FILOCAM

JULIO 2022

LA REVISTA DIGITAL DEL INSTITUTO DE FILOSOFIA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE MORON

VOLUMEN XXIII

Colegio de Abogados de Morón
Instituto de Filosofía del Derecho

Presidente: Jorge Omar Frega
Director: Cristian Callegari
Director adjunto: Osvaldo Nan
Co- directores: Adrián Cetrángolo – Marcelo Díaz - Iván Ponce Martínez
Secretario: Martín Aldax
Prosecretaria: María Eugenia Cavallo

Revista FILOCAM
Director — Martín Aldax
Jefa de Redacción y Coordinación General — Cynthia E. Callegari

Consejo de Redacción — Osvaldo Nan - Cristian E. Callegari

Staff permanente — Jorge Omar Frega - Gabriel Vignoni - Carlos Maddalena - Mariana Kaul - Mariela Blanco - Mariana Rozenhauz - Luciana Sofía Frega - Claudia Basiliz - Gustavo Baellia - Héctor Raffo - José Luis Chammah - Juan Antonio Navarro - Francisco Callegari - María Eugenia Cavallo - Pedro Janevic – Olga Mater – Marcela Leal - Carlos Birocco - Jorge Antonio Di Nicco - Elena Estela Ferrise - Pablo Fernandez Steffe - Carolina Guerfell de Grenalfe - Jorge Oscar Rossi – Gonzalo Rodríguez Naon – Paloma Gazzano – Alberto Farinati - Max Molina

Arte de tapa — Paula Piazza - Juana Illia

S U M A R I O

Presentación Filocam Volumen XXIII 4

Presentación académica *Cristian Callegari*.....5

Perspectivas de la Teoría Egológica *Rubén Marcelo Garate*.....8

El valor de la norma. Análisis de un artículo del Proyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires *Mariana Kaul*.....19

Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto judicial. La interdisciplina como eje de las intervenciones y decisiones judiciales desde una mirada crítica. El psicoanálisis como posible herramienta identitaria *Héctor Raffo* 28

El sexo y el género son atravesados por dispositivos normativos *María Eugenia Cavallo y Max Molina*.....50

Acerca de la formulación de las normas jurídicas *Patricia A. Cozzo Villafañe*. 61

¿Podemos hablar de un método interpretativo en el derecho? *Sandra Elizabeth Balzano*.....73

El discreto encanto de la opinión pública *Osvaldo Nan*.....82

AVISOS PARROQUIALES - Cuanto Bien hace la filosofía - *Alberto Farinati*..... 100

Presentación Filocam Volumen XXIII

Presentación FILOCAM Volumen XXIII

Presentación académica

Cristian Callegari[1]

La participación de FiloCam, en la Jornada Iusfilosófica desarrollada en la ciudad de La Plata confirmó que la colegiación es el canal adecuado para generar vínculos, ideas, debates, sin un fin económico; sino simplemente para crecer, buscar y satisfacer deseos, felicidad y darle sentido a la vida.

Así como muchos disfrutamos de las Jornadas Deportivas, que organizamos desde hace más de 45 años con un objetivo gregario y de camaradería, estas Jornadas académicas produjeron el mismo efecto desde lo social: tejer lazos compartir pensamiento y debate.

Si bien las temáticas giraban en torno de la teoría del maestro Carlos Cossio y la teoría egológica, las jornadas propiciaron el encuentro de todos los grandes nombres de la filosofía jurídica de nuestro país, representando a todas sus corrientes, siendo un verdadero hallazgo para nosotros escuchar a representantes del iusnaturalismo, del positivismo jurídico, analíticos, egológos y críticos.

El primer día, luego de las acreditaciones, fotos, saludos y presentaciones, se procedió al acto de apertura a cargo del decano de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata, Dr. Miguel Berri, los representantes de la AAFD y la Cátedra Libre Carlos Cossio.

Cristian Callegari, es abogado y procurador (UBA), fue vicepresidente 1ero. del CAM (2006/2008), fue consejero del CAM (2006/2014), es director de la Caja de la Abogacía (2018/2026), es miembro del Tribunal de Disciplina de la AAT, asambleísta en el CPACF, Revisor de cuentas de a AAT, además fue profesor de Filosofía del Derecho en la UBA y la UM, y es el director del Instituto del Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón, además de un dirigente colegial desde hace más de treinta años.

Cumplidas las formalidades expusieron, Claudia Torrenz (representante de la teoría crítica en la Universidad de Rosario), nuestro querido amigo Diego Duquelsky, Diego Luna (discípulo de Carlos Cossio y autor del libro "La polémica Kelsen – Cossio"), Pablo Alonso (discípulo de Eugenio Bulygin) y Julio Raffo, (amigo y discípulo de Carlos Cossio, además de Cueto Rúa, Silvio Frondizi, Abel Aristegui y otros grandes nombres).

Los organizadores, agradecieron la presencia de nuestro Instituto y de nuestro colegio de abogados de Morón auspiciando el evento y Jorge Frega, presidente del CAM, también realizó una exposición.

Al día siguiente, durante el transcurso de la mañana, los representantes del Instituto presentaron sus ponencias: Marcelo Garate (obtuvo la segunda mención especial), Mariana Kaul, (con una ponencia sobre las determinaciones de las capacidades) Sandra Balzano y Patricia Cozzo Villafañe; allí participamos además de un interesante debate sobre las ficciones jurídicas con José Luis Cimini (director del Instituto de Filosofía del CALP), Martín Aldax y Osvaldo Nan.

Por la tarde presentaron su ponencia María Eugenia Cavallo y Max Molina, y continuaron los debates, donde participó también José María Novoa.

Entre las conferencias hubo un primer panel a cargo de Carlos Petorutti, Olga Salanueva, Verónica Canale y Julio Scatolini, y al concluir las mismas hice un aporte en representación del Instituto de Filosofía del Derecho de nuestro colegio, la importancia del desarrollo filosófico en nuestro distrito por el año 1982 y nuestra relación con las teorías críticas desde 1986 y posteriormente vía zoom escuchamos las conferencias de Rodolfo Vigo, Gregorio Robles Morcón y Miguel Ángel Ciuro Caldani.

Como gran broche final tuvimos el privilegio de encontramos con nuestros entrañables maestros Alicia Ruiz y Carlos Cárcova, con quienes nos emocionamos y nos estrechamos en cálidos abrazos para luego participar de un gran debate entre Cárcova y Ricardo Guibourg, el cual reeditó sus encontradas posiciones, plagadas de humoradas y anécdotas, que hicieron más ameno el debate. Del resultado de este salí más convencido de que la teoría crítica es el camino para analizar filosóficamente el derecho, por su dinámica, visión interdisciplinaria, apertura, estudio de las teorías del discurso y del poder, saliendo de la norma, para analizar el porqué, su aplicación y el fin de estas.

Los miembros del Instituto que también participaron de este evento fueron Adrián Centrándolo, Marcelo Díaz, Alberto Farinati, Sara Calahonra, Karina Saoretti, Jorge Rossi, Blanca Medina Borja y Oscar Balan.

Con todo el grupo, quienes organizamos, los que presentaron ponencias, los que viajaron y los que por distintas causas no pudieron, pero están, hemos realizado aportes para que esta usina de pensamiento, de reflexión y de contención, continúe por este sendero, estudiando, escribiendo, capacitándose, proponiendo y teorizando, todo para comprender que es el derecho, ser mejores abogados y nos solo seres serviles de un engranaje plagado de carencias.

Esta edición de FiloCam, está dedicada a nuestra participación en la Jornada, en la teoría egológica, en Carlos Cossio, con el eje en la publicación de las ponencias que escribieron nuestros miembros para la ocasión.

Perspectivas de la Teoría Egológica

Rubén Marcelo Garate[1]

Para comprender la Teoría Egológica desarrollada por Carlos Cossio, es indispensable abordar uno de los temas más complejos de esta teoría, el cual tiene que ver con la intuición del fenómeno jurídico desde un sentido existencial. Este análisis solo puede ser realizado, cuando se tiene en cuenta la importancia de las conductas como fenómeno cultural. Las Ciencias Sociales, toman como objeto de estudio necesaria a la conducta, para entenderla desde todas las perspectivas posibles. La Ciencia Jurídica, también tiene en cuenta al mismo objeto, concreto y específico, a la hora de desarrollar su investigación, pero obviamente, su examen de la conducta, se realiza desde una perspectiva jurídica. Esto no significa dejar de lado a las normas, sino reconocerlas como una estructura conceptual, que nos permite categorizar a las conductas desde un sentido jurídico. Son las normas, las que nos hablan de un debe ser existencial por su directa referencia a las conductas.

Pensando la filosofía fundante de la Egología.

Consideramos enriquecedora la reflexión de Carlos Cossio, por su visión de la realidad jurídica, como un fenómeno complejo que tiene inexorablemente un desarrollo social y cultural. También, es interesante la integración que propone entre la filosofía del derecho y la filosofía general, planteando un método en el que conjuga las ideas de la

[1] Profesor en Filosofía y Cs. de la educación. Abogado. Doctor en Derecho. Docente de la UNLP y en la UM. Especialista en Derecho de Familia y Especialista en Derecho Procesal Civil. UBA.

fenomenología de Husserl, con el pensamiento existencialista de Heidegger. La comprensión de ambas teorías filosóficas, resulta fundamental para comprender y contextualizar a la egología[2].

Tolo esto, nos lleva a señalar de forma específica, las tesis filosóficas, que resultan ser estructurales para la construcción de la Teoría Egológica. Estas son: 1) todo lo que existe es algo, porque no hay existencia sin consistencia. 2) se puede predicar algo sobre alguna cosa, pero no se puede hablar de algo, sin que ese algo tenga alguna existencia. 3) todo juicio está referido a alguna cosa. 4) el lenguaje expresa conceptualmente lo que percibimos como realidad. Claro que todas estas tesis, tienen por objeto señalar a la conducta, como aquello que existe de forma concreta y puede ser percibida por nuestros sentidos. Es este dato fáctico, al cual las normas se refieren, cada vez que pretendemos interpretarlas y aplicarlas, en procura de establecer el sentido de la conducta.

No obstante, ahora conviene que enunciemos la tesis central de la teoría egológica, que da fundamento a esta reflexión jurídica, para ello citamos textualmente lo dicho por Cossio, quien afirma: *"una norma dice algo respecto de una conducta y solo respecto de una conducta, sin la cual todo lo que dijere no tendría sentido"*[3]. Un ejemplo de esto, lo encontramos en las normas contractuales, que nos dicen cuáles son formalidades que deben ser cumplidas para dotarlo de validez, pero estas solo nos interesan, cuando al menos dos personas, quieren autodeterminar su voluntad obligándose a realizar alguna prestación o contraprestación.

2 Cossio Carlos. *Teoría Egológica del Derecho*. Buenos Aires. Depalma. 1964. Pág. 19.

3 Cossio Carlos. *Radiografía de la Teoría Egológica*. Depalma. 1987. Pág. 25.

La concepción epistemológica de la teoría egológica le atribuye centralidad a la conducta, al entender que toda ciencia debe partir de la observación de un fenómeno específico, de un dato empírico que resulta ser su sustrato de estudio. Estas ideas encuentran sustento en la reflexión de Husserl, quien ha sostenido que el fenómeno es aquello que se presenta a la conciencia como experiencia o intuición. Estas experiencias, conforman una vivencia, que no puede ser escindida de una situación específica, en tanto que, lo percibido, siempre está referido a un objeto. Bien puede decirse que toda conciencia, es conciencia de algo, este fenómeno que percibimos, no puede ser otra cosa que la conducta, en la medida que lo analizamos en un sentido jurídico.

Por otro lado, Heidegger afirma que no es posible hablar del conocimiento de las cosas, sin tener en cuenta al propio sujeto. Según lo dicho por el existencialismo, el estudio del dasein o ser ahí, no es otra cosa que la reflexión sobre el sujeto. Al *dasein* le compete ser en el mundo, por ello, resulta imprescindible su estudio, para poder revelar el sentido del ser. Esta perspectiva antropológica de corte empirista, afirma que el sujeto es un ser para la muerte, en tanto que transita una duración temporal, por lo que necesita encontrar un sentido de su propia existencia[4].

Estas ideas llevadas al campo del Derecho, provoca que pongamos el foco de atención en la mismidad de la conducta de los justiciables, pero también en la conducta de los jueces, funcionarios y abogados, en tanto que se comportan en base a un *deber ser* existencial o, mejor dicho, porque algunas de sus conductas están reguladas normativamente. La visión de la egología no identifica al Derecho con las normas, porque en

4 Stein Edith. *La pasión por la verdad.* Buenos Aires. Bonum. 2da. Ed. 2003. Pág. 73.

ese caso tendríamos una mirada parcial sobre el fenómeno jurídico. Cuando Cossio define al derecho, como conducta en interferencia intersubjetiva, nos propone una mirada disruptiva sobre el Derecho, alejándolo del análisis meramente lógico para acercarlo a la realidad.

El jurista no es un operador de normas, sino alguien que se involucra con hechos. Nos comportamos cumpliendo o incumpliendo normas. Sin embargo, las categorías de lo lícito o ilícito, son totalmente vacías, si estas no están referidas a las conductas[5]. Debemos tener en cuenta, que, en la actividad judicial, las normas se ponen en acción, cada vez que estas son aplicadas, esto provoca la necesidad de interpretar las normas jurídicas y valorar las conductas[6].

La impronta fenomenológica, le permite a Cossio, entender las acciones humanas, como un objeto cultural, lleno de sentido y contextualizado en un espacio y tiempo. Lo histórico, es una parte constitutiva de la interpretación, en la medida que las mismas normas pueden ser reinterpretadas bajo otras circunstancias. La clave cultural, nos permite comprender que la conducta tiene un profundo sentido axiológico. Cossio propone un método empírico – dialéctico para el derecho, porque a partir de la realización de la realización de la conducta, recurrimos a la norma para conocer su sentido jurídico. La norma funciona como una categorización de la conducta, en tanto que la clasifica de una forma específica[7]. La egología, presenta a la conducta como un deber ser existencial, no solo porque la norma establece una apreciación sobre esta, sino también porque la norma nos permite saber la exigencia social que

5 Luna Diego. La polémica Kelsen – Cossio. Buenos Aires. Lex. 2020. Pág. 148.

6 Cossio Carlos. *Radiografía de la Teoría Egológica*. Buenos Aires. Depalma. 1987. Pág. 60.

7 Ídem. Pág., 252.

pesa sobre dicha conducta. En consecuencia, el punto de partida de la Ciencia Jurídica se encuentra en la conducta normativamente pensada, como posibilidad de ser de la acción intersubjetiva. La conducta, objetivada por la norma se constituye en el objeto de nuestra comprensión. Un buen ejemplo, de esto, lo encontramos en la posibilidad de reflexionar sobre la actividad judicial, desde su conformidad con lo estrictamente normado.

Particularidades y diferencias de la Teoría Egológica.

Para la Teoría Egológica, el análisis lógico de las normas, no impide que perdamos de vista, el objeto sobre el cual se aplica dicha conceptualización. Sostiene la tesis que la lógica permite relacionar al sujeto pensante con el objeto pensado[8]. Así considera a la norma, como una forma de conceptualizar a las conductas. Para Cossio, las normas son un juicio de *deber ser* y no de un *poder ser* dado su carácter obligatorio[9].

Esta concepción sobre las normas, es una de las grandes diferencias, que podemos señalar entre la Teoría Pura y la Teoría Egológica, por más que esta última, siempre haya destacado la originalidad de Kelsen, por enfrentarse al problema de la fundamentación de la Ciencia Jurídica y encontrar un método científico, apropiado para este objeto de estudio. Considera que la Teoría Pura, se queda en un análisis vacío del contenido de la norma, sin abordar el sentido ontológico de esta. Para Cossio, la Teoría Pura permanecer en un plano ideal, por mirar solamente su estructura lógica de la norma[10].

8 Cossio Carlos. *Teoría Egológica y Teoría Pura.* Buenos Aries. La Ley. Doctrina. 2/12/2003. Pág. 10.

9 Cossio Carlos. *Nota sobre la teoría de la imprevisión.* La Ley. Buenos Aries. Doctrina 1074. 2003. Pág. 10.

10 Cossio Carlos. ¿Cómo ve Kelsen a la Teoría Egológica del Derecho? Buenos Aires. La Ley. Doctrina. 2/12/2003. pág. 12.

Otra diferencia significativa entre ambas teorías, tiene que ver con la negativa a realizar un análisis de los dualismos, la egología prefiere utilizar el método fenomenológico, a fin de vincular la intuición con el sentido. Reconoce una relación entre el signo lingüístico y su significado, el cual debe ser interpretado en clave espacio – temporal. Las palabras, siempre evocan una significación, pero esta puede irse modificando con el tiempo[11]. La teoría egológica, reconoce en la norma una forma de significar aquello que nos es puesto ante nuestro conocimiento jurídico. Son los juicios normativos, los que revelan el sentido que las cosas tienen para nosotros.

Proyecciones prácticas de la Teoría.

Las enseñanzas de Cossio persisten cada vez que pensamos la función de los operadores jurídicos. Esta actividad redunda en la valoración de las conductas, sin dejar de lado a las normas, cada vez que se quiere dar un fundamento a la actividad jurisdiccional. Sin lugar a dudas, la actividad del jurista, tiene que ver con la comprensión de las conductas, tomando a las normas como esquema de comprensión. Dado que establecen una modalidad de acción, y nos permite categorizar las conductas. Esta valoración de la cual nos habla la Egología, siempre es realizada a partir de lo que las propias normas nos refieren sobre las conductas, porque Cossio nunca renuncia a una visión positivista del fenómeno jurídico.

Cuando pensamos en los valores y en el sistema normativo argentino no podemos menos que pensar en lo establecido por el Código Civil y Comercial. Desde su inicio, el artículo primero nos habla de la

11 Cossio Carlos. Cossio Carlos. *Teoría Egológica del Derecho*. Buenos Aires. Depalma. 1964. Pág. 328.

pluralidad de fuentes. Esto, nos lleva a que comprendamos, que la ley, solo es una parte del Derecho, y que esta debe ser leída en relación a lo establecido, por la Constitución, las Convenciones Internacionales, la costumbre, como así también la jurisprudencia y la doctrina, indispensables a la hora de interpretar. Antes de la reforma, se pensaba que la coherencia del ordenamiento jurídico, dependía del legislador, en la actualidad con un sistema plural de fuentes, la actividad del intérprete resulta fundamental. Sobre todo, porque esto permite la construcción del sistema jurídico a partir del caso. Siendo el dato fáctico, el que nos lleva a determinar la norma aplicable. Esta actividad ya forma parte de nuestra cultura jurídica, porque debemos tener en cuenta aquellas fuentes del sistema que son necesarias para sostener y argumentar una tópica. Tomando en cuenta la actividad interpretativa, el artículo segundo, reconoce la importancia que tienen los valores jurídicos. Asimismo, el Código establece la función complementaria de los principios y derechos contenido en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que sientan las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el propio sistema.

La actividad jurisdiccional, tiene la mayor importancia para la Egología, porque en las sentencias se valoran conductas conforme lo establecido por la norma. En este sentido, el Código nos dice que la característica esencial de la decisión judicial es su razonabilidad, posibilitando de esta forma el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad sobre la actividad jurisdiccional. La legitimidad de la de la sentencia, puede ser examinado a partir de los argumentos esgrimidos. Tengamos en cuenta que la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia, propugna la crítica a las resoluciones judiciales que carecen de una argumentación razonada. Como bien ha dicho Carlos Cossio, la vida social

tiene una exigencia de justicia, que nada tiene que ver con abstracciones, sino con la buena administración del derecho.

Los principios jurídicos exigen ser aplicados, por el juez en sus decisiones, a fin de lograr cierta corrección. Su utilización sirve para valorar el conflicto social y justificar el acto jurisdiccional. La construcción del razonamiento judicial se apoya en una fundamentación lógica y axiológica de las normas, que permite la contextualización de la conducta[12].

La Egologia, no solo nos permite entender la importancia de los principios como criterios axiológicos de la decisión jurídica, sino también a contextualizar los nuevos paradigmas convencionales en materia de derecho de familia, que por ejemplo obligan a favorecer el bienestar familiar y asegurar el interés superior del niño. Procurar garantizar derechos de este tipo, necesariamente requiere partir de la situación concreta y específica, que se encuentra expresada por la conducta desarrollada por los protagonistas del conflicto. Para lograr esta aproximación las normas se remiten al principio de inmediatez. En consecuencia, el juez tiene en sus manos la responsabilidad de obtener el conocimiento directo de quienes intervengan en el conflicto, su historia personal, su situación particular, y todo otro dato que le permita configurar la toma de medidas estratégicas de contención. El protagonismo judicial se exterioriza no sólo en la escucha directa del niño, con el debido respeto a sus "tiempos", sino además en la conducción directa del caso. Bajo este objetivo, resulta importante el trabajo interdisciplinario, que en el derecho de familia no es una novedad sino una necesidad. Solo se puede lograr una comprensión de las relaciones familiares desde una perspectiva

[12] Cueto Rúa Julio. Fuentes del Derecho. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1994. Pág., 126.

integral que permita una intervención equilibrada. Teniendo en cuenta, que se debe apuntalar lo que sea estrictamente necesario, con la finalidad de orientar la toma de decisiones.

También podemos hacer referencia a la tutela judicial efectiva, que toma en cuenta la concreta situación del justiciable, quien se encuentra en estado de vulnerabilidad. Para ello es necesario la valoración de los hechos, a fin de hacer concretos los derechos, como así lo establecen los artículos 8 y 25 Convención Americana de Derechos Humanos. No obstante, este principio, se relaciona con el derecho de acceso a la justicia. La rápida respuesta y acción de la justicia ante un reclamo, permite hacer efectivo los derechos que se proclaman. En este sentido, Cossio nos refiere la necesidad de asegurar los derechos, más que limitarnos al cumplimiento de formalidades. La tutela judicial, efectiva, responde a brindar seguridad jurídica, frente a la impotencia de sentirse vulnerable.

En este sentido, podemos también hablar de la tutela judicial *diferenciada*, en relación a las cuestiones de familia, que exige reglas propias y flexibles, en especial por la urgencia de algunas cuestiones, como así lo es, la problemática de la violencia familiar y de género. Este principio requiere un proceso en el cual el juez desarrolle un rol activo, en el que las partes acerquen pruebas conducentes en el marco del procedimiento flexible que posibilite las soluciones autocompuestas y que los espacios de diálogo produzcan los acuerdos necesarios para lograr la continuidad de las obligaciones familiares, siempre parciales, frecuentemente revisables, posibles y realizables.

La dinámica del derecho, nos obliga a comprender los estándares propuestos por el derecho internacional, como criterios para la aplicación de las normas jurídicas. Si queremos tener una visión integral del fenómeno jurídico, debemos considerar las exigencias de racionalidad, de las decisiones jurídicas. No podemos dejar de tener en cuenta el sentido axiológico que conlleva una decisión jurídica.

En el caso de la protección de las personas con discapacidad, podemos subrayar lo establecido por el art. 455 del C.C.C., sobre el deber de contribución de los cónyuges, al sostenimiento de los hijos comunes o propios de uno de ellos, que tiene capacidad restringida y conviven con ellos. Disposición que encuentra su fundamento, en la idea que supone la vida matrimonial de construcción de un plan de vida conjunto. Las partes se obligan a satisfacer las necesidades vitales del grupo familiar que conforman. La norma encuentra su justificación nuevamente en una valoración específica como la solidaridad familiar, la cual prima sobre la libertad de los cónyuges. El articulado, coloca en el centro de la regulación a la persona, a fin de resguardar a quienes, pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad dentro del grupo familiar, imponiendo deberes específicos a los parientes por afinidad, reconociendo la importancia de este vínculo social, sobre el que se construyen relaciones afectivas y jurídicas.

Buscando conclusiones.

La vida del derecho consiste en un intercambio de argumentos, que ofrecen interpretaciones alternativas sobre lo que el derecho es. La Teoría creada por Carlos Cossio, nos ha enseñado que, para hacer filosofía del derecho, no podemos dejar de tener en cuenta las

enseñanzas de la filosofía general, cuyo pensamiento debe ser integrado a la reflexión jurídica. También nos ha dicho, que no podemos apartarnos de lo que nos dice el derecho positivo, aún para realizar algún tipo de valoración. Por tanto, no debemos temer a meternos con los valores, porque en definitiva las normas establecen juicios del deber ser en tanto criterios de conducta. El fenómeno jurídico, comienza con el conocimiento del dato fáctico que nos presenta la conducta, y que conforme lo determinado por las normas tiene relevancia jurídica.

Pensar la vida jurídica con perspectiva egológica, implica tener en cuenta las exigencias de un estado de derecho, lo cual se encuentra vinculado al respeto de los derechos humanos y los procedimientos institucionalizados. Sólo podemos hablar de legalidad y legitimidad, cuando se siguen estos criterios de acción. La incorporación de los derechos humanos, en el quehacer cotidiano, no solo tiene que ver con hecho de encontrarse, en el catálogo de derechos fundamentales de nuestra constitución. Sino con la efectiva aplicación por parte del órgano jurisdiccional, en la medida que estos derechos permitan valorar de alguna forma la situación de las personas vulnerables. En definitiva, podemos concluir que la preocupación de Cossio, ha sido pensar el derecho, no como una abstracción, sino como una concreta herramienta, que permita el desarrollo individual y social, en total libertad y bajo el cumplimiento de las normas jurídicas. Basta pensar que los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades que, en cada momento histórico, recogen los valores jurídicos de la dignidad, la libertad y la igualdad humana.

El valor de la norma. Análisis de un artículo del Proyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

Mariana Kaul[1]

"Los locos en la niebla

Y los niños en la aurora de sus palabras dementes

Según dice la gente cada cual a su modo nunca mente

Pero a los locos se los mata

Y los niños crecen"

Los locos y los niños- Silvina Garre

Resumen:

El jurista no puede argumentar que no debe interesarse por el sentido político que tiene el derecho. Si la neutralidad política del jurista es inaceptable, la elección y el alcance de las palabras elegidas en la norma no es menor. Las en función de la representación de la conducta que las palabras significan, los valores que estas representan no son menos importantes. Y en confrontación de valores, debe darse mayor relevancia a aquellos que representen la mayor protección de la dignidad humana.

Desde la ciencia jurídica es fundamental exhibir las injusticias y desigualdades que las palabras revelan para que los actores sociales sean

1 Abogada UBA, Ex docente de Derecho de Familia UBA, Magister en Derecho Civil Universidad Austral, Defensora Oficial a cargo de la UFD Nº 6 del Departamento Judicial de Morón.

capaces de transformar la estructura social con el objeto de hacerlas desaparecer y poder modificar las estructuras de poder a través de la conducción de una práctica política.

Sobre la dignidad de las personas con discapacidad intelectual.

En 1512 en el convento de San Pablo de Burgos, se realizó una Junta de teólogos y juristas, al cabo del cual se promulgaron las llamadas Leyes de Burgos. Esta reunión fue convocada por el Rey Fernando y su objeto era estudiar las denuncias que sobre el trato que se infringía a los indígenas en América.

Más allá de los detractores y defensores que tuvo la norma, existe consenso en cuanto a reconocer la importancia que supone las leyes de Burgos. siendo consideradas por algunos como la primera declaración de Derechos Humanos.[2]

Entre agosto de 1550 y mayo de 1551 hubo una nueva convocatoria reunida en Valladolid donde tuvo lugar la llamada "Controversia de Valladolid". La controversia versaba sobre la polémica por los naturales. Uno de los mayores defensores de la dignidad y libertad de los nativos de la América Hispánica fue Bartolomé de las Casas mientras Juan Ginés de Sepúlveda defendía el derecho de dominio de los españoles sobre los indígenas, a quienes consideraba inferiores.[3]

Todos sabemos que la "duda" sobre la inferioridad o igualdad de los nativos tardó muchos años más de los que don Bartolomé hubiese querido en ser superada.

---

[2]https://www.lamjol.info/index.php/RCI/article/view/9887/11920; https://www.scielo.sa.cr/scielo/Las Leyes de Burgos; https://elcomentario.ucol.mx/leyes-de-https://amycos.org/exposiciones/las-leyes-de-burgos-y-los-pueblos-indigenas/burgos-reconocimiento-de-los-derechos-humanos;

[3]. Ver entre otras: "Bartolomé de las Casas y los derechos del indio". Biblioteca Unesco. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000074840_spa

Tanto la Constitución Nacional, modificada en el año 1994, como diferentes instrumentos internacionales de protección contemplan derechos específicos y obligaciones concretas a los Estados en favor de las personas con discapacidad. El artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional prevé que el Congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por ella y por los tratados internacionales, Entre los diferentes instrumentos que gozan de jerarquía constitucional el de mayor relevancia en la materia es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada el 30 de marzo de 2007 y que entrase en vigor el 3 de mayo de 2008 (CDPD).[4]

La Convención regula principios, derechos y obligaciones para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad.

El 25 de noviembre de 2010 el Congreso Nacional sancionó la ley 26.657 que regula el derecho a la protección de la salud mental. Según su artículo 1° el objeto de la ley es asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas y al pleno goce de los derechos humanos de aquellos con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de de derechos humanos. [5]

A la Convención Internacional se suma la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, firmada el 6 de agosto de 1999 y que entró en vigor el 14 de septiembre de 2001.[6] La importancia de la Convención Interamericana radica en dar una definición más amplia de discapacidad ya

[4]https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf

[5]servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm

[6]https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html

que no se circunscribe al modelo “biomédico” y entiende que la discapacidad puede ser causada o agravada también por el entorno económico y social

Las personas con discapacidad son aquéllas que tienen diferentes tipos de “deficiencias” físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.

La lectura de estas normas me recuerda la lectura de las leyes de Burgos y las controversias de Valladolid. Y asemejo la discusión sobre la dignidad (y/o inferioridad vs. Igualdad) de los nativos a la de la dignidad de las personas con discapacidad mental.

Porque amplia es la doctrina relacionada con el gran cambio de paradigma que significó la desaparición de las calificaciones de capacidad absoluta y relativa en el C.C.C.N. y los derechos de las Personas con Discapacidad y la obligación de respetar garantías del debido proceso diferenciadas, acorde con el mandato que emana de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, la práctica continúa plagada de situaciones en las que los deseos y voluntades de las personas con discapacidad mental no son tenidos en cuenta ni se les brindan las herramientas adecuadas para vivir integrados en sociedad.

Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia y Garantías.

Siguiendo a Ferraioli “garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”. [7]

Este autor nos dice que existen 2 tipos de garantías: las primarias o sustanciales que serán aquellas consistentes en obligaciones o prohibiciones

[7]Ferraioli, Luigi, “Garantías”, Revista “Garantías”. Año 2, Número 4. diciembre de 2000, Revista Jurídica de la Defensoría del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Pag. 4

que correspondan a los derechos subjetivos garantizados y secundarias o jurisdiccionales que redundara en la obligación de los órganos jurisdiccionales de aplicar la sanción a los actos que violen los derechos subjetivos y con ellos las garantías primarias. [8]

Los códigos de procedimientos brindan las garantías por antonomasia para el resguardo de los derechos de las personas. Y desde esta perspectiva me resulta de interés efectuar algunos análisis sobre el proyecto que la Provincia de Buenos Aires se encuentran estudiando con relación a la modificación integral del Código Procesal Civil y Comercial.

En la parte 2. IV del proyecto de CPCyC, encontramos los artículos relacionados con los PROCESOS DE FAMILIA. El capítulo 75 se refiere a los procesos de determinación de la capacidad jurídica.

El artículo 625 actualizado [9]es el que propone la participación en el proceso de la persona cuya capacidad jurídica se pretende determinar.

Continuando con la dinámica del C.C.C.N. cada artículo detalla el título de la temática tratada y el mencionado 635 se titula "Participación en el proceso. Designación de abogada o abogado" cuyo texto dice; "Si la persona en cuyo interés se promueve el proceso no es la peticionante de la declaración, se le notificará de la petición y se le hará saber que tiene derecho a designar una abogada o abogado y que, si no lo hace, se le designará una defensora o defensor oficial.

… La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte. La falta de oposición a la promoción del proceso y a la determinación judicial

[8]Ob. cit. Pag. 8

[9] Texto sugerido con modificación realizada el 13-12-2021 a partir de las propuestas de Silvia Fernández, Marina Méndez Erreguerena, Ignacio Zelasqui y José María Martocci en la comisión de trabajo sobre determinación judicial de apoyos para el ejercicio de la capacidad.

de apoyos no la perjudica. Además, puede oponerse a la declaración y ofrecer prueba en cualquier estado del proceso.

La jueza o juez deberá garantizar condiciones de accesibilidad, adoptar los ajustes de procedimiento y disponer lo pertinente para que la persona pueda contar con el o los apoyos que requiera para participar en el proceso en igualdad de condiciones con las demás personas."

Desde la lógica de que la neutralidad jurídica del jurista es inaceptable varias cuestiones, planteadas como "garantías" llaman mi atención.

1.- Que "*la falta de oposición a la promoción del proceso y a la determinación judicial de apoyos no la perjudica*."

Si estamos hablando de un proceso diseñado especialmente para cuidar a la persona y establecer en qué puntos necesita un apoyo para su vida en interacción social ¿cómo podría cualquier cosa que ella hiciera a favor o en contra perjudicarla?

2.- "*la jueza o juez deberá garantizar condiciones de accesibilidad"*

Desde la lógica interrelacional de las conductas que plantean las normas, ¿qué significa condiciones de accesibilidad?

3.- *"se le notificará de la petición y se le hará saber que tiene derecho a designar una abogada o abogado y que, si no lo hace, se le designará una defensora o defensor oficial."*

Propiciar la plena integración en la sociedad y la defensa de sus derechos ¿realmente es designarle un defensor oficial?. ¿Por qué decir que se le designará un defensor/a oficial y no decir que debe presentarse con un abogado? ¿Por qué asemejar esta intervención a la designación supletoria de defensor oficial en las causas penales? ¿Cual es la falta que la persona

ha cometido para que se le deba designar obligatoriamente un defensor oficial?

Entiendo que designarle un defensor oficial, es más practico que informarle que debe concurrir con un abogado como todos los ciudadanos que se presenten ante un Juzgado. Entonces, ¿le estamos garantizando a esa persona realmente condiciones de accesibilidad? ¿O hacemos como sí?

Porque tradicionalmente los defensores oficiales ya intervienen en las curatelas, hoy determinaciones de capacidad jurídica. Antes del año 2015 por aplicación de la la figura de curador provisorio del actual articulo 622 CPCC . recae sobre los defensores oficiales en una figura sustitutiva de la voluntad y básicamente de control de legalidad. Y luego de la modificación del C.C.C.N. en el año 2015, que introdujo la obligación de que las personas sometidas a un proceso de determinación de capacidad jurídica deban contar con un patrocinio letrado.

Las funciones de este curador provisorio/abogado surgen del aún no reformado art. 620 inc. 1° del CPCC.[10] Tal como lo sugería la lógica de la época en que esa norma fue redactada, la figura de este curador era un figura de control de legalidad y de sustitución de la voluntad de la persona sometida al proceso.

En 2015 cambió el nombre. Pero la función no cambió. ¿Por que el código no cambió o porque la mentalidad de los operadores no lo hizo? .

Análisis del tema planteado desde la Teoría Egológica del Derecho

Si partimos del concepto de que de la conducta debida es lo primordial en el derecho y el comportamiento habitual de la generalidad de

[10] 620 inc. 1° del CPCC, que dice "el nombramiento de un curador provisional, que recaerá en un abogado de la matrícula. Sus funciones subsistirán hasta que les discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda"

los sujetos pasivos a los que está dirigida, ¿alcanza la modificación de la norma para modificar la conducta?

Frente a la práctica en este tema encuentro difícil conciliar que "las normas nos resultan un simple concepto que representa intelectualmente una conducta"[11]

Aquí entra inevitablemente el elemento de la valoración planteado por Cossio.[12] La valoración jurídica se ofrece como un elemento material pero necesario."[13]

Si la ciencia dogmática no es la norma sino "*la conducta humana en su interrelación intersubjetiva*", nos encontramos con un problema cuando en esa interrelación colisionan valores intersubjetivamente considerados a la vez como positivos por algunos y como negativos por otros.

Si "*cualquiera sea la institución que se realice, siempre esa institución es alguna justicia, algún orden, alguna seguridad, etc*.", porque lo que todas las figuras jurídicas tienen, y, por lo tanto, lo que no se puede hacer desaparecer, es una valoración positiva o negativa de justicia, de orden, de seguridad, etc.", cabe hacerse la pregunta sobre qué valores se reforma un código de procedimiento que brinda garantías que a priori mantiene instituciones (aunque transformen su nombre) que resultan aparentes e inadecuadas para el ejercicio efectivo de los derechos, en este caso en particular de los de las personas con discapacidad intelectual.

[11]Cossio, Carlos. "La Teoria Egológica del derecho y el concepto juridico de la libertad", Ed.. Lossada, Bs.As., año 1944, pag. 103.

[12] Cossio, Carlos. "La valoración jurídica y la ciencia del derecho", 2a. ed., Buenos Aires, Arayú, 1954,

[13] Cossio, Carlos. "El derecho en el derecho judicial", 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, pág. 87.

Las personas con discapacidad requieren medidas especiales para poder ejercer sus derechos humanos en igualdad de condiciones que las demás, para que realmente se eliminen todas las formas de discriminación contra ellas como la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella aspiran.

De no suceder así, *"liberaremos a los encadenados pero el silencio y mutismo de todos lo encierran en el uso restringido de una libertad vacía: … es el propio hombre, y no su protección en el delirio, el que se encontrará actualmente humillado*".[14]

El curso de los sucesos históricos no es igual según que esté orientado por ideas o carezca de ellas. Por ello me permito esta humilde apreciación en el deseo de que buenos operadores jurídicos puedan hacer buen derecho con sus buenas conductas a pesar de tener malas leyes, en la valoración suprema de la libertad y la dignidad de las personas.

Para que no tardemos tanto como don Bartolomé de las Casas en ver a las personas con discapacidad integradas y en su dignidad.

.

[14]Foucault, Michel. "Historia de la locura en la época clásica.". Ed. Fondo de Cultura Económica. Mexico. 1998, pag. 241.

Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto judicial. La interdisciplina como eje de las intervenciones y decisiones judiciales desde una mirada crítica. El psicoanálisis como posible herramienta identitaria.

Héctor Raffo[1]

El presente trabajo hace foco en la interpretación que deberá hacerse respecto a la prueba pericial conforme lo normado en el art. 457 y siguientes del CPCyC, cuando en los procesos se encuentran involucrados niños, niñas o adolescentes. La norma indica que, para apreciar hechos controvertidos, será admisible la opinión de expertos en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada.

Esta interpretación se inscribe a mi criterio con el enfoque dado por la teoría crítica del derecho como motivador de los distintos operadores y que va más allá de las concepciones tradicionales interpretaciones del discurso jurídico.

Tomaremos como eje de la propuesta, cuando alguno de los sujetos procesales involucrados no posee una capacidad exigible en el

1 Abogado - Ex – Juez de Menores del Departamento Judicial de Morón – director de la Comisión de Abogados del Niño del CAM – Ex Integrante del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires – Docente Universitario – Ex presidente de la Asociación Argentina de Magistrados de la Justicia de Menores y de Familia.

mundo de la adultez (arts. 25 y sig. del CCyC), la especialización requerirá ribetes propios.

Para ello debemos tener en cuenta que además de dicha norma los derechos de niños, niñas y adolescentes están plasmados en la Convenciones Internacionales incorporadas a nuestra Constitución Nacional (Art. 75 inc. 22), en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la leyes especiales tanto en el orden nacional como local, las que surgen de otras disposiciones del Código Civil y Comercial, La ley 26.061, el denominado Corpus Juris Latinoamericano integrado por Opiniones Consultivas y Fallos de la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos y las Opiniones del Comité de Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas.

De las normas aludidas surgen dos ejes que deben ser tenidos en cuenta a la hora de resolver cuestiones referidas a la promoción y protección de NNyA en los distintos dispositivos de naturaleza administrativa o judicial destinados a tal fin.

Ellos son:

1) Tener presente el interés superior del niño a la hora de decidir

2) Su derecho a ser oído en cualquier instancia teniendo en cuenta su capacidad progresiva de comprensión, a la hora de abordar el contacto de aquéllos con el mundo adulto y las ulteriores decisiones que se adopten en cualquiera de los ámbitos en que se produzca el contacto.

La herramienta a utilizar mencionada en la normativa vigente y en los distintos pronunciamientos jurisprudenciales, es la utilización de la interdisciplina como herramienta de intervención en cuestiones de familia (art 706 inc. b del CCyC).

De este panorama normativo cabe decir que las herramientas mencionadas son en la realidad líneas de intervención a seguir, aunque en la realidad, lejos se está de aplicarlas adecuadamente.

Ello así, deberemos reformularnos el sentido del lenguaje aplicado por los distintos operadores del sistema, su disímil interpretación de los términos y los caminos a transitar más allá de la metodología propia de cada dispositivo en aplicación de esos ejes. Cada uno tiene su propio discurso, al margen de los marcos teóricos de aplicación, dado que nos encontramos con un dispositivo enancado en dos poderes del Estado: el Ejecutivo y el Judicial.- Es precisamente en este punto que nos detendremos, habida cuenta de observar que los dos ejes normativos mencionados remiten a una realidad cual es que el tránsito por instituciones y organismos por parte de NNyA, implica un derrotero totalmente incierto.

Es aquí que me detendré para examinar los contenidos de dichos ejes que consagran a NNyA como sujetos de derecho, el mandato conceptual que consagra a la interdisciplina como herramienta de abordaje, la realidad y, y según mi criterio su cotejo con las corrientes críticas del derecho al que adherimos como forma adecuada para la interpretación del discurso jurídico concebido como práctica social.

Objetivos e hipótesis de trabajo.

Consisten en cotejar los fundamentos y definiciones que la normativa refiere al colectivo niñez y la posible intersección con otros discursos, como una de las unidades de análisis para procurar decisiones eficaces.

La admisibilidad de la prueba pericial está supeditada a la existencia de hechos controvertidos que requieran conocimientos

especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada.

Considero que no corresponde hacer distinción entre estas categorías dadas las características peculiares que rodean en especial colectivo niñez, cuando éste debe enfrentarse a dispositivos no pensados para ellos, cual es la institucionalización, reiteramos sean administrativas o judiciales.

En el terreno de la práctica lo dicho se sintetiza en saber qué camino elegir cuando algún NNyA se encuentra inmerso en algún tipo de procedimiento, en aras de respetar entre otras opciones, su derecho a la identidad, su interés superior, el agotamiento de las posibilidades de permanecer con su familia de origen, ser adoptado, las posibilidades de insertarse en su familia ampliada, la preservación de sus vínculos fraternos, su propia participación en el proceso teniendo en cuenta su grado de madurez, entre algunas de las hipótesis a trabajar.

La totalidad de los casos la tarea pericial abarcará a niños y adultos, circunstancia que obliga al experto a utilizar distintas técnicas en los abordajes.

Imaginemos por ejemplo un caso de establecimiento de un régimen de comunicación entre un niño y sus referentes parentales enfrentados en una disputa por su cuidado.

Para éstas y otras cuestiones es menester analizar en detalle, lo que podríamos denominar “el estado del arte” en estos tiempos teniendo en cuenta que lo normado no significa otra cosa que ficciones creadas con el fin de orientar el camino hacia una praxis eficaz.

El ordenamiento procesal remite al reconocimiento de la pericia psicológica (sin otro aditamento) como medio de prueba idónea para cumplir con esa manda sin establecer ninguna otra especificación.

Sabido es que dentro del objeto de estudio que distingue a la psicología como rama del conocimiento científico, se encuentran distintas escuelas o ramas con marcos teóricos distintos muy disímiles entre sí, no tomando alguna de ellas como herramienta específica.

Esta cuestión epistemológica remite a analizar la incongruencia que significa el uso de un tipo de prueba (genérico) con operadores con criterios técnicos divergentes.

La pericia como prueba consiste en la aplicación de los conocimientos de expertos en un caso concreto en cabeza de quienes no son partes en el proceso, especialmente calificados por sus conocimientos científicos o técnicos.

Lo que distingue a la pericia del resto de los medios de prueba, es que la misma será la herramienta que intente facilitar al juez elementos de convicción suficientes respecto de hechos técnicamente complejos, cuya percepción o entendimiento escapan al común de la sociedad.

Sería como una prueba científica orientada a la provisión de elementos específicos que contribuyan a la formación de su convicción conforme las reglas de la sana crítica sin ser vinculante.

En los casos en estudio la prueba específica consideraremos la pericia psicológica que, como toda prueba debe respetar ciertos lineamientos en cuanto a su validez tales como la imparcialidad en los informes, al ser portadores de un conocimiento científico puesto al servicio de la justicia.

Carnelutti señala que "*a diferencia del testigo el perito expresa juicios debido a algún conocimiento propio de su profesión en el marco de referencia del proceso*".

La participación procesal del perito consiste en la presentación de un informe que responda al cuestionario que el juez como director del proceso le remita mediante la opinión fundada como profesional.

Si bien esta prueba no es vinculante la mayoría de la doctrina y jurisprudencia opinan que el dictamen del perito oficial es idóneo per se para formar convicción y que su opinión debe prevalecer, existiendo objetividad y fundamentación científica o técnica y/o empírica en el dictamen.

La pieza quedará a disposición del magistrado y su valoración quedará librada en su libre convicción bajo las reglas de la sana crítica racional.

Como bien señala Taruffo, "*el carácter racional de este sistema radica en las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, entendidas como criterios de valoración racionales-únicos aptos para fundar el juicio sobre el hecho- se encuentran esencialmente asociados al sistema de libre valoración de la prueba. Son justamente estos lineamientos los que sirven de guía y límites para la función probatoria que realiza el juez en el proceso y los que permiten diferenciar a la libre valoración de la mera arbitrariedad subjetiva*" [2].

Lo apuntado nos señala el marco de referencia para tratar la hipótesis cual es la pericia psicológica utilizada en todos los fueros, aunque haremos foco en los procesos de familia cuando los NNyA están

[2] Taruffo M, La prueba de los hechos. Ed. Trotta, Madrid, España

involucrados en los mismos, sea en exclusividad o en lo relacional con adultos.

Planteado así el objeto del presente trabajo, habré de desarrollar el cuerpo del mismo abordando el plexo normativo vigente y su significación en cuanto al alojamiento del mismo en el colectivo niñez.

La vulnerabilidad.

Es principio recibido que los derechos de NNyA tienen en cuenta en primer lugar el criterio de vulnerabilidad a su respecto, habida cuenta de la natural asimetría existente entre ellos y el mundo adulto marcadas por la normativa aludida más arriba y que el Código Civil en cuanto aquellos posean más o menos 13 años de edad.

Esta categorización como sujetos vulnerables encuentra en las 100 Reglas de Brasilia su expresión más acabada para comprender la importancia de la distinción, a la hora de acceder a la justicia teniendo en cuenta el principio de capacidad progresiva a la hora de comprender las instituciones del discurso jurídico.

Criterios diferenciales en el orden jurídico.

a) El interés superior como principio rector en las decisiones judiciales.

La Convención sobre los Derechos del Niño incorporada a nuestra Carta Magna en su art. 75 inc.22 establece en su art. 3 que en todas las medidas las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Esta norma remite al reconocimiento que los distintos operadores deben tener presente, a la hora de decidir el camino a seguir para efectivizar el reconocimiento de tal derecho por encima de cualquier otra consideración.

b) El derecho a ser oído.-

El mismo está contenido en el art. 12 de la CDN que dice en su apartado a: "*Los Estados partes garantizarán al niño que está en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y su madurez*."

En el apartado b) consigna que, con tal fin, se dará en privilegiará el derecho del niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Esquema de intervención.

La intervención del perito psicólogo en los procesos está signada por la evaluación de los sujetos, su comportamiento, la interacción con otras personas, análisis que deberá practicar conforme las directivas emanadas de su participación y consistirá fundamentalmente en tres actividades esenciales: a) el establecimiento de pautas de confidencialidad, b) las entrevistas clínicas y la administración de test psicológicos.

Estas tres etapas pueden cumplimentarse conforme el diseño de intervención trazado por el experto y varía de caso en caso, incluso en el orden cronológico más arriba apuntado.

El respeto a la confidencialidad implica la no divulgación de todos y cada uno de los resultados o avatares, más allá de lo que consigne en su informe final.

Las entrevistas clínicas comprenden el análisis del funcionamiento general del sujeto indagando en su historia de vida, la conformación de la familia de origen, las experiencias de la infancia, la socialización, las relaciones afectivas, la educación, su trabajo, entre las principales variables a develar.

Los test psicológicos consisten en la aplicación de cuestionarios, dibujos o figuras, administrados por el experto e interpretados al momento de la presentación del dictamen final.

El objetivo de la evaluación pericial es responder a las preguntas planteadas en la investigación judicial, lo que hace que cada peritaje sea único. Esos objetivos están bien delimitados en la instrucción judicial, es decir que se debe responder en forma específica a los puntos requeridos al ordenarse la prueba.-

La realidad.

En los casos focalizados en el presente trabajo, NNyA en los procesos, necesariamente tendrá valor lo que se conoce como la circulación de las producciones académicas que a su vez producen una renovación de las prácticas, en este caso las pericias psicológicas, haciendo foco en la desigualdad en el terreno de las representaciones entre adultos y niños, la tan mentada asimetría en el marco de lo que aparece mayoritariamente como impronta y la preponderancia de la mirada adulta en las decisiones judiciales.

A lo apuntado se agrega la no presencia de consideraciones profundas acerca de las desigualdades sociales en dichas resoluciones.

En una palabra: desigualdad y criterios adultocéntricos devienen en obstáculos importantes a trabajar a fin de superar este estado de naturalización actualmente vigente.

A lo apuntado habrá que agregar el obstáculo que significa la existencia de distintas corrientes en el campo de la salud mental en cuanto a las líneas de intervención y herramientas a aplicar a las personas a ser entrevistadas.

En los procesos intervienen peritos psicólogos de distintas escuelas, sustentados en marcos teóricos distintos que generan múltiples interpretaciones a la hora de presentar al juez su dictamen.

La interdisciplina.

Todo lo dicho apunta a considerar que la propuesta que lleva el título de este trabajo es precisamente la consigna que necesariamente los jueces de familia deben considerar como guía cual es la interdisciplina, cuestión que coloca en el centro del análisis la interpretación que deberemos tener presente en el escenario judicial.

Nada de lo genuinamente infantil, anida en los dispositivos institucionales de cualquier raigambre pues el diseño de intervención en un espacio ajeno a ellos, nos lleva a pensar que cuando un NNoA arriba al escenario judicial, no viene a, sino que lo traen.

Según Derrida, -"la lengua del derecho formula el deber de hospitalidad. El niño es un extranjero, no sabe hablar esa lengua pretorial, esa retórica del derecho, de la acusación, de la defensa y del alegato. No posee la técnica (…) el extranjero es sobre todo extranjero a la lengua del derecho en la que está formulado el deber de hospitalidad" [3]

[3] Derrida, J (citado por M.Minnicelli y Lampugnani S. en Fraternidades y Paraentalidades Malheridas p-131, Ed. Homo Sapiens)

Necesariamente deberemos detenernos en el significado del término interdisciplina en un contexto naturalmente adverso a la niñez, cuestión eminentemente epistemológica.

Para Guillermo Briones, (4) "*la epistemología implica analizar los supuestos filosóficos de las ciencias, su objeto de estudio, los valores implicados en la creación del conocimiento, la estructura lógica de sus teorías, los métodos empleados en la investigación y en la explicación o interpretación de sus resultados y la confirmabilidad y refutabilidad de sus teorías*"[4].

Pierre Legendre (5) "El Amor del Censor" Ed. Anagrama,1979 dice que es necesario "*integrar los distintos saberes que apuntan a los fundamentos del derecho, el fenómeno religioso, la filiación, la genealogía y los montajes estatales y jurídicos armados en su consecuencia, como componentes de una verdadera estructura interdisciplinar*".- El sujeto, para éste autor, "*no puede ser causa de sí mismo, pues se halla en un compromiso simbólico de una genealogía desde la cual ha recibido un nombre, un lugar en la familia y un reconocimiento en el espacio social por el que lucha (lazo social)".*

En el Inestimable objeto de la transmisión[5], este autor refiere que necesariamente "*debe apuntarse a la intersección del derecho y el psicoanálisis fundado en la imposición genealógica de la prohibición del incesto registrado en el inconsciente, teniendo en cuenta las particularidades de cada sujeto*". Que para ello "*es necesaria la articulación del pensamiento relacionando al poder con la genealogía, el derecho, la filiación, el judeocristianismo y hasta la antigüedad clásica en los textos bíblicos*".

[4] (Epistemología de las Ciencias Sociales, Ciencias del Sur, on line).-

[5] Legendre, P Siglo XXI Editores,1985

El psicoanálisis como posible, aunque no única herramienta.

De esta postura liminar procuraremos desentrañar cuales herramientas del campo de la psicología podrían arrojar elementos de convicción suficientes para procurar la solución de alguno de los conflictos.-En tal sentido habremos de suscribir la idea de que el psicoanálisis puede aportar elementos fundados en la concepción freudiana que reconoce al inconsciente como parte constitutiva del sujeto.- Tal concepto nos permite analizar desde esa óptica todos los recursos que puede utilizar el perito para concretar la evaluación de NNyA y/o adultos tanto en las entrevistas como en los test proyectivos.

Los albores del concepto.

Comparto la idea de Luis Ernesto Solá[6] en cuanto a que existe una dificultad inicial en el estudio y desarrollo evolutivo del término psicoanálisis.

Parte el autor de la base de que *"la obra de Freud es la referencia inicial y final de cualquier trabajo de psicoanálisis*".- En diferentes ocasiones dice el autor," el padre del concepto del inconsciente atestigua sobre la historia del nacimiento de su innovadora práctica y conjuntamente con la escritura de su obra a lo largo de más de cuatro décadas, describe los vaivenes del movimiento psicoanálitico y sus instituciones (el subrayado es mío).- Los textos atinentes a la historia del psicoanálisis forman parte de la lectura de cualquier analista en formación, pues la historia del psicoanálisis implica una enseñanza del psicoanálisis.

[6] Escuelas de Psicoanálisis y Secuelas en Psicología (Ed. Letra Viva, p.9, 2019)

En su Presentación Autobiográfica, Freud[7] afirma que "tampoco, desde luego, puedo saber cuál será el juicio definitivo de la posteridad acerca del valor del psicoanálisis, para la psiquiatría, la psicología y las ciencias del espíritu en general.

Breve genealogía.

Adentrándonos en el "a posteriori" del aporte freudiano para el tratamiento de los padecimientos mentales (monopolizado hasta ese entonces por el discurso psiquiátrico), podemos mencionar que la primera aproximación a las consecuencias del pensamiento y las prácticas ulteriores conllevan diferenciar psicología y psicoanálisis dado que, a luz del pensamiento del maestro vienés, la psicología se ocupa de la conciencia y el psicoanálisis de lo inconsciente. Abreviando, continúa Solá citando a Freud "diremos que un proverbio enseña que el oso y la ballena no pueden advenir enemigos, porque cada uno se limita a su elemento sin encontrarse"[8]

En tal sentido la palabra de Freud ante la multiplicación e interpretaciones de las fórmulas devenidas de su pensamiento ha dicho que "*igualmente imposible me resulta entablar una discusión con trabajadores del campo de la psicología o de la teoría de las neurosis que no admitan las premisas del psicoanálisis y juzguen artificiosos sus resultados*". Junto a ellos, en los últimos años se ha desarrollado una oposición de parte de otros que-al menos así opinan ellos-pisan el terreno del análisis, no ponen en tela de juicio su técnica ni sus resultados, sino que sólo se consideran autorizados a deducir del mismo material

[7] Freud-S.O.C. (1925, tomo XX. P.46)

[8] Freud.S.(op cit. p.157).-

consecuencias diversas y a someterlo a otras concepciones.- Ahora bien, la controversia teórica es las más de las veces infecunda"[9]

En apretada síntesis, diremos que cada escuela ostenta la pretensión de complementariedad y superación de la obra inicial del maestro vienés.

En tal sentido continúa Solá, "el psicoanálisis existencial y el análisis del self enaltecen el modo de ser; los neofreudeanos y el movimimiento relacional exaltan su progreso en la dirección del intercambio social; la psicología del yo prospera en su derrotero a fin de entronizar el ego autónomo.

La escuela inglesa (Melanie Klein, Hanna Segal) por su parte avanzan en el desarrollo de una técnica del juego en el psicoanálisis de niños consistente en analizar entre otras cuestiones atinentes al análisis del yo. Considera al juego infantil como un sueño, equiparándolo a las asociaciones libres de los adultos, Esta escuela se dividió posteriormente con disidentes de la línea kleiniana que conformaron el denominado Middley Group con aportes importantísimos en el campo de la constitución del psiquismo infantil (Winnicot, Bowlby con su teoría del apego, Spitz autor de la obra "El primer año de vida", entre otras)

Lo expuesto nos permite afirmar que todas las escuelas reconocen a Freud como el precursor de una manera de encarar los tratamientos en base a la existencia del inconsciente.

Mencionaremos especialmente como variantes interpretativas dentro de una raigambre común, el análisis transaccional centrado en la concepción del yo (Anna Freud), la terapia cognitiva (Hartmann) orientada a la suma de la psicología del yo, con la aspiración de convertir al

[9] (Freud op cit. Tomo XVII. P.47). -

psicoanálisis en una ciencia neopositivista, en tanto la perspectiva sistémica (Ackerman, Bateson)) contempla la interacción entre individuos como modo de intervención.

Habremos de aclarar que estas miradas no comprenden solo el campo teórico, sino que todos estos autores acompañan sus pensamientos con referencias concretas a sus propias prácticas

En este recorte del concepto, aplicado al campo jurídico deberemos detenernos en considerar que estamos en presencia de una demanda del mismo, que en ciertos casos se torna avasallante y barre con lo específico que debemos interpretar como una demanda que proviene del Otro (otro discurso, el Otro de la ley, el otro social), que deberá dar una respuesta.

Por su parte, la escuela francesa propone el retorno al pensamiento originario de Freud pues el retorno a él es un retorno al sentido de Freud a partir de sus Escritos Técnicos, propuesta que Jacques Lacan toma como fundante al considerar como imprescindible dado que los post-freudianos habían extraviado el camino, postulando que el yo-pretendidamente autónomo-desconoce sus ataduras al inconsciente.

Dice Lacan que "los registros no son tres campos, sino tres órdenes de relaciones heterogéneas, sin los cuales no es posible perfilar la experiencia analítica.- Lo imaginario se despliega en el mundo dual del yo y el otro: en el amor propio, el narcisismo y su agresividad; sería una mirada en espejo con la imagen del semejante.- Lo simbólico puede equipararse al lenguaje, al mundo de la palabra y el discurso; en el significante, su articulación y su ley, sólo con la dimensión de la palabra

se cava el surco de la verdad en lo real.- Lo real, por su parte ajeno al sentido, impugna la simbolización y resiste la imagen".- Lacan[10]

El discurso jurídico al necesitar de otro saber para develar el posible rumbo a la hora de decidir, nos convoca al análisis del derrotero signado por la teoría psicoanalítica desde sus inicios hasta la actualidad.

En primer lugar, debemos reconocer la existencia de una tensión en el campo de los saberes al enfrentarnos con el hecho de que la orden judicial de peritar opera como Discurso Amo dada su naturaleza coactiva.

Tomamos partido por la producción de la escuela francesa del pensamiento freudiano dentro del cual milita Pierre Legendre, dedicado a trazar puentes entre el psicoanálisis y el derecho.

Nos encontramos así desde una perspectiva foucaulltiana que la psicología integrará en una estructura de poder, un espacio de convergencia en una posición asimétrica y presuntamente contradictoria, en la que deberemos interpretar al acto pericial como instancia válida para el desarrollo del proceso conservando la esencia del discurso psi.

En primer lugar, tener presente que el enfoque que elegimos deberá centrarse en la consideración del caso por caso y no una respuesta estandarizada.

Si tomamos la línea del pensamiento freudiano (el inconsciente como parte integrante del sujeto y las actualizaciones desarrolladas por Jacques Lacan, habremos de referirnos a que originariamente, esta línea fue pensada para el análisis del sujeto "per se" y no ligado a un montaje institucional que requiere el aporte de esta disciplina, como es el caso del aporte pericial.

[10] Lacan, Jacques Seminarios 1956 p. 388 y 400.-

Nos referimos a que deberemos tener en cuenta una situación trabajada por estos autores de manera podríamos decir tangencial.

Podemos hablar entonces de una intervención analítica en dispositivos no analíticos, esto es la entrada del psicoanálisis a la vida pública lo que conlleva a pensar si es posible esta extrapolación.

Jacques Alain Miller, psicoanalista francés habla de acción lacaniana en referencia a lo que se denomina psicoanálisis aplicado, dado que no se dirige a la masa ni a la sociedad, sino a un sujeto extraído de esa masa.

El sujeto es "un sujeto responsable y el discurso analítico debe tenerlo presente en cualquier instancia", dice Irene Greiser[11] y agrega "ese discurso produce ese sujeto se aplique a donde se aplique y el operador para ello no es otro que el deseo del analista, que se hace presente tanto en el dispositivo analítico como en otros".

El acto analítico presupone un lazo transferencial entre analista y analizante en los espacios de la clínica. Empero no son estos términos que se presentan cuando un analista interviene en otro espacio, en este caso el judicial.

En los dispositivos judiciales la demanda está puesta por la institución y esa demanda requiere ser interpretada.

Nos preguntamos de qué manera el analista puede estar presente para que su intervención no quede diluida ni confundida con otros discursos.

Dice Alicia Ruiz que los hechos aducidos y probados en los expedientes judiciales no se presentan aislados ni separados unos de

[11] Greiser Irene Análisis Aplicado (on line)

otros. Se organizan finalmente en la sentencia como en un relato, que es una interpretación acerca de la realidad que implica aspectos cognoscitivos pero que está cargado además de valoraciones y de ideología- (Rev. FILOCAM, Vol. XXI, mayo 2022, p. 47)

Jean-Claude Milner, autor francés, alude a la cuestión[12] cuando dice que la mediación debe ser considerada como un "dispositivo que intenta la solución de un conflicto, aunque debe diferenciarse a cuál de los dos paradigmas nos referimos. Si es el referido al problema-solución es una cuestión que entra dentro del terreno contractual, en tanto que para el discurso analítico mediar es otra cosa, no implica un acuerdo entre las partes, no es una simetría ni una instancia alternativa a la ley sino todo lo contrario".

Es primordial tener presente que es por la mediación del discurso del padre que se introduce la ley, articulando un no en el discurso de la madre.

Es aquí que en las corrientes críticas del derecho avanzan sobre las concepciones juspositivistas y/jusnaturalistas en cuanto al rol del derecho en la vida social. Es más correcto hablar de discurso jurídico como fenómeno realista donde se coteja la regla, el saber y las convergencias científicas aplicables a los casos.

Enfatiza Ruiz que el saber jurídico en una interpretación realista debe hacer lazo con el poder en el sentido foucaultiano, sobre todo en cuestiones como las aquí debatidas. Es desde esta concepción que debe analizarse el rol de las escuelas de derecho, sus costados políticos. En síntesis, cómo se toma al sujeto (op. cit. p. 50). En definitiva, son suficientes la adecuación de los textos, ¿las corrientes interpretativas

[12] "Desea ud. evaluado?" Miguel Gómez Ediciones, p.21, 2004)

tradicionales centrados en el aprendizaje del derecho y la doctrina reconocida? No. Los discursos hegemónicos deben cotejarse con el discurso del poder y sus consecuencias, a la hora de decidir sobre la suerte de un sujeto determinado.

Valor de las entrevistas en las evaluaciones a la luz de una mirada crítica.

Entre todas las herramientas a utilizar por el perito y desde esta mirada me detendré en resaltar el valor de las entrevistas a la luz de la importancia de la interpretación del lenguaje desde una posible mirada psicoanalítica.

En tal sentido Millner[13], habla que dentro de estos dispositivos es posible hablar de acción lacaniana pues la misma se halla por fuera del dispositivo analítico, aunque orientada por el discurso analítico.

Este discurso analítico, prosigue el autor "se aplique donde se aplique, produce un sujeto y ubica en el espacio de las entrevistas preliminares algo del orden de la rectificación subjetiva. Lacan habla que en los procesos se debe averiguar qué grado de rectificación de las relaciones del sujeto con lo real, es posible.-

Desde esta perspectiva debemos interrogarnos para llegar a la dilucidación de los hechos y el acceso a la verdad evaluando la producción pericial.

Ante la demanda jurídica del discurso de época, habremos de reiterar que el aporte teórico y su producción pericial no son vinculantes. ¿Cómo hace el experto para pasar de las noticias de los hechos producidos (discurso jurídico) al acontecimiento (discurso analítico)?

[13] (citado por Greiser, op cit)

¿Sobre qué verdad se puede hablar? No la de los hechos, pero sí es posible referir algo del orden del acontecimiento, de la verdad subjetiva, la verdad del inconsciente. Esto nos habilita a señalar que el experto debe elegir cuidadosamente los elementos evaluatorios a su alcance pues resulta muchas veces perjudicial la aplicación masiva de test, protocolos, etc. Dejando a la escucha analítica (potencialmente transferencial) como un mero complemento formal.

Lo afirmado se asienta en la convicción de que el inconsciente es parte del sujeto para lo cual adquiere significación no solo al relato, sino que remite a otros elementos constitutivos tales como la interpretación de los sueños, los actos fallidos, los lapsus; en definitiva, el Otro que anida dentro de uno mismo.

Estos son algunos de los aportes que el psicoanalista en su producción puede acercar al juez en toda evaluación.

Niños, Niñas y Adolescentes en los procesos.

Las referencias teóricas señaladas habilitan a su habilitación en el campo de evaluaciones de NNyA.

Para ello deberemos tener en cuenta los dos vectores señalados más arriba que toda resolución debe tener en cuenta: el resguardo del Interés Superior del Niño por encima de toda otra consideración y su Derecho a ser Oído en cualquiera de sus instancias y el reconocimiento a su capacidad progresiva a la hora de tomar alguna decisión.

Estas dos consideraciones no resultan obstaculizantes para aplicar la perspectiva psicoanalítica en la línea de abordaje de los peritos.

Adquieren relevancia específica dentro de los autores mencionados, los aportes de Anna Freud, Donald Winnicot, J. Bowlby y su teoría del apego, R. Spitz y su obra el primer año de vida del niño y E.

Erikson en cuanto al estudio, la práctica y la interpretación de la construcción de la subjetividad desde la primera infancia.

Para ello estos autores toman al juego en los niños, como reemplazante de los sueños en los adultos como símil de interpretación, concepto pacíficamente receptado por los expertos.

Otro elemento diferencial es, reiteramos, tomar el pensamiento foucaultiano sobre la estructura del poder que en el caso de NNyA adquiere especial relevancia, más allá de los ordenamientos jurídicos vigentes habida cuenta de la natural asimetría con sus referentes adultos.

El niño es naturalmente dependiente y su crecimiento dependerá de su desarrollo biopsicosocial, para lo cual tal como se apuntará más arriba, es necesario tomar noticias que el espacio judicial le resulta totalmente ajeno a su percepción del mundo, circunstancia crucial a la hora de su inclusión en el mundo del litigio

Conclusiones

Este recorrido por el derrotero tomado de los aportes de quienes contribuyeron a lo largo de la historia a construir un parteaguas al discurso psiquiátrico como alternativas para trabajar sobre los padecimientos mentales de los sujetos, resulta pues una apuesta a superar asimismo las corrientes positivistas y/o jusnaturalistas que mayoritariamente anidan en quienes detentan el poder en las decisiones judiciales.

No obstante, los distintos caminos, aún provenientes de una raíz común han impactado en la conformación de los contenidos en el discurso universitario. Haciendo un análisis de dichos contenidos en los distintos campos de la formación académica, observamos notables diferencias que se han trasladado a la conformación de corrientes de acción e

intervención en el campo de la psicología y el psicoanálisis. Cuestión epistemológica a resolver.

Diremos que como se analizó en este trabajo, estos disensos operaron no solo en el campo académico, sino que trascendieron al orden político.

Es aquí donde en materia de aporte podemos sugerir que la corriente psicoanalítica provee elementos muy importantes en todo proceso evaluativo.

Esta mirada corresponde a una decidida identificación personal con las corrientes críticas del derecho, con perspectivas emancipatorias, que en nuestro país encarnan autores como Enrique Marí quien otorga especial importancia al cruce entre los discursos jurídicos y psicoanalíticos, Ricardo Entelman, Carlos Cárcova y Alicia Ruiz, Esta última sostiene que "la realidad social y la verdad, están socialmente construidas pues no son fenómenos o cualidades metahistóricas o metahumanas, sino una estabilización siempre precaria acerca del sentido de ciertas conductas, del valor de determinadas prácticas, de la virtud de algunas instituciones. No son solo los filósofos o los científicos los que construyen la realidad tal como la conocemos, es una construcción coral de la que todos participamos. Se debe plantear al derecho como discurso o práctica social y no como norma a interpretar (op. cit. p.49). Política, poder e ideología deberán ser tenidos en cuenta en toda y cada una de las decisiones judiciales.

Esta perspectiva nos invita inclusive a pensar que, a ella, el futuro la podrá considerar como constitutiva de una nueva forma de abordar los conflictos más allá de los márgenes aquí apuntados, por parte de los diferentes operadores y jerarquías del sistema.

El sexo y el género son atravesados por dispositivos normativos

Desde una mirada egológica pensamos la perspectiva de género(s).

María Eugenia Cavallo[1] y Max Molina[2]

"Des-Construir NO es Derribar"

"Igualar en derechos NO es homogeneizar"

"Diversidad NO es anular las Diferencias."

El objetivo es pensar-nos y compartir "La Perspectiva de Género desde el marco teórico de La Teoría crítica del Derecho". Desde nuestro humilde intento, consideramos que No es posible abordar "la perspectiva de género" -desde un enfoque crítico- sino reflexionamos respecto al concepto y lectura del "cuerpo".

Nos preguntamos ¿Qué significa que el sistema normativo es un "dispositivo" que interpretó y atravesó los cuerpos? ¿Cuál fue - y es- el orden social establecido en las normas? ¿la igualdad, la ciudadanía y los derechos humanos fueron realmente "universales"? ¿Cuál era la normativa sexual desde la mirada tradicional? ¿Cómo impacta la lectura de los cuerpos en las relaciones de poder y en el concepto de derechos

1 María Eugenia Cavallo. Abogada. Abogada del niño. Realizó varios posgrados. Posgrado en Derecho de Familia y Coach Ontológico. 27 años de ejercicio profesional y actualmente es prosecretaria del Instituto de Filosofía del derecho del Colegio de Abogados de Morón.

2 Max Molina. Abogade. No binarie. Especialista en Educación Sexual Integral y Género. Columnista en algunos medios gráficos y radiales. Referente en ESI. Docente en Nivel Secundario y posgrados. Columnista del Bloque radial y coordinador del área Genero y Diversidad de la Asociación de musico/as Bs. As. (AMIBA). Integrante del Institutito de filosofía del derecho y columnista de la revista filocam. Integrante por Buenos Aires de Ruta Argentina ESI y Familia Protectoras contra el abuso sexual en las infancias. Columnista de la revista con fervor cultura Bs.AS.

humanos y ciudadanía? ¿Es posible pensar el (los) género(s) o los estudios de género sin pensar en los cuerpos? Sexo y el género ¿son cuestiones culturales o dadas a priori?

La palabra "dispositivo" -más allá de ser parte de un sentencia- es el conjunto de elementos y mecanismos que tienden a producir, capturar, inducir, producir o determinar una práctica. Un dispositivo implica una red donde se establecen relaciones de poder entre sujetos, objetos y cosas.

El sistema jurídico positivo tuvo una instalación teórica y práctica expresados normativamente. El dispositivo jurídico-judicial interpretó la genitalidad, los cuerpos alineando dos sexos atribuyendo dos géneros y una normativa sexual: "hetero-norma"(norma como la única práctica legitimada "la heterosexual").

El dispositivo "*tiene una función estratégica" (…) resulta de la interacción de relaciones de poder (…) teniendo un significado "jurídico, en sentido estricto; un sentido tecnológico y un significado militar" (…)*[3]

Pensar el cuerpo y las relaciones de género(s) (que son sociales, culturales, relaciones, históricas) atravesado por el dispositivo jurídico implica re-pensar los significados culturales atribuidos a los cuerpos y a las relaciones de género(s).

Queremos destacar que siempre que hablemos de "La teoría o perspectiva de género" -que no es ideología- NO nos referimos -como sinónimo- a la mujer(es) y la violencia- ya que, de ser así, incurrimos en un error de reduccionismo epistémico.

3 Revista *¿Qué es un dispositivo?,* Fundación Centro Psicoanalítico Argentino por George Agamben, (Pág. 7 y SS)

El marco Egológico define al derecho "*como conducta humana*" y "*el derecho es cultura*"[4] expresa el prestigioso jurista Filósofo Carlos Cossio. ¿Por eso nos preguntamos ¿El sexo biológico puede ser pensado cómo lo natural y el género como lo cultural? ¿Es posible pensar una realidad por fuera de una interpretación o lectura humana inscripta en una cultura y en un espacio/tiempo?

Este planteo donde las "*palabras, las cosas y las ideas*" cobran significación en un momento dado, pronunciado por discursos como la manera histórica de ordenar el mundo, por ello, la hablar de "*sexo, género y sexualidad*" estaría dada por la solidaridad de las palabras: "*sexo-historia; o sexo-significación; al sexo discurso*"[5].

Así como Cossio define al "*derecho como algo viviente y cultural*" lo mismo ocurre con el sexo -también con el género y la sexualidad- que es "cultural". "*La ideología dicotómica de género es anterior y más fuerte que el sexo biológico. No solo lo lee como un signo al que se interpreta, sino que lo inscribe y lo corrige (…) y el mismo sexo biológico es producto de una lectura cultural"*[6].

Tenemos que pensarnos como seres sociales-culturales y epocales desde una actitud crítica. Según Foucault la actitud crítica: "*es una manera de decir, de actuar, cierta relación con lo que existe, con lo que se sabe, con lo que se hace y establece una relación con la sociedad(…)*[7].

4 Carlos Cossio, *El derecho en el derecho judicial, Las lagunas del derecho y la valoración jurídica y la ciencia del derecho*; Librería El Foro, Bs. As. 2002 (pág. 32)

5 Michel Foucault "*el dispositivo de la sexualidad*" en Historia de la sexualidad (Pág. 76)

6 Sexualidades Migrantes. Género y transgénero, Diana Maffia (Compiladora) Editorial Librería de Las Mujeres: Feminarias, Bs. As. 2009, (Pag 7)

7 Michel Foucault *¿Qué es la crítica?* seguido de la cultura del sí; Bs AS, Edición siglo XXI (Pág. 22)

Los cuerpos son ese logos, "*esos topos*" (espacio-lugar) que territorializa la mismidad de la otredad. Se distingue, clasifica y jerarquiza algunos cuerpos como superiores y hegemónicos y otros como inferiores de allí leyendo un género, una práctica sexual y discursos que serán más válidos que otros.

Nos resulta interesante y fundante hablar sobre "el cuerpo". El cuerpo como un mapa, como un territorio, como una geografía en un espacio/ tiempo cargado de significados. *"El cuerpo funciona como un lenguaje a través del cual se es más bien hablado que hablante (..) el lenguaje del cuerpo contamina y sobre determina todas las expresiones intencionales de los mensajes percibidos y no percibidos, comenzando por la palabra.*[8]

El cuerpo es leído, interpretado y constituye redes de poder y modos de subjetivación: "cuerpo al que nadie puede escapar" es semiotizado. Desde ya sostenemos que el lenguaje en general, y el jurídico, en particular -expresado en las normas- "*no es inocente y toda proposición, interpelación, abre y cierra determinadas posibilidades y en la vida habilita o inhibe determinados cursos de acción*[9].

La jerarquización de los cuerpos como marca de origen:

Uno de los padres de la filosofía: Aristóteles -aunque las paternidades pueden ser dudosas- expresa: "*La misma naturaleza ha creado ciertos seres para mandar y otros para obedecer*" y sostiene que en las condiciones corporales está el fundamento de quienes tienen capacidad de mandar y de obedecer.

8 C. Wright Millis; M Foucault ,P. Bourdieu y otros; Materiales de sociología crítica, Edición La Piqueta, Bs. As, (pág. 23)

9 Rafael Echeverría; Ontología del Lenguaje. Edición Granica; Bs. As.2013

Las relaciones de género(s) deben ser leídas e interpretadas -como sostiene Cossio- desde el entrecruzamiento de conductas. El género - no en sentido puro- ya que estamos atravesamos por la clase social, la edad, la discapacidad, la pobreza y nos atraviesa porque somos hermanos, amigas, novias, hijas, padres, migrantes, pobres ricos, niños, etc. Desde esa intersectorialidad y entramado hablamos del género.

El filósofo griego Platón consideraba a La mujer y lo femenino como algo negativo y por consecuencia "*es accidente de la historia humana.*"[10] El filósofo Aristóteles sostenía "*el orden natural de las cosas"* organizaba la sociedad y definía roles, posiciones, lugares y prácticas. *"(...) el macho debe mandar a la hembra" (...) "la familia descansa en los tres poderes: el del amo, el paternal y el marital. (...). El padre de familia está investido de una autoridad natural sobre las mujeres y sus hijos"* (..)[11] la mujer es "*débil, blanda, su cerebro es menor y la debilidad es dada desde el fundamento biológico de calor vital es el que rige el equilibrio físico*"[12].

Cuerpos, sexo y genero desde el derecho en la modernidad.

El orden social moderno, desde una mirada biomédica estableció dos grandes divisiones: "el ámbito de lo público y lo privado". En lo público aparece la política y el derecho asignado al varón masculino (el tan

10 Capriglione Jolanda, *Hijas de afrodita: la sexualidad femenina en los pueblos mediterráneos*, Madrid, ediciones clásicas 1996.

11 Aristóteles; Óp. Cit. (Pág. 12 y 29)

12 Porter Roy; en Peter Burke en "historia del cuerpo" *Formas de hacer historia*. Ed Alianza. Madrid 1994.

conocido Andros griego) como el sujeto universal, racional, abstracto y en el ámbito privado encontramos a las mujeres consideradas como lo subjetivo, emocional con instintos maternales y con capacidad de reproducir.

"La Mujer y Lo femenino "están asociadas a "*lo subjetivo, la emocionalidad, lo privado (…) las mujeres que no hagan ciencia, que no hagan derecho*"[13] ya que están para la vida doméstica, ser dependientes y cuidadoras y objeto de deseos.

Desde la perspectiva y desde una epistemología crítica nos permitimos compartir algunos ejemplos de nuestra normativa jurídica positiva y como la norma interpretó los cuerpos, los sexos y el enfoque de género

orígenes de los Derechos Humanos

"*La declaración del hombre y del ciudadano*"[14] que emergió de la Revolución Francesa, expresaba: "*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos"* y ``La declaración Universal de Derechos Humano"[15] en el artículo 1: "*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia".*

Ambas declaraciones desde un concepto de "universalidad" establecen que nacemos libres, iguales y con derechos. En ese universal quedan excluidas las mujeres, los varones que no cumplían determinados requisitos, las infancias, los afrodescendientes, las comunidades

13 Diana Maffia "Contra las Dicotomía del feminismo y epistemología crítica" www.dianamaffia.com.ar/archivos/contra las dicotomías .doc.

14 www.infoleg.gob.ar Declaración del hombre y del ciudadano

15 www.infolge.gob,ar. Declaración Universal del Derecho Humanos

originarias y las personas con discapacidad, entre otros. El claro ejemplo de esto en nuestro país fue “La Ley Sáenz Peña” en 1912 establece que el voto es “universal”. ¿Universal para quiénes?

Ambas declaraciones enuncian "*la igualdad y la universalidad de derechos*" desde una totalidad de sujetos (negros, niños, blancos, discapacitados, mujeres, pobres, ricos, migrantes, rurales, urbanos, propietarios, esclavos etc.) si esto hubiese existido de forma real en 1966 no hubiese sido necesaria “*La convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*” conocida como “Belem Do Pará, “*La convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer*” (CEDAW). Tampoco hubiese sido necesario en el año “*La Ley contra actos discriminatorios Nro. 23.592;* Ni la Convención internacional de los derechos de niñas, niños y adolescentes ratificada en nuestro país en el año 2005 por la ley Nro. 26.061.

La perspectiva de género en el derecho civil, penal y laboral:

- Derecho de las infancias: “el no porque es niñe, ella no porque es mujer, el no porque es de color, el no porque es discapacitado, etc." para poner en duda algunos relatos y palabras “el síndrome de alienación parental”. Desde el discurso jurídico y desde la práctica judicial el valor de la palabra “de un niño” es cuestionado como si fuera incapaz y su palabra no valiera ¿nos preguntamos dónde queda la autonomía progresiva y el interés superior del niño? El cuerpo de algunas personas y su discurso perderá credibilidad o será ignorado siendo una clara “injusticia epistémica”[16] dentro del orden jurídico/judicial.

16 Concepto acuñado por la filósofa Miranda Fricker en 2007 refiriéndose una injusticia testimonial y hermenéutica.

- El antiguo Código civil [17] exigía que al apellido de la mujer se le adhiera el del marido con el "DE" y los hijos debían llevar el apellido paterno.

- El Nuevo Código Civil y Comercial [18]: dejando atrás la concepción que los sexos y los géneros son solo dos y que uno se correspondía al otro se establece la ley de matrimonio "de igual o distinto sexo". El igualitario - sólo refiriéndose a los sexos ni a los géneros- garantiza la unión de dos personas y modifica el concepto de familia como unidad natural y nuclear.

- Derecho laboral: la ley de contrato de trabajo Nro. 20.744[19] en su artículo segundo establece "no es aplicable a los trabajadores del servicio doméstico" en su redacción originaria y hoy tienen una normativa específica "como personal servicio de casas particulares". ¿Nos preguntamos por qué "trabajadores del servicio doméstico" son excluidos de la ley de contrato de trabajo? ¿A qué corporalidades, sexo género se excluye que no pueden ser parte en un contrato de trabajo? También cuando hace mención en el artículo 17 *"se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo(...)"* pero no se refiere al género ¿Interpretará que sexo y género son sinónimos y están alineados pensado que el sexo biológico se corresponde al género?

17 www.infoleg.gob.ar Código Civil y Comercial Ley Nro. 26.318.

18 www.infoleg.gob.ar Ley Nro. 26.994

19 www.infoleg.gob.ar Ley de contrato de trabajo Nro. 20.744

- Respecto al derecho Penal cuando en el 2012 incorpora "como agravante" "*el delito por los crímenes de odio en relación de los crímenes de odio por la identidad de género y orientación sexual*"[20] . *E*n el año 2018 modificó "e*l abuso sexual infantil*" como delito de instancia pública. ¿la igualdad y la libertad no eran universales?

Estos y tantos otros ejemplos nos muestran como la norma jurídica atraviesa los cuerpos, el género y la sexualidad y el ejemplo más reciente fue la Ley de "Identidad de género" Nro. 26.743. Antes del 2012 la identidad de género debía ser determinado por la justicia a través de pericias médicas y psiquiátricas desautorizando el valor de las palabras de personas que no encajaban en lo exclusivamente "considerado varón-masculino- o mujer-femenino" cómo únicas categorías exclusivas y excluyentes que agotan el orden del discurso.

El hombre no es sinónimo de humanidad y el masculino no es el genérico universal *"por razones culturales se veía lo que se quería ver dentro de la especie humana el hombre es más perfecto que la mujer y la razón de esta perfección es su exceso de calor* (…)"[21].

Conclusión

Mirar -no ver- permitirá posicionarnos críticamente en la práctica profesional si cuestionamos los estereotipos, el androcentrismo jurídico, como leemos lo cuerpos y como entendemos el sexo y el género entendiendo que el derecho es la conducta social de las personas que se entrecruzan en una sociedad y que no es el conjunto de normas que establece un orden social y "a priori".

20 Código Penal Argentino (art 80 y 119)

21 Thomas Laquer, *Historia del sexo, cuerpo y género desde los griegos hasta Freud*, Edición Cátedra, Madrid. 1990.(pág. 61)

La categoría género revela y desnaturaliza cómo las relaciones humanas están atravesadas por la construcción simbólica -pero real y discursiva- de la diferencia sexual, expresada en una relación jerárquica que coloca a (hombres-varones masculinos en posiciones de dominio) sobre el resto de las personas quedando el resto o la totalidad como sub-alternizados.

Podemos afirmar que el derecho positivo es "sexualizado y sexualizante" ya que desde una mirada tradicional "sostiene un deber ser" con un discurso hegemónico y dónde están presentes relaciones poder que contribuye a formar subjetividades y dónde para contrarrestar esas diferencias reales y formales se fueron creando leyes y normativa específica que da cuenta que el "todos" y el "nadie" deja a muchas corporalidades-por condiciones diversas- fuera de un ejercicio pleno de derechos y derechos humanos.

En las normas están presentes los cuerpos sexuados, significados de género y asignación de roles o funciones, lo que se considera aceptable o inaceptable, lo correcto o lo incorrecto.

En parejas de opuestos que están siempre en tensión vertical entre sí: "*verdadero/falso, acción/pasión, hombre/mujer, libertad/opresión. La tensión vertical asegura una aspiración crónica a la igualdad, y a la vez, la necesidad de la desigualdad*"[22] considerando "*La igualdad como fraude"*

La antropóloga Josefina Fernández crítica al concepto que determina el género y el sexo como "*atributos de un cuerpo que se presenta a sí mismo como una superficie pasiva (…) y jerárquica de*

22 María-Milagros Rivera Garretas, El Fraude De la Igualdad, edición librería de mujeres, Buenos Aires, (página 119)

funciones (…)". "*Entender el género y la sexualidad implica ir más allá de "los límites del cuerpo*". El género y la sexualidad son "*terrenos corporales abiertos a todo tipo de cuerpos y a varias comunidades de significación (…) el cuerpo está entretejido y es constitutivo de sistemas de significación y representación*"[23].

Garantizar el acceso para ejercer los derechos y a la justicia son condición de ciudadanía plena para el ejercicio de los derechos humanos. Consideramos que si no pensamos en ese entramado que nos atraviesa para nuestro abordaje desde la práctica profesional contribuiremos -desde un sesgo cognitivo- a seguir reforzando la(s) injusticia(s) epistémica(s) y las "*distintas barreras de acceso a la justicia*[24]" que desarrolla la Filósofa Argentina Dra. Diana Maffia.

Consideramos necesario revisar nuestras prácticas ya que nuestra mirada sobre los cuerpos, los géneros y la sexualidad será nuestro posicionamiento. Creemos en un abordaje desde "una ética de la subjetividad" en el "caso a caso" por fuera del axioma jurídico del deber ser. Consideramos que éste es el paradigma de la época y Jacques Lacan decía "*está muerto quien no une su horizonte a la subjetividad de la época*". Por eso la justicia con perspectiva de género implica un acceso por igual pero diferenciado ya que cada quien es diferente en recursos y posibilidades para ejercer sus derechos y acceder a la justicia. Es necesario la igualdad que implique reconocer las diferencias, las singularidades y ese entramado por el que cada persona que consulta está atravesada.

23 "*Los cuerpos del feminismo*" por Josefina Fernández en Sexualidades Migrantes (Diana Maffía Compiladora). Edición Librería de las Mujeres Feminarias. Bs. As. 2009. (Pág. 168 y ss.)

24 Mujeres y Política (compiladora Geraldine Oniszczuk), Fundación CIPPEC, Bs. As. 2018 (Págs. 16 y 17)

Acerca de la formulación de las normas jurídicas.

Patricia A. Cozzo Villafañe[1]

Existen grandes grupos delictivos que socaban al estado de derecho y además de ello causan a través del delito de lavado de activos grandes daños a la economía legitima de los estados tanto a nivel nacional, como también regional y global.

Frente a estas nuevas formas de delito desde el estado se exigen soluciones. En este sentido se puede afirmar que tiene mucha importancia la forma de construcción de la "norma jurídica"

Compliancia tributaria y delincuencia trasnacional.

Algunas de sus características de estos grupos son la interrelación internacional, su presencia en todos los estados, universalización de actividades, estructura jerarquizada organizada, actividades ilícitas de lucro.[2]

Tanto las redes sociales como los tratados de libre comercio, le permiten financiarse como sociedades mercantiles y de esta forma mover sus capitales utilizando los beneficios tecnológicos de la modernidad.

A través del uso de estas redes creció la ciber criminalidad que ya superaron con creces a las antiguas mafias y carteles del siglo pasado, lo que exige nuevas herramientas a los estados en el combate del delito.

---

1 Abogada. Especialista en Tributación Local por la Universidad Nacional de Tres de Febrero. Secretaria del Instituto de Derecho Tributario Colegio de Abogados de Morón. Miembro del Instituto de Derecho Tributario de la FACA. Miembro del Observatorio de Derecho Penal Tributario UBA. Funcionaria de ARBA. Docente. Coautora en Tratados Internacionales y Artículos de la Revista Argentina de Derecho Público. Conferencista Internacional.

2 Los pilares BEPS son estudiados dentro de las maniobras elusivas que tienden a erosionar las bases imponibles.

Entre ellas se habla de compliancia que es la organización para llevar adelante el trabajo tanto desde el estado como desde la empresa privada.

Estos grupos cuentan con diferentes características entre ellas el aprovechamiento de las lagunas técnicas en los sistemas legales y policiales tanto leyes de fondo como de forma para así poder lograr la impunidad de sus actos y por otro lado lograr el desarrollo de sus actividades criminales en diferentes países.

Políticas Globales

Frente a este problema a fin que desde lo global se procura luchar contra el crimen organizado. Así y para evitar esto es que los Estados llegaron a un acuerdo por medio de la Convención de Viena, Palermo y Merida, en donde se acordaron políticas globales.

En todos ellos se acordó el dictado de medidas de acción positiva para poder perseguir a estos grupos.

No obstante, lo cual, y pese a los esfuerzos que se llevan adelante para armonizar las distintas legislaciones, desde lo doctrinal y su interpretación jurisprudencial interna los países que suscribieron estos acuerdos aún no han podido lograr una armonización debido a los intereses encontrados.

Se puede afirmar que por este medio se busca lograr un lenguaje uniforme en la construcción de las normas jurídicas para de esta manera poder lograr captar a la coparticipación criminal tradicional por medio de la cooperación entre los países ya que suscribieron tratados bilaterales y multilaterales de extradición entre los diferentes estados. Esto no solo a los efectos de combatir el crimen sino también para evitar otras conductas no deseadas como por ejemplo la doble imposición de tributos debido a los acuerdos de libre comercio en el marco del derecho aduanero.

Frente a la dificultad de dar respuesta a este fenómeno se busca una nueva forma que permita la interpretación colectiva respecto a estas cuestiones y a su castigo. Pero también por otro lado debe ponderarse que hay que tener en cuenta que existe quienes pueden considerar que se encuentra en peligro el sistema de libertades que consagra nuestra constitución nacional en "Declaraciones, Derechos y Garantías".[3]

Desde el punto de vista del Derecho Penal nos encontramos frente a la disyuntiva de cómo defender "el estado de derecho" y por otro lado a su vez luchar contra la delincuencia organizada.

Esto se debe a que, se puede concluir que la inclusión de muchos delitos como por ejemplo el lavado de activos cuando el delito precedente es la evasión impositiva, que son de peligro abstracto. O sea que su inclusión en el art. 303 del Código Penal se debe a cambios en la política criminal debido a estos fenómenos ya antes descriptos.

O sea que puedo afirmar que desde el punto del derecho sustantivo nos hallamos frente a un nuevo modo de delincuencia en donde por ejemplo existen cambios en la jurisprudencia respecto a su naturaleza jurídica ya que en el delito de "lavado de activos" hubo fallos donde se afirmaba que el bien jurídico protegido era la hacienda pública y otros donde el bien jurídico lesionado era la "administración de justicia" , ya que al tratar de maquillar los bienes espurios era la administración de justicia que había sido engañada.

Y si bien en Derecho penal al abordar muchas cuestiones es importante lo referido a la "Territorialidad" ya que en esta se centran los incidentes de Competencia y si corremos el velo hacia lo internacional debemos tomar en cuenta la definición de domicilio en el ámbito del

[3] Constitución de la Nación Argentina.

llamado derecho internacional privado a los efectos de determinar el lugar donde debe el contribuyente tributar. [4]

Algunas lagunas jurídicas en la Unión Europea

Existen algunas cuestiones que no pueden plantearse ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y estas se trata de normas de los países miembros que no fueron armonizadas. Y de esta manera se ve vulnerado el derecho a la propiedad privada.

El principio de no confiscatoriedad esta vulnerado debido a la gran cantidad de impuestos indirectos como por ejemplo el impuesto al valor agregado para la compra de autos que no se encuentra armonizado. Esto hace que existan impuestos indirectos no solo en la Unión Europea sino también dentro del ámbito territorial y de competencia de los estados miembros.

Pero los países como por ejemplo España con políticas económicas liberales a partir del año 2011 impulsaron tributos como por ejemplo el impuesto a la Renta respecto de las personas físicas y así poder disminuir los impuestos indirectos.

O sea que en materia tributaria incide la política tanto a nivel interno como también las establecidas a nivel regional. En el ámbito interno rige el derecho constitucional y en el ámbito internacional los derechos fundamentales y también la propiedad privada

No es necesario tampoco ser redundante en cuestiones conocidas acerca de cómo incide el derecho y jurisprudencia de la Unión Europea en los ordenamientos jurídicos nacionales de los estados miembro. Cuando las normas constitucionales de los estados colisionan con las de la Comunidad en lo que a Derechos Fundamentales se refiere. En ciertas

[4] Código Penal Argentino. Ley 27430 y Ley 11683.

constituciones permite que algunas cuestiones queden sometidas al ámbito de la jurisdicción comunitaria

Esto es un problema si existen cuestionen que chocan entre lo que es la Constitución Comunitarias la Constitución local o Nacional. La Unión Europea va ampliando los derechos fundamentales por medio de su jurisprudencia del tribunal de justicia y también por medio del derecho originario. Hay que analizar la posibilidad que un derecho fundamental se encuentre reconocido en una constitución Nacional y no en la Comunidad Europea o viceversa. Esta ampliación de derechos hace que los estados a nivel global tengan problemas financieros al momento de dar respuesta a esta cuestión como ya lo manifestara Horacio Corti en su libro "Financiar la Constitución".

Pueden existir impuestos extra fiscales por medio de los cuales se busque reducir las actividades lesivas para el medio ambiente, salud o cualquier bien protegido en la Constitución. Los impuestos extra fiscales también tienen fines de recaudación. Son impuestos donde el legislador tributario encuentra muy difícil dejar de lado su función de recaudador de impuestos. Muchos de estos impuestos se vinculan a cuestiones gravadas ante de la existencia de los órganos comunales y esto hace que exista una tolerancia en las leyes tributarias que los regulan.

Si a esto le adicionamos que al momento de buscar armonizar los tributos fiscalmente en vez de buscar un fin extra fiscal que procure regular la libre competencia comercial, esta cuestión se ve mucho más compleja.

Ahora si bien los fines son extra fiscales pero no obstante ello debe ajustarse a la justicia tributaria.

Principios a ponderar para construir las normas jurídicas.

La teoría del derecho tiene por objeto brindar las herramientas conceptuales para poder distinguir un enunciado verdadero de otro que es falso. Al poder llevar adelante esta disquisición nos permite diferenciar los enunciados verdaderos de otros que son falsos. Estos conocimientos permiten brindar solución a muchas cuestiones de tipo epistemológicas que afectan a los juristas.[5]

Esto nos permite diferenciar distintos tipos de lagunas ya que existe la laguna normativa que es aquella que se da cuando el sistema jurídico no brinda solución a una cuestión. Otra de ellas es la laguna epistemológica como por ejemplo cuando el sistema jurídico si brinda una solución, pero el juez por razones de moral o ética resuelve declarar la inconstitucionalidad de la norma. Como para dar un ejemplo en la ley de rebaja de penas. En este caso y si se trata de una sentencia que adquirió firmeza puede el juez considerar que una norma que se inmiscuye en una cuestión judicial o sea que lo considera como una intromisión de un poder del estado en otro. En este caso del Poder Legislativo dentro del Poder Judicial y declarar la inconstitucionalidad de la norma por considerar que la misma le resulta repugnante. Pero por otro lado puede aplicar esta ley otro magistrado que al interpretarla considera que no obstante la firmeza de la sentencia en el caso de marras se trata de una ley penal más benigna y que por lo tanto le corresponde su aplicación retroactiva conforme lo establece el artículo 2 del Código Penal. [6]

O sea que si analizamos la importancia de la construcción de las normas jurídicas desde la visión tanto jurídica y política debe el legislador tomar en cuenta las diferentes doctrinas y cuáles son sus propuestas para

[5] ATRIA Fernando "On law and legal reasoning"

[6] Código Penal de la nación argentina

estas cuestiones. Respecto a ellas se refirió G. H. Von Wrigth acerca de una posición que busca trascender el determinismo es menester que supere el punto de vista opuesto, aunque no existan posibilidades de resolución de algunos desacuerdos básicos.[7]

Existen diferentes posturas dentro de la filosofía como por ejemplo el realismo encarnado por Genaro Carrio[8] en contraposición con el normativismo que buscaba la certeza jurídica y era encarnado por Sebastián Soler. Las diferencias existentes entre la verdad real o empírica [9]y la verdad jurídica. Respecto de esta cuestión escribió Eugenio Bulygin en su libro "Filosofía analítica, lógica y derecho".[10]

Debo señalar que las declaraciones, derechos y garantías que nacieron desde el derecho penal para poner un límite al poder del príncipe se extendió a las demás ramas del derecho. Esto es así atribuido por la mayoría de los autores. Yo estoy persuadida que el Derecho Tributario tuvo una gran importancia en la construcción de ese Garantismo que coloca su eje en los Derechos Humanos. Mi convicción se funda en que si observamos con atención la historia de la tributación se puede observar que tuvo una gran influencia ya que se puede afirmar que detrás de toda revolución o asonado existió en forma subyacente la cuestión impositiva o la desigualdad. Tuvo tal influencia al punto tal que surgieron algunos términos que fueron utilizados hasta la caída del muro del Berlín y conclusión de la llamada guerra fría que es el derecha e izquierda. Esto fue cuando Juan sin Tierra tuvo una insurrección por cuestiones

[7] VON WRIGHT G.H. "Intellectual Autobiography" en "The philosophy of Georg Henrik Von Wriggh, Pschilpp et ad (eds) La Salle, open court 1989 page. 52.

[8] CARRIO Genaro "Notas sobre Derecho y Lenguaje"

[9] SOLER Sebastian Derecho Penal Argentino

[10] BULYGIN Eugenio "Filosofía analítica, lógica y derecho" en P Conanducci y R. Guadini (eds) Structura dinámica del sistema giuridicci" Turin Giapichelli, 1996 Pag 10.

impositivas las corporaciones se sentaron a la izquierda y a la derecha del rey los nobles o señores feudales. [11]

Pero volviendo a la actualidad los jueces tienen gran importancia en la revisión de la constitucionalidad de las leyes y también en su interpretación tal es así que existe la labor pretoriana del juez que a través de sus sentencias en donde interpreta las normas jurídicas son fuente y dio creación al derecho de reunión cuando primaba el estado de sitio.

El garantismo asigna un importante papel dentro del estado de derecho a la ciencia penal y a la labor de los jueces e insta a la defensa de la libertad, la igualdad y la justicia conforme Luggi Ferraoli en su libro Derecho y Razón.

Esto nos obliga a tener en cuenta que muchas veces las garantías constitucionales se encuentran desvirtuadas por medio de las normas de procedimiento que son aquellas de forma y que reglamentan a los de fondo. [12]

Algunas cuestiones no reguladas

El problema judicial se presenta porque cuando hay una laguna el interrogante es que debe hacer el juez. Disponer la libertad porque también existen normas que establecen la prohibición de aplicación de analogía conforme el artículo 1 de la ley 11683. Esto es así en lo que se refiere a cuestiones de índole penal, no obstante, lo cual en materia civil y comercial la obligación judicial es dar una solución a la cuestión planteada. O sea que los jueces deben resolver conflictos de intereses,

[11] GOMEZ SABAINI "Evasión y Equidad para América Latina" JP Jiménez y A PODESTA HERNANDEZ "Impacto de la facturación electrónica en América latina el caribe"

[12] RODRIGUEZ Jorge L "a imagen actual de las lagunasn el derecho" 127 a 150.

pero no todos los conflictos de intereses que se presentan son una laguna. Sino que lo sería aquel caso para el cual el sistema jurídico no brinda una solución. Esto es sostenido por Alchourron y Bulygin.[13]

La construcción normativa es importante cuando hablamos de la resolución de conflictos de intereses pero este concepto se encuentra en pugna cuando se trata de medidas de acción positiva debido a cambios en las políticas criminales en razón de un convenio multilateral al que se arribó como consecuencia de la llamada cooperación internacional en el marco de los tratados de libre comercio entre las naciones y que impacta mucho en el derecho aduanero que es un ámbito donde se producen muchas lagunas debido a la gran cantidad de normas penales en blanco como por ejemplo la del régimen Penal Cambiario. [14]

Lo expuesto en el párrafo que precede y más aún cuando se trata de normas impositivas que guardan relación con la recaudación de tributos que es el modo en que los estados ejercen su soberanía y aplican sus políticas públicas en materia de recaudación lo que desde el punto de vista del Derecho Tributario Sustantivo también guarda relación con la aprobación de la Ley de Presupuesto. Artículo 75 inciso 2 de la Constitución Nacional.

Precisamente por esto y frente a la falta de normas aplicables a un caso existe la libre discrecionalidad del juez en el caso tratado. Con esto me refiero al llamado juez administrativo que es quien aplica las presunciones legales que surgen del art. 19 de la ley 11683 y de los Códigos fiscales provinciales si se trata de tributación local. Esto se aplica en los casos que enumera las normas y de acuerdo a la libre

[13] BULYGIN, Eugenio "Creación y Aplicación de Derecho" Pág. 29 a 43. "lagunas en el Derecho" Una controversia sobre el derecho y la función judicial. Ediciones jurídicas y sociales. Madrid –Barcelona Marcial Pons 2005.

[14] Ley régimen Penal Cambiario.

discrecionalidad de la administración tributaria. En el caso de las demandas de repetición web las fiscalizaciones acotadas se llevan adelante por medio de la inteligencia artificial, así como el revalúo de inmuebles de acuerdo al sistema de trazabilidad. Esto es muy difícil de desvirtuar en el marco del Procedimiento Contencioso Administrativo, ya que este es visto como herramienta anticorrupción.

En el caso que exista un delito por encontrarse configurada la cuestión cuantitativa para alcanzar las condiciones objetivas de punibilidad que exige la norma 27430, debe la administración tributaria radicar la denuncia ante el Juez en lo Penal Económico. [15]

Debemos a este respecto tener en cuenta que en estos casos es muy difícil poder probar los delitos de peligro abstracto y es por ese motivo que el sistema de responsabilidad no se basa en la culpa o el dolo, tampoco es posible flexibilizar el principio de legalidad pese a que muchas veces existe un uso abusivo del mismo y también de convenio. Se basa en una suerte de responsabilidad objetiva que se encuentra prevista en el artículo 17 de la ley 27430 y que también se hallaba en la ley 24769 ya que esta norma se refiere a "las condiciones objetivas de punibilidad"[16]

A diferencia de otros autores Raz está convencido que la falta de regulación de una circunstancia no es un defecto del sistema jurídico, sino que es algo que debe ser así y que es hasta necesario, toda vez que es imposible que el legislador pueda prever múltiples conductas humanas.[17]

---

[15] ALVAREZ ECHAGUE. Juan Manuel acerca del principio de legalidad donde aborda la cuestión cuantitativa en el marco de la ley 27430. Analiza el precedente jurisprudencial caso Palero y fallo Cristales.

[16] ZAFFARONI; ALAGIA Y SLOKAR "Manual de Derecho Penal" Parte General, pág. 684 del capítulo "Obstáculos para la respuesta punitiva"

[17] RAZ "Legal reasons, soureosnd gaps" Pag. 77.

Conclusión

Se puede concluir que el derecho es siempre aplicable. Solo en aquellos casos en que la solución se aporte el sistema jurídico produzca una injusticia muy grande que el juez se pronuncia por la inconstitucionalidad de la norma.[18]

Así como ya se vio a través de la justicia que los jueces pueden interpretar las normas jurídicas de modo acorde con los derechos humanos y así lograr achicar la brecha de la desigualdad y proveer a un sistema más justo y equitativo.

Desde el punto de vista de Derecho Tributario a través del control de convencionalidad y por otro lado buscando limitar las maniobras elusivas que tienden a erosionar las bases imponibles y de esta manera fugar capitales. Estas conductas acarrean muchas perdidas a los estados no solo económicas, sino que logran socavar las bases de la credibilidad, trayendo el desprestigio institucional.[19]

No obstante, lo cual es mi obligación manifestar que la línea que separa una maniobra elusiva rayana en el fraude de una economía de opción es muy fina a tal punto muchas veces no puede distinguirse con claridad.

Con esa finalidad es que se procura lograr un lenguaje uniforme a fin de evitar lagunas en derecho que pueda ser utilizada por la criminalidad organizada.[20]

---

[18] FERRAJOLI Luggi "Epistemologia Juridica y Garantismo" 1era edición 2004.

[19] CORTI Horacio "Financiar la Constitución" año 2021.

[20] BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ ECHAGUE. Juan Manuel acerca del principio de legalidad donde aborda la cuestión cuantitativa en el marco de la ley 27430. Analiza el precedente jurisprudencial caso Palero y fallo Cristalux.

ATRIA Fernando "creación y aplicación del Derecho entre el positivismo y Excepticismo" Pág. 45 a 70 .

ATRIA Fernando "On law and legal reasoning".

BULYGIN, Eugenio "Creación y Aplicación de Derecho" Pág. 29 a 43. "lagunas en el Derecho" Una controversia sobre el derecho y la función judicial. Ediciones jurídicas y sociales. Madrid –Barcelona Marcial Pons 2005.
BULYGIN Eugenio "filosofía analítica, lógica y derecho" en P Conanducci y R. Guatiní (eds) Structura dinámica del sistema giuridicci" Turin Giapichelli, 1996 Pag 10.
Carrio Genaro Notas sobre Derecho y lenguaje.
CORTI Horacio "Financiar la Constitución" año 2021.
FERRAJOLI Luggi "Epistemología Jurídica y Garantismo" 1era edición 2004.
MONESO Juan José "Entre Fuentes y Lagunas" Madrid 2005. Barcelona.
RAZ "Legal reasons, soureosnd gaps" Pág. 77.
RODRIGUEZ Jorge L "a imagen actual de las lagunasn el derecho" 127 a 150.
SOLER Sebastian " Derecho Penal Argentino"
VON WRIGHT G.H. "Intellectual Antobiography" en "The philosophy of geor Henrik Von Wriggh, Pschilpp et ad (eds) La Salle, open court 1989 page. 52.
ZAFFARONI , ALAGIA Y SLOKAR "Manual de Derecho Penal" Tomo I Parte General respecto a la dificultad de brindar una respuesta punitiva frente al delito de peligro abstracto.
Constitución Nacional
Ley 27430
Ley 11683
Ley régimen Penal Cambiario

¿Podemos hablar de un método interpretativo en el derecho?

Sandra Elizabeth Balzano[1]

La violación a los métodos de interpretación impuestos por las leyes procesales vigentes, genera sentencias que rayan en la ilegitimidad de estas por sostenerse en el pensamiento cerrado del Juez y no en la razonabilidad de la relación de hecho, prueba y derecho. De ahí que nos preguntamos si ¿podemos hablar de un método interpretativo en el derecho?; o bien los jueces ¿resolver tomando como parámetro su conciencia erradicando las ciencias de la interpretación en las sentencias?, ¿Los justiciables encuentran una solución lógica, razonada y razonable con estándares de equidad, ergo justicia? Es dable recordar que en Nuestro sistema procesal rige el principio de la SANA CRÍTICA siendo este un sistema ecléctico entre la prueba legal y la libre convicción, en el cual el juzgador aprecia los elementos probatorios conforme a las reglas de la lógica, la experiencia y las ciencias y artes afines. También es dable recordar que la LIBRE CONVICCIÓN es RAZONADA, y no puede contener una íntima convicción sustentada en la subjetividad natural, solo admite la Experiencia del Juez como MAGISTRADO, sin moral, sin creencias religiosas.

Problemática de la interpretación en las sentencias

Se sostenía, no hace mucho tiempo, que el Poder Judicial era el último reducto en donde los justiciables encontraban el remanso de obtener justicia. Una justicia sustentada en la coherencia secuencial, objetiva, lógica y

1 Abogada, Docente Universitaria, Abogada del Niño del Departamento Judicial de Morón, directora de la Comisión de enlace con la Comunidad del CAM, Especializada en derecho de familia (UBA); Posgrado en Derecho de Familia e Interdisciplina UNMDP-CAM.

razonable, casi indiscutible por establecer parámetros neutros de seguridad jurídica, sustentada en los principios valorativos impuestos por la ley.

Los cambios de Planes de Estudio en la Carrera de Abogado, ha privado a las nuevas generaciones de incursionar en el conocimiento profundo de la filosofía del derecho que, sin dudarlo podemos aseverar que va de la mano con los razonamientos lógicos y el conocimiento de sus estructuras que diferencia el razonamiento lógico inductivo del deductivo.

La hoy *escasa o ninguna información al respecto en los servidores de la Justicia, no ha paralizado su actividad ni ha trastornado del todo los fines del derecho, pero sí ha perturbado la visión del derecho mismo y de la conducta humana en interferencia intersubjetiva. Sólo un crudo pragmatismo, que felizmente miramos con desprecio, puede enceguecer la mente hasta el punto de medir la verdad con el raído cartabón de lo que produce resultados prácticos*[2]

Entonces, distintas vivencias derivadas del ejercicio profesional en diferentes áreas de conocimiento del Derecho, nos lleva a concluir e intentar demostrar que, en la actualidad, no se interpretan conductas, sino que se fuerza la norma, subsumiendo en ella una conducta no subsumible.

Para abocarnos a labor de análisis de los métodos de la interpretación utilizables en las sentencias de hoy, tomamos como referencia el trabajo publicado en DIKAIOSYNE No. 10, Revista de filosofía práctica, Universidad de Los Andes, Mérida – Venezuela, junio de 2003, titulado "*ALGUNAS NOTAS SOBRE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE CARLOS COSSIO"*[3]*,* en la que se explica con claridad meridiana el método de interpretación propuesto por Cossio.

[2] B. Mantilla Pineda, "La egología jurídica de Carlos Cossio" - Revistas UdeA https://revistas.udea.edu.co.

[3] Ronald de Jesús Chacín Fuenmayor* Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando" Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad del Zulia Mérida – Venezuela.- 2003.

En este orden de ideas, comenzamos a interrogarnos ¿Cómo se construye por el juez el THEMA DECIDENDUM, que será la base fáctica sobre la cual se tendrá que valorar y relacionar la prueba, para luego subsumir la relación de hecho y prueba en una norma jurídica, para concluir en el resolutorio de una sentencia ajustada a la verdad jurídica y el derecho vigente?

En relación al análisis de la construcción del objeto del proceso -thema decidendum-, nosotras consideramos que, en la actualidad, el juez, *al redactar* los *hechos objeto del proceso,* no lo hace de una forma clara, sino que lo hace acomodando los mismos para su conclusión, forzando de esta manera la posible subsunción a la norma, ya que se evidencia que este acomodamiento fáctico tiene un objetivo final que es discriminar la prueba que seleccionara para su subsunción.

Sostiene esta postura el Tribunal Superior de Justicia[4], cuando sentencia diciendo: *"Incurre en "grosera degeneración interpretativa", el absurdo valorativo de los elementos de juicio colectados en el sumario, en virtud al razonamiento perteneciente a la sentencia en crisis, que se encuentra en notoria contradicción con las pruebas incorporadas a la causa, apareciendo como el producto de la voluntad individual de los juzgadores, al prescindir del análisis de circunstancias decisivas para la solución del litigio, arribando a conclusiones meramente dogmáticas alejadas de la realidad probatoria".*

Concluyendo que, con este accionar, el juez "*cae en la subjetividad generando inseguridad*" jurídica y dictando sentencias arbitrarias en perjuicio de los litigantes.

Lo que hoy en día sucede es que los jueces no interpretan la conducta mediante la ley (ley formal y ley material), sino que -por el contrario-

[4] Sentencia publicada por SAIJ-5/06/2001

construyen una conducta adecuada a su subjetividad y no a la objetividad de los actuados, contrario a la verdad jurídica, lejano a la verdad material y, lejano a la prueba producida en autos y de la cual se tiene que valer, para lograr una aceptable valoración al momento de dictar sentencia.

En este sentido, la CSJN[5], resolvió que *"la decisión impugnada no constituía una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa".*

Siguiendo a Cossio, la sentencia, si bien es cierto que guarda la valoración del juez, no puede ser arbitraria ya que dicha valoración se manifiesta a través de los elementos axiológicos presentes en la norma. (Norma procesal).

Toda sentencia - para Cossio- *debe contener la estructura lógica de la experiencia jurídica (deber ser), un contenido dogmático (no necesario) y la valoración presente en toda experiencia jurídica (necesario),* que se diferencia de la experiencia natural, traducida en su ÍNTIMA CONVICCIÓN prohibida en la aplicación del método valorativo reglado en nuestras normativas procesales: El Juez debe valorar aplicando la LIBRE CONVICCIÓN RAZONADA o LA SANA CRÍTICA. Es decir, sustentar las sentencias en los principios de la Lógica, Su Experiencia Jurisdiccional desprovista de todo sentimiento o creencia y los principios de la psicología. Siendo ello los parámetros que garantizan un justa y casi incuestionable sentencia, verificándose la no aplicación de estos lineamientos que da la normativa procesal y que conlleva al aumento de sentencias arbitrarias en estos tiempos.

El primer elemento de la sentencia es la LEY PROCESAL Y MATERIAL. ya que debe ser recogido en su contenido de manera necesaria.

[5] En Causa 690/2017, sentencia del 22 de mayo de 2020.

El segundo elemento empírico son LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO constituyendo un elemento de intuición sensible que pone al juez en presencia de la realidad y que necesariamente debe considerar, de lo contrario, no se puede hablar de adecuación de la norma al acto y, hoy por hoy se mira con preocupación que las circunstancias del caso (modo, tiempo y lugar) no son valoradas al momento de sentenciar.

El tercero, la valoración judicial, constituye la inmanencia del poder judicial. Es la labor que hace el juez al estimar la prueba en relación a las circunstancias del caso, para luego aplicar la norma válida, constituyendo el fundamento material de la sentencia direccionada a la búsqueda de la verdad objetiva, raya a la verdad material, constitutiva del principio de justicia.

La Ley procesal y material ponen obstáculo al arbitrio del juez, es decir: la plenitud hermética del ordenamiento jurídico; la norma de habilitación, la vivencia de la contradicción.

El juez se encuentra obligado por este principio a ubicarse dentro de una disposición legal; es decir, que si*empre va a estar sujeto a que esas circunstancias que valoran* deben caer necesariamente en una norma jurídica.

En este sentido, el Máximo Tribunal sostiene su postura de arbitrariedad en los siguientes términos "… *El régimen procesal previsto para el caso fue suprimido, sin que se configure una situación relacionada con los límites interpretativos que el ordenamiento legal deja en manos de los jueces"*[6]

Podemos aseverar, entonces, que en éstos tiempos, se confunde el arbitrio del juez con la Íntima convicción que no forma parte de ninguna norma y conllevan a relaciones de hecho y prueba sustentada en su propia subjetividad y no dentro de la normativa vigente actual, llevando a construir

[6] Fallo 344:1716 del 8/07/2021. Se deja sin efecto la sentencia apelada por arbitrariedad.

sentencias arbitrarias por falta de fundamentación suficiente en las reales constancias de los actuados.

En este sentido, la CSJN ha resuelto[7]: "*La Corte, por unanimidad, admitió el recurso y dejó sin efecto la sentencia apelada. Para decidir de ese modo, consideró que la cámara de casación omitió valorar la prueba y los argumentos de índole científica y lógica que fueron desarrollados durante el juicio para poner en crisis lo afirmado en el informe de los forenses sobre la causa de muerte de la damnificada. El análisis de argumentos que se refieren a una cuestión decisiva para la solución del caso, se afirma en la sentencia, fue omitido por la cámara de casación. La parte acierta al tachar de arbitraria la decisión en la medida en que ha omitido analizar agravios conducentes para la correcta resolución del asunto, lo que implicó, en definitiva, que no se cumpliera con la revisión integral y exhaustiva del fallo condenatorio*"[8]

El problema radica en que el juez falla en conciencia sin ciencia, dictando sentencias *contra legem* que, por comodidad o hábito, la Cámara confirma, intentando construir de esta sentencia contra legem una sentencia lege lata y esto es lo que Cossio denomina la norma de habilitación.

Para Cossio, esta norma de habilitación no fomenta sentencias arbitrarias, sino que quiere significar que la sentencia -para tener validez- debe sustentarse en el marco del derecho positivo vigente. En el presente, la norma de habilitación se frustra en las instancias revisoras cuando, las mismas son confirmadas, manteniendo el forzamiento de la norma a las circunstancias del caso.

Así, la vivencia de la contradicción es la valoración que hace el juez para ver si es aplicable o no la ley a un caso concreto.

[7] En Fallo 344:2977 del 21/10/2021

[8] Sustentando su resolución en los Precedentes: "CASAL", "Strada"(Fallos: 308:490) y "Di Mascio" (Fallos: 311:2478).

La vivencia de contradicción ocurre en la conciencia del juez, cuando -el arbitrio del juez malentendido- pone en la conducta examinada un sentido diferente utilizando como medio la norma; distinto sería cuando el juez adecua la norma al caso concreto, limitando el arbitrio del juez por aplicación de la norma procesal que obliga atribuir la valoración sustentada en los principios de la lógica y la psicología.

Cossio, tomando en cuenta los principios de la vivencia de la contradicción como confrontación de la resultante, a fin de corroborar si esta se mantiene como una conclusión verdadera o falsa, -silogismo lógico como razonamiento deductivo- va a lograr poder corroborar la fuerza de la convicción, es decir la verdad en la sentencia.

Cuando ello no ocurre, la sentencia es arbitraria y en este sentido "*La Corte, con remisión al dictamen del Procurador General y con arreglo a la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, sostuvo que el fallo impugnado proponía una exégesis irrazonable de la norma aplicada que la desvirtuaba y la tornaba inoperante con menoscabo del derecho a la revisión de la condena consagrado en el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y lesión de las garantías del debido proceso y defensa en juicio. Recordó que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente y no puede llegar al extremo de exigir mayores requisitos que los que aquélla impone*"[9]

Conclusión:

Acordando con Cossio, entendemos que resulta relevante para los justiciables la aplicación de la diversidad metódica, sea el exegético, jurisprudencial o empírico dialéctico.

[9] *Sentencia arbitraria* - En Fallo CSJ 249/2017/RH1, 23 de julio de 2020

En la actualidad, solo puede observarse que las resoluciones jurisprudenciales no guardan relación con ningún método de los mencionados y, ello se ha incrementado desde la modificación de la normativa general de fondo, Código Civil y Comercial Nacional, que quitó las fuentes del derecho, entre ellas la jurisprudencia, cuasi invalidando el método jurisprudencial.

De ahí que la CSJ, en reiterados pronunciamientos, hace siempre mención en los considerandos que, "*si bien los tribunales inferiores no están obligados a seguir la doctrina de esta Corte, para apartarse de ello, deberán fundar las posturas*"[10].

Entendemos que, el método propuesto por Cossio, constituiría un regreso a la seguridad jurídica, ya que el mismo se sustenta en los tres pilares (Circunstancia del caso, Relación de hecho y prueba y Subsunción a la Ley Vigente), que conforman los métodos de valoración admitidos por nuestro ordenamiento procesal - sana crítica y libre convicción razonada-.

Ambos métodos lógicos, se sostienen en la estructura del silogismo lógico-deductivo, que se encuentra en crisis, pero es necesario recordar que el método de análisis que admite la Constitución[11] sostiene el principio de legalidad y evidencia ser *parte de la objetividad* exigida por Cossio y la experiencia tribunalicia del juez, parte de *la subjetividad de la juez*

[10] CSJ: Fallos: 340:2001 "GOYE"2017. 7°) Que, en esta inteligencia, lo resuelto por el a qua ha devenido arbitrario pues si bien es cierto que las sentencias de la Corte sólo deciden los procesos concretos que le son sometidos y no resultan obligatorias para casos análogos, no menos lo es que los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a esa jurisprudencia y, por tal razón, carecen de fundamentación los pronunciamientos que se apartan injustificadamente de los precedentes del Tribunal (arg. mutatis mutandi Fallos: 329:4931; 335:2326; entre otros).

[11] ENRIQUE QUINTERO VALENCIA ...El método lógico-deductivo se muestra asimismo en el origen y concepción de los principios políticos desde el rango mismo de las Constituciones. El mismo principio fundamental de legalidad se ajusta al método lógico-deductivo. El principio de legalidad es el marco según el cual toda decisión judicial o administrativa es una especie deducible del género dado por la norma constitucional. Y de la precisión de este encuadre surge la legitimación o legitimidad de la inferencia que hace el juez o propone el jurista.

mencionada por el autor citado que excluye la moral y la ética -fuentes de la experiencia natural de cualquier sujeto-.

De esta forma, se rompe con la arbitrariedad de las sentencias, sea cual fuere su fuente de arbitrariedad, limitando el arbitrio del juez, para lograr una sentencia ajustada a la ley vigente de fondo y forma, rayana a la verdad material.

En este sentido la Corte ha dicho "*Corresponde dejar sin efecto la sentencia impugnada si la Corte se ve impedida de ejercer el control de constitucionalidad que le es propio porque el pronunciamiento carece de la mayoría de motivaciones necesarias, dado que resolvió rechazar el recurso de casación sobre la base de la coincidencia de dos votos que tienen fundamentos no sólo distintos, sino contradictorios entre sí…. Las sentencias de tribunales colegiados son inválidas cuando ellas resultan de una mera agregación de opiniones individuales, que no exhiben una coincidencia mayoritaria sustancial sobre los fundamentos que dan apoyo a la decisión del tribunal…*"[12]

Haciendo nuestras las palabras de Mantilla Pineda, "*En este repensar polémico y agónico del derecho, Cossio ha llegado a una postura personal digna de encomio. Superando al dualismo establecido entre norma y conducta humana, entre ciencia dogmática del derecho y realidad social susceptible de valoración jurídica.*"[13]

[12] CSJN, "ERASO RAUL ALFREDO Y OTRO c/ s/CAUSA N° 8264", E. 141. XLVI. RHE 18/12/2012.

[13] MANTILLA PINEDA, ob. cit.

El discreto encanto de la opinión pública

Un acercamiento a la mirada del jusfilosofo argentino Carlos Cossio

Osvaldo Nan[1]

La subjetividad como un territorio en disputa.

La producción de sentido, es una cuestión ampliamente discutida en ámbitos académicos, políticos, y remitida generalmente a diferentes cuestiones que hacen a su formación, siendo la denominada Opinión Pública una medular tópica a la hora del análisis.

Siempre se encuentra presente, en el desarrollo del discurso de los medios de comunicación, en las redes, en la política, en la administración del gobierno de la sociedad, y tantas otras constelaciones que hacen a ese gran universo partidario/agonal de nuestra realidad social.

El gobierno hurga sus movimientos, la publicidad vende sus productos y los candidatos de todo tipo se apoyan en sus caprichos. Pero, además, distintos cientistas sociales la toman como punto de partida para identificar o caracterizar un régimen como democrático, tal como el caso del jusfilosofo argentino Carlos Cossio, que define a la democracia como *"…el gobierno de la opinión pública, por los partidos políticos y para el pueblo…"*.

¿Acaso no es la subjetividad como un territorio en disputa? Decía Gramsci, *"…Los sistemas de dominación y las relaciones de poder en las*

1 Abogado; director Adjunto del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM, ex Docente del Dpto. de Filosofía de la Facultad de Derecho UBA; ex Docente de la Escuela de Gobierno dependiente del INAP; ex director del Instituto de Derecho Municipal del CAM. Docente de la UNPAZ.

sociedades contemporáneas, se expresan de manera concreta a través de dispositivos materiales, que, sobre la base de la fuerza y la coerción, instauran tendencias de hegemonía sobre el todo social…"[2]

La racionalidad de matriz moderna y descrita por tantísimos autores contemporáneos, resulta insuficiente e insostenible por sí sola, necesitando para arrimar alguna explicación, de instancias e instrumentos que permitan determinar la dominación de la subjetividad humana, hasta el punto de convertir a los oprimidos y explotados en objetos de reproducción de su propia dominación.

Particularmente las relaciones de poder se imponen en menor medida a través de la fuerza y la coerción, sino a partir de otros mecanismos de dominación de naturaleza subjetiva que en apariencia son complementarios, pero en esencia son fundamentales para sostener el orden social. Estos mecanismos se imponen sobre la conciencia de los sujetos como verdades únicas y naturales, configurándose como narrativas aceptadas y legitimadas, incluso hacia el interior de las estructuras sociales y demás redes de socialización.

Podemos caracterizar esos mecanismos subjetivos para la reproducción de la dominación, al estilo de los denominados aparatos ideológicos de Althusser, donde estas instancias productoras de verdades oficiales y de conocimiento legitimado ante el orden social, operan sobre la subjetividad de los individuos. [3]

[2] PORTANTIERO, J. (1977) Los usos de Gramsci, Cuadernos de Pasado y Presente. México.

[3] LOUISE ALTHUSSER, *Ideología y Aparatos ideológicos del estado*. (1970) Es un ensayo del filósofo francés, donde podemos ver como instituciones religiosas; la industria cultural en general, los medios de comunicación y las redes multimedia con su decisiva impronta en la construcción de narrativas, los sistemas educativos que incluyen la Escuela como totalidad orgánica y como espacio de socialización, así como la academia y las comunidades científicas, constituyen instancias creación de sentido

Según Cossio, *"…Si nos atenemos descriptivamente a los hechos la primera cosa que debemos decir es que la opinión pública no es la opinión del público. La opinión del público es posible en cualquier situación colectiva y manifiesta simplemente un proceso de acumulación de opiniones personales… "* A diferencia de ello la opinión pública, que también presupone una situación colectiva, no entra en juego en cualquier situación colectiva. Ciertamente, no sería entonces cuestión de cantidad de individuos, como si se tratase de un sufragio, sino que es simplemente la popularidad de una opinión.

La influencia de la opinión pública sobre la opinión del público es algo que este último, la recibe pasivamente por gravitación de aquélla. Por el contrario, la influencia de la opinión del público sobre la opinión pública jamás llega a ser algo diverso a un germen de maduración para ésta. La opinión pública, cuando penetra en la opinión del público, se instala en él como elemento de la situación en la que opera el público, participando de la inercia propia de toda circunstancia. Cuando, por el contrario, la opinión del público penetra en la opinión pública, permanece sometida a un proceso de elaboración intelectual que la somete al tamiz de ciertos principios de confirmación o rechazo. La opinión del público es cosa pasajera… la opinión pública es más estable…" [4]

Para Cossio sería más propiamente opinión pública, aquellas ideas o las actitudes que tiene aquel grupo: opinión pública en sentido objetivo, donde se encuentran condiciones culturales y psicológicas que concurren para determinar aquel mismo juicio colectivo: opinión

Mientras que la opinión del publico tendría que ver con el juicio colectivo sobre un hecho o sobre una situación: opinión pública juicio

[4] CARLOS COSSIO, La opinión pública, Losada, Buenos Aires, 1958, pág. 12 Y 13

(como en la frase: "tal medida es inadmisible": esta es la opinión pública que circula en todos los ambientes);

Desarrollo histórico de la noción de opinión pública.

En un marco de analizar la evolución del concepto, vemos que ha tenido un desarrollo desde las opiniones compartidas en la horda primitiva, hasta la actualidad, pasando por los tiempos de la ilustración donde los modelos liberales y su revolución burguesa, que implantarán al individuo en colectivo, pero fundamentalmente lo harán sentirse sujeto político activo.

Platón y los griegos entendían que *"…la opinión o doxa era el punto intermedio entre conocimiento o episteme y la ignorancia…", o* sea la postura de un individuo ante un hecho. Esa opinión será publica, en tanto y en cuanto la recibimos en referencia el hecho de estar involucradas cuestiones que hacen a temas de interés colectivo

En tal mirada vemos entonces una tendencia o preferencia, real o estimulada, de una sociedad o de un individuo hacia hechos sociales que le reporten interés, teniendo a través del tiempo y la cultura, esta situación descripta una mirada desde la filosofía, la teoría política y las ciencias sociales en general.

Según Thomas Hobbes en el siglo XVII la: *"…opinión pública surge de la relación política hombre-estado y del interés colectivo por las cuestiones de orden común…"*

Para Rousseau, un siglo después, expresa que a quienes dictan las leyes, se les aconseja que conozcan el arte de dirigir las opiniones de los hombres, o sea la opinión pública.

En los años setenta y ochenta Jürgen Habermas en el siglo XX, Jünger Habermas articuló su teoría de la acción comunicativa, en la que

presenta la discusión pública como la única posibilidad de superar los conflictos sociales, gracias a la búsqueda de consensos que permitan el acuerdo y la cooperación a pesar de los disensos. En *Facticidad y Validez*, Habermas[5] lleva a cabo una investigación sobre la relación entre hechos sociales, normatividad y política democrática. El espacio público se presenta como el lugar de surgimiento de la opinión pública, que puede ser manipulada y deformada, pero que constituye el eje de la cohesión social, de la construcción y legitimación (o deslegitimación) política. En uno de sus primeros escritos, Habermas delimita el concepto: "*…Por espacio público entendemos un ámbito de nuestra vida social, en el que se puede construir algo así como opinión pública…".*

Dirá que la *"…opinión pública significa cosas distintas según se contemple como una instancia crítica con relación a la notoriedad normativa pública, representativa o manipulada, de personas e instituciones, de bienes de consumo y de programas…". La* concibe como un debate público en el que se delibera sobre las críticas y propuestas de diferentes personas, grupos y clases sociales.

El hace hincapié en el carácter constitutivo de cualquier grupo de diálogo en la formación de la trama de lo público. En este sentido, no es un espacio político sino ciudadano, civil, del mundo de la vida y no de un determinado sistema o estructura social. Continúa Habermas: "*…Hablamos de espacio público político, distinguiéndolo del literario, cuando las discusiones públicas tienen que ver con objetos que dependen de la praxis del Estado. El poder del estado es también el contratante del espacio público político, pero no su parte. Ciertamente, rige como poder público, pero ante todo necesita el atributo de la publicidad para su tarea, lo público, es decir, cuidar del bien general de todos los sujetos de*

[5] JURGEN HABERMAS *Facticidad Y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del Discurso.* Editorial Trotta Madrid 2010

derecho. Cuando el ejercicio del dominio político se subordina efectivamente a la demanda pública democrática, logra el espacio público político una influencia institucional en el gobierno por la vía del cuerpo legislativo. El título opinión pública tiene que ver con tareas de crítica y de control, que el público de los ciudadanos de un estado ejerce de manera informal (y también de manera formal en las elecciones periódicas) frente al dominio estatalmente organizado…"

Esta temática también se constituirá para algunos otros autores contemporáneos, en una cuestión central de sus teorías. Tal el caso de Elizabeth Noelle Neumann[6], que estudia la opinión pública como una forma de control social en la que los individuos adaptan su comportamiento a las actitudes predominantes sobre lo que es aceptable y lo que no. La opinión pública es para ella la *"…piel que da cohesión a la sociedad…"*

En nuestro medio local, variados cientistas sociales han abordado el tema desde diferentes ángulos, aunque nos interesa puntualizar la postura del importante jurista argentino Carlos Cossio.

El expresa que no debemos confundir la opinión pública con *"…la opinión del público u opinión popular* (que) *se da en cualquier situación colectiva y traduce un proceso simplemente cuantitativo de adición de opiniones…".* Define la opinión pública como una opinión *autorizada* o *calificada* que traduce principios. Ella posee una popularidad que pretende influir en el público, integrando un pasado en la conciencia colectiva

Cossio afirma también que *"…la opinión pública requiere quién la vocee. No hay ningún requisito para asumir el papel de vocero; cualquier*

[6] ELISABETH NOELLE-NEUMANN La espiral del silencio: Opinión pública: nuestra piel social. (1977).

persona puede hacerlo, basta que esta persona, este seguido por la atención de los demás…".

El filósofo resaltaba, *"…Toda opinión pública gira en torno de la aceptación de un valor o del rechazo de un desvalor…", y su formación se debe por* medio de las actitudes de un grupo de líderes de partido y la unión de los medios de comunicación que trabajan como complemento para moldear la opinión de las masas. Remitimos en este sentido a una idea de liderazgo como influencia interpersonal ejercida a través de los procesos de comunicación humana.

En tal sentido, según Max Weber, un líder es la persona *"…encargada de guiar a otras por el camino correcto para alcanzar objetivos específicos o metas que comparten*, *es la persona que guía al grupo y es reconocida como orientadora.* ". Liderazgo es influencia, arte o proceso de influir sobre otros, para que se esfuercen en forma voluntaria y con entusiasmo para el logro de las metas de grupo.

Si pensamos en las democracias actuales, donde el papel principal en la formación de la opinión pública lo desempeñan los medios de comunicación, que recortan la realidad al seleccionar determinada información, estableciendo un orden de prioridades y términos de referencia en la transmisión de las mismas, parece claro que Cossío afirmara acerca de que *"…El mundo es para el público en general, el mensaje de los medios de comunicación…"*

Too Much Information

Hoy día existen varias opiniones y teorías que conceptualizan opinión pública y que trataremos de enumerar

La Teoría *de la Manipulación Mediática* que implica un procedimiento de resolución de controversias mediante el cual las partes delegan a un a tercero la potestad de decidir por ellos.

La *Teoría de La Espiral del Silencio* que pertenece a la ya mencionada Elizabeth Noelle Neumann. La lógica de este modelo, conforma una espiral silenciosa dado que, cuanto más se difunde una opinión dominante, más se silencian, las individuales voces minoritarias, las opiniones mayoritarias toman fuerza. Neumann quien se centró en analizar el miedo que las personas tenemos al aire la miento social lo cual nos lleva a abstenernos de dar nuestras opiniones o

comentarios en temas polémicos cuando sentimos que no concuerdan con el de las mayorías

La *teoría de la Agenda Mediática* o "Agenda Setting" de Maxwell McCombs que se ha convertido en una herramienta clave para entender la relación entre *mass media*, élites políticas y opinión pública, y que relaciona medio de comunicación y público

La *teoría de la Aguja Hipodérmica* o también denominada de la bala mágica, que muestra la posición de poder de influencia de los medios masivos de comunicación y de las concepciones de masa. Harold Lasswell, afirma que "la propaganda, permite conseguir la adhesión de los ciudadanos a unos planes políticos determinados sin recurrir a la violencia, sino mediante la manipulación".

Las *teorías de Las Mediaciones* donde el objetivo consiste en construir una modelización coherente de los comportamientos culturales humanos y de llevar a cabo una reflexión epistemológica sobre las relaciones que esos comportamientos mantienen entre sí. Busca el estudio clínico de comprobación experimental

La teoría de los *Usos y Gratificaciones*, que supuso una modernización de los estudios funcionalistas porque trasladaba el énfasis de la influencia de los emisores a las decisiones de los destinatarios o públicos, se centran en las necesidades sociales de los destinatarios

Los aportes de Cossio al concepto de Opinión Publica en el marco del análisis de la Democracia

En la intención de problematizar la cuestión de la democracia, Cossio desde, las décadas del 40 y 60 genera hacia adelante innumerables aportes al fuerte debate acerca de la opinión pública, así como al concepto de régimen político y sus transiciones y derivas, implicando contribuciones a una problematización de la democracia realizada desde América Latina que valorándola positivamente se orientaban a apuntalar su enraizamiento en la región

Cossio pone en discusión la noción "iluminista" de opinión pública, señalando los desplazamientos y continuidades que sus reflexiones entrañan respecto de ella. Sus ideas en torno de la opinión pública abonan, como argumentamos, el proyecto de una democracia liberal representativa con participación total de la población, sostenida por una vida pública pluralista.

La política como conciencia (1957) y La opinión pública (1958), de Cossio, pueden ser leídos como aportes a toda esta problematización.

Cossio, lector de Marx, Laski y Manheim, participa en el debate latinoamericano respecto de la denominada *crisis de la democracia*, tras el fin de la Segunda Guerra. Él estaba preocupado por el problema de los modos en que diversos sectores de la ciudadanía participaban en la tematización y dilucidación delos asuntos que concernían a la vida social y política.

Opinión Pública y Opinión del Público

Cossio señala que la opinión pública no es la opinión del público, ya que esta última se da en cualquier situación colectiva, y refleja cuantitativamente la suma de opiniones personales, ya sea eligiendo autoridades, etc.

Aquella en cambio, no es un proceso cuantitativo basado en la popularidad de una opinión, sino algo que pretende influir en el acuerdo del público. Viene de un pasado y se dirige hacia un porvenir, con el que se integra.[7]

Cossio considera que en la historia siempre existe una conciencia acertada o equivocada, que forma parte de ella, y justamente esa conciencia seria la opinión pública. Se trata de un conocimiento que pasa a través del filtro de la emoción colectiva, pero contemplando los hechos a través de principios. Podría considerarse que tiene pasado y futuro, y que se manifiesta sobre casos concretos. Así, por ejemplo, algún actor de un suceso político no comprendido en la época de su actuación por sus contemporáneos, recurre al juicio de la posteridad, como al de una suerte de tribunal, o sea, al juicio de una opinión pública situada en el porvenir

La publicidad de una opinión, se evidencia cuando se hace visible a través de la actuación de sus voceros, por ejemplo, en un escenario teatral, o un auditorio cualquier. En tal caso, para analizar cómo se forma la opinión pública, pensemos como dice Cossio, en una sala de conciertos, donde pueden distinguirse varios estratos o grupos:

[7] CARLOS COSSIO, La opinión pública, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1958, 158 págs., págs. 12/14

El primero, sería el de la creación original, fruto del genio del músico del que emanó la partitura. El segundo el de la vocación intelectualizada, integrado por el director de la orquesta y los músicos. En tercer lugar, el de la comprensión objetiva, constituido por el público asistente.

Contemplando los tres grupos, Cossio afirma que, en el primero, el compositor aporta su creación, es decir la opinión original, la que es hecha suya por los integrantes del segundo grupo: el director, los ejecutantes, los críticos de arte, para quienes la música constituye su pasión, y la hacen conocer, constituyendo así la opinión técnica. En el tercer grupo podríamos distinguir las personas que sin tener conocimiento de la música son capaces de percibir su belleza y armonía, por otro lado, los que asisten al concierto, porque el hacerlo da prestigio

Sera dentro de las personas que se interesan, aunque afirman no saber nada de música, pero que les agrada, que les importa y que son capaces de comprender emocionalmente los principios, donde se constituye la verdadera opinión pública. La descripción efectuada con relación a la sala de conciertos resultaría también útil para analizar la formación de la opinión en otros campos como la política, lo deportivo, etc. Así el creador de una doctrina política constituiría la opinión original, la acción de los cuadros dirigentes del partido al difundir la doctrina y ejecutarla, la opinión técnica, y en los que sin ser miembros del partido escuchan sus proposiciones y, tras analizarlas las aceptan, estaría configurada la opinión pública.

Cossío y la formación de la opinión.

Durante los años inmediatamente posteriores al golpe de Estado cívico militar que derroco a Juan Domingo Perón, Cossio no dejó de

abordar el problema de la opinión pública, dedicándole una serie de artículos que aparecieron revistas jurídicas.

Tales elaboraciones constituyen reflexiones situadas desde la sociología fenomenológica, enfocada en los debates acerca del fenómeno de una supuesta desperonización, en boga por aquellos años. También dichos trabajos constituirán una serie de propuestas de reforma institucional, destinadas a mejorar distintos aspectos de la democracia argentina.

Más allá de su conexión con los problemas de la coyuntura argentina correspondiente a los años posteriores al peronismo, Cossio decidió a editar algunas de dichas reflexiones publicando en la editorial Losada, un volumen denominado *La opinión pública*. Asimismo, volverá a referirse, al tema de la opinión pública hacia la década de 1960, en una serie de trabajos en los que se discutirá el problema de la relación entre derecho y la ideología.

Cossio criticó la concepción iluminista de opinión pública, apuntando principalmente contra el racionalismo subyacente a ésta.

Lector entusiasta de Marx[8], hacia la década de 1960, encontró en las reflexiones acerca de la ideología un punto de apoyo para criticar el funcionamiento del derecho y de la ciencia jurídica, pero en ningún caso abdicó de la posibilidad de referirse a la verdad

Confiaba en que la investigación ontológica, que colocaba en la base tanto de sus elaboraciones iusfilosóficas como de sus ensayos

[8] A decir de Carlos Cárcova (2009), Cossio tuvo un encuentro "gozoso" con Marx. Es a partir de esas lecturas que el iusfilósofo profundizaría su concepción de la ideología, reconociendo los méritos y también las limitaciones del enfoque marxista. Los artículos publicados en la revista jurídica La Ley a los que antes nos referimos son fruto de ese diálogo, así como un libro que permanece inédito.

sociológicos[9], permitiría superar el relativismo al que, en su interpretación, conducía la teoría marxiana de la ideología.[10] De allí que sus textos estén atravesados por la pregunta por el *ser* de la opinión, a la cual procuró dar respuesta muñido con herramientas conceptuales procedentes de la fenomenología y del existencialismo,

Esa inquietud convive en textos que publicó entre 1957 y 1958, con la preocupación por las transformaciones y desafíos que experimentaba la publicidad en la sociedad de masas. Cossio compartía con Harold Laski la sensibilidad socialista-liberal y en ese sentido, la vocación por revelar el modo en que la prensa burguesa manipulaba las ideas de las masas, cercenando la posibilidad de una auténtica opinión pública.

Ese doble registro filosófico y sociológico se traduce en la organización que proponía, en sus libros, de sus argumentos. Así, en el ya mencionado texto La *opinión pública* tiene una primera parte denominada preliminar fenomenológico" y una segunda titulada opinión pública, expresión y democracia.

Si el ejercicio de crítica social y cultural que ensayaban sus trabajos estaba dirigido al gran público, como indagación filosófica interpelaba a lectores especializados. El profesor tucumano deseaba suministrar a estos últimos las bases de una "técnica de investigación"

[9] "Ha de decirse que todo desarrollo retórico sin base ontológica, en una ciencia que concierna al hombre, efectivamente es ideológico y traduce un compromiso que no es con la verdad objetiva. Solo la ontología —y la ontología del hombre es existencial—, contiene posibilidades de asegurar una neutralidad para el hombre cuando habla de sí mismo" (Cossio 1961: 262)

[10] "Si las posiciones solo fueran posiciones es inútil la controversia entre ellas; todas tendrían el mismo título, al no tener ninguna el título de la verdad; mientras se incomoden, habrían de tolerarse recíprocamente, pero llegando a incomodarse entre sí, solo cabe eliminar por la violencia a la que sea causa de perturbación; y esto claro está, no puede ser la recomendación del intelectual que crea en la verdad como un factor de paz (...) Por eso es urgente que la tarea intelectual retroceda al debate de los fundamentos en las ciencias del hombre. En estas ciencias hay que reganar el derecho de referirse a la verdad, que las ideologías han puesto en crisis" (Cossio 1960: 1084)

acerca de la opinión pública, en el deseo de elucidar la "verdad" distinguiéndola de la "falsedad".

En esta dirección, con la finalidad de establecer qué clase de fenómenos capturaba la opinión pública se ocupó de diferenciarla de la opinión del público. Mientras esta última expresaba un proceso simplemente cuantitativo de adición de opiniones personales, la primera era una opinión calificada.

Cossio designaba un acuerdo intersubjetivo en torno a un principio, vigente en un conjunto de hombres, acorde con la trayectoria histórica de la colectividad en cuestión y publicitado por un vocero. Partía de la idea de que la visibilidad era una condición necesaria de la opinión pública, asignándole la forma específica de la escenificación.

Entendida como conciencia histórica que una colectividad tenía acerca de sus propios problemas, la opinión pública se formaba a partir de la cooperación de grupos humanos que poseían diferentes sensibilidades. En diferentes trabajos inatenta desentrañar ese proceso formativo, con la finalidad de esclarecer de qué manera un principio, con arraigo histórico, llegaba a alcanzar vigencia social; cómo conseguía generalizarse.

Al reconstruir dicho proceso, Cossio no apelaba a la figura liberal de una comunidad de individuos racionales que arriban, mediante intercambios lingüísticos deliberativos, al acuerdo. En su lugar coloca la idea husserliana de un entendimiento societario (*mundo de la vida*)[11] o entendimiento comunitario, a partir del cual puede proyectarse, en el

[11] Husserl, nos dice que el mundo de la vida es *"...el mundo de la experiencia sensible que viene dado siempre de antemano como evidencia incuestionable, y toda la vida mental que se alimenta de ella, tanto la acientífica como, finalmente, también la científica..."*

marco de los avatares de la relación entre las élites y las masas, algo así como la opinión pública.

Convivir significa, de por sí, entenderse, y ese entendimiento no es una deliberación de las inteligencias ni se produce porque fuera previamente pensado. No es ni previo ni posterior de nuestra conducta existencial. Está en lo que hacemos y viene con lo que hacemos, pudiendo estar, pues, tanto en nuestros silencios como en nuestras palabras.

Secularización mediante, el entendimiento societario admitía en cada momento histórico contenidos diversos. Correspondía a las élites la tarea de explorar ese mundo de significados compartidos para identificar las mejores opciones de entendimiento, de coexistencia societaria. En la perspectiva del autor, eran las élites intelectuales y políticas las que, realizando sus vocaciones profesionales, exploraban y expresaban, respectivamente, las posibilidades que cada situación ofrecía[12], actualizándolas ante el gran público. Cossio aprovechó el pensamiento marxista e intentó una síntesis, al menos en lo relativo a la teoría de la ideología, entre aquella perspectiva y su teoría egológica del derecho, pues veía una íntima vinculación entre la noción de ideología y el modo en que opera en la opinión pública: *"…Para no ser una cosa larvada dentro del mundillo biográfico de un individuo (o de algunos individuos); para llegar a ser plenamente una ideología, es decir, la defensa positiva, por su fuerza efectiva, de los intereses sociales que la comprometen, la ideología tiene que estar políticamente apoyada como una verdad oficial de su grupo o, por lo menos, como un prestigio oficial del mismo. Esto significa principalmente que hade tener a su disposición el aparato publicitario de la sociedad, en lo que este estuviere controlado por aquel grupo; y ello explica la aparición tanto de la publicidad oficial disconformista*

[12] CARLOS COSSIO, La opinión pública, Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1958

(periódicos representativos de derecha o izquierda, promoción de catedráticos sin autoridad, pero adictos, congresos políticos, manifiestos proselitistas, etc.) como de la lucha por la hegemonía publicitaria. Sin el aparato publicitario en sus manos la ideología no podría alcanzar la eficacia polémica que ella requiere en una sociedad de masas para ser un obstáculo social, ni estaría en buenas condiciones de lucha para contrarrestar la crítica intelectual fundada en la verdad. En gran medida la eficacia de una ideología depende, hoy, de poder llegar a la opinión popular; y su desiderátum estaría en ganar la opinión pública. Para ambas cosas, pero sobre todo para lo primero, la posesión del aparato publicitario (periodismo, cine, radio, televisión) es importante. Y más que importante…"[13]

Cossio postula: *"…La creación judicial del Derecho, que supera la tacha de ideología por ser una verdad ontológica, nos da el hilo conductor para rastrear el juego ideológico del capitalismo dentro de la Jurisprudencia dogmática. En función de esa creación judicial podemos ver lo que Marx quería ver, pero con un instrumento que no lo da el marxismo, sino la ontología jurídica. La ideología jurídica del capitalismo ha intentado cubrir este hilo conductor mediante la tesis, ella misma ideológica, de que el juez debe esperar una reforma legislativa cada vez que el entendimiento societario comprometa el mantenimiento del statu quo que llega del pasado. En este mismo propósito coinciden, tanto la idea de que el juez frente a la ley tiene un papel mecánico y pasivo, como la de que las leyes tienen en sí mismas un contenido autosuficiente para una semejante actuación judicial. Siguiendo este hilo conductor y en la medida en que se teorizare al margen de los datos ontológicos, se puede percibir la ideología capitalista en la variante con que se presentare, en cualquier sentencia, en cualquier*

[13] CARLOS COSSIO "Las ideologías", en AA.VV. Aislamiento y Comunicación, Sudamericana, Bs. As., 1966, p. 80.

código, en cualquier tratadista, en cualquier escuela. No es que no quepa verla también en el legislador y en el constituyente; pero se la ve mucho mejor con su técnica de ocultamiento en el nivel del juez, porque aquí culmina su pretensión científica, al situarse en el juez el canon del sujeto cognoscente. Por esto mismo, cada error metodológico que el analista encuentre,
es también una advertencia para examinarlo por el reverso, en cuanto que algún interés ideológico podría estar promoviéndolo o aprovechándolo en la coyuntura…"[14]

Se dice que: *"…Por la cantidad de veces que Cossio mencionó en sus publicaciones la existencia de Ideología Derecho y en razón de que el tema que trata es parte integrante de la Teoría egológica no se puede pretender, con seriedad, que se conoce la obra de Cossio mientras se ignora la existencia de ese libro y de su tema como parte relevante de esa teoría…"*[15]

A modo de conclusión

La reconfiguración del espacio social y político actual, a partir de la influencia que ejercen los medios masivos de comunicación y las redes sociales en nuestras sociedades, nos obliga a seguir desarrollando la discusión teórica, empírica y fundamentalmente multidisciplinar de esta temática. Particularmente en el marco de la dinámica de las sociedades actuales, tan preocupadas y dependientes de los sondeos de opinión, cuando en realidad estamos abordando un terreno como es el de la creación del sentido y de la subjetividad a partir de una temática medular

[14] CARLOS COSSIO, Ideología y Derecho, Buenos Aries, 1962, pp. 131-132. [FIJ, Rosario, 2007. p. 206

[15] RAFFO, JULIO, " 'Ideología y Derecho'. El libro perseguido de Carlos Cossio", en Ciuro Caldani, Miguel Ángel (coord.), Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias: homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio,

como la de la formación de la opinión pública, que no puede reducirse solamente a dichos sondeos.

Acabadas visiones teóricas como las de Habermas y Noelle Neumann, que se insertan en miradas, se insertan en una teoría crítica de la sociedad, y ponen en debate la confrontación del deber ser, del principio de la democracia y de las diferentes dinámicas sociales en pugna.

Finalmente, nos parece realmente novedoso que, en estos autores y teorías mencionadas, de reciente data, aparece como sobre la relación de la opinión pública con la democracia, cuestión está que había sido ya abordada prolífica y novedosamente por Carlos Cossio en la década del 50, lo cual nos hace valorar aún más sus ideas.

AVISOS PARROQUIALES

Cuanto bien hace la Filosofía.

Alberto Farinati

Corría marzo del 2020 y arreciaba la dura pandemia del COVID 19 comenzando a castigarnos y como secuencia fatal se decretaba la cuarentena que nos iba a someter a un encierro jamás pensado, (ni previsibilizado por ninguno de nosotros), cuando mi joven colega Dr. Cristian Callegari, apasionado por los vericuetos de la filosofía me invita a participar en un "invento" novísimo para mí: …¡el Zoom!

Como habíamos intercambiado ideas sobre nuestros pasajes por la facultad de derecho, fue inexorable que pasáramos por anécdotas sobre las materias de nuestras preferencias. Ahí descubrí que él amaba la filosofía y le describí que yo me había acercado mucho a temas parecidos en la cátedra de un tipo que me pareció un excelente profesor de Lógica y Metodología, el Dr. Luis Warat. Como participaban del encuentro otros colegas muy queridos y muy versados esos miércoles (por el maravilloso zoom) fueron poco a poco llevándome como testigo silencioso por los caminos alambicados de la esencia del Ser.

Semana a semana explotaban los Kelsen, Derrida, Duquelsky, Habermas, Nietzche, Aristegui y una avalancha de ideas, pensamientos, construcciones, deconstrucciones, cancelaciones, etc.- Obviamente que por mis pesadas cargas de formación y años de vida discrepé en silencio o con desmedidas expresiones a las nuevas ideas o a las atrevidas avanzadas de estos soldados del pensamiento en cuanto ejercicio permanente.

En ocasiones perfumaba el ambiente alguna filósofa-escritora tal como mi querida amiga Cynthia Callegari, o me cruzaba con el brillante joven Dr. Martín Aldax y lo enervaba exagerando preferencias sobre razas, religión, género o entretenimientos, o escuché cosas conmovedoras para ambos hemisferios cerebrales de parte de mi "hermano menor" Cristian o mi "primo" Osvaldo Nan, llenos los dos de la alquimia de convertir la nada en el oro del "conócete a ti mismo" y "todo es arriba como es abajo", y las sombras visibles de la cueva como "reflejos" de Platón.-

Aparecieron de a poco las deflagraciones de sabiduría en las exposiciones de Adrián Cetrángolo, Gabriel Vignoni, José María Novoa, nuestro joven colega Jorge Frega que comandando el equipo de lucha pro recuperación del CAM respaldó con su apoyo y cabida a este Instituto maravilloso; mi viejo "conocido" de los históricos tribunales de los 70 a los 2000, el Dr. Héctor Raffo, con su traje de filosofía, perfil que yo le desconocía. ¡Esa briosa pantalla de los miércoles fue trayendo a Diego Dukelsky Gomez, Alicia Ruiz, Ricardo Guiburg, Mauro Benente, Julián Álvarez, Darío Zeta! y para quien gusta del fútbol era estar jugando en algún Coliseo con Pelé o Maradona …Inolvidable.

Así pasó el duro tiempo que le costó a la patria la vida de 130.000 hermanos mientras nosotros fortificábamos el cerebro con este Instituto y lo que se podía del cuerpo con las vacunas. Fueron desfilando amigos invitados de los del grupo, todos destacados influencers del pensamiento, profesores de Historia, periodistas, filósofos practicantes, escritores, poetas, abogados mujeres y varones que abonaban con su paciencia y atención cada encuentro, ahí estaban junto a nosotros Alberto Pachilla, el querido José Luis Chammah, Luciana Frega, Karina Saoretti, María Eugenia Cavallo, Cecilia Brunacci, Belén López, Barbarita Pepe, mi antigua amiga Silvia Díaz Yagues, mi compañero Juan Navarro, Marcelo Díaz y muchos más.

Hasta que vino la época de la "presencialidad" y fue toda una fiesta del "pensamiento corporizado", las colaboraciones de Anita Zajac, el brillante joven Marcelo Garate, otra amiga de años: Patricia Cozzo Villafañe, Max Molina, Blanca Medina Borja, Violeta Lagomarsino, el incansable Dr. Jorge Rossi, Sandrita Balzano y otros.

En todo este duro camino -ya rondamos publicadas las 20 revistas maravillosas- hasta que el Instituto (que fue un "refugio de pensamiento") se convirtió en el nido que nos acoge dentro del Colegio y que pasó a esta última espectacular aventura que viví entre el 30 de junio y el 1º de julio de este año. El Congreso de Filosofía que honraría al Dr. Cossio, una figura inconmensurable del pensamiento argentino (como mínimo) y que rememoraba al primero que se hizo 40 años atrás en La Plata. Allí el contingente liderado por el Dr. Cristian Callegari en la materia específica y por el Dr. Jorge Frega en lo institucional y nuestros representantes expositores (fuimos la más concurrida delegación) ganaron menciones y premios, como el Dr. Marcelo Garate, o la Dra. Mariana Kaul, o presentaron excelentes trabajos como Sandra Balzano, Patricia Cozzo Villafañe, María Eugenia Cavallo, Max Molina, etc.

Como nota de color aderezamos este congreso con una dosis de camaradería y compartí gordísimas charlas con mi viejo amigo el Dr. Balán, quien hace más de 45 años me acercó al Colegio tan querido por nosotros. Nos reímos, y mucho entre todos, en los cortes gastronómicos y saboreamos grandes profesores y maestros en esta materia tan determinante en el arte de vivir profundamente y bien: ¡¡¡La Sra. FILOSOFIA y su hija dilecta La Filosofía del Derecho!!!

Finalmente, y para ilustrar lo vivido los días 30 de junio y 1 de julio en la Ciudad de la Plata, compartimos imágenes tomadas y que reflejan la alegría y el orgullo que tenemos de representar a Filocam en tan importante evento.

En los preparativos del congreso: De izquierda a derecha Alberto Pachila, José María Novoa, Barbara Pepe, Cristian Callegari, María Eugenia Cavallo, Blanca Medina Borja, Sandra Balzano, Mariana Kaul, Oscar Balan, Alberto Pachila:

Ponencia de la Dra. Mariana Kaul

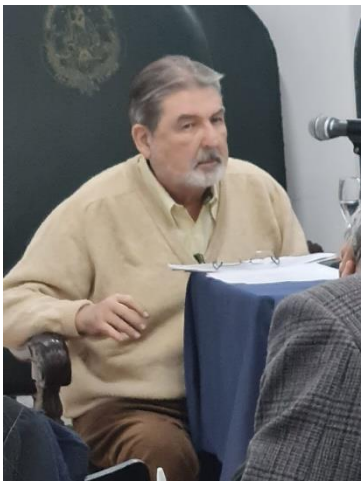
Ponencia de la Dra. Patricia Cozzo Villafañe

Cena al cierre del primer día de las jornadas, con gran participación de los integrantes del Instituto

Cena al cierre del primer día de las jornadas, con gran participación de los integrantes del Instituto

Equipo de Filocam con los mayores exponentes de la teoría Crítica del Derecho. De izquierda a derecha: Cristian Callegari, Martín Aldax, Alicia Ruiz, Diego Duquelsky, Carlos María Cárcova, Osvaldo Nan

Exposición del Dr. Ricardo Guibourg



Exposición del Dr. Carlos María Carcova

De izquierda a derecha: Héctor Diaz, Daniel Burke, Marcelo Diaz, Karina Saoretti, Cristian Callegari, Adrián Cetrangolo, Jorge Frega, Andres Candelmi

Intervención en el debate del Dr. Cristian Callegari

Equipo Filocam: De izquierda a derecha: Marcelo Garante, Alberto Pachila, José María Novoa, Adrián Centrángolo, Patricia A. Cozzo Villafañe, Barbara Pepe, Cristian Callegari, José Omar Frega, Marcelo Diaz, Sandra Bolzano, Alberto Farinati, María Eugenia Cavallo, Martín Aldax, Blanca Medina Borja, Sara Calahonra, Oscar Balan, Mariana Kaul.

Ponencia de la Dra. Sandra Balzano

Dras. Blanca Medina Borja y María Eugenia Cavallo

Presentación de ponencia Dres. María Eugenia Cavallo y Max Molina

Max Molina, junto a la representante de la organización del Congreso.

Equipo Filocam: Osvaldo Nan, Cristian Callegari y Martín Aldax.

Arte de tapa: Paula Piazza @paulapiazzaph - Juana Illia juaillia@gmail.com

¿Querés comunicarte con nosotros? Escribí a revistafilocam@gmail.com

Los volúmenes anteriores de Filocam se pueden descargar desde
https://camoron.org.ar/filocam/

Las opiniones e ideas vertidas en este documento son exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente la opinión del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM ni de FILOCAM.

Todas las fotografías son propiedad de sus respectivos dueños, y son utilizadas con fines no comerciales. En su mayoría las imágenes utilizadas en este número han sido extraídas de Internet a los efectos meramente ilustrativos de los trabajos aquí realizados como así otras que componen el entorno de la publicación. No se pretende violar ningún derecho de autor si alguna de ellas tiene derechos reservados como algún texto favor comunicarse y se procederá a quitarla.

FILOCAM MARCA REGISTRADA Acta 3930628 Clase 09