFed Paraná, 6/2/2018, “Doval Ramírez c/OSFATLyF s/amparo”.

¹² CNCivComFed, Sala II, 8/4/2014, “T.F.J. c/OSPJN s/amparo”.

¹³ TSJ Río Negro, 12/6/2018, “E. A. C. c/UPCN s/amparo”.

¹⁴ CContAdmTrib CABA, Sala II, 26/2/2016, “F. C. V., y otro c/ObSBA s/amparo-medida cautelar”.

—a través de la selección e integración del material normativo considerado aplicable—, resta argumentar que efectivamente una prestación es la adecuada según la ciencia médica para un determinado paciente.

Como se dijo, estos casos no son necesariamente considerados como “fáciles”, ya que la obtención de esa regla de acción como enunciado normativo interpretado implica un trabajo argumentativo previo a partir del material legislativo y jurisprudencial existente, y que existen además las cuestiones de hecho y prueba que puedan surgir para cada caso respecto de la prestación más adecuada para una persona en su circunstancia particular.

En nuestros ejemplos, los argumentos de las demandadas atacan en general la idea de que existe una regla del tipo señalado, ya que interpretan que el sistema debe integrarse con otros materiales normativos, o que los materiales normativos relevantes deben ser interpretados con otro criterio.

Ahora bien, entre el universo de casos relevados existe otro grupo que no sigue este modelo argumental.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en “Duich Dusan, Federico c/CEMIC s/amparo”¹⁵, donde se había rechazado una práctica quirúrgica con el argumento de que no estaba incluida en el Programa Médico Obligatorio, entendió —remitiéndose al dictamen del procurador fiscal— lo siguiente.

a) El procedimiento solicitado es el más adecuado para alcanzar el mejor resultado posible en la salud del actor —este punto no está controvertido en el expediente—.

b) Existe una prestación —en este caso, la cirugía de endoprótesis— que no está incluida en el PMO.

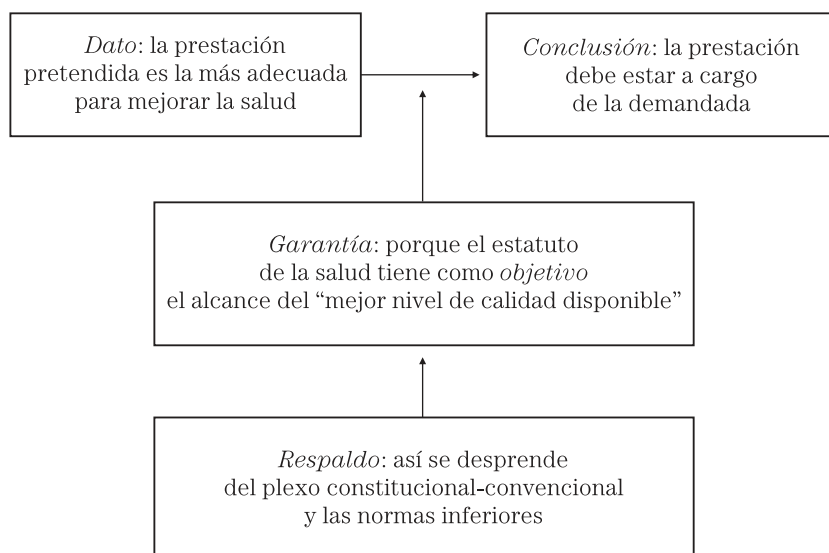
c) El estatuto de la salud tiene como objetivo el alcance del “mejor nivel de calidad disponible”.

d) La inteligencia de un precepto no puede conducir a resultados que no coincidan con las pautas rectoras en la materia.

e) Las especificaciones del PMO resultan complementarias y subsidiarias respecto de esas pautas bases.

Recurriendo una vez más al esquema de representación de TOULMIN, se puede presentar de este modo:

¹⁵ CSJN, 29/4/2014, “Duich Dusan, Federico c/CEMIC s/amparo”, *Fallos*, 337:471.



En idéntico sentido, en el fallo “G. M. E.”¹⁶ del año 2011, la Corte Suprema ordenó a la obra social demandada (INSSJP) que otorgara una suma de dinero mensual a una persona con discapacidad para sufragar el costo de un auxiliar domiciliario. Para así decidir, tuvo en cuenta que las personas con discapacidad y de edad avanzada tienen derecho a gozar del nivel más elevado posible de salud física y mental.

Con una estructura argumental similar, la Cámara Federal de Paraná, en “Crespo c/Swiss Medical s/amparo”¹⁷, entendió que un determinado tipo de radioterapia que no está incluida en el PMO pero estaba recomendada como mejor opción para la salud de la actora era debida, ya que es debido el “mejor nivel de calidad disponible”. Lo mismo entendió en “Arener c/Osde s/amparo”¹⁸, en que una paciente con diabetes solicitó prestaciones no previstas en el PMO.

De manera análoga, la Cámara Federal de Mar del Plata entendió que una terapia física, aunque no formaba parte del PMO, era

¹⁶ CSJN, 27/12/2011, “G. M. E. c/INSSJP s/amparo”, *Fallos*, 334:1869.

¹⁷ CFed Paraná, 6/12/2016, “Crespo c/Swiss Medical s/amparo”.

¹⁸ CFed Paraná, 12/7/2018, “Arener c/Osde s/amparo”.

parte indispensable de un tratamiento en atención a que “el enfoque restrictivo desnaturaliza el régimen propio de la salud –de anclaje constitucional–, uno de cuyos estándares es *el mejor nivel de calidad disponible*”¹⁹. Así también lo entendió la Cámara Federal de La Plata al sostener que existe una obligación de garantizar el derecho a la salud a través de una asistencia “preferente, oportuna y directa, sin excusas económicas de los prestadores de la salud”²⁰.

Reconstruyendo la estructura de los argumentos de adecuación finalista que se presentó más arriba para este tipo de casos, tenemos: “Si se da la circunstancia de que una persona requiere alguna clase de prestación médica, se debe procurar alcanzar el mejor nivel de calidad disponible”. Establecido ello, resta argumentar que “una persona necesita determinada prestación” y que “el medio pretendido es el adecuado, o el más adecuado, para garantizar el mejor nivel de calidad disponible” y, por lo tanto “es debida la prestación pretendida”.

Esta clase de argumentaciones implica una mayor injerencia del accionar judicial sobre las políticas públicas, ya que implica omitir para un caso concreto el deber de deferencia a las normas que está implícito en la actividad jurisdiccional, ya que la ausencia de una prestación en el programa médico obligatorio implica que el órgano competente para la actualización de dicho catálogo de prestaciones ha omitido su inclusión.

Como señala LOZADA al referirse a esta forma de argumentación en el marco de los derechos económicos sociales y culturales, toda interferencia jurisdiccional consistente en una adjudicación prestacional por adecuación restringida está *prima facie* prohibida, por lo que se justifica solamente “si el peso del derecho fundamental en juego [...] es suficientemente superior que el de los valores formales que operan en sentido contrario”. Para justificar esta clase de intervenciones, argumenta LOZADA, deben tenerse en cuenta dos elementos en conjunción: el grado de vulnerabilidad de la persona titular del derecho fundamental, por un lado, y el costo marginal inherente a la prestación²¹.

¹⁹ CFed Mar del Plata, 12/11/2018, “M. M. M. c/MediFe s/amparo”, MJJ115335.

²⁰ CFed La Plata, 21/8/2018, “L. C. N. c/ OSDE s/medida cautelar”, MJJ113782.

²¹ LOZADA, *Activismo judicial y derechos sociales. Un enfoque postpositivista*, “Doxa”, n° 41, p. 223.

§ 5. **LA FORMA ARGUMENTAL QUE NO HALLAMOS Y SU IMPORTANCIA**

Hasta aquí, el estado de la cuestión en nuestra investigación sobre materiales jurídicos producidos en diversos tribunales de la República Argentina. Existen casos donde se argumenta la subsumción de un caso concreto en uno genérico, y se le atribuye a ese caso genérico una solución normativa a través de una regla de acción –razonamiento subsuntivo–; y existen, por otro lado, casos donde se argumenta que se debe procurar alcanzar el fin de máxima calidad disponible en las prestaciones de salud, como regla de fin, y que entonces la discusión debe versar sobre cuál es el medio más adecuado, para juzgar como debida la prestación de ese medio más adecuado.

La clase de argumento que no hallamos en la jurisprudencia sobre el derecho a la salud es el argumento de ponderación en los términos indicados en el apdo B. Para el caso del tipo de fallos que presentemos en segundo término, en ellos no se ponderó la razón existente para la interferencia en el diseño de políticas públicas de salud –en este caso, el PMO– con(tra) motivos para la deferencia a la normativa vigente, ni tampoco con la idea de sostenibilidad del sistema de salud, es decir, que se proporcionen las mejores prestaciones posibles que sean compatibles con el mismo nivel de acceso para todos.

Siguiendo una vez más a LOZADA, la adjudicación a favor de las prestaciones, en estos casos, sería posible solo si el peso del derecho fundamental a la salud fuera suficientemente superior al peso de los principios que operan en sentido contrario. Las razones para la deferencia vienen dadas por el socavamiento hipotético de valores formales y por la sostenibilidad del sistema de salud en su conjunto, y las razones para la interferencia están sustentadas en derechos fundamentales de raigambre constitucional y convencional²².

Entendemos que las circunstancias impuestas por la pandemia que asuela la mayoría de los países del mundo y que pone en jaque la sostenibilidad de los sistemas de salud, aun en los países tradicionalmente considerados como desarrollados, impone una reflexión, si no sobre los alcances amplios de la protección al derecho a la salud

²² LOZADA, *Activismo judicial y derechos sociales. Un enfoque postpositivista*, "Doxa", n° 41, p. 221.

garantizados por el sistema judicial argentino, sí respecto de las argumentaciones utilizadas. Una situación como la que atraviesa el mundo en que todos los ciudadanos tienen la necesidad de recurrir al ejercicio de su derecho a las prestaciones de salud al mismo tiempo amerita, al menos, tener en cuenta las razones que pudiera tener el sistema de salud para oponerse a otorgar una determinada prestación pretendida.

Así, por ejemplo, en una causa iniciada ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se solicitó que se le ordenara al gobierno de la Ciudad que se le administrase a dos pacientes “plasma de personas curadas de covid-19”²³. Se trata de un recurso escaso que el Estado administra de acuerdo al criterio de sus funcionarios especializados, y que podría ser considerado, en algún caso concreto, el mejor nivel de acceso a la salud disponible. Sin embargo, tanto este como otros tratamientos, así como posibles vacunas en el futuro, implican el diseño estratégico y la selección por parte de las autoridades sanitarias del orden de prioridad con que se administrarán. Lo mismo ocurre cuando la escasez de camas de terapia intensiva, equipos de ventilación mecánica u otros elementos necesarios para el tratamiento implica que los equipos médicos deben seleccionar a quiénes tratarán y a quiénes dejarán morir.

En estos casos, las razones para la deferencia ya no están centradas en el socavamiento hipotético de valores formales, sino en el socavamiento de la posibilidad de desarrollar una política pública de maximización de la utilidad de los recursos disponibles por parte de los poderes del Estado que tienen esa función. Esta razón podría inclinar la balanza del juicio de ponderación en un sentido contrario al otorgamiento de las prestaciones pretendidas para ciertos casos.

Entendemos que el modelo de adecuación finalista resuelve satisfactoriamente todos los casos de prestaciones no incluidas en el PMO que se reseñaron porque en esos casos la interferencia en la política pública es de escasa o nula relevancia, pero que no serviría para los posibles casos que surgieran a partir de la pandemia. En cambio, el modelo de ponderación que proponemos serviría para los casos en que la interferencia está justificada porque las razones para la deferencia se consideran de menor peso, y que actualmente se resuelven mediante el modelo de adecuación finalista, y también serviría para

²³ CContAdmTrib CABA, Sala III, 9/7/2020, “Mendoza Narváez, Marianela c/ G.C.B.A. s/medida cautelar autónoma”.

casos como estos últimos en que hay mejores razones para la deferencia y, por lo tanto, las razones para la interferencia podrían perder su lugar privilegiado.

§ 6. **CONCLUSIÓN**

En el presente trabajo se intentó un análisis de una instanciación concreta del problema de los límites al derecho a la salud. Se trata de un derecho social que implica prestaciones concretas por parte del Estado y los subsistemas de salud no estatales, y el acceso a este debe ser armonizado con la necesidad de administrar prudentemente los recursos públicos.

A partir de un análisis de la jurisprudencia reciente con relación al derecho a la salud en los términos de la Constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos se detectó que, para una serie de casos, se recurre al esquema argumental clásico que se suele identificar con el silogismo judicial, al que se denominó argumento de subsunción; mientras que para otros casos se recurrió al argumento de adecuación finalista basándose en el derecho constitucional al más alto nivel de acceso a la salud disponible; y no se detectaron fallos que recurrieran al argumento de ponderación entre los motivos para la intervención judicial en el sistema de salud y los motivos para la no intervención.

Partiendo de la flexibilidad respecto de las circunstancias particulares del dictado de cada sentencia judicial que permitiría una argumentación de este último tipo, se propuso que los casos que actualmente se resuelven mediante el argumento de adecuación finalista pueden ser resueltos recurriendo al argumento de ponderación. Por su parte, este tipo de argumentos también permitirían dar respuesta a los casos que surgen cuando un grupo muy numeroso de personas requiere y necesita el acceso a una prestación que por su naturaleza es inevitablemente escasa, como ocurre en muchos países a partir de la pandemia de covid-19, en que hay buenas razones para que los tribunales sean deferentes con el diseño de las políticas públicas a cargo de las autoridades de salud.

En consecuencia, sostenemos que la argumentación por ponderación da una mejor respuesta a los requerimientos de la sociedad respecto del derecho constitucional a la salud, ya que permite resolver los casos que el sistema ya resuelve satisfactoriamente y también aquellos casos posibles que, postulamos, la argumentación de adecuación finalista no permite resolver.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, *Argumentación, derechos humanos y justicia*, coords. J. P. ALONSO y R. RABBI-BALDI CABANILLAS, Buenos Aires, Astrea - Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2019.
- *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. ATIENZA e I. ESPEJO, Madrid, CEC, 1989.
- ARIZA CLÉRICI, RODOLFO, *El derecho a la salud en la CSJN*, “Lecciones y Ensayos”, n° 80, 2005, p. 285.
- ATIENZA, MANUEL, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. IBÁÑEZ y A. GREPPI, Madrid, Trotta, 1999.
- LOZADA, ALÍ, *Activismo judicial y derechos sociales. Un enfoque postpositivista*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 41, año 2018, p. 223.
- TOULMIN, STEPHEN, *Los usos de la argumentación*, trad. M. MORRÁS y V. PINEDA, Barcelona, Ed. Península, 2007.
- UCÍN, MARÍA C., “La adjudicación de los DESC. Un aporte para su racionalidad”, presentado en II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, 11 a 13 de julio 2018, www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Maria-CarlotaUc%C3%ADn-Argentina.pdf.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

MANUEL ATIENZA Y LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

*SIMÓN MARTÍNEZ URBÁNEZ**

“Nadie duda de que la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un buen jurista, sea tal vez la capacidad para idear y manejar argumentos con habilidad. Sin embargo, muy pocos juristas han leído alguna vez un libro sobre la materia y seguramente muchos ignoran por completo que exista algo así como una “teoría de la argumentación jurídica”.

Con estas palabras del párrafo anterior, inicia la introducción del capítulo primero de la obra *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (México, 2005), del iusfilósofo español MANUEL ATIENZA, oriundo de la medieval ciudad de Oviedo, capital del Principado de Asturias, en cuya universidad se formó como licenciado y también como doctor en derecho, formación que le ha permitido tener un amplio desempeño en el ámbito académico como ensayista, columnista, conferencista y profesor, de diversas universidades de todo el mundo, a la par como jurista en tribunales y escuelas judiciales.

Autor de numerosos artículos y más de veinte obras sobre filosofía y teoría del derecho, además de colaboraciones en revistas y obras colectivas, principalmente en España, Italia, Brasil, México, Colombia y Perú, traducidas muchas de ellas a diversos idiomas, como el inglés, el italiano, el francés y el portugués; también ha escrito decenas de prólogos y columnas de opinión en medios y órganos académicos.

ATIENZA tiene como centro de acción a la Universidad de Alicante, en la cual es parte del elenco de profesores destacados; allí se ha

* Profesor de Filosofía, Universidad Popular del César, Valledupar, César, Colombia. Correo electrónico: simonmartinez@unicesar.edu.co.

desempeñado como catedrático de Filosofía del Derecho y además dirige la “Revista Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho”, y la Maestría en Argumentación Jurídica que se ofrece mediante la Facultad de Derecho, en donde se especializan estudiantes de todo el mundo. Ha ejercido, además, como profesor en la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad de Valencia y en la Academia Europea de Teoría del Derecho. Ha sido profesor visitante en numerosas universidades, entre las que se destacan la Universidad de Buenos Aires, en Argentina, la Universidad Nacional de Brasilia, La Universidad Externado de Colombia y la Cornell University, en Estados Unidos. Su trayectoria académica e investigativa le mereció ocupar la vicepresidencia de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social, IVR y el otorgamiento de cerca de quince doctorados honoris causa de diversas universidades del mundo, entre ellas muchas latinoamericanas, en donde su influencia es más notoria por el número de seguidores de sus propuestas iusfilosóficas. Es miembro de importantes círculos académicos internacionales, alguno de los cuales ha ayudado a fundar, como Ilatina, La Asociación de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, que cobija a intelectuales de más de veinticinco países de habla castellana, portuguesa, italiana y francesa, y organiza con carácter itinerante el Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, de cuya primera edición, realizada en la Universidad de Alicante en 2016, fue el director.

Su reconocimiento académico en Europa y América Latina obedece principalmente a la novedad y originalidad de los aportes hechos a la teoría de la argumentación jurídica, campo en el cual es autor de varios libros de reconocida importancia en esta disciplina, entre los cuales se destacan: *El sentido del derecho*; *El derecho como argumentación*; *Las piezas del derecho*; *Las razones del derecho*. *Teoría de la argumentación jurídica*; *Derecho y argumentación*; *Curso de argumentación jurídica y Filosofía del derecho y transformación social*.

En el marco del II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, realizado en la ciudad de Río de Janeiro, organizado por Ilatina y el Departamento de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro, el día 12 de julio de 2018, tuvimos la oportunidad de conversar con el profesor ATIENZA después de una concertación previa y de plantearle algunos interrogantes acerca del campo en el cual es reconocida mundialmente su autoridad académica. Tras agradecerle la cortesía de concedernos esta entrevista, motivada por el interés de conversar con él, debido al peso específico que tiene su obra en el

desarrollo del Curso de Argumentación Jurídica de nuestra Universidad, como pilar de referencia conceptual y académica. Nuestra conversación –más que una entrevista– transcurrió como sigue:

Simón Martínez (S. M.): Nos encontramos en la ciudad de Río de Janeiro con el profesor doctor MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ, en el marco del II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, y agradecemos su atención y deferencia para responder algunas preguntas que nos interesan, en la medida que el curso de Argumentación Jurídica de nuestra Universidad, está orientado conforme a sus textos. Profesor, en primer lugar, agradecimientos por su deferencia, su atención y su tiempo.

Manuel Atienza (M. A.): Es un gusto poder atenderlos y conversar.

S. M.: Quisiéramos en primer lugar, aunque está muy claro en sus textos, que de viva voz usted nos diga cuál es en su concepto, la importancia de la argumentación jurídica para la comprensión y ejercicio del derecho.

M. A.: Bueno, es muy grande creo, y no se ha tenido normalmente en cuenta, particularmente en nuestros países, en los países del mundo latino y de ahí la importancia de asumir un punto de vista argumentativo en el estudio del derecho; lo cual no quiere decir que únicamente haya que considerar el derecho como argumentación, porque no es solo eso. Pero si vemos el derecho desde la perspectiva de un juez, de un abogado, de un doctrinario, de un legislador, etc., nos damos cuenta de que un aspecto sobresaliente de su actividad consiste precisamente en argumentar. Si pensamos en lo que tiene que ser el estudio del derecho, o la concepción del derecho, la argumentación tiene que jugar un papel sobresaliente, que, como digo, hasta ahora y por razones de diverso tipo no lo ha jugado entre nosotros.

S. M.: En esa misma perspectiva, ¿cuál es la importancia que se le debe dar a la argumentación jurídica dentro de los currículos para la formación de los nuevos juristas?

M. A.: La anterior pregunta quizá la contesté de manera incompleta. Porque lo que quería decir era que había que enfocar de una determinada manera el estudio del derecho, para que efectivamente luego de haber egresado uno pueda desempeñarse adecuadamente en el ejercicio de la profesión jurídica por la que haya optado. Y entonces, uno de los problemas que se observa cuando se ve lo que han sido nuestros planes de estudio de las facultades de derecho, es que no le hemos prestado atención a lo que es precisamente la argumen-

tación, es decir, al estudio de la teoría y, sobre todo, a la práctica de la argumentación. Esta es una cuestión que yo creo que es muy importante, porque no se puede aprender a argumentar si no es también argumentando. Hay una parte que se aprende precisamente en los libros, pero se tiene también que ejercer. Y por eso entonces, quizás lo que necesitamos no es únicamente cursos teóricos de argumentación jurídica, sino que la argumentación jurídica permee todas las otras materias jurídicas; o sea, que si uno estudia derecho penal o derecho civil, se dé cuenta también de que ahí es esencial la argumentación, o sea que se tenga algo así como una perspectiva transversal.

S. M.: En sus obras usted plantea cómo ha evolucionado rápidamente durante las últimas seis décadas la teoría general de la argumentación jurídica y hace un análisis de las principales posiciones que hay desde las distintas perspectivas. Pero en un mundo tan convulsionado que cambia tan aceleradamente, ¿cuáles serían los criterios que deberían tener en cuenta para la construcción de una teoría que se ajuste a este mundo turbulento y cambiante?

M. A.: En un libro de hace ya bastantes años, que titulé *Las razones del derecho*, hacía una especie de bosquejo del desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica en el siglo xx, y distinguía tres momentos: El momento de los precursores, de los años cincuenta: la tópica de THEODOR VIEHWEG, la nueva retórica, la concepción de la argumentación de TOULMIN, a los que había que añadir, por cierto, dos autores de la tradición latina que han sido muy importantes: uno es RECASENS SICHES y otro, todavía más importante, VAZ FERREIRA. A ellos los llamaba precursores de la teoría actual de la argumentación jurídica. Hay luego un segundo momento, a finales de los años setenta, en donde aparecieron las teorías de ROBERT ALEXY y la de NEIL MACCORMICK. Luego seguirían las teorías que significan una superación de las anteriores. Es cierto que las primeras, las de los precursores, contraponían el enfoque argumentativo al enfoque puramente lógico; mientras que estas segundas, la teoría estándar, trataba de integrar las dos cosas. Pero no obstante, las teorías estándar yo creo, que eran teorías limitadas, desde el punto de vista del objeto, ya que prácticamente solo estudiaban la argumentación en los tribunales superiores y, por lo tanto, únicamente se ocupaban de los problemas de interpretación. Desde el punto de vista también del método, porque no habían elaborado procedimientos completamente adecuados como para poder representar los argumentos, criticarlos, etcétera. También

desde el punto de vista ideológico porque me parecía que justificaban sin más y no eran suficientemente críticas respecto de cuál es la realidad práctica de la argumentación, como de hecho se argumenta en el contexto del Estado constitucional.

Pues bien, a partir de ahí, traté de elaborar una teoría de la argumentación jurídica que tiene dos partes. Lo he desarrollado en diversos trabajos, pero sobre todo en un libro que se titula *Curso de argumentación jurídica* y que es un poco como la síntesis y sistematización de muchos trabajos anteriores. Estructuraba la argumentación jurídica, como materia de estudio, digamos, en una facultad de derecho, en una parte general y una parte especial, de manera análoga a como ocurre con nuestras dogmáticas, la dogmática penal, civil, etcétera. En la parte general presentaba el concepto de argumentación, donde a su vez hacía una distinción entre un enfoque abstracto, un concepto de argumentación en donde figurasen los elementos que siempre tienen que darse para poder hablar de argumentación, y luego tres concepciones o tres enfoques distintos, que serían interpretaciones distintas del mismo concepto general: uno era el de la lógica o enfoque formal; otro sería el enfoque material, como el de la tópica o el de las teorías más recientes de las razones para la acción; y el tercero, el enfoque pragmático, en el que incluía tanto la retórica como la dialéctica. Con eso tendríamos la parte general, el equivalente, cabría decir, a la teoría general del delito, o sea, los elementos que hay que manejar para resolver los problemas argumentativos en el derecho, de los que se ocuparía la parte especial, y que serían estos tres, los tres grandes problemas que a los juristas se les presentan en la práctica. El primero, el de cómo entender un proceso de argumentación, o sea, cómo analizar adecuadamente una argumentación. El segundo es el de cómo evaluar una argumentación, o sea, no basta con entender cómo otro ha argumentado, sino que interesa también ver hasta qué punto un argumento es adecuado, o no lo es, por qué, si hay o no una única respuesta correcta, etcétera. Y el tercero de los problemas es el de cómo argumentar, para lo cual sugería distinguir en el proceso argumentativo una serie de fases: en primer lugar, uno tiene que entender el problema que suscita la argumentación; en segundo lugar se hace una propuesta de solución, de solución argumentativa; la tercera fase es la comprobación de que efectivamente se puede llevar a cabo la argumentación (en ocasiones no es así, lo que quiere decir que hay que volver de nuevo, estudiar el problema etc.); y la cuarta fase consiste en redactar un texto, por ejemplo, el texto de la sentencia, con lo que se plantea la cuestión del

orden a seguir, las partes de la argumentación, y la del estilo, la manera como uno tiene que presentar los argumentos para que resulten efectivamente persuasivos.

S. M.: ¿Cuál sería –para explicarles a los estudiantes– la base filosófica de su teoría de la argumentación jurídica?

M. A.: Ese libro al que me referí (*Curso de argumentación jurídica*), es un libro de 2013, en él hago una síntesis o sistematización de lo que consideraría yo es mi teoría de la argumentación jurídica. Y en el siguiente libro que he escrito, de 2017, que se llama *Filosofía del derecho y transformación social*, presento justamente las bases filosóficas de esa concepción de la argumentación. Se trata de la concepción del derecho pospositivista, o sea, una concepción que no es positivista, pero que tampoco supone ninguna vuelta al derecho natural y, en fin, que no se incluye tampoco dentro de las llamadas teorías críticas del derecho. En el pospositivismo podemos incluir a autores como –serían los más significativos– DWORKIN, ALEXY, NINO y el último MACCORMICK. Se caracterizan fundamentalmente por entender el derecho no solo como un sistema de normas, sino fundamentalmente como una práctica social, dirigida a lograr la satisfacción de ciertos fines y valores, pero dentro de lo que es el sistema de normas, y, por eso, el pospositivismo no desconoce que el derecho es una práctica autoritativa, que hay límites marcados por la autoridad y que dentro de esos límites –que son muy amplios en nuestros sistemas jurídicos– cabe un manejo del material jurídico, un manejo argumentativo, dirigido precisamente a esto, a lograr ciertos fines. Se trata de una concepción que no parte de la existencia de una separación tajante entre el derecho y la moral y esa es la gran diferencia con el positivismo jurídico. De todas formas, el pospositivismo de esos –grandes– autores presenta en mi opinión ciertas debilidades que provienen seguramente de un modelo de derecho muy anclado en el individualismo (probablemente por la predominancia de la filosofía angloamericana en los últimos tiempos; aunque este no sea el caso de NINO), y de que ponen también un excesivo énfasis en el punto de vista del aceptante, lo que lleva entre otras cosas a fijarse únicamente en las argumentaciones de los jueces y, en particular, de los jueces de las instancias superiores. Además, me parece que hay una tendencia también a presentar una imagen un tanto idealizada del derecho, particularmente en el caso de ALEXY; este último ha construido una teoría de la argumentación jurídica de extraordinario valor, pero que no hace justicia, cabría decir, a toda la complejidad del derecho. Entonces, lo que yo planteo en este libro (*Filosofía del derecho y*

transformación social) es un pospositivismo que trata hacer frente a estos problemas que acabo de mencionar.

S. M.: Profesor, teniendo en cuenta toda su experiencia docente y formativa y sobre todo las lecciones que le ha dado al mundo en materia de argumentación jurídica, mirando las limitaciones de tiempo que hay en los cursos para desarrollar estas materias a plenitud, ¿cuáles serían los tópicos que usted recomendaría para enfatizar en estos cursos cortos que tenemos que desarrollar los docentes?

M. A.: Bueno, mi contestación sería lo que acabo de decir. Yo creo que hay que aclarar el concepto de argumentación y suministrar las distinciones, las grandes categorías que hay que utilizar. Y luego estaría la manera de enfocar esos tres problemas prácticos. En realidad, los conocimientos puramente teóricos que un jurista necesita tener no son tan grandes. En mi libro, creo que dedico unas 150 páginas a exponer la teoría y el resto (es un libro muy voluminoso, de casi 900 páginas) se ocupa de cuestiones de aplicación. Como antes decía, no basta con conocer la teoría de la argumentación jurídica, sino que hay que ser capaz de usar esos conocimientos para resolver problemas jurídicos de tipo práctico. Como tantas veces se ha dicho, el derecho es una cosa práctica, o si se quiere, una actividad en la que la teoría y la práctica se imbrican constantemente. Es absurdo construir teorías de espaldas a la práctica pero, a su vez, el práctico necesita la teoría para poder resolver mejor los problemas que le plantea su actividad.

S. M.: Qué significa para usted que, por lo menos en el mundo hispano y latino, su obra esté teniendo la trascendencia que ha alcanzado siendo usted un hombre aún joven y con mucho por aportar a toda esta generación de nuevos pensadores que se van formando en las diferentes instancias de preparación académica; y su obra está siendo editada, leída, traducida a otros idiomas. Incluso sus libros son base para el desarrollo de los cursos de argumentación jurídica en muchas universidades.

M. A.: La filosofía del derecho en el mundo latino en las últimas décadas ha tenido un gran desarrollo y el tema de la argumentación era un tema completamente postergado. Los juristas de los diversos campos, no solamente los teóricos del derecho, se están dando cuenta, yo creo, de la importancia que tiene para ellos la argumentación. Todo lo cual explica el relativo éxito de los enfoques argumentativos del derecho en los últimos tiempos. Por lo demás, me parece que el enfoque argumentativo es particularmente adecuado para hacer

penetrar la filosofía del derecho en el mundo de las dogmáticas jurídicas y de la práctica del derecho. O sea, me parece que es una manera de que los juristas dejen de considerar la filosofía del derecho como una disciplina puramente ornamental; la visión argumentativa les hace ver que las ideas iusfilosóficas forman parte de su actividad, que no es algo ajeno a su tarea de resolver problemas de tipo práctico.

S. M.: Pero entonces, tendría que asumirse la teoría de la argumentación jurídica como un capítulo de la filosofía del derecho.

M. A.: Sí. Eso es lo que creo. Algunos han presentado –me parece que equivocadamente– la teoría de la argumentación jurídica como un sustituto de la filosofía del derecho. Pero esto es un gran error; entre otras cosas, porque la argumentación jurídica no puede ser una teoría completa del derecho, porque el derecho no es solo argumentación; hay una parte muy importante del derecho que consiste en argumentar, pero el derecho no es solo eso: también están, por ejemplo, los elementos organizativos y, desde luego, la parte coactiva; al igual que el enorme caudal de materiales normativos que supone hoy un sistema jurídico y que precisan de un arduo trabajo de sistematización. En el caso de la filosofía del derecho, en mi opinión, no debería prescindirse –como me parece que está ocurriendo cada vez más– de la parte histórica. Yo no creo que en una facultad de derecho pueda haber nada más formativo que el conocimiento de la historia de las grandes ideas jurídicas. Hacer que un estudiante lea textos clásicos (que podrían ir desde la *Apología de Sócrates* a alguno de los trabajos de DWORKIN o de NINO), que sea capaz de entenderlos, de discutirlos, es seguramente lo más importante que un docente de filosofía del derecho puede hacer por sus estudiantes. O sea, que tiene usted mucha razón al hacerme esta última pregunta: la argumentación jurídica es solo una parte de la filosofía del derecho. Además, la argumentación jurídica no está conformada únicamente por ideas iusfilosóficas, aunque sí cabe decir que la filosofía del derecho ha de jugar aquí un papel rector.

S. M.: ¿Hay algunos autores latinoamericanos que usted recomendaría como lecturas fundamentales para un curso de argumentación jurídica?

M. A.: Claro. El precursor de los precursores que fue el uruguayo CARLOS VAZ FERREIRA, autor de una obra, *Lógica viva*, de extraordinaria importancia; está escrita en la segunda década del siglo xx, y eso, naturalmente, se nota, pero sigue siendo útil. También siguen teniendo interés, algunos escritos de RECASÉNS SICHES. Al igual que

los trabajos de lógica jurídica de ALCHOURRÓN y de BULYGIN y de muchos otros autores que han seguido esa dirección. Y, desde luego, toda la obra de NINO, y por más que este último no se propusiera nunca desarrollar una teoría de la argumentación jurídica. Ahora hay mucha literatura sobre argumentación, pero creo que nosotros –los juristas del mundo latino– somos muy dados a cometer el error de pensar que lo que hay que estudiar es únicamente teorías de la argumentación jurídica, y no es así. Uno –un jurista– necesita saber algo de teoría pero, insisto, el mayor déficit está en la falta de práctica argumentativa. Yo diría que nos falta cultura argumentativa y eso se nota por todas partes, incluyendo la organización institucional.

S. M.: Esa sería, diríamos un aspecto de la propuesta metodológica. Finalmente, ¿cuál sería su mensaje para mis compañeros docentes y estudiantes de derecho, especialmente de los cursos de argumentación jurídica?

M. A.: Yo les animaría a estudiar argumentación y a involucrarse en prácticas argumentativas, incluyendo aquellas que suponen un cara a cara, o sea, la confrontación dialéctica. Creo que hay que saber discutir con los otros de manera franca, directa, y sin que ello suponga ningún riesgo por lo que hace, digamos, a continuar con una relación de amistad.

Al contrario, los buenos hábitos de discusión no solo estimulan el desarrollo intelectual, sino que es una buena manera –quizá la mejor– de desarrollar nuestras capacidades humanas, de conocer a otros y de conocernos a nosotros mismos. No olvidemos la lección de SÓCRATES.

Mientras terminábamos de agradecer al profesor ATIENZA su atención y buenos consejos, en medio del bullicio del pasillo llegaban los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UFRJ, invitándonos a regresar al auditorio Antonio Carlos Amorim, localizado en el cuarto piso de la gigantesca edificación del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro, en donde estaban pronto a reiniciarse las deliberaciones vespertinas del II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, con el entusiasmo y aportes de los participantes provenientes de quince países de Europa y Latinoamérica.

RESEÑAS

LIBRO

TORRENS, MARÍA CLAUDIA
Autonomía progresiva. Evolución
de las facultades de niñas,
niños y adolescentes
(Buenos Aires, Astrea, 2019)



EMILIO GARCÍA MÉNDEZ*

Hace muchos años que estamos convencidos del hecho de que la cuestión de la infancia es demasiado importante como para dejarla solo en las manos del estrecho campo de los “especialistas”. Los llamados expertos en minoridad.

Son los filósofos del derecho en este caso y con relación al libro que aquí comentamos, los que tienen mucho que decir y, de hecho, lo dicen. Las líneas que siguen no pretenden de manera alguna sustituir la lectura del excelente libro de MARÍA CLAUDIA TORRENS, *Autonomía progresiva. Evolución de las facultades de niños, niñas y adolescentes*; por el contrario, solo nos proponemos con este breve comentario, urgir a su lectura completa.

La prueba de que lo último que necesitamos en materia de desarrollos teóricos de la infancia son a los “especialistas” la proporcionan ellos mismos. Los sesudos minoristas. Son ellos que nos han “legado” un derecho de “menores” que, paradójicamente, se presentaba a

* Abogado. Universidad de Buenos Aires (1974). Doctor en Derecho por la Universidad del Saarland, Alemania (1984). Investigador del Instituto interregional de Naciones Unidas para el Delito y la Justicia (UNICRI, Roma, 1985-1990). Coordinador área derechos del niño, Unicef, Brasil, 1994-2000. Asesor Regional derechos del niño de la oficina regional de Unicef para América Latina y el Caribe (1990-1994). Profesor regular titular de la cátedra de Criminología, Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires (desde 1988). Diputado nacional mandato cumplido (2005-2009). Presidente de la Fundación Sur Argentina. Correo electrónico: emilionuevo@gmail.com.

sí mismo como un no derecho. No hay texto tutelar, de los especialistas de la época, que no deje de recordarnos el carácter “autónomo” del derecho de menores.

Tuvimos que esperar muchos años y el acontecer de una revolución jurídica social en las relaciones entre la infancia y los adultos para entender con exactitud cuál era el contenido y la razón de dicha autonomía.

Cada tanto la historia del pasado se reescribe desde el presente. Los análisis marxianos (de MARX) provocaron una reescritura de los análisis económicos del imperio romano. Estas reescrituras han provocado, invariablemente, nuevos y variados enfoques.

No se nos ocurre mejor ejemplo práctico de lo anterior, que la Convención sobre los Derechos del Niño, que nos permitió entender, retrospectivamente, que el derecho de “menores” era autónomo, sí, pero respecto del derecho constitucional. Todas y cada una de las garantías que el constitucionalismo liberal, a partir de fines del siglo XVIII, comenzó a asegurar normativamente a todos los individuos por su carácter de tal, le fueron explícitamente negados a los menores de edad en función de su “protección”. ¿Por qué?

Porque fue con base en la violación sistemática del conjunto de las garantías, que se organizó, coactivamente, la protección de aquellos sectores doblemente vulnerables: los niños pobres. No había aquí un doble discurso. Esta práctica fue explícitamente asumida por parte de sus cultores más lucidos, como la práctica del secuestro filantrópico¹.

Quisiéramos aclarar que otorgamos a la Convención (que el libro de MARÍA CLAUDIA TORRENS desmenuza críticamente con maestría poco frecuente) este poder transformador, justamente porque consideramos a esta como exactamente lo contrario a un capricho normativo. La Convención, que reformula radicalmente las relaciones entre los adultos y los niños, ha venido para quedarse porque en realidad re-

¹ Esta referencia se encuentra en el excelente libro del historiador inglés HUGH CUNNINGHAM, *Children & Childhood in Western Society Since 1500*, Longman, Nueva York, 1995. Citamos aquí directamente de la edición italiana, CUNNINGHAM, *Storia della Infanzia*, p. 183. Aquí, CUNNINGHAM hace referencia a uno de los más famosos filántropos ingleses de fines del siglo XIX, Barnardo, quien proponía transportar compulsivamente a los niños de la calle de Londres a colonias fundadas a tal efecto en Canadá. Barnardo denominaba esta práctica de “secuestro filantrópico”, destinado a separar a los niños de sus familias inadecuadas.

sulta la traducción jurídica de una profunda transformación, aun en curso, en el campo de lo social.

Este fenómeno puede denominarse como el proceso profundo de democratización de las relaciones familiares.

Una nueva consideración de la infancia provoca nuevos y más ricos enfoques jurídicos. El viejo derecho se ha despojado de la estrecha perspectiva en que la colocaba su carácter “autónomo”.

Hace ya un buen tiempo que la cuestión de la infancia ha dejado de ser patrimonio exclusivo de jueces y asistentes sociales.

Un nuevo derecho ha provocado el ingreso en este campo de nuevos actores jurídicos.

El libro de MARÍA CLAUDIA TORRENS se inscribe de pleno derecho en esta tendencia. Su bagaje de conocimientos en el campo de la filosofía del derecho y de los derechos humanos resultan la expresión más acabada de este cambio y ampliación de perspectiva.

Debemos a MIGUEL CILLERO el brillante análisis que pone de relieve el estudio y comprensión de la Convención en torno a lo que este autor denomina sus principios estructurantes. El carácter revolucionario y pionero de sus estudios sobre uno de los principios básicos de la Convención como es el interés superior del niño, constituyen el ejemplo palmario de lo que aquí intento demostrar².

En este contexto, resulta casi natural que, en la senda trazada por MIGUEL CILLERO, el enfoque central de MARÍA CLAUDIA TORRENS, esté centrado en el más complejo y por ende tal vez menos explorado de los principios de la Convención: el principio de la autonomía progresiva.

Este texto no constituye otra cosa que el resultado del pasaje de un no derecho para las categorías marginadas de la infancia a un nuevo derecho para todos los niños.

A la riqueza de su enfoque le corresponde la introducción amplia y sistemática de un bagaje bibliográfico y jurisprudencial que lo convertirá seguramente en un texto obligado, tanto para el estudio cuanto para el fomento y estímulo de nuevas direcciones de investigación. El libro de MARÍA CLAUDIA combina admirablemente la profundidad y la extensión del análisis.

² MIGUEL CILLERO ha abordado esta cuestión en innumerables artículos; citamos por todos CILLERO, “El interés superior del niño”, en GARCÍA MÉNDEZ, *Infancia, ley y democracia*.

En uno de los libros más hermosos del siglo xx, CARLOS FUENTES afirma que el descubrimiento de América es el triunfo de la evidencia frente a la hipótesis³. Frente a las hipótesis de incapacidad de la infancia, la evidencia de la contribución de la infancia como sujetos imprescindibles de la democracia, que el texto en análisis menciona, provoca aquí el fino análisis del desarrollo jurídico de su autonomía progresiva. Los niños, junto al terrible desarrollo de la guerra, constituyen el otro polo del desarrollo tecnológico. Son paradójicamente los niños los únicos que poseen una doble condición generalmente faltante en los adultos.

Nosotros, generalmente, cuando tenemos curiosidad no tenemos tiempo y cuando disponemos del tiempo dejamos de tener curiosidad. Es precisamente por esto que, como afirma ALESSANDRO BARATTA, los niños son fundamentales para la democracia, entendida como una experiencia de vida para la cual la formulación de utopías positivas resulta imprescindible.

Son precisamente los niños, en palabras de ALESSANDRO BARATTA, los únicos capaces de pensar la realidad (lo que es) como contingente y lo que no es (aun) como posible. Es precisamente en este sentido que los niños tienen más memoria y más historia que el mundo de los adultos⁴.

Un mundo en el que la colonización de la razón cínica nos impide pensar nuevas formas del desarrollo social. La utopía como componente fundamental de la democracia.

El libro de MARÍA CLAUDIA TORRENS debe su riqueza, también, a pensar el futuro de la cuestión de la infancia desde una sólida base jurídica que, sin embargo, admite que lo mejor de esta nueva historia está todavía por ser escrita.

BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, ALESSANDRO, “La infancia como arqueología del futuro”, en BIANCHI, MARÍA DEL C. (comp.), *El derecho y los chicos*, Buenos Aires, Espacio Editorial, 1995.

BIANCHI, MARÍA DEL C. (comp.), *El derecho y los chicos*, Buenos Aires, Espacio Editorial, 1995.

³ FUENTES, *El espejo enterrado*.

⁴ ALESSANDRO BARATTA expuso por primera vez estas ideas en una memorable conferencia llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: “La infancia como arqueología del futuro”, en BIANCHI (comp.), *El derecho y los chicos*.

CILLERO, MIGUEL, “El interés superior del niño”, en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, *Infancia, ley y democracia*, Bogotá, Temis-Depalma, 1998.

CUNNINGHAM, HUGH, *Children & Childhood in Western Society Since 1500*, Nueva York, Longman, 1995.

FUENTES, CARLOS, *El espejo enterrado*, Madrid, Alfaguara, 1992.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, *Infancia, ley y democracia*, Bogotá, Temis-Depalma, 1998.

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.

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/>.

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 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:

ÁLVAREZ, 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.

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/>.

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 traducción, 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 "pre-

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

sentado 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>.

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.