

# FILOCAM

Septiembre 2024

LA REVISTA DIGITAL DEL INSTITUTO DE  
FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE  
ABOGADOS DE MORÓN

VOLUMEN XLIX

Colegio de Abogados de Morón  
Instituto de Filosofía del Derecho

Presidente: Jorge Omar Frega  
Director: Cristian Callegari  
Director adjunto: Osvaldo Nan  
Codirector: Adrián Cetrángolo  
Secretario: Martín Aldax  
Prosecretaria: María Eugenia Cavallo

Revista FILOCAM  
Director  
Jefa de Redacción y Coordinación General

Martín Aldax  
Cynthia E. Callegari

Consejo de Redacción

Cristian E. Callegari - Osvaldo Nan –  
Mariana Kaul

Staff permanente

Jorge Omar Frega - Gabriel Vignoni - Carlos Maddalena -  
Mariana Kaul - Mariela Blanco - Luciana Sofía Frega -  
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 – Paloma Gazzano – Alberto Farinati - Max  
Molina - Patricia A. Cozzo Villafañe - Rubén Adolfo  
Rosenstock

Arte de tapa

Sies Kranen - Juana Illia

---

# S U M A R I O

---

Profanaciones II – <i>Cristian Callegari</i> .....	4
Entornos digitales. La construcción de sentido y su implicancia en el sujeto de derecho - <i>Osvaldo Nan</i> .....	6
Inteligencia artificial, como cerebro inteligente en la concepción embrional. Derechos fundamentales de la persona por nacer - <i>Paula Fabiana Romano</i> ...	35
Problemática y problema: Diferenciación temprana para una especificidad científica - <i>Rodolfo Alejandro Alvarito</i> .....	48
Modificación de los plazos de prescripción de algunos delitos. Cambio de políticas criminales - <i>Patricia Cozzo Villafañe</i> .....	83

## Profanaciones II



*Cristian Callegari<sup>1</sup>*

Estos meses “libertarios” nos llevaron a lugares que venimos anunciando tristemente en FiloCam. El “cambalache” al que estamos sometidos y hemos referido en editoriales anteriores supera el mensaje agorero de Enrique Santos Discépolo. Es un hecho que nuestra ingeniería social se ha derrumbado.

Hoy todo es lo mismo, con gritos, reclamos infundados, fake news y posverdades, se gobierna a las masas, masas que ya no leen, solo soportan cinco segundos en una pantalla de celular y con ello tienen la sensación de estar informados.

Así, los subordinados para llamar la atención gritan, patalean, agravian, mienten e insultan, sabiendo que de la mentira siempre algo queda.

Muchos lo hacen en forma malintencionada, con el fin de acceder al poder, o sentarse a negociar; otros porque en el poder judicial o en la política partidaria no encuentran respuestas.

Esa falta de respuesta a las necesidades por parte de los administradores del poder ha permitido que advenedizos y pocos

---

<sup>1</sup> 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 revisor de cuentas y miembro del consejo directivo de la AAT, ex asambleísta en el CPACF,, diplomado en Filosofía jurídica y función judicial (CEJ/USI), además fue profesor de Filosofía del Derecho en la UBA y la UM, preside la Comisión de sistemas informáticos de la Caja de la Abogacía, es el director del Instituto del Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón y el Vice Director del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y es el presidente de la Comisión de deportes del colegio de abogados de Morón y del de abogados de la provincia de Buenos Aires, además de un dirigente colegial desde hace más de treinta y dos años.

profesionales desempeñen roles que deberían haber sido asumidos por personas con formación, cultura y buenas intenciones.

Hoy las Instituciones son agredidas, sus representantes son tratados como delincuentes, por personas que han perdido elecciones, no tienen base electoral, o representan sectores minoritarios de la sociedad.

La posibilidad de salir de esta realidad resulta compleja, a pesar de la resistencia que ejercemos aquellos que trabajamos por el bien común en forma desinteresada.

Parte de la problemática es que nuestros pares no están convencidos de lo que defienden, por falta de pensamiento crítico, porque responden a otros intereses, o porque no se sienten afectados, o se encuentran cómodos con una pequeña dosis de poder que satisface sus narcisismos.

Ya hemos dicho que profanamos todo, valores, instituciones y lo bueno que han hecho nuestros antecesores.

Así, profanamos, es decir sacrificamos al otro, en pos de un ascenso, de reemplazarlo; por el aparente objetivo de ocupar simplemente el espacio, sin ideas precisas e ideas frágiles y líquidas, manoseando valores, instituciones, refundando en el caos y la confusión de la gente, accediendo al poder violando, saqueando y destruyendo construcciones que funcionan perfectamente.

# Entornos digitales. La construcción de sentido y su implicancia en el sujeto de derecho<sup>1</sup>



*Osvaldo Nar<sup>2</sup>*

Se hace difícil lograr comprender la evolución de la especie humana, sino analizamos a su vez el entorno en el que ésta se desenvuelve. Ese entorno, ese ámbito en el que nos socializamos, nos vinculamos con las demás personas, nos construimos como ser social en dicho espacio compartido.<sup>3</sup> Se trata de un espacio virtual enfocado en la interacción y en la comunicación inmediata que deja atrás la materialidad que caracteriza las transacciones y los modelos tradicionales de negocio.

Este inmenso e influyente sector tecnológico en constante evolución, lleva años formando parte de nuestra vida cotidiana. Aun cuando existen otras redes y configuraciones, como las redes de área local a través de las

---

<sup>1</sup> Ponencia sobre "ENTORNOS DIGITALES. LA CONSTRUCCIÓN DE SENTIDO Y SU IMPLICANCIA EN EL SUJETO DE DERECHO", presentada por el autor calidad de Ponente y Expositor en el XVII Encuentro de Profesores de Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría General, en de la Universidad Nacional de Rosario (UNR)

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> JOHANNA FRANCISCA THEODORA MARIA "JOSÉ" VAN DIJCK, autora e investigadora de los nuevos medios. Ha escrito varios textos que hablan sobre la inteligencia artificial y su impacto en la sociedad. Particularmente referenciamos: *La cultura de la conectividad: una historia crítica de las redes sociales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, (2016) donde aborda acerca de cómo las plataformas digitales utilizan algoritmos y datos para influir en la forma en que interactuamos en línea; y *The Platform Society* junto a Thomas Paoel y Martijn de Waal (2018) en donde exploran cómo las plataformas digitales nos están cambiando la forma en que vivimos y trabajamos, incluyendo incluso acerca de las AI y su papel en la automatización y la toma de decisiones.

cuáles podríamos interactuar, cuando se habla de entorno digital generalmente se hace referencia al mundo de internet.<sup>4</sup>

La comunicación a través de internet se transformó en una especie de evolución natural de una sociedad cada vez más conectada gracias a las tecnologías, y a posteriori y como corolario de la pandemia del Covid-19 ocurrida a escala global, fueron muchos los usuarios individuales así como colectivos empresariales, educativos, administrativos y políticos; que comenzaron a utilizar las plataformas digitales con el objeto de establecer comunicación con sus usuarios-clientes-súbditos-etc., sufriendo los entornos digitales por ello; así como diversos factores que aceleraron dicho proceso, con un crecimiento exponencial que transformó a las redes sociales, en una clave para poder seguir comunicándonos y trabajando en aquellos momentos de confinamiento.

En el mismo sentido, vemos como los entornos digitales, ofrecen múltiples posibilidades de uso: teletrabajo, educación online y a distancia, tele asistencia a personas dependientes y mayores, entretenimiento a través de redes sociales y el comercio electrónico, todos elementos que hacen de los entornos digitales un espacio indispensable para la vida, tal y como la conocemos hoy.

En su obra *La era de la información*, Manuel Castells desarrollo un amplio análisis de datos empíricos y sociológicos que confirmarían un cambio significativo en la economía y en la organización social de los últimos tiempos. En la dinámica económica, el capitalismo hoy tiene a la información como su principal mercancía, tanto en su recolección como en su procesamiento y uso. Dado que la información se convierte en la principal mercancía del

---

<sup>4</sup> Un entorno digital se refiere a un espacio o plataforma que utiliza tecnologías digitales para facilitar la interacción, el acceso, la creación y el intercambio de información. Estos entornos pueden ser físicos o virtuales y se caracterizan por la presencia de tecnologías como computadoras, redes, software y dispositivos digitales.

capital, la sociedad pasa a organizarse a partir de esta nueva forma de capitalización y, por tanto, pasa a ser gestionada por técnicas de procesamiento de la información, que consisten en una ingeniería específica basada en el flujo intenso de datos que utiliza principalmente la información y tecnologías de la comunicación<sup>5</sup>

Además de la AI, estrella protagonista de la escena de estos tiempos, y de la cual venimos asistiendo a un proceso de evolución y crecimiento exponencial, particularmente en el último año; los entornos digitales están integrados por una variedad de elementos que incluyen Sistemas de Información, Redes y conectividad, Internet de las cosas (IoT); Medios digitales; innumerables formas de dispositivos digitales; sistemas operativos, con Aplicaciones y software, interfaces de usuarios, Seguridad digital; Realidad virtual y aumentada, conexión de dispositivos físicos a la red digital para recopilar y compartir datos, contenidos multimedia; con Plataformas de colaboración, Sistemas de aprendizaje. Todos estos elementos se combinan para crear una complejidad que transforma nuestra forma de vida, nuestro trabajo y nuestra comunicación.

Tales procesos descritos, no se agotan en una cuestión tecnológica, referida a evoluciones que podrían ser observadas dentro de lo meramente científico-técnico. Además, todo ello se fusiona con un proceso económico, social, político y en general cultural, que se viene desarrollando en el mundo en los últimos 30 años, y que posee escala global. El proceso, es en general interpretado de manera multivalente, en un espectro hermenéutico que va desde un optimismo ingenuo, donde se entiende que se trata de un

---

<sup>5</sup> MANUEL CASTELLS *La era de la información: economía, sociedad y cultura: La sociedad red*. 2ª ed. vol. 1. Madrid: Alianza Editorial; 2000. Dicha trilogía, consta de tres volúmenes: "The Rise of the Network Society. The Information Age", de 1996; "The Power of Identity", de 1997; y "End of Millennium", de 1998. Estos tres trabajos fueron publicados originalmente en inglés y son un importante hito teórico en la definición de lo que es la era o sociedad de la información

fenómeno que tiende a consumir la idea kantiana de la *paz perpetua* a nivel global, con núcleo en el respeto a los derechos humanos y la institucionalidad democrática; y por otro el otro extremo, una mirada más pesimista que advierte que detrás de este fenómeno se esconde la pretensión occidental de imponer su cosmovisión neoliberal al resto del mundo.<sup>6</sup>

En fin, un mundo totalmente inconmensurable con aquel en el cual habíamos delineado desde el derecho, allá lejos y hace tiempo, una de las ideas centrales de nuestro pensamiento jurídico, y que había sido hasta ahora el escenario central de la batalla discursiva por la subjetividad: la idea del *sujeto de derecho*

### La disputa por la subjetividad.

La subjetividad como un espacio para la disputa, donde la producción de sentido, emerge como una de las cuestiones más ampliamente discutidas en ámbitos académicos, políticos y filosóficos, y que es reconducida generalmente a diferentes cuestiones que hacen a su formación, siendo la denominada opinión pública, así como las redes sociales, algunas tópicos medulares a la hora del análisis.<sup>7</sup>

¿Acaso no es la subjetividad como un territorio en disputa? Decía Gramsci, que “...*Los sistemas de dominación y las relaciones de poder en las sociedades contemporáneas, se expresan de manera concreta a través*

---

<sup>6</sup> IMMANUEL KANT *Sobre la paz perpetua (Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf)* -1795. Es una obra política donde se desarrolla la idea de la paz perpetua como un estado de cosas en el que la paz se establece permanentemente en un área determinada, en este caso el mundo europeo y sus periferias controladas.

<sup>7</sup> Cfr. OSVALDO NAN, El discreto encanto de la opinión pública Osvaldo Nan, en Filocam Volumen XXIII, Revista Digital del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón

*de dispositivos materiales, que, sobre la base de la fuerza y la coerción, instauran tendencias de hegemonía sobre el todo social...<sup>8</sup>.*

La racionalidad de matriz moderna parece resultar insuficiente e insostenible por sí sola, para arrimar alguna explicación, necesitando 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. En las sociedades contemporáneas, las relaciones de poder se ejercen menos mediante la fuerza o la coerción directa y más a través de mecanismos de dominación de naturaleza subjetiva. Aunque estos parecen complementarios, en realidad son esenciales para mantener 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<sup>9</sup>.

También encontramos en Michel Foucault, la proyección de una narrativa de la historia que dé cuenta de las diferentes maneras en que las personas han desarrollado un saber acerca de sí mismas, mediante disciplinas como la economía, la biología, la psiquiatría, la medicina o el

---

<sup>8</sup> JUAN CARLOS PORTANTIERO (1977) *Los usos de Gramsci, Cuadernos de Pasado y Presente*. México.

<sup>9</sup> 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

derecho; ciencias a las que el autor francés denomina "*...juegos de verdad específicos, relacionados con técnicas específicas que los hombres utilizan para entenderse a sí mismos...*"<sup>10</sup>.

El filósofo francés, establece para ello cuatro tipos principales de tecnologías, las cuales representan una matriz de la razón práctica. Tecnologías de producción (que permiten elaborar, transformar o manipular cosas) de sistemas de signos (que posibilitan utilizar signos, sentidos, símbolos o significaciones) de poder (que determinan la conducta de los individuos, los someten a cierto tipo de fines o de dominación, y objetivan al sujeto); y por último las tecnologías del yo, "*...que permiten a los individuos efectuar, por cuenta propia o con la ayuda de otros, cierto número de operaciones sobre su cuerpo y su alma, pensamientos, conducta, o cualquier forma de ser, obteniendo así una transformación de sí mismos con el fin de alcanzar cierto estado de felicidad, pureza, sabiduría o inmortalidad...*"<sup>11</sup>.

### La generación e imposición del sentido común.<sup>12</sup>

Ya en algún texto reciente, hemos intentado explorar la idea de la producción de sentido, en derredor del particular concepto de *sentido común* en tanto construcción social y política, habiendo destacado su importancia en lo que hace a la formación de percepciones compartidas dentro de una comunidad. Allí argumentamos que el sentido común no es simplemente una colección de ideas y creencias evidentes y compartidas por todos, sino que es activamente generado e impuesto por diversas fuerzas, especialmente los medios de comunicación, y más contemporáneamente a través de los entornos digitales.

---

<sup>10</sup> MICHEL FOUCAULT. La verdad y las formas jurídicas 1978. Ed. Gedisa 2008

<sup>11</sup> MICHEL FOUCAULT. Historia de la sexualidad. La voluntad de saber 1976. Ed. S.XXI 2007

<sup>12</sup> OSVALDO NAN. La generación e imposición del sentido común, en Filocam Volumen XXX, Revista Digital del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón.

Desde una perspectiva crítica, los medios de comunicación juegan un papel crucial en la formación del sentido común. A través de la repetición de ciertos relatos y narrativas, los medios establecen determinadas ideas como verdades indiscutibles, moldeando así la percepción de la realidad de la sociedad. Este proceso de construcción del sentido no solo refuerza una interpretación unificada de la realidad, sino que también naturaliza estas ideas, haciéndolas parecer como el estado natural de las cosas. De esta manera, el sentido común se convierte en una herramienta poderosa de control social, limitando la capacidad de los individuos para cuestionar y desafiar el *statu quo*.

Particularmente en lo que hace a la relación entre sentido común y poder, se puede claramente observar que el poder mediático, tiene la capacidad de manipular la percepción pública y establecer ciertas ideas como el pensamiento dominante. Esta imposición del sentido se lleva a cabo de manera sutil, a menudo sin que nos demos cuenta de que nuestras creencias y valores están siendo dirigidos y controlados.

El fenómeno de la construcción de sentido en la sociedad es un proceso complejo donde los significados y las interpretaciones del mundo se generan y se reconfiguran constantemente a través de prácticas discursivas, simbólicas y culturales. Desde una perspectiva filosófica, este proceso está profundamente ligado a la forma en que las estructuras de poder y las instituciones sociales establecen, legitiman y reproducen ciertas verdades o realidades que orientan la vida colectiva.

Cabe aclarar que nos hacemos referencia en nuestras diferentes expresiones de análisis, de manera intermitente tanto a los medios de información-comunicación-significación en general, como a todo el entorno simbólico en términos generales, sea digital o analógico.

El sentido no es un reflejo directo de la realidad objetiva, sino una construcción que emerge a partir de las interacciones sociales, donde los discursos dominantes desempeñan un papel crucial. Estos discursos moldean nuestra comprensión del mundo, estructurando las categorías con las que pensamos y actuamos, al mismo tiempo que ocultan o distorsionan otras posibilidades de interpretación.

En este contexto, la construcción de sentido es también un campo de lucha simbólica, donde diferentes actores sociales, dotados de diversos grados de poder, compiten por imponer su visión del mundo como si fuera la legítima o la verdadera. Así, lo que percibimos como natural o evidente en la sociedad es, en gran medida, el resultado de una historia de negociaciones, exclusiones y apropiaciones que consolidan ciertas narrativas mientras marginan otras. El sentido, entonces, no es estático, sino que está en constante transformación, reflejando y produciendo las dinámicas de poder que van deviniendo en la sociedad.

En esta línea, el sentido y particularmente el llamado sentido común se presenta como un fenómeno dinámico y multifacético que refleja las tensiones entre el pensamiento individual autónomo y las fuerzas sociales y políticas que buscan imponer un pensamiento homogéneo. Allí si podemos acotar, que tales imposiciones se ven facilitadas por el poder mediático y otras instituciones que controlan y dirigen las narrativas sociales predominantes. El sentido común, por lo tanto, no es simplemente una colección de creencias evidentes, sino una construcción social que puede ser manipulada para servir a los intereses del poder.

La construcción de sentido ha sido un tema central y muy ampliamente desarrollado en el campo de la filosofía, abordándose desde diferentes perspectivas, las cuales ofrecen diferentes maneras de entender

este fenómeno, pero además reflejando las complejidades del pensamiento humano y las dinámicas sociales que lo configuran.

Por un lado, encontramos el llamado *constructivismo social* a partir de autores como Emile Durkheim, pero también más contemporáneos como Peter Berger & Thomas Luckmann.<sup>13</sup> Particularmente desde el punto de vista de tales autores se ha sostenido que el sentido es construido socialmente. Las significaciones compartidas, no son inherentes a la realidad, sino que se generan a través de interacciones sociales y prácticas socio - culturales. Las instituciones y los roles sociales juegan un papel clave en este proceso, donde la realidad se convierte en un producto de la conciencia colectiva.

Otro gran campo de pensamiento que explica nuestra cuestión en debate, es la *hermenéutica*. Hans-Georg Gadamer<sup>14</sup> enfatiza la interpretación como un proceso esencial en la construcción de sentido. Argumenta que todo entendimiento está mediado por el lenguaje y la tradición, y que el sentido emerge a través del diálogo entre el intérprete y el texto o fenómeno interpretado, todo ello en el marco de un proceso al que denomina *fusión de horizontes*.

Es importante mencionar otros autores como Jacques Derrida, quien, a partir de la *deconstrucción*, cuestiona la idea de que el sentido pueda ser fijo o estable. A través de este enfoque, revela cómo los textos y las estructuras de significado están siempre en un estado de inestabilidad, sujetos a reinterpretaciones y desplazamientos que dejan ver la multiplicidad

---

<sup>13</sup> PETER BERGER & THOMAS LUCKMANN, *La construcción social de la realidad* (1966), una de las obras teóricas más importantes e influyentes de la sociología y la psicología social contemporánea.

<sup>14</sup> HANS-GEORG GADAMER: La publicación de *Verdad y método* en 1960, se considera como el inicio de la hermenéutica filosófica, corriente de pensamiento que nace en el diálogo que Gadamer establece entre el pensamiento platónico-aristotélico, la dialéctica especulativa hegeliana y la hermenéutica de la facticidad de su maestro Martin Heidegger.

de sentidos posibles y las contradicciones internas en cualquier sistema de significación.

Por su lado la *fenomenología* a partir de autores como Edmund Husserl y Maurice Merleau-Ponty, se han centrado en la experiencia subjetiva como la base de la construcción de sentido. Husserl propone que el sentido se construye a partir de la intencionalidad de la conciencia, mientras que Merleau-Ponty destaca el papel del cuerpo y la percepción, para determinar cómo entendemos y damos sentido al mundo.

Existe en cierto espacio de la filosofía, denominado por algunos como el *posmodernismo*, donde autores como Jean-François Lyotard, critican las grandes narrativas o metarrelatos que pretenden ofrecer explicaciones totalizadoras de la realidad. Por el contrario, tales autores abogan por la legitimación de múltiples y pequeños relatos, sugiriendo que el sentido es fragmentario, múltiple, diverso; y que no hay una única verdad que unifique todas las experiencias humanas.

Ferdinand de Saussure y Michel Foucault, son dos autores a los que podría mencionárselos como estructuralistas, no obstante, sus diferentes épocas de producción de su obra, pero en donde encontramos continuidades muy significativas respecto de este tema. Saussure, estructuralista, propone que el sentido se construye a partir de sistemas de signos y que el lenguaje es la estructura que da forma a nuestra realidad. Foucault, por su parte, considerado como un Post-Estructuralista, analiza cómo las estructuras de poder influyen en la construcción de sentido, mostrando cómo las instituciones y los discursos configuran lo que es considerado con el status de verdad en diferentes épocas y contextos.

Profundizar una crítica incisiva de la idea del sentido, en tanto herramienta de control social y político, implica resaltar la importancia de

cuestionar las nociones que se aceptan como naturales o evidentes. Es reflexionar profundamente sobre las fuerzas que moldean nuestras percepciones y creencias colectivas. Tal perspectiva crítica, resulta esencial para fomentar una sociedad más consciente y capaz de desafiar las estructuras de poder que buscan imponer un sentido común unificado y limitante.

### La manipulación de la realidad.

Frente a las cosas y acontecimientos que se nos aparecen a la vista, surgen a propósito de tal escenario, interpretaciones de todo tipo. La realidad se encuentra sujeta a las interpretaciones de los distintos actores humanos y políticos, que habitan este mundo. Es un hecho, un *factum*, sometido a interpretaciones de quienes observan, nombran y enuncian. Cada uno de esos diferentes actores esconde en el fondo, una interpretación política que muy probablemente lo favorece, lo beneficia, lo tranquiliza.

A partir de Lacan y las diferentes lecturas acerca del inconsciente, su existencia y la injerencia de ello en nuestra perspectiva del mundo y de la realidad, hablamos de ella como un mundo de lo simbolizado, de lo interpretado. Porque simplemente con el hecho de salir al mundo, recorrerlo, comprobamos rápidamente que todo se encuentra ya particularmente simbolizado.<sup>15</sup>

Lo real es un concepto críptico y difícil de definir en la teoría de Lacan, ya que, para hacerlo, se requiere el concurso de los otros dos registros, puesto que se trata de lo que no es imaginario ni se puede simbolizar. Lo real es todo aquello que tiene una presencia y existencia propias y es no-representable.

---

<sup>15</sup> Cfr. en JACQUES LACAN, particularmente en *Escritos I y II*. Ed. Siglo XXI. (2003), y en *De los Nombres del Padre*. Ed. Paidós (2005).

Por eso quienes tienen capacidad y potencialidad para hacerlo, van creando un sentido interpretativo, y no necesariamente ese sentido es real, sino que existe una concreta posibilidad, de que la interpretación que se nos ofrezca está manipulando la realidad.

Al decir de Sartre, “*...un ser ajeno a toda simbolización, no aparece en ninguna parte en la experiencia humana...*”<sup>16</sup>

Por lo cual, si la realidad es un mundo simbolizado, no queda más que preguntarnos, quienes son los que asignan esa simbolización. ¿Quiénes simbolizan el mundo? ¿Quiénes son los que le imponen esos símbolos al mundo?

El mundo se encuentra simbolizado en señales, marcas, firmas, y tantos otros signos del poder. Los signos del estado, del gobierno, de las corporaciones, de las redes sociales, de los medios de comunicación, de los medios de información, de la literatura y la cultura en general nos envuelven. Existen un sinnúmero de sujetos, físicos o colectivos que tienen la capacidad de simbolizar el mundo, o sea de simbolizar la realidad.

Es muy interesante en tal sentido, lo que analiza Heidegger a propósito de la existencia auténtica y la inauténtica, siendo la primera, aquella que se decide no desde afuera, sino desde el propio individuo. Por el contrario, si nosotros no pensamos por nosotros mismos, vamos a ser pensados por otro, y allí aparece entonces la contracara: la existencia inauténtica.

Ese modo de ser en el que el hombre comprende que él es posibilidad, que puede apropiarse y responsabilizarse de su existencia, es claramente

---

<sup>16</sup> JEAN PAUL SARTRE: *Crítica de la razón dialéctica*. Éditions Gallimard, 1960

auténtica, y es en el plano de esa autenticidad que el hombre se resuelve, elige adueñarse genuinamente de las posibilidades que se le abren <sup>17</sup>

Martin Heidegger sostiene que llevamos una vida inauténtica cuando nos dejamos arrastrar por rumores y el ansia de novedades, cuando permitimos que otros hablen y piensen por nosotros. En una sociedad inauténtica, las personas actúan y reflexionan basándose en ideas que no surgen de la propia comunidad. Esa incapacidad para generar pensamientos propios conduce a la uniformidad del pensamiento, donde la originalidad se pierde en la repetición de lo que otros dictan.

En las sociedades contemporáneas, surgen discursos de odio promovidos por sectores específicos que se benefician de estas actitudes divisorias. Un claro ejemplo de esto es la llamada *grieta* que tanto se menciona en nuestra sociedad, un fenómeno que no es exclusivo de nuestro país, sino que ocurre a nivel global. Esta grieta representa algo distinto al conflicto natural de una democracia, que es esencial para su funcionamiento. La democracia, por definición, es una combinación de conflicto y consenso. La desaparición de la diversidad social podría obstaculizar la construcción de consensos democráticos a partir del choque de intereses. Es necesario entonces pensar, para no ser pensados, actuar para no ser actuados e interpretar para no ser interpretados.

¿Qué es la verdad y que es la realidad? ¿Los criterios de verdad son los mismos, cualquiera sea la naturaleza del objeto investigado? ¿La verdad, la realidad, el mundo pueden explicarse o mostrarse sin la participación de quien observa? ¿La observación en términos fácticos, obtiene visiones parciales del objeto que luego deben sintetizarse mediante actos de

---

<sup>17</sup> MARTIN HEIDEGGER Ser y tiempo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

conciencia, mediante una abstracción conceptual? ¿Son las formas analíticas y las hermenéuticas antitéticas o complementarias?

Al decir de Carlos Carcova <sup>18</sup> “...Si el problema fuera sólo de naturaleza epistémica quizás la discusión que lleva siglos, pudiera encararse filosóficamente y remitirla a la opinión de los intelectuales más meritorios de nuestra época. Desgraciadamente no es así...”

“...La verdad – dice – es un producto histórico, surge en los discursos y las prácticas sociales, es cambiante, inmanente, épocal...” <sup>19</sup>

La ciencia moderna, construyó una imagen objetivista de sí misma. Las leyes de la naturaleza estaban intrínsecamente vinculadas al ser de esa misma naturaleza. El mundo y la realidad exterior mantenían una relación con los sujetos en la que estos desempeñaban un papel pasivo. Se veía a la conciencia como un espejo el cual, a través de los sentidos, se accedía al conocimiento de la realidad externa, y la ciencia proporcionaba verdades elaboradas que se manifestaban en esa conciencia como un conjunto de representaciones. Este enfoque del conocimiento se conoció como representacionalismo.

Hacia finales del siglo XIX, este escenario epistemológico, hasta entonces relativamente estable, se vio sacudido por debates metodológicos imprevistos. Los positivistas, objetivistas y representacionistas defendían una visión monológica, es decir, creían en un único método. Un método para las ciencias formales, el axiomático, y otro para las ciencias fácticas, capaz de explicar y predecir los fenómenos del mundo sensible. El método predominante fue el conocido como hipotético-deductivo.

---

<sup>18</sup> CARLOS MARÍA CÁRCOVA; *Acerca Del Concepto De Posverdad*; ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura v. 4, n. 1, janeiro-junho 2018

<sup>19</sup> ESTHER, DÍAZ (Ed.). *La pos ciencia: el conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad*. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 10

Según Cárcova, esta situación se reducía a que “...; *los axiomas son enunciados cuyo valor de verdad es arbitrario y las hipótesis, conjeturas estadísticas...*”

A finales del siglo XIX, el monismo metodológico fue fuertemente cuestionado por destacados autores, quienes argumentaron que las ciencias naturales no podían equipararse con las ciencias sociales. Sostuvieron que el objetivo de las ciencias sociales es explicar la conducta humana, la cual no puede ser medida ni cuantificada. En lugar de ello, debe ser interpretada y comprendida.<sup>20</sup>

Luego a mediados de los años 60, el rechazo al objetivismo y al positivismo se vio reforzado por la emergencia de una epistemología constructivista.<sup>21</sup>

### **La importancia de la noción de sujeto de derecho para la filosofía crítica.**

Nacemos en un cuerpo físico y desarrollamos una percepción de nosotros mismos mediante la conciencia y nuestras interacciones con el entorno, tanto con objetos como con otros seres vivos. En términos muy simples, podemos decir que existimos para nosotros mismos y para los demás. En la cultura occidental moderna, los encuentros entre seres humanos, o entre humanos y entidades no humanas, han dado lugar a nociones de individuación y socialización, estableciendo los límites entre dicotomías como naturaleza/cultura, físico/no físico, material/inmaterial, natural/sobrenatural, materia/espíritu. Estas interpretaciones están condicionadas por la cultura y el lenguaje que les da significado, lo que revela

---

<sup>20</sup> Nace así otra corriente epistemológica que dio en llamarse “comprendivismo”. Algunos positivistas como John Dray o Elizabeth Anscombe la integraron, junto con pensadores post kantianos o post hegelianos, entre ellos Wilhelm Dilthey, Max Weber, Alfred Schütz, Peter Winch, a los que deben sumarse a los hermenéuticos como Gadamer, Ricoeur o Davidson. El positivismo y el comprendivismo discutieron durante buena parte del siglo XX.)

<sup>21</sup> Así fue denominada ERNEST VON GLASERSFELD, en su ensayo La construcción del conocimiento 1994, En Fried Schnitmann, D. (comp.). Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad.

el carácter contextual y limitado de nuestra comprensión acerca de lo que somos.

En primer lugar, podemos afirmar que la constitución del sujeto implica su producción a través de significados y modos de reconocimiento que se hacen posibles dentro de un contexto determinado. Esto supone una sujeción a un orden interpretativo que confiere sentido al individuo, tanto en relación con los otros como en la comprensión de sí mismo.

Al considerar esta doble comprensión, es posible interpretar los procesos de formación del sujeto, o sujeción, de dos modos diferentes. En el primero de ellos, tales procesos de constitución del *yo* se desarrollan de manera heterónoma, es decir, desde lo externo hacia lo interno. Nos definimos como sujetos en la medida en que participamos en un lenguaje común que facilita la interacción. De este modo, estamos inmersos en un orden social preexistente, y es a través de sus reglas que somos reconocidos e identificados dentro de una comunidad específica.

La categoría del sujeto del derecho es una construcción jurídica definida usualmente como aquel que tiene capacidad de ser portador de derechos y obligaciones. Desde una mirada crítica es muy importante, ya que permite formular precisiones en torno al tema del discurso jurídico, lo cual se enriquece y reduce su complejidad en la medida que lo hagamos desde una perspectiva interdisciplinaria.

Se trata de una pieza clave que sostiene la estructura del discurso jurídico moderno, por lo que cuestionarla, nos obliga a revisar el fenomenal edificio racional de conceptos que lo integran.

No es un concepto unívoco, sino que está mediado por factores culturales e históricos que le dan significado. Esa historicidad, hace que sujeto de derecho no sea libre y autónomo como afirma la mirada tradicional,

sino que es en sí mismo una categoría histórica, así como también lo son las cualidades que se le atribuyen.

Por último y quizá el punto más difícil es desmontar la ficción de la libertad y la autonomía mostradas como cualidades que hacen a la esencia de lo humano para proponer en cambio que *no hay sujeto libre y autónomo*. Más aún: no existe sujeto como unidad indivisible completa y subsistente fuera de las formas sociales que lo constituyen, así como las ilusiones y ficciones que lo sostienen.

Como bien expresara Gramsci, los hombres toman conciencia de ser hombre a través de toda una red de mediaciones que los condicionan, y determinan las relaciones que pueden establecer unos con otros constituyéndolos como sujetos

*Humanidad, vida humana, lo humano, el hombre*, no son realidades dadas de una vez y para siempre que se traducen en conceptos generales y abstractos, sino que son definiciones culturales que adquieren significación en tanto están contextualizadas.

El discurso jurídico siempre muestra a un hombre interpelado, siendo ese universal, una abstracción que participa de manera diferencial en cada uno de los niveles del discurso jurídico.<sup>22</sup>

Esta interpelación se realiza en 3 diferentes niveles. Un *primer nivel* normativo que es la porción del discurso jurídico formulada por quienes poseen el poder que hace posible que sus actos de voluntad produzcan

---

<sup>22</sup> Cfr. RICARDO ENTELMAN. *Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra*. En *Crítica Jurídica Nueva Época*, (4), 109–116. Recuperado a partir de [https://www.criticajuridica.org/index.php/critica\\_juridica/article/view/90](https://www.criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/90)

efecto sobre la conducta de otros logrando que ordenar en un determinado sentido las prácticas de los demás individuos.

También lo pueden hacer desde un *segundo nivel* que es un tramo del discurso jurídico que aparece más neutral más objetivo en el cual la relación saber poder adquiere especial significación donde la noción de hombre implícita opera de manera activa.

Y por último un *tercer nivel* del discurso jurídico donde aparecen los individuos concretos, donde cada uno es el hombre que el derecho dice que es.

*“...en última instancia si en el discurso jurídico la regla de formación básica es una regla de atribución de la palabra la distribución extensión y características de esa autorización se corresponde con algún diseño de lo humano. Es el hombre a quien se permite o prohíbe, es el hombre a quien se inviste de la calidad de sujeto. Es pues desde el poder y según como esté concentrado disputado en la sociedad, que se constituye al sujeto de derecho...”<sup>23</sup>*

Como el derecho interpela al sujeto que el propio derecho constituye es algo complejo

*interpelación y constitución* remiten a la dimensión ideológica del discurso jurídico<sup>24</sup>

### Sobre el sujeto.

Desde sus orígenes, el derecho ha sido fundamentado en la existencia de una persona física. Fue el ser humano quien desarrolló las categorías dogmáticas necesarias para estructurar un sistema normativo que regulase

---

<sup>23</sup> ALICIA RUIZ; *“Quiénes son sujetos de derecho? ¿Quién dice qué es el bien común? Conversaciones Feministas. Políticas de Reconocimiento, (noviembre 2007), t. II, Bs. As., Ají de Pollo, 2009*

<sup>24</sup> *idem*

las interacciones entre individuos. Inicialmente, las relaciones jurídicas solo podían establecerse entre dos personas, con un enfoque particular en su voluntad y capacidad de discernimiento.

Posteriormente, emergió el concepto de personas de existencia jurídica o ideal, contexto en el cual se creaba la ficción de que las decisiones eran tomadas por la entidad jurídica, cuando en realidad eran los seres humanos, actuando a través del órgano de deliberación que dirige la empresa, quienes tomaban dichas decisiones. En definitiva, siempre había una persona humana, guiada por su capacidad de discernimiento, detrás de cada determinación sobre las acciones a seguir.

Pero ¿qué pasaría si existiera un ente que pudiera tomar determinaciones racionales sin la necesidad de una persona humana?, ¿Las ciencias jurídicas lo debería reconocer como un sujeto de derecho nuevo? ¿Deberían regular su intervención? Justamente, éstas son algunas de las preguntas que la AI trajo al campo normativo actual.

El término AI fue utilizado por primera vez en el año 1956 por el matemático John McCarthy en la conferencia de Dartmouth <sup>25</sup>

Sin embargo, no fue éste, sino Alan Turing años antes, quien sentó las bases de la IA al desarrollar cuándo una máquina podía ser considerada inteligente.<sup>26</sup>

*“...Para una teoría crítica, el derecho es discurso y práctica social; no pura normatividad. No hay un mundo de valores inmutables, eternos y universales que definen cuando una norma es jurídica ni una relación de*

---

<sup>25</sup> La Conferencia de Dartmouth (en inglés: Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence) es el nombre del encuentro que tuvo lugar en el verano de 1956 en la universidad Dartmouth College, ubicada en Hanover, Nuevo Hampshire (Estados Unidos), considerado como el evento germen de la AI como esfera o campo de actividad.

<sup>26</sup> Cfr. ALAN TURING *Computing machinery and intelligence*, (1950).

*derivación de una norma a otra que asegure su validez. La legitimidad no es idéntica a la validez, pero tampoco es la realización inevitable de un modelo axiológico ajeno al mundo social y político en el que se presenta...*<sup>27</sup>

El discurso jurídico actúa como un mecanismo de poder que oculta, desplaza y distorsiona los conflictos sociales, presentándose como un sistema coherente y racional que legitima el poder al disfrazarlo de neutralidad. Este discurso se construye sobre una "doble ficción": la creencia de que quienes imprimen sentido jurídico están explícitamente autorizados por el propio sistema y que el único propósito de su discurso es la creación de normas. Sin embargo, este proceso oculta la verdadera naturaleza del derecho, que se revela en las creencias, mitos y ficciones que configuran el imaginario social.

El derecho construye una ilusión, un mundo donde la realidad es sustituida por una imagen que se percibe como real.<sup>28</sup>

Es sorprendente que esta ilusión no se sostiene a través de la violencia directa, sino que aparece como una aceptación voluntaria del individuo a ser reprimidos. En resumen, el derecho manipula la percepción de la realidad, presentando un mundo normativo que distorsiona y encubre los verdaderos conflictos y desigualdades sociales.

---

<sup>27</sup> ALICIA E. C. RUIZ. *Cuestiones acerca de mujeres y derecho*;

<sup>28</sup> ALICIA E. C. RUIZ. *La ilusión de lo jurídico Parte II de Aspectos ideológicos del discurso jurídico en Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991. "... el derecho... construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen (como) real. Tan real que sólo cabe pensar, juzgar, actuar en consecuencia. Actuar como si... fuéramos libres e iguales; como si... contratáramos en cada oportunidad en paridad de condiciones con el otro; como si... conociéramos las normas que debemos conocer; como si... nunca incurriéramos en "error de derecho". Juzgar como si... nuestra sentencia tuviera garantía de justicia y el fundamento de la verdad; como si... la realidad fuera lo que el discurso del derecho dice que es. Y lo más sorprendente de esta ilusión es otra ilusión que la acompaña; en la mayor parte de los casos no es a través de la exhibición, la amenaza o la efectivización de la violencia que el derecho produce tales efectos. Es que el derecho reprime muchas veces haciéndonos creer que estamos de acuerdo con ser reprimidos y censurados..."

### Problematización conceptual y escenarios epocales.

Tenemos la necesidad de problematizar la noción de sujeto de derecho con una carga fuertemente individualista, desde este nuevo escenario a partir del siglo XXI dados los evidentes e ineludibles cambios categóricos que se hacen visibles cada día, tanto en el ámbito social, político, cultural e institucional, todos los cuales impactan directamente en el derecho, pero además se retroalimentan con él.

Nos enfrentamos a un desafío de deconstrucción que debe ir más allá de la mera materialidad del cuerpo. En este proceso, el carácter performativo y ficcional del lenguaje jurídico, sostenido por un enfoque crítico del lenguaje, debe permitir la creación de un espacio para una política emancipadora que apoye a las minorías sin las restricciones impuestas por las tradiciones artificiales y de creencia dogmática de las formas caprichosas de representación liberal.

Trabajamos el carácter performativo del derecho y su relación con la teoría de las ficciones y, a su vez, su relación con las teorías del lenguaje, que plantean las críticas deconstructivistas, lo cual no debe tener por que renunciar a la prioridad de los derechos individuales sostenidos como constructos históricos y contingentes.

Aun reconociéndonos como sujetos históricamente herederos de la modernidad y la red conceptual tejida en su oportunidad, ello no puede implicar suponer la renuncia al lenguaje de los derechos y a las identidades también herederas de dicha modernidad, pero siempre en el intento de estrategias superadoras.

Justamente porque, no somos sujetos de derecho, sino justamente porque que estamos sujetos por él. El derecho interpela al mismo sujeto

que constituye y de ese modo la estructura ficcional del discurso mantiene su integridad.<sup>29</sup>

Dentro del ámbito el derecho, no existe una única y sola interpelación, sino más múltiples, todas las cuales se encuentran bajo el supuesto de que el sujeto al que se refieren ya está presente. Esta es una ficción extremadamente poderosa en el juego de inclusión y exclusión.<sup>30</sup>

En términos vahingerianos, es *como si* el origen del sujeto se situara fuera del orden jurídico, precediendo al discurso que lo constituye. Este dispositivo ficcional, implicaría asumir que el derecho invoca, prohíbe o interpela al sujeto, asignándole un lugar en el campo de la legitimidad o excluyéndolo de él, dándole voz o silenciándolo.<sup>31</sup>

Pero no existe una *constitución original del sujeto*, ya que este no existe fuera de cada interpelación concreta. Todo sujeto de derecho se configura ya sea en relación con otro o en oposición a él, pero siempre en función de ese otro. Sin ese otro no hay sujeto, y dependerá de lo que dicte la ley quién es el otro y quién es el sujeto.

### Transformando el homo sapiens.

Las plataformas que conforman los entornos digitales son hoy un continente inabarcable en el cual se desarrolla la vida social del *homo sapiens*, se encuentre este más o menos conectado. Allí los habitantes del planeta se presentan en sociedad al momento de nacer, hacen amigos,

---

<sup>29</sup> ALICIA RUIZ en Los movimientos feministas interpelan a los Poderes Judiciales en América Latina <https://defensoria.org.ar/rec/alicia-ruiz-los-movimientos-feministas-interpelan-a-los-poderes-judiciales-en-america-latina/>

<sup>30</sup> ALICIA RUIZ, *Aspectos ideológicos del discurso jurídico: desde una teoría crítica del derecho* en *Materiales para una teoría crítica del derecho / Número: (Revista (serie))*

<sup>31</sup> Hans Vaihinger fue un filósofo alemán, más conocido como un estudioso de Kant. La *Philosophie des Als Ob*, (filosofía del como si) expresa que los seres humanos nunca pueden saber realmente la realidad subyacente del mundo, y que como resultado construyen sistemas de pensamiento y asumiendo que estos encajan con la realidad. Hacemos como si el mundo encajara en nuestros modelos.

comparten trucos para ganar en los videojuegos, encuentran pareja, buscan trabajo, contratan viviendas y transportes, difunden fotos personales, inician y culminan relaciones amorosas o bien apenas amistosas, y la plataforma, cada tanto, se encarga de recordarles todos esos momentos de su vida.

Sucedan allí cosas mucho más complejas que las que se daban en los otros territorios donde se venía desarrollando nuestra civilización. Pero, además, estas nuevas formas de relacionamiento, constituyen novedosos modelos económicos, donde las empresas extraen, analizan y utilizan datos personales para maximizar sus beneficios. Este modelo transforma los datos en un producto valioso que alimenta la toma de decisiones y predicciones sobre el comportamiento humano

Si los teóricos de la comunicación tardaron varias décadas en poner en foco una pequeña parte de las lógicas de producción, circulación y consumo que animaban la vida mediática, la emergencia de las plataformas, con todas sus tensiones, fricciones y rápidas evoluciones (el ciclo vital de las plataformas parece ser mucho más corto y frenético que el de los viejos medios), pone a prueba la capacidad de analizar y generar teorías para cualquier análisis.

En la literatura académica de los años 90 se extrañaba la falta de perspectiva crítica, aunque ahora los discursos hegemónicos de corte apocalíptico, nos están transportando en la dirección contraria. Cualquiera de los dos enfoques aporta poco al conocimiento científico y dificultan el desarrollo de una sociedad más abierta y democrática.

Por eso repito: las redes digitales no son (nunca fueron) el paraíso soñado en los años 90 ni el infierno del 2019. Y lo decimos en el convencimiento de que los discursos utópicos (y sus contrarios, los discursos catastrofistas) se anulan mutuamente y suelen ser fuente de aburridísimas

conversaciones ya escuchadas a propósito de los medios masivos durante casi seis décadas.

### **Novedosas formas de vigilancia y control.**

En definitiva, en el marco de la filosofía crítica del derecho, nunca hemos podido considerar al concepto de *sujeto*, como encarnado por un ente autónomo o libre, sino más bien el resultado de procesos históricos de sujeción, que han determinado su lugar y su función en la estructura social. La figura del sujeto de derecho, lejos de ser una categoría natural o dada de una vez y para siempre, es más bien el resultado de las condiciones socio-históricas específicas que lo constituyen como tal. Es por ello que la noción de sujeto en los entornos digitales, si bien continúa esta dinámica de sujeción, presenta nuevas formas y mecanismos que modifican las relaciones de poder, volviendo más sutiles y efectivas las formas de control y vigilancia.

Con el surgimiento de la noción del sujeto de derecho como un individuo racional y soberano en el marco del liberalismo y el humanismo de la modernidad, este estaba configurado principalmente a partir de instituciones que regulaban su comportamiento como por ejemplo el Estado, la ley, la familia, y la emergente por aquellos tiempos, propiedad privada fruto del ascenso de la burguesía al poder, entre otras.

Estas instituciones no solo creaban normas sino también los límites dentro de los cuales el sujeto podía actuar y, por lo tanto, el modo en que podía ser reconocido como tal.

Es muy importante que podamos visualizar en este análisis, que las relaciones de poder, si estaban presentes, y se basaban en estructuras visibles y tangibles, como el Estado-nación, el sistema educativo o los medios de producción.

En los entornos digitales contemporáneos, sin embargo, la sujeción adquiere un carácter distinto, donde los mecanismos de control y regulación son mucho más difusos y operan a través de elementos como la vigilancia digital o la explotación de los datos.<sup>32</sup> Estos mecanismos no se limitan a imponer normas externas, sino que configuran las formas mismas en que los sujetos se experimentan a sí mismos y a los demás. Los algoritmos, los sistemas de inteligencia artificial y las plataformas digitales no solo organizan el flujo de la información, sino que moldean las formas de interacción social y los modos de subjetivación. Es decir, *no solo regulan lo que el sujeto puede hacer, sino lo que puede llegar a ser dentro de estos sistemas.*

En la era del capitalismo de la vigilancia, como expresa la filósofa Shoshana Zuboff, grandes corporaciones tecnológicas como Google y Facebook han creado sistemas que recogen datos de usuarios sin un consentimiento completo ni una comprensión clara por parte de estos. Estos datos se utilizan para construir perfiles detallados de los individuos, los cuales se emplean para influir en sus decisiones y comportamientos mediante publicidad dirigida.

Sostiene Zuboff, que este modelo impacta profundamente en la autonomía individual. Al prever y manipular los comportamientos de los usuarios, estas corporaciones están erosionando la capacidad de los individuos para tomar decisiones libres y conscientes. Este poder, a menudo sutil e invisible, actúa de manera eficaz sobre las personas, comprometiendo su libertad.

Además, ese capitalismo al que denomina *capitalismo de la vigilancia* tiene serias implicaciones para la democracia. La manipulación de la información y la influencia en la opinión pública, a través de algoritmos y

---

<sup>32</sup> SHOSHANA ZUBOFF, *La era del capitalismo de la vigilancia, La lucha por un futuro humano, frente a las nuevas fronteras del poder.* Ed. Paidós 2019

publicidad dirigida, pueden socavar los procesos democráticos, fomentar la polarización y ejercer un control social que amenaza la integridad de la democracia.

A diferencia de la modernidad, donde las formas de sujeción eran fundamentalmente estatales o económicas, los entornos digitales presentan nuevas formas de sujeción más sofisticadas, tal como venimos expresando. En estos espacios, el sujeto de derecho no solo está regulado por un orden jurídico que establece normas de convivencia, sino que está atrapado en *redes invisibles de poder* que operan a través de sus datos personales, sus interacciones y sus hábitos de consumo. Esto tiene profundas implicancias: el sujeto ya no es constituido únicamente por el Estado o por las instituciones jurídicas tradicionales, sino que es continuamente reconfigurado por las plataformas digitales que median la mayoría de sus actividades cotidianas. Así, el *sujeto digital* no se produce ya solo en relación con una ley escrita, sino en función de la vigilancia permanente que realizan los actores tecnológicos y corporativos.

El carácter histórico del sujeto de derecho, como construcción social, cobra mayor relevancia en este contexto. En la modernidad, la figura del sujeto estaba ligada a una relación con la ley y el derecho que, aunque restrictiva, mantenía un cierto espacio de agencia dentro de los límites de la autodeterminación liberal. En el mundo digital, esa agencia se ve erosionada. El sujeto está sometido a tecnologías que no solo controlan su comportamiento, sino que también anticipan y moldean sus decisiones, deseos y aspiraciones, generando una nueva forma de sujeción, una más internalizada, menos evidente, pero igualmente efectiva.

En este sentido, las implicancias de los entornos digitales para el sujeto de derecho son significativas: el control ya no opera únicamente a través de mecanismos coercitivos tradicionales, sino mediante la extracción

constante de datos que se convierten en herramientas para la predicción y manipulación de su comportamiento. El poder, en los entornos digitales, ya no necesita imponer su voluntad de forma explícita porque es capaz de crear el contexto en el cual el sujeto actúa, piensa y se reconoce.

En definitiva, el sujeto de derecho en la era digital no es simplemente una continuación del sujeto moderno, sino que está seriamente comprometido con nuevas formas de poder y control, más sutiles, pero igualmente implacables. La sujeción no desaparece, sino que ha mutado, y con ello también, las formas y modos en que los sujetos son constituidos, reconocidos y explotados. Este nuevo régimen de sujeción, basado en los entornos digitales, con sus protocolos de vigilancia digital y la explotación y alienación del tráfico, manipulación e industrialización de datos, presenta una serie de desafíos para la filosofía crítica del derecho, al redefinir las formas de agencia, libertad y responsabilidad del sujeto contemporáneo.

Nos quedará mucho por investigar, teorizar y criticar, y está claro que adoptar posicionamientos maniqueos o caer en simplismos no nos será de mucha ayuda. Por el contrario, debemos afinar instrumentos metodológicos muy precisos (donde lo cuantitativo dialogue con lo cualitativo) y desarrollar cuerpos teóricos de alta densidad para dotar de mayores certezas a la comprensión de lo que está sucediendo, todo ello en el contexto de vertiginosa transformación socio-tecnológica.

Un desafío difícil, aunque fascinante para los que investigamos el derecho y apostamos a una sociedad más democrática, justa e inclusiva.

Bibliografía consultada:

ALAN TURING Computing machinery and intelligence, (1950).

ALICIA RUIZ: La categoría de sujeto de derecho

ALICIA E. C. RUIZ. Cuestiones acerca de mujeres y derecho;

ALICIA E. C. RUIZ. La ilusión de lo jurídico Parte II de Aspectos ideológicos del discurso jurídico en Materiales para una teoría crítica del derecho, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1991.

ALICIA RUIZ en Los movimientos feministas interpelan a los Poderes Judiciales en América Latina <https://defensoria.org.ar/rec/alicia-ruiz-los-movimientos-feministas-interpelan-a-los-poderes-judiciales-en-america-latina/>

ALICIA RUIZ, Aspectos ideológicos del discurso jurídico: desde una teoría crítica del derecho en Materiales para una teoría crítica del derecho / Número: (Revista (serie)

ALICIA RUIZ; "Quiénes son sujetos de derecho? ¿Quién dice qué es el bien común? Conversaciones Feministas. Políticas de Reconocimiento, (noviembre 2007), t. II, Bs. As., Aji de Pollo, 2009

CARLOS MARÍA CÁRCOVA; Acerca Del Concepto De Posverdad; ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura v. 4, n. 1, janeiro-junho 2018

ESTHER, DÍAZ (Ed.). La pos ciencia: el conocimiento científico en las postrimerías de la modernidad. Buenos Aires: Biblos, 2000, p. 10

ERNEST VON GLASERSFELD, La construcción del conocimiento 1994, En Fried Schnitmann, D. (comp.). Nuevos paradigmas, cultura y subjetividad.

HANS-GEORG GADAMER, Verdad y método en 1960;

IMMANUEL KANT Sobre la paz perpetua (Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf) -1795.

JACQUES LACAN, Escritos I y II. Ed. Siglo XXI. (2003)

JACQUES LACAN, De los Nombres del Padre. Ed. Paidós (2005).

JEAN PAUL SARTRE: Crítica de la razón dialéctica. Éditions Gallimard, 1960

JOSÉ" VAN DIJCK. La cultura de la conectividad: una historia crítica de las redes sociales. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, (2016)

JOSÉ" VAN DIJCK. Thomas Paoel y Martijn de Waal . The Platform Society (2018)

JUAN CARLOS PORTANTIERO (1977) Los usos de Gramsci, Cuadernos de Pasado y Presente. México.

LOUISE ALTHUSSER, Ideología y Aparatos ideológicos del estado. (1970)

MANUEL CASTELLS La era de la información: economía, sociedad y cultura: La sociedad red. 2ª ed. vol. 1. Madrid:

Alianza Editorial; 2000. Trilogía, de tres volúmenes: "The Rise of the Network Society. The Information Age", de 1996; "The Power of Identity", de 1997; y "End of Millennium", de 1998.

MARTIN HEIDEGGER Ser y tiempo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

MICHEL FOUCAULT. La verdad y las formas jurídicas 1978. Ed. Gedisa 2008

MICHEL FOUCAULT. Historia de la sexualidad. La voluntad de saber 1976. Ed. S.XXI 2007

OSVALDO NAN. La generación e imposición del sentido común, en Filocam Volumen XXX, Revista Digital del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón.

OSVALDO NAN, El discreto encanto de la opinión pública Osvaldo Nan, en Filocam Volumen XXIII, Revista Digital del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón

PETER BERGER & THOMAS LUCKMANN, La construcción social de la realidad (1966).

RICARDO ENTELMAN. Discurso normativo y organización del poder. La distribución del poder a través de la distribución de la palabra. En Crítica Jurídica Nueva Época, (4), 109–116. Recuperado a partir de [https://www.criticajuridica.org/index.php/critica\\_juridica/article/view/90](https://www.criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/90)

SHOSHANA ZUBOFF, La era del capitalismo de la vigilancia, La lucha por un futuro humano, frente a las nuevas fronteras del poder. Ed. Paidós 2019

# Inteligencia artificial, como cerebro inteligente en la concepción embrional. Derechos fundamentales de la persona por nacer



Paula Fabiana Romano <sup>1</sup>

*“Cada máquina tiene inteligencia artificial. Y cuanto más avanzada se pone una máquina, más avanzada será la inteligencia artificial. Pero una máquina no puede sentir lo que está haciendo. Solo sigue las instrucciones – nuestras instrucciones – de los seres humanos”. – (Abhijit Naskar),*

## Resumen

Es propio de la persona humana, cuyas características le son innatas. Con una carga genética que es absoluta desde el comienzo, cuyos derechos le son propios como especie., su identidad le corresponde desde su genoma, unidad básica y primera, da inicio a la vida que significa la permanencia y existencia en el tiempo.

---

<sup>1</sup> Paula Fabiana Romano. Abogada egresada de la Universidad de Morón. Especialista en Familia por la Universidad de Buenos Aires. Doctora en Ciencias Jurídicas y políticas. Tesis doctoral “Incertidumbre jurídica en torno al estatuto y derechos del embrión humano crío- conservado, efectos y propuestas en términos de derechos humanos”. Diplomada en discapacidad por la Universidad de Buenos Aires. Diplomada en Familia y Sucesiones por la Universidad de Buenos Aires. Escribana Pública. Miembro del Instituto de Derecho Tributario del Colegio de Abogados de Morón, autora de publicaciones digitales para Argentina. Publicaciones en el Colegio Internacional de Estudios Jurídicos de San Diego. Ponencias en la Universidad de Coimbra Portugal. Ponencias en la Universidad de Manizales (Colombia) Latinoamérica y Europa. Ponencia en Red de Derecho América Latina y el Caribe. Publicaciones en la Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente. REVISTA de Cultura de Paz e Direitos Humanos. UNIOSASCO. Revista de Derecho Público IIEditiones. Autora de publicaciones digitales para Argentina, Latinoamérica y Europa. ORCID: 0009-0005-9448-6906.

Otro concepto de la vida prenatal. Hay ciertas manipulaciones genéticas que afectan a la integridad del genoma humano, pero su protección sólo se puede llevar a cabo desde el derecho a la inviolabilidad genética de la especie humana. Es el caso de la clonación a partir de células, no de embriones; y la hibridación o unión de gametos humanos y de otra especie animal. Hay una forma de clonación, que es la división en una o más porciones del óvulo ya fecundado, del embrión humano. La Inteligencia artificial, vino a poner rapidez de decisiones científicas médicas de avanzada tecnología, siempre con el sentido de beneficio para el colectivo humano. Pero el caso de la exacerbación de tecnología podría llevar mismo a una destrucción masiva como género especie humana.

En este caso se conculca el derecho a la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas, porque el ser humano existe ya. Su defensa afecta a la protección de los derechos del individuo.

Como punto de partida, *“se afirma el desarrollo que ha tenido la temática desde la perspectiva de derechos humanos en un doble sentido: 1) la ampliación del derecho a la salud, no centrada en la noción de infertilidad médica, sino en la violación del derecho a la salud en su faz psíquica, y 2) la visibilidad de los derechos humanos comprometidos en las TRHA: el derecho a la reproducción, a la libertad y a la autonomía personal, el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a gozar de los beneficios y avances de la ciencia. Sino de la producción y muerte de “otro” para que el “yo” siga viviendo”*

### **Introducción.**

El derecho a la reproducción ha sido considerado como una expresión de autonomía procreativa, comprendiendo la facultad de poder reproducirse mediante los genes a los que se tenga legítimo acceso en la reproducción

asistida. Más restringidamente, se ha configurado como una libertad procreativa, de tener niños o de evitar tenerlos, frente a la interferencia del estado. Se trata sin embargo de una libertad primaria por su carácter central para la identidad, la dignidad personal y el sentido de la propia vida

En los países desarrollados, particularmente allí donde imperan las reglas del mercado en la reproducción asistida, el derecho a la reproducción tiende a considerarse como una especie de derecho al hijo, por cuanto se ha modificado la concepción de infertilidad por la posibilidad de aplicar técnicas cada vez más avanzadas

En relación con la salud sexual y reproductiva, ya en el año 1994, la Conferencia Internacional para la Población y el Desarrollo de la ONU señalaba que ésta: entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia . Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Tanto en esta Conferencia, como años después en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se colocó el foco en que la salud sexual y reproductiva se encuentra fuera del alcance de una gran cantidad de personas de todo el mundo a causa, principalmente, de prácticas sociales discriminatorias. La convención de Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre del año 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos humanos, expuso en su artículo 17° La Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

En fecha más reciente, el 2 de mayo de 2016, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha emitido la Observación General 22 dedicada al “Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. En esta oportunidad, el Comité advierte que, debido a las numerosas barreras legales, de procedimiento, prácticas y sociales, el acceso pleno al derecho a la salud sexual y reproductiva, tales como instalaciones, servicios, bienes e información es seriamente restringido. Añadiendo que el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva sigue siendo un objetivo lejano para millones de personas, especialmente para las mujeres y las niñas, en todo el mundo. Destaca, asimismo, que hay individuos y grupos de la población que

experimentan múltiples formas de discriminación que exacerban la exclusión en la legislación y en la práctica (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales y personas con discapacidad). Estas personas tienen mayormente restringido el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva. En este contexto, el Comité subraya que la atención integral de la salud sexual y reproductiva contiene cuatro elementos esenciales interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Por lo que aquí interesa, enfatizamos que “La omisión o negativa para incorporar los avances tecnológicos e innovaciones en la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, tales como medicamentos para el aborto, tecnologías y avances en el tratamiento del VIH y de reproducción asistida, pone en peligro la calidad de cuidado”. En materia de TRHA, desentrañar, al menos a grandes rasgos, los derechos humanos que se ven comprometidos, resultan un hito fundamental para la construcción de los derechos y principios mínimos sobre los cuales edificar un régimen jurídico institucional acorde con el desarrollo y consolidación de los derechos humanos como perspectiva obligada. Para ello, el punto de partida son los diferentes instrumentos internacionales como regionales de derechos humanos sin perder de vista las voces autorizadas que provienen de la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos: la CIDH. Con el transcurso del tiempo, y más prolíferamente en las dos últimas décadas, el TEDH ha tenido que resolver muchos conflictos relacionados específicamente con las nuevas biotecnologías., otra cuestión de máxima preocupación son los avances tecnológicos que las normas no llegan en varias oportunidades a alcanzar., la Inteligencia Artificial, está ocupando grandes porciones de todas las disciplinas de la ciencia, abordando cuestiones de máxima delicadeza. En particular, en materia de técnicas de reproducción humana asistida ha tenido que evaluar distintas normativas estatales a la luz de los artículos 8° y 14° del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Resulta

conveniente recordar el texto de ambos artículos: Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Art. 14: Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación En este marco genérico, conviene detenernos, brevemente, en tres sentencias que, si bien no refieren a la temática que nos ocupa en esta oportunidad, resultan relevantes porque dejan en claro, que en materia relaciones paterno-materno filiales —sean producto del uso de las TRHA, o por filiación biológica o adoptiva— los Estados no deben introducir en sus regulaciones distinciones basadas en la orientación sexual de los progenitores o pretensos progenitores.

El implemento de esta ciencia ha cubierto gran parte de las expectativas de las uniones conyugales o convivenciales de la diversidad de formas de conformación familiar. Las TRHA fueron, originariamente, la respuesta frente a un problema médico: la infertilidad. Sin embargo, en la actualidad esta concepción es limitada o restrictiva. Sucede que la reproducción asistida representa el medio para que miles de personas y parejas en el mundo logren alcanzar la paternidad por fuera de la noción de

infertilidad, es decir, sin problemas de salud de por medio. En este contexto, las parejas del mismo sexo apelan a estas técnicas para alcanzar la maternidad o paternidad, al igual que las mujeres que desean ser madres sin tener pareja alguna. Como se puede observar, desde la perspectiva obligada de los derechos humanos, la reproducción asistida implica revisar la noción tradicional de familia en singular, la cual es interpelada por la necesidad de referirse a ellas en plural. Esto constituye una deconstrucción profunda en torno a la protección de la familia a la cual se refiere el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) .

### **Una nueva técnica de reproducción humana asistida, trajo rapidez en la concepción-fecundación**

La tecnología científica que ha incluido el diagnóstico por imágenes en la Inteligencia Artificial, obtuvo el asombroso resultado de realizar la selección de con mayor rapidez, potenciándola precisión de expertos humanos que utilizaban distintas tecnologías tradicionales en la microscopía. La herramienta descubierta y bautizada con el nombre de METAPHOR.

La misma está siendo probada con roedores, su función es mediante prueba y error aumentar la probabilidad de éxito de los procesos de las técnicas de reproducción humana asistida., tecnología esta última con algunos años de experiencia en la materia reproductiva. Está siendo probada por un equipo de Bioingenieros de España-Catalunya, en el cual han desarrollado esta nueva técnica que es capaz de visualizar con mayor precisión el metabolismo de los embriones que fueron obtenidos por fecundación in vitro. De esta manera se puede decidir con mayor exactitud, cuales son aquellos que superan las posibilidades e implantación en el útero de manera precisa y con resultados en término exitosos.

Este sistema genera imágenes en 3D que enseñan los colores presentes en el embrión, mostrando su conducta de manera no invasiva. Existen comportamientos fluorescentes propios del metabolismo que son claves en los procesos de respiración celular o en el consumo de nutrientes, el cual permite estudiar el estado de salud del mismo.

Se comparan ovocitos de roedores hembras jóvenes y de edad más avanzada, pues el punto clave de su viabilidad. Este sistema bautizado METAPHOR, discrimina los ovocitos jóvenes viables y cuales no lo son con mayor exactitud., en un porcentaje elevado de precisión, pudiendo predecir, cuales son aquellos que se desarrollarían en embriones viables. Son porcentajes sin precedente en el campo de la bioética.

Este nuevo hallazgo ayudará a aumentar las probabilidades de éxito en los procesos de reproducción humana asistida reduciendo considerablemente el tiempo hasta la gestación.

Como consecuencia de esta reducción de tiempo-vida, trae disminución no solo en cuestiones económicas sin psicológicas para el paciente. Representaría un gran avance en la gestión de donaciones y preservación de fertilidad”.

La inteligencia artificial (IA) ha emergido como una fuerza transformadora en diversos campos, y la reproducción asistida no es la excepción, pues ha abarcado múltiples utilidades en todos los órdenes de la ciencia., ofreciendo soluciones innovadoras para parejas que buscan concebir., es una de ellas. Abriendo nuevas posibilidades y mejorando las tasas de éxito, que muchas veces han traído desazón en las personas por las infinidades de pruebas y error a lo largo de su tratamiento. Gracias a los algoritmos de aprendizaje automático, se puede analizar grandes conjuntos de datos médicos para identificar patrones y predecir posibles problemas en

la concepción, o malformaciones o parámetros que distan con el éxito. Esto nos permite abordar de manera más eficiente las causas de la infertilidad, adaptando los tratamientos de manera focalizada en el paciente. La personalización de los tratamientos de fertilidad es esencial para aumentar las posibilidades de éxito. La IA contribuye al diseño de protocolos de estimulación ovárica más eficaces y eficientes, optimizando la dosis y el momento de administración de los fármacos, agilizando el proceso de FIV y, en última instancia, conduciendo a una mayor estandarización y a mejores resultados clínicos.

Esta capacidad de adaptación, reduce al mismo tiempo los efectos secundarios y costos asociados., nonos olvidemos que las técnicas de reproducción humana asistida, no solamente trae como resultado la concepción, sino la incertidumbre de evolución y éxito final. En técnicas como la fecundación in vitro (FIV), la selección de embriones de alta calidad es crucial., de allí la selección más eficaz. La inteligencia artificial puede evaluar características morfológicas y patrones de división celular, identificando los embriones con mayor probabilidad de implantación, así como detectar posibles anomalías genéticas. Esto permite a las parejas evitar la transmisión de enfermedades hereditarias a sus hijos.

Esta optimización aumenta significativamente las tasas de éxito y reduce el riesgo de abortos espontáneos. Trayendo como consecuencias gran depresión en el paciente, a raíz de los innumerables tratamientos y estimulación ovárica.

La monitorización continua de la estimulación con dispositivos que recogen datos en tiempo real puede permitir ajustes inmediatos en el tratamiento según sea necesario, mejorando la eficiencia.

Los algoritmos de inteligencia artificial pueden predecir con precisión los resultados de los tratamientos de fertilidad. Estos modelos predictivos se basan en datos demográficos, históricos médicos y variables específicas del paciente, brindando a las parejas información valiosa sobre las probabilidades de éxito antes de iniciar un procedimiento.

## Conclusión

En este sentido, si bien las TRHA han sido originalmente desarrolladas como respuesta o alternativa médica frente a la infertilidad de parejas heterosexuales que no podían acceder a la maternidad/paternidad por las vías "naturales" o "tradicionales", este uso primigenio se ha visto ampliamente desbordado. Esto se debe no sólo a los avances científicos-tecnológicos, sino también a los cambios sociales y culturales en torno a los modos de entender y configurar familias y proyectos parentales. Tanto los organismos internacionales con sus observaciones, como los tribunales regionales de Derechos Humanos con sus sentencias, evidencian y acompañan este viraje a la hora de interpretar el alcance de las TRHA. La relación entre la validez de las normas ante la Constitución y la efectividad de esta y de las normas que la desarrollan se encuentran en la génesis del paradigma garantista. En el Estado Constitucional esa divergencia suele expresarse en la distancia entre las normas constitucionales y la realidad, entre la validez y universalidad de los derechos fundamentales y su escasa aplicación u observancia por parte del Estado y los particulares. La preocupación central es la necesidad de asegurar los derechos frente al poder, limitar el poder y encauzarlo para que realice materialmente los derechos. De este modo, se pasa de un paradigma exclusivamente médico o de salud en sentido restringido que entendía el acceso a las TRHA únicamente como un paliativo ante la infertilidad en parejas heterosexuales, evolucionando hacia una idea más amplia.

La adopción prenatal, hace una salida digna para aquel ser humano con diagnóstico de futuro incierto. Están a la espera de una suerte mejor que aquella que en un estado de congelamiento se tiene. Los programas de “adopción” deben llevar a cabo prácticas tales como estudios de los hogares receptores, evaluaciones psicopatológicas de los padres biológicos que renuncian al hijo, asesoramiento psicosocial para las parejas adoptantes. La aplicación de la nueva tecnología reproductiva en los centros médicos de reproducción introduce nuevas cuestiones éticas. Si existen tantos embriones criopreservados en todo el mundo y no se donan, no se debe a problemas técnicos sino fundamentalmente a problemas éticos. Así, existen múltiples justificaciones técnicas de la criopreservación de los embriones supernumerarios: evitar el riesgo a que se someten las pacientes con la hiperestimulación ovárica controlada, el incremento en las tasas de embarazo por ciclo de estimulación (al criopreservar y posteriormente solo descongelar y transferir los embriones). Lo natural es lo dado y no lo meramente adquirido por medio de actos libres y voluntarios, vale decir, es esencia específica y principio de operación. Esencia, porque cada persona tiene individualizada la naturaleza humana, la cual es radicalmente suya. Por ser natural está ordenado a alcanzar los fines de la persona humana. Por ser derecho está ordenado a la justicia. Para decirlo en forma más precisa: dar a cada uno lo Suo, en cuanto es un acto virtuoso, contribuye a hacer más buena a la persona que realiza la acción justa.

Las pruebas genéticas deben llevarse a cabo con criterios de pertinencia, calidad, equidad y accesibilidad., acorde a una normativa clara y protectoria. Es por ello que los avances de la tecnología médica como nuestra vedette de estudio, la IA, hacen que el beneficio para el colectivo humano sea más exitoso en los resultados. Pero, se debe tener muy en cuenta que la ciencia y la tecnología se conducen con mayor rapidez que las normativas

internacionales y nacionales. Las mismas no deben caer en la carencia de moral y ética para con el ser humanos, es una línea delgada que separa de la realidad y lo surrealista. Cada decisión mal tomada trae como consecuencia resultados que a veces son irreparables. El futuro de la humanidad se cierne en la lógica., por ello que se debe actual diligentemente y con sensatez, para no derrapar en resultados irrecuperables como humanidad.

Otra de las consecuencias positivas en que la misma IA evita mediante su técnica la transmisión de una alteración genética a los hijos se recomienda a los padres que accedan a un asesoramiento capaz de facilitarles información sobre las consecuencias de aquella, así como sobre las posibles acciones de asistencia médica y social.

Nos cabe la pregunta rigurosa como persona racional con ética y moral., cuestionarnos: ¿podremos soñar con la técnica y la ciencia al servicio de la dignidad personal? Sí, podemos, sacando a la tecnociencia de su presunta neutralidad y poniéndola al servicio del hombre, en especial del pobre e indefenso, del débil y del enfermo. Se solicita la atención de los científicos en orden a la salud y al bien íntegro de todos.

Amén de la postura que el hombre debe tener a la hora de discernir lo justo y lo natural que es el embrión humano como sujeto de derecho y no como cosa, que tiene el derecho a gozar del privilegio que es común a todo ser vivo., cabe la pregunta puntual cuya respuesta sería respondida con la simpleza de un orden jurídico equitativo, unificado en todos los órdenes Nacionales e Internacionales. La inseguridad o la incerteza ocasionan un resultado negativo. Este resultado se vería beneficiado con una legislación

acorde a unificación de criterios., limitando a la IA, al orden del avance y no de la destrucción de la humanidad.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> BIBLIOGRAFÍA

Agustina Bladilo 1 Natalia de la Torre 2 Marisa Herrera 1 Abogada (UBA), Argentina. agustinabladilo90@gmail.com  
2 Profesora de Filosofía (UBA), Argentina. delatorre.natalia@gmail.com 3 Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA, Argentina. marisaherrera12@gmail.com

Albert Parra et al., "METAPHOR: Metabolic Evaluation through Phasor-based Hyperspectral Imaging and Object Recognition for Mammalian Blastocysts and Oocytes". PNAS, 2024

Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "the right to sexual and reproductive health (article 12 of the international covenant on economic, social and cultural rights)", colectivo derecho de familia. [consulta: 16 de septiembre, 2016]. Disponible en [http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/observaci%C3%B3n-n-22-desc\\_derechos-sexuales-y-reproductivos-02-05-2016.pdf](http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/observaci%C3%B3n-n-22-desc_derechos-sexuales-y-reproductivos-02-05-2016.pdf)

El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 inciso e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad

La CIDH considera que la prohibición de la fecundación in vitro puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad CIDH, "Artavia Murrillo y otros c. Costa Rica", [Consulta: 17 de septiembre, 2016]. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

Hariton E, Pavlovic Z, Fanton M, Jiang VS. Applications of artificial intelligence in ovarian stimulation: a tool for improving efficiency and outcomes. *Fertil Steril*. 2023 Jul;120(1):8-16.

La clonación "terapéutica" ahora en marcha, supera en mucho el horror mencionado por Elio Sgreccia ("Manual de Bioética", pág.439, Editorial Diana, México, 1996) ante la posible fisión general efectuada artificialmente por la cual de los dos embriones obtenidos por clonación artificial, uno podría ser congelado para ser utilizado posteriormente como reserva de tejidos y de órganos en caso de necesidad del otro. Ya no se trata idílicamente de preservar por un medio reprobable la salud de la humanidad futura, sino llanamente de producir seres humanos destinados a la muerte para la supervivencia de los actualmente vivos

Martín-Climent, P., & Moreno-García, J. M. (2022). Aplicación de la inteligencia artificial en el laboratorio de reproducción asistida. Trabajo de revisión. *Medicina Reproductiva y Embriología Clínica*, 9(3), 100119.

Naciones Unidas, "Informe de la conferencia internacional para la población y el desarrollo", Egipto, 1994. [consulta: 17 de septiembre, 2016]. Disponible en: [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd\\_spa.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf)  
En esta oportunidad, dado que tenemos como objetivo la construcción de un diálogo o análisis en espejo entre las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de TRHA, no analizaremos las sentencias del TEDH relativas a los casos de gestación por sustitución.

Robert G.Lee y Derek Morgan. *Ibid*. Pág. 31

Romano, Paula Fabiana. Tesis doctoral "INCERTIDUMBRE JURÍDICA EN TORNO AL EMBRIÓN HUMANO CRIOCONSERVADO, EFECTOS Y PROPUESTA EN TÉRMINOS DE DERECHOS HUMANOS" (Pag. 137)

Saltzer, Anderson, "Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial" [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica – Ministerio de Justicia de la Nación], N° 2, año 1, id. SAIJ: DACF120177.

# Problemática y problema: Diferenciación temprana para una especificidad científica



Rodolfo Alejandro Alvarito <sup>1</sup>

*En un sentido amplio, la investigación jurídica puede adoptar una gran diversidad de enfoques: histórico, sociológico, etnográfico, antropológico, filosófico, etc., y todos seguirían siendo investigaciones acerca del derecho. Sin embargo, lo que aquí nos interesará primordialmente será la investigación desarrollada desde un punto de vista interno al derecho, esto es, aquella que busca respuestas jurídicas, dando cuenta del sentido normativo del objeto. (Sarlo, 2003, p. 184)*

## Introducción

En mi tesis doctoral “*La indeterminación del problema en proyectos de investigación científica en el campo del Derecho*”<sup>2</sup> me he planteado caracterizar y, al mismo tiempo, cuestionarme qué define a una investigación como *jurídica*, para diferenciarla de otras que no lo son tanto, especialmente en un clima de época multidisciplinario. Es así que tomé como punto de partida la hipótesis que afirma la natural ambigüedad de las palabras “problema” y “jurídico”, dificultad que acarrea obviamente el ulterior

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas (UM). Ganador Premio Estímulo de la ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES (Año 2006). Investigador acreditado de la Fundación CIJUSO. Investigador acreditado y Docente (Metodología de la Investigación) por la UNIVERSIDAD DE MORÓN. Director del Instituto de Metodología y Epistemología Jurídica del COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN desde 2013. Autor de diversas publicaciones. (ra.alvarito@gmail.com).

<sup>2</sup> A propósito de lo explícito del título, vale aclarar que la palabra “indeterminación” en gran medida reconoce la influencia de Riccardo Guastini, filósofo del Derecho especialista en análisis del lenguaje jurídico, desde que el autor genovés ha titulado el capítulo XXXIII como “La doble indeterminación del Derecho” (p. 335) en su obra “La sintaxis del Derecho” (GUASTINI, 2016b). Es oportuno destacar que dicho capítulo se ubica en la estructura de la obra, dentro de la Sexta Parte, “Interpretación (y alrededores)” dando paso al abordaje de la interpretación, una palabra en sí misma indeterminada debido a su inherente ambigüedad.

desacuerdo –metodológico– de no poder precisar<sup>3</sup> en el propio plan de trabajo el objeto de la investigación desde sus inicios mismos. A partir de la formulación de los siguientes interrogantes se pudo entonces ilustrar acerca del alcance y algunas implicancias de tal cuestión, que impiden caracterizar a una investigación científica como *jurídica*<sup>4</sup>.

Debimos preguntarnos así acerca de aquello que la determina como tal: (i) ¿Es acaso el *tipo de objeto* (materia de estudio) propio del campo disciplinar?; (ii) ¿es el *tipo de abordaje* de una problemática de base multicausal, donde “lo jurídico” (como aspecto o arista de un fenómeno complejo) se mezcla con distintas perspectivas que intentan explicarlo desde otro lugar? o (iii) ¿es el *tipo de problema* específico (nudo problemático) según éste se corresponda o no con una tipología general de cuestiones problemáticas propias del Derecho?

A partir de esas primeras dudas, adelantábamos intuitivamente que, aun cuando se dé la condición material (y necesaria) del objeto de estudio, no obstante debe tratarse (también) de un *enfoque* desde nuestra disciplina. Conforme esta reflexión inicial era evidente que solo el *objeto* disciplinar (la norma) resulta insuficiente para calificar de “jurídico” un trabajo: si su abordaje se hace desde una perspectiva no jurídica (vgr., un enfoque teológico) naturalmente no habrá investigación jurídica.

---

<sup>3</sup> En esta relación familiar de palabras, el sustantivo “problema” desde el punto de vista metodológico se constituye en el objeto de la investigación científica. La temática como contexto conceptual se “problematiza” para producir ese objeto de estudio. Desde el punto de vista epistemológico, todo cuanto se predique de él (como lenguaje objeto) conforma lo que en ciencia denominamos metalenguaje. Por ello, dejamos en claro que la determinación del problema es una actividad metodológica necesaria para cualquier investigación científica, pero la teorización acerca del “problema” y la “problematización” como método, es la actividad meta-científica que ha encarado esta tesis.

<sup>4</sup> Precisar el carácter jurídico de una investigación científica, remite a la discusión acerca de qué define lo jurídico, o dicho de otro modo, qué es objeto de estudio de la ciencia jurídica, en alusión al debate concerniente a la conceptualización amplia del Derecho, propia del campo de la filosofía jurídica.

Otro reparo podía hacerse incluso sobre el mentado *enfoque*: el hecho de que éste consista en cierto punto de vista jurídico, como aspecto destacable de una problemática multifacética (vgr., el uso discrecional de la prisión preventiva, respecto de la cuestión carcelaria) haría suponer que – como consecuencia lógica– eso derivará automáticamente en hallazgos y resultados propios del ámbito jurídico. Pero sucede que, en algunos casos observados, tal devenir lógico no se ha verificado, y las conclusiones (o incluso el análisis central del trabajo) se concentran más en la “problemática”, dejando solo aportes residuales de menor jerarquía al conocimiento.

Desde lugares menos dogmáticos, y a propósito de la dimensión social del Derecho, se nos podrá objetar que (casi siempre, o en última instancia) tendrá mayor peso la condición pragmática que la teórica: aún cuando no estén presentes ambos requisitos (objeto y enfoque), la investigación podría ser igualmente relevante en cuanto a sus hallazgos y/o resultados (ello bien visible con el mismo ejemplo de la cuestión carcelaria).

Llegado ese punto, nuevamente reflexionamos a través de esta última duda: (iv) ¿es aceptable desde lo epistemológico afirmar que una investigación es jurídica solo por la relevancia o aporte de sus resultados? Esa condición pragmática del Derecho –auténtica herramienta de transformación social sin dudas– acaso pueda ser aquella característica que –al mismo tiempo– inhibe o desnaturaliza, de un modo ciertamente aceptable, su condición científica. Al decir de más de un jurista-sociólogo, el Derecho tiene menos de ciencia que de arte, a lo sumo es una técnica de aplicación de leyes.

Tanto el primer interrogante como el segundo se relacionan con saber *qué* debería investigarse, considerando dos elementos: en el primer caso, el componente sustantivo propio de la disciplina (la materia objeto de estudio) y en el segundo, su cualidad o característica definitoria (todo lo que reviste

carácter “jurídico”<sup>5</sup>), conceptualizada aquella como el aspecto jurídico problemático de un fenómeno multifacético que amerita un abordaje diferenciado<sup>6</sup>.

### El presupuesto dialéctico problemática-problema

Preguntarse entonces qué define a una investigación científica en el campo del Derecho, es una forma de definir también –indirectamente– qué es un problema jurídico, en sentido estricto y científico, bien diferenciado del concepto más amplio de “problemática”, concebida ésta como macro cuestión de interés social (sobre tal diferencia, tan anunciada desde el mismo título del presente, hablaremos luego con más detalle).

Lo que desde ahora sí cabe resaltar es la importancia teórico-metodológica de conceptualizar tempranamente –en tanto presupuesto epistemológico– las nociones de *problemática de base*, por un lado, y la del *problema jurídico*, por el otro. Ello porque estamos convencidos y sostenemos que solo así se puede trazar un camino que se construya en forma segura, comenzando por la propia búsqueda de lo problemático jurídico, derivando luego en un adecuado y correcto manejo estratégico de las distintas opciones técnico-metodológicas de tratamiento de la información obtenida.

El mentado presupuesto de la diferenciación conceptual además de ser herramienta que orienta la búsqueda del propio problema (sin el cual –por definición– no habría investigación científica alguna) incluso viene a constituir el punto de apoyo de toda la construcción posterior (tanto el marco

---

<sup>5</sup> “Dependiendo del contexto, [lo] «jurídico» puede significar: a) Del Derecho, propio del Derecho, perteneciente al Derecho. b) Sobre el Derecho, que tiene que ver con el Derecho, relativo al Derecho, concerniente al Derecho.” (Riccardo GUASTINI, 2016b, p. 32).

<sup>6</sup> Cuando en primer lugar hablamos del componente sustancial, nos preguntamos entonces si es suficiente solo con abordar ese substrato, entidad o materia disciplinar para que nuestra investigación sea jurídica. En segundo lugar, cuando hablamos de su cualidad definitoria, refiriéndonos al “aspecto” jurídico, ello obedece a que no siempre tendremos a mano un objeto disciplinar claramente determinado, en especial, cuando la propia disciplina se define como aquella que no se agota en el estudio de un solo objeto (como ocurre con el Derecho).

teórico del proyecto como el que se rediscutirá después del análisis y trabajo de campo), a partir del cual se vinculará el fenómeno observado (base empírica) con el acumulado del estado del arte (la teoría).

Salvo que tengamos muy en claro el problema (al decir de Bunge, cuando un investigador ya lleva años de experiencia) en la mayoría de los casos esa búsqueda será “exploratoria”, aunque no a ciegas, especialmente cuando se parte –como ocurre regularmente– de la sospecha intuitiva de un *posible* problema.

### La concepción científica del problema jurídico

Era previsible desde un comienzo que la expresión en estudio admite distintos significados, lo que precipitó la necesidad de definirlos desde una perspectiva filosófica, en un sentido epistemológico y hasta en un sentido práctico. Al destacar la ambigüedad de tal expresión en la introducción, conectada con la hipótesis que intenta responder nuestros interrogantes, mencionamos que las *dificultades* de la determinación de problemas en las investigaciones jurídicas analizadas tendrían un principio de explicación en la propia ambigüedad del término, que precipita una errónea conceptualización –en la práctica metodológica– de lo que llamamos *problema*, cuando éste no es entendido como ausencia de conocimiento o conflicto de ideas. Aquella era un indicio o augurio (revelado en la cacofonía “el problema es el problema”) de que las cosas en esta práctica no funcionan del todo bien.

Con ello estábamos ya aludiendo al sentido *epistemológico* de la noción de problema, justamente, el que más nos ocupa e interesa. Aquel que lo erige como una cuestión del conocimiento, que –por definición– es lo que persigue toda investigación científica. La ambigüedad natural del término deslizada inocentemente en la praxis investigativa, viene ofreciendo alternativas distintas a esa carencia o laguna del saber, como dificultades emergentes –de variada índole– que se manifiestan al interior de la propia problemática multifacética.

Así entonces intentamos despejar su sentido ambivalente y a la vez preguntarnos cuál sería la definición *correcta* de problema jurídico a los efectos de una investigación científica en el ámbito del Derecho. Porque ciertamente no nos interesa cualquier problema, ni tampoco cualquier problema jurídico (esto último, respecto del sentido restringido, tradicional, condicionado a su uso práctico).

Un planteo sobre la procedencia de un crédito con privilegio en un proceso concursal, respecto de una indemnización por daños derivados de una mala praxis médica, será un auténtico *problema* para el juez, quien se enfrentará ante la disyuntiva<sup>7</sup> de dar mayor preeminencia a la justicia del planteo individual, o preservar el valor de la seguridad jurídica. El caso con sus ribetes particulares, podría incluso escapar a las soluciones provistas por la jurisprudencia más reciente (como regla jurisprudencial) y nadie duda que constituirá todo un problema a resolver (o un conjunto de ellos), pero no es un problema en el sentido científico. Un debate científico acerca del comienzo de la vida humana puede ser relevante por sus implicancias incluso para el Derecho en sus múltiples ramas, pero no es en sí un problema jurídico. Las preguntas pertinentes serían entonces ¿qué convierte a un problema real en científico? ¿Qué lo hace además *jurídico*, es decir, del ámbito o incumbencia específica de las ciencias jurídicas?

Esto tiene sus implicancias en la investigación, justamente, porque es en la dimensión científica del derecho (amén de los debates filosóficos) donde cala hondo la obscuridad del término “problema jurídico”, junto a los debates ontológicos en torno al objeto del Derecho, tan entremezclado con el *ser* de la disciplina.

---

<sup>7</sup> Incluso, una verdadera “aporía”. La “aporía” se presenta –desde su significado etimológico– como una ausencia de salida, por oposición a la idea de problema como un obstáculo que, en principio, puede ser superado. La más de las veces problema se identifica con un error, y una aporía es mucho más que un error. (MARTÍNEZ GARCÍA, 1999, p. 62).

Al no ser cualquier *problema* (noción amplia), la cuestión en torno a la ambigüedad de este término ha requerido adentrarse profundo en terrenos compartidos de la metodología jurídica clásica<sup>8</sup> (“la metodología judicial” o metodología práctica), la metodología de la investigación jurídica (“metodología académica” o metodología teórica) y la epistemología del derecho. Ello inevitablemente conecta con los demás ítems planteados en nuestra tesis (que aquí solo mencionamos al paso), como ser el *quid* del objeto<sup>9</sup> disciplinar, asunto éste que se revela con más nitidez cuando analizamos proyectos pensados desde perspectivas no jurídicas.

No es este el lugar para hacer un desarrollo exhaustivo de los conceptos mencionados en los distintos planos, ni para citar las diversas definiciones que se conocen en metodología, tanto para la ciencia en general, las ciencias sociales o la metodología jurídica en especial. Simplemente decir que para la ciencia el *problema* es algo que se desconoce (distinto de *la solución* que no se tiene), definido en su propiedad definitoria elemental (ausencia de un saber) sin ninguna otra connotación contextual de tipo semántica (valorativa, ideológica o política) o pragmática (la propia cuestión práctica) que nos enfrenta a la necesidad concreta por resolver.

Por si fuera poco, simultáneamente emerge la confusa ambivalencia entre las nociones de tema y problema, o la ambigüedad propia de ambas, como veremos mas adelante, los que entendemos, son (y merecen) ser

---

<sup>8</sup> Cfr. SALAS, 2007, pp.114-115.

<sup>9</sup> En otro pasaje de la obra comentada, GUASTINI (2016a) rescata el pensamiento de PAP (1972) en torno al *quid* del “objeto” o materia disciplinar: “La filosofía no puede definirse plausiblemente en términos de un tema en cuestión. Las ciencias especiales son susceptibles de tal definición: una ciencia es esencialmente de algo. [...] la Filosofía no tiene un tema específico en este sentido (...) Si por “materia” entendemos una clase de fenómenos concretos, que la filosofía no tiene objeto. sin embargo, el término “materia” podría usarse en un sentido más amplio de “objeto de pensamiento” [...]. En ese sentido [...] el objeto de la filosofía puede definirse como los conceptos, métodos y presupuestos que se encuentran en cualquier ciencia»”

*conceptos técnicos* bien establecidos, cuya definición o caracterización resulta siempre necesaria en las instancias operativas de la planificación.

Tal categorización que se propone no es un *toc* artificioso y de laboratorio, responde a la exigencia de rigor científico. La ausencia de tal categorización en la epistemología –o en el peor de los casos, la ausencia misma de la problematización como etapa autónoma– apareja la difuminación del concepto problema, su naturaleza de teórico y, por ende, su carácter de científico.

En esta suerte de ensayo, derivación de nuestra tesis doctoral, el centro del debate propuesto (y a la vez su punto de partida) ha sido y sigue siendo lo terminológico, en la recurrente cuestión semántica de la ambigüedad de las palabras: hay una noción doméstica de problema (situado en el plano de la realidad) como dificultad u obstáculo tangible, y una técnica, que tiene que ver con una carencia de respuestas (plano lingüístico-conceptual), es decir, una noción propia de la discusión científica.

Un buen recurso para afrontar este desafío, como bien enseña Irving Copi, es apelar a una suerte de definición ostensiva<sup>10</sup>: tomando un rompecabezas en sentido figurado, problema es tanto como una pieza que falta o no encaja en cierto esquema<sup>11</sup>, sea porque la pieza no coincide (forma, color, numeración) o porque el propio espacio que representa<sup>12</sup> no existe en determinado molde. Tiene así lugar una primera búsqueda que intentará ubicar la pieza del rompecabezas, pero esa búsqueda nunca sería a ciegas:

---

<sup>10</sup> Ver Copi (1969), "Introducción a la lógica". "Hay un tipo especial de definición mediante ejemplos que recibe el nombre de definición ostensiva o demostrativa. En vez de nombrar o describir los objetos denotados por el término que se quiere definir, como en el tipo ordinario de definición connotativa, la definición ostensiva se refiere a los ejemplos señalándolos o mediante algún otro ademán." (p.55).

<sup>11</sup> Los juegos de rompecabezas suelen traer en sus cajas un mapa ilustrativo del conjunto que orienta el armado.

<sup>12</sup> Dicho espacio como correspondencia de la propia forma de la pieza, aunque bien debemos suponer que no solo la forma debería corresponder, sino también los dibujos y colores que contiene la ficha, relacionados con la temática del conjunto.

los propios colores, forma o tamaño de la pieza nos permitirá seguramente descartar otros rompecabezas. Es que, en la hipótesis, el rompecabezas en cuestión no solo no es el único, sino que tampoco es el único divertimento del salón, ya que la búsqueda la realizaremos entre otros tantos elementos dispersos (cartas, fichas, tarjetas, figuras) pertenecientes a distintos entretenimientos.

Es decir, entre distintas posibilidades, puede ocurrir que, al menos, se den tres situaciones: (1) tengamos la mayoría de las piezas y nos falte solo una; (2) tengamos algunas pocas fichas o (3) una única pieza totalmente aislada. Este abanico pareciera querer reducir todo a una cuestión meramente cuantitativa, pero no es así. En efecto, en (1) será más que importante contar con casi todas las piezas, ya que –solo con ello– podemos prescindir tranquilamente del mapa ilustrativo, sabiendo que son “animales de granja”. Incluso por descarte, deduciremos casi con certeza que se trata solo de “una” pieza. Aquí, la indagación se reduce a reproducir el posible contenido de la pieza faltante, a partir de lo conocido (como totalidad y como conjunto). En (2) la idea del mapa general puede resultar más difusa, aunque no imposible de reconstruir, ya que las pocas piezas que tenemos proporcionarán alguna idea sobre la temática del conjunto, y tal vez, una cierta aproximación a lo que nos falta, cualitativa y cuantitativamente hablando. En cambio, en (3) el poder aproximarnos siquiera a la temática del conjunto sería todo un logro (considerando que partimos de una pieza aislada); ello solo sería posible con alguna información adicional (por ej., la caja del juego con su tapa ilustrativa). Como vemos, en esta hipótesis de laboratorio se combinan todo tipo de inferencias (inductivas, deductivas y hasta analógicas), de la mano de una observación flexible y desestructurada, abierta a las distintas posibilidades y hallazgos que vayan surgiendo con la búsqueda exploratoria.

En otros casos, el cuestionamiento se centra no tanto en el objeto dado y sus propiedades, sino en su proceso de creación. Un claro ejemplo es

lo que en tecnología aplicada se conoce como ingeniería *inversa*, no solo para indagar por el producto en sí, sino por el saber teórico que está detrás de ese proceso. Sin dudas, un camino válido para entender algo, es indagar cómo se produjo ese algo.

Paralelamente al descubrimiento de procesos y a propósito de caminos, el rigor metodológico adquiere singular relevancia tanto para determinar el problema como para entender su génesis y naturaleza. Pero una cosa es describir el problema en el marco de una investigación concreta, en la necesidad de diferenciarlo de otros y acotar el campo de observación, y otra es intentar *teorizar* acerca del problema. En definitiva, en términos práctico-instrumentales, cómo se problematiza un tema.

### **Problematizar: transformar el tema en problema**

En este apartado jugamos con oposiciones dialécticas que giran en torno al concepto estático y dinámico del problema, es decir, como producto y como proceso. La literatura en la materia acerca del problema del conocimiento, registra que distintos autores, desde distintas disciplinas y mediante distintos modos han intentado dar definiciones y categorizaciones, ya sea del “problema” (como producto de una labor) o del “cuestionamiento científico” o “problematización” (como actividad o proceso), a veces no con tanta meticulosidad y talento, lo que a la postre ha generado una serie de desacuerdos que en algún punto superan la mera discusión terminológica.

Ynoub plantea una serie de recomendaciones para esta *primera etapa* que denominamos la *problematización*. “La primera tarea se encamina entonces a “focalizar” o precisar el objeto (tema) a investigar. En este camino el ejercicio de formulación de problemas suele aparecer como uno de los primeros desafíos a enfrentar.” En cuanto al proceso en sí, consiste en “...explicitar qué asunto, y en especial qué problemas se derivan del tema. Esto se logra “cuestionando” o “interrogando” al campo temático.” (Ynoub, 2015, pp. 130-131).

Kerlinger y Lee (2002) retoman el pensamiento de Dewey acerca de la propia concepción y definición de una idea (sobre una situación problemática concreta) que en principio tiene cierto carácter emocional, modelándose a partir del proceso de *intelectualizar* (como problematizar) la situación.

Sea que intentemos definir el acto de *problematizar* como proceso, o bien dedicarnos a describir su producto –ambas perspectivas indisolublemente interconectadas– la preocupación por diferenciarlas no es menor ni superflua, con lo cual es perfectamente válido (y hasta aconsejable), al menos desde lo epistemológico, definir separadamente tanto el procedimiento (la transformación del tema en problema), como el producto en sí.

Justamente, pretendiendo nuestro trabajo en su faz práctica ser una guía para la determinación del problema en la investigación jurídica, se apela a un metalenguaje que teoriza acerca del problema (como producto) y sobre la problematización de un tema (como proceso).

Es decir, en nuestra tesis hemos considerado, por un lado, los presupuestos conceptuales básicos definitorios del problema, a los fines de lograr concebirlo en su dimensión científico-conceptual, y por el otro, hemos puesto en la lupa a la actividad misma del *problematizar*, como quehacer metódico que confiere rigor científico a nuestra disciplina.

En lo que hace a la técnica metodológico-científica, al asumir este compromiso de investigar algo –a veces con responsabilidades compartidas dentro de un equipo de trabajo– mucho antes de intentar siquiera indagar por el sustrato o materia objeto de estudio (el que tal vez ni sospechamos cuál sea, o en el mejor de los casos, lo damos por sentado como presupuesto) pondremos especial cuidado en cómo desplegar esa actividad aplicando métodos, para no desperdiciar esfuerzos y recursos escasos.

Y en materia de pasos que hacen a un camino diagramado, nuestra actividad inicial ideatoria dentro del proyecto ha de comenzar con la denominada delimitación del tema a investigar, la que –también como subproceso– se completa con el llamado “recorte” o acotamiento conceptual. Ese acotamiento prepara y facilita la labor de la fase inmediata subsiguiente, que es la *individualización* del núcleo problemático.

Decimos individualización y no identificación, puesto que identificar un problema (no en un sentido ontológico, sino clasificatorio) implicaría algo más que solo ubicar en un espacio (recordar el rompecabezas): antes bien consiste en establecer una relación de pertenencia orgánica<sup>13</sup> de un elemento “y” respecto de un conjunto “C”, donde ‘y’ es el caso individual a observar, y “C” el tipo de problema en que dicho caso se amolda conforme sus propiedades y características. Esta pertenencia filiatoria –considerando la observación de propiedades– no siempre estará a nuestra mano alcanzar: a lo sumo tendremos eventualmente caracterizado en algunas de sus propiedades el caso modelo a analizar, por eso en la “construcción del problema” hablamos de individualizar el objeto de estudio, en oportunidad de la definición del caso, el que no siempre podrá ser identificado de primera mano cotejándolo con su correspondiente modelo, situado éste dentro de un catálogo.

---

<sup>13</sup> Samaja destaca los problemas de hacer un enfoque inerte de los conceptos “¿Qué significa el término ‘individuo’? El individuo ¿es sólo ‘individuo’? Desde el punto de vista de la lógica, un singular es un elemento de un conjunto. Pero las relaciones lógicas entre un elemento y su conjunto de pertenencia pueden ser muy diferentes. Bergson consideraba que esta forma de concebir a la lógica era resultado de su dependencia de una visión del mundo compuesto por objetos sólidos, inertes. Los conjuntos de individuos pensados como una mera reunión en el espacio de cosas perfectamente separables. Sin embargo, esta visión resulta impotente cuando se pretende avanzar en la comprensión, lo que se ve fácilmente en los fenómenos vivientes” (SAMAJA, 2004. p.100).

Individualizar (propio de la etapa de *acotamiento* del tema, a través de una inferencia analógica<sup>14</sup>) involucra un momento previo incluso a la definición/ categorización del caso: hace referencia a ubicar algún individuo ‘y’ (descrito o imaginado con algunas propiedades deseables) dentro de uno o varios posibles conjuntos indeterminados de algunos ‘Y’, donde todos y cada uno de los individuos aparecen confundidos y entremezclados por sus similares características (no necesariamente caracterizables como de un tipo orgánico) formando conjuntos y/o subconjuntos tentativos (y por ello, orientativos) también similares.

Con cierto grado de suerte, y en una situación hipotética ideal, el referente de estudio observado de primera mano será un objeto disciplinar específico y característico (vgr., una norma); de otro modo, el interés estará puesto –como de ordinario ocurre– en un fenómeno complejo (a propósito de los abordajes multidisciplinarios de lo social) o en sus consecuencias gravosas para la sociedad (ej., la vulneración de algún derecho).

Todo ello seguramente admita alguna mirada desde nuestra ciencia<sup>15</sup>, aunque sin saberse exactamente qué observar desde el prisma jurídico, en cuyo caso, la pregunta recurrente es parecida: ¿alcanza para reputar una investigación como jurídica, el hecho de que ella consista en un *enfoque* jurídico, es decir, un abordaje de la arista o aspecto (jurídico) de un fenómeno multifacético? Como apuntábamos antes, investigar por caso algún derecho vulnerado (ej., el derecho a una alimentación saludable dentro del ámbito carcelario) pareciera dotar de cierta fisonomía disciplinar a la iniciativa, en

---

<sup>14</sup> Cfr. YNOUB (2015) “Galileo no hubiese sido el que fue sin su experiencia ejemplar del “plano inclinado”. La fuerza significativa del paradigma (como modelo ejemplar) proviene de la inferencia analógica en la que se sustenta, que es a la vez término medio entre empiria y teoría, entre singular y universal.” (YNOUB, 2015, p. 201).

<sup>15</sup> Por ejemplo, en la efectividad-eficacia de una norma, o su inexistencia, lo que pueda avizorarse como factor/causa del fenómeno, analizada bajo el influjo del contexto de época y de toda perspectiva dogmático-ideológica instalada alrededor de ella.

especial, en una época signada<sup>16</sup> por la perspectiva de los derechos subjetivos (reivindicados en distintos momentos o ‘generaciones’) que en el derecho positivo ha moldeado el desarrollo de la legislación interna e internacional.

Con el problema así descrito<sup>17</sup>, haciendo foco en la situación de vulneración de un derecho o garantía, se mira más a la consecuencia que a la causa: se coloca en el centro de atención a la cuestión sanitaria (extra-disciplinar) con necesidad de aporte de información sobre esa problemática, que desdibuja a la investigación entendida como un avance en el campo jurídico. Se produce lo que en nuestra tesis denominamos una *distorsión conceptual* como pasaje del eje “problema-conocimiento” al eje “problemática-solución”. (*Diagrama I*, p. 118).

En un escenario temático complejo, frente a una problemática de base multicausal<sup>18</sup>, en la tarea de individualizar primero la unidad de observación (el referente objetivo), a partir de sus propiedades emergentes, para ubicar luego la unidad de análisis (*foco*) de entre todos los factores y variables en juego (ya considerando también sus cualidades subyacentes), corresponde elegir entre todos ellos alguno que admita la forma de *aspecto* (oscuro/conflictivo) de esa problemática, que al mismo tiempo sea pertinente y de

---

<sup>16</sup> Nuestra tradición legislativa (ciertamente ideologizada por lo menos en los últimos veinte años) ha sido funcional a un ejercicio populista de políticas públicas delineadas conforme coyunturas y procesos electorales. Como si todo el derecho se redujera a proclamar derechos subjetivos. En este sentido, Guibourg entiende que esa tradición legislativa se ha orientado a la consagración positiva de ‘derechos’ de todo tipo (hoy de quinta generación), con lo cual proliferan normas pretendidamente protectorias o tutelares que –desde la tipología de normas– no son más que meras expresiones de deseos. (Ver ROSSI, J. “Filocam pregunta: entrevista a Ricardo Guibourg”, en *Revista Filocam*, pp. 18-26).

<sup>17</sup> En rigor, en el ejemplo hipotético no se está describiendo el problema, sino la problemática.

<sup>18</sup> La causalidad presenta muchas manifestaciones, como dice Ynoub, y se trata de un concepto problemático desde lo epistemológico como metodológico. “En la mayoría de los casos cualquier fenómeno suele estar determinado por diversos factores conjuntamente (multicausalidad) que no sólo producen un efecto agregado, sino que además pueden tener o producir efectos conjuntos entre sí.” (YNOUB, 2015, p. 158).

interés a nuestra ciencia, ante la inevitable necesidad de operar una drástica reducción de la realidad en su infinita complejidad.

Es decir, esa unidad de análisis, dentro de la complejidad contextual, asume la forma de un *aspecto* o ángulo de observación, como punto de conexión o anclaje (Samaja, 2004) entre el fenómeno y la disciplina que lo atrae a su ámbito de incumbencia.

Conforme Samaja, la realidad se *simplifica* proponiendo “...cuáles serán los elementos o componentes relevantes que se tomarán en cuenta, y qué *aspectos* de ello serán atendidos a la hora de su descripción” (Samaja, 2007, p.16, el énfasis nos corresponde).

Ese aspecto es justamente el elemento epistemológico que – conectando la teoría con el referente empírico– se hermana o identifica con otro: el particular *objeto* (fenómeno o *constructo*) propio de la ciencia. Pero en el campo jurídico (dependiendo de la concepción general que tengamos acerca del Derecho) puede que el objeto, efectivamente, sea solo un constructo (vgr., la norma, el enunciado normativo, un contrato) o bien un fenómeno (vgr. la práctica negocial que subyace al contrato).

Queda claro que el problema como presupuesto basal de toda investigación que pretenda ser científica, exige precisarlo en sus propiedades y alcances, distinguiendo lo sustancial de lo contingente, para facilitar, entre otras cosas, su misma búsqueda, posibilitando su diferenciación de la *problemática* de base (nivel contextual o macro problema).

La experiencia nos muestra que *el problema* no es algo que surja desde el primer día, que es justo lo que ocurre, por el contrario, con el *tema* de interés para el investigador, que, por razones de conveniencia estratégica y viabilidad –principalmente– resulta imperioso acotar, ya desde los inicios mismos del *diseño* de la investigación, en lo que se conoce como plan de trabajo o proyecto.

## La aparente sinonimia entre tema y problema

El presupuesto *problema* (con su diferenciación de la problemática) es fundamental y necesario, pero no el único. Aquí aflora otra necesaria delimitación conceptual, tanto en lo metodológico (las fases del proyecto) como en lo epistemológico (las herramientas conceptuales): aquella que involucra los conceptos “tema” y “problema”, cada una como categoría específica. En efecto, la confusa ambivalencia entre las nociones de tema y problema, o la ambigüedad propia de ambas, son (y merecen) ser conceptos técnicos diversos y cuya definición y caracterización resulta siempre necesaria a los fines operativos de la planificación.

En tal sentido, algunos autores (Ruth Sautu, 2005a) en forma poco clara entremezclan tales nociones en un libre ejercicio de sinonimia: problema como tema; situación problemática y problema; tema o área temática como problema científico; problema como aporía o como problema filosófico o metacientífico. Hay quienes consideran que *problematizar* es tanto como elegir un tema, cuando gran parte de la bibliografía entiende que la etapa de la selección temática es algo bien diferenciado –como categoría y como momento del quehacer investigativo– de la construcción del problema objeto de investigación.

En el ámbito específico de la metodología jurídica, no se advierten mayores diferencias sobre el concepto de “problematizar” entendido como proceso de construcción del objeto<sup>19</sup> de investigación, respecto de las que se conocen en metodología en general para las ciencias sociales. Oscar Sarlo considera que el investigador, a partir de un tema, puede realizar “...una problematización inicial de *alguna conducta o concepto* vinculado al mismo.

---

<sup>19</sup> Cfr. YNOUB, el problema no nace con el recorte temático: “El objeto emerge [recién] a partir del enfoque que se adopta, de las dimensiones de análisis que se seleccionen, pero que no están disponibles antes de ese enfoque adoptado” (YNOUB, 2015, p. 131).

Pero para no buscar en vano, es conveniente definir de manera adecuada el campo teórico de su problema.” (Sarlo, 2003, p.187).

### El tema acotado: un indicio de problema

Todo plan de trabajo arranca (tanto en su faz operativa como discursiva) con la *selección del tema*, un paso bien conocido y caracterizado del diseño de cualquier proyecto de investigación. Comprende la actividad llamada de “recorte” temático de la realidad, entendido como delimitación, tanto en lo conceptual (recorte teórico<sup>20</sup>), como en aspectos témporo-espaciales (recorte circunstancial). Incluso para muchas investigaciones en Derecho, hablamos de un recorte *normativo* necesario para circunscribir el estudio a una *parcela* del ordenamiento jurídico objeto de análisis.

Esta fase temática del plan es la que introduce y adelanta el marco de pertinencia teórico-práctica de lo que será el *problema*. Podría decirse que es una fase preparatoria (básicamente, de la información)<sup>21</sup>, no autónoma, sino en función (subordinada) al planteamiento del problema y la formulación de los interrogantes fundamentales.

Pero al igual que existen divergentes concepciones acerca del tema y del problema (como advertimos sobre dicha ambigüedad al principio) a ello se suman las distintas visiones en torno a los componentes que conforman los modelos o matrices de datos para el tratamiento de la información.

En la fase heurística del proyecto, no sólo se elige el tema, sino algo fundamental en lo que tiene que ver con el tratamiento de la información: con

---

<sup>20</sup> Cfr. SAUTU, “...esta decisión teórica debe definir el recorte de la realidad que realizará la investigación...”, aunque la doctora no habla de “recorte” temático sino recorte de los objetivos. (SAUTU *et al.* 2005b., p. 148). En otros lugares se reafirma el carácter teórico: “Recorte espacio-temporal del universo teórico” (*ibíd.*, cuadro 1.6, p.46).

<sup>21</sup> La fase “sincrética” o de ideación del objeto, según YNOUB (2015, p. 98).

ese recorte y a la luz de los modelos o matrices de datos, se busca<sup>22</sup>, elige y describe científicamente la *unidad de análisis*, distinguiendo sus variables, indicadores y valores. La unidad de análisis así delimitada por ahora solo *insinúa* el problema, ya que siempre restará describirlo con más detalle y especificación.

En efecto, en cierta forma el recorte temático (cumpliendo casi una función orientadora) nos adelanta –además de prometer el eventual título del trabajo– el mismo nudo del problema. De esa manera ilustra (a modo de transición) el instante o momento que va del pasaje desde el tema acotado al *problema objeto*: constituye sin dudas el punto inicial de la transformación de la problemática de base en lo que será el problema específico objeto de investigación.

La selección temática se lleva a cabo pues, con un proceso que insume tres pasos: a) especificar primero un área de conocimiento o disciplinar; normalmente, si el estudiante nada tiene pensado de antemano, lo más lógico y recomendable, será elegir la rama del Derecho con la cual mejor se identifica. A continuación, sigue b) la elección de un área temática<sup>23</sup> (como compartimento temático, unidad didáctica o cierto enfoque de la misma), no necesariamente un tema<sup>24</sup> (Palazzolo, 2007), coloquialmente hablando. El proceso culmina con un tercer paso: c) el recorte temático, que

---

<sup>22</sup> Cfr. BUNGE, "...los problemas no 'surgen', no son impersonalmente 'dados' al investigador: sino que el científico individual, con su acervo de conocimiento, su curiosidad, su visión, sus estímulos y sus tendencias, registra el problema o incluso lo busca." (BUNGE, 2004, p. 164).

<sup>23</sup> El área temática es un capítulo o sector del conocimiento identificado con algún tema puntual o conjunto de temas relacionados orgánica y sistemáticamente. Suele ser confundida, como veremos *infra*, con lo que nosotros conceptualizamos como *problemática de base*, aunque sabemos que este último concepto excede en mucho – por su complejidad y extensión- la noción coloquial de tema discursivo, o incluso la definición técnica de área temática como elemento integrante del proyecto de investigación.

<sup>24</sup> El tema "...es el asunto de un discurso, es decir, sobre qué trata. Del mismo modo, un tema de investigación es un asunto que concierne al campo disciplinar en el cual nos estamos inscribiendo como investigadores." (PALAZZOLO, 2007, p. 32).

proporciona el denominado *tema acotado*: esta tarea supone para el estudiante realizar el máximo recorte de la realidad que intenta estudiar, observándola dentro de un contexto (el nivel supra-unitario de Samaja), es decir, el tema elegido pero delimitado desde lo conceptual y lo circunstancial (delimitación témporo-espacial).

Si consideramos que, según Samaja, la estructura general del dato científico tiene cuatro componentes, a saber: unidad de análisis, variables, valores e indicadores<sup>25</sup> (Samaja, 2004, p. 161) con el llamado “recorte temático”<sup>26</sup> se procura lograr la designación de una *unidad de observación* como variable contextual (por ej. las sentencias de un determinado tribunal), y, al menos, una aproximación a la *unidad de análisis*, como indicador en sí mismo del elemento problema (por ej., casos de ambigüedad en una ley como cuestión relevante de los fallos). Dichos casos conformarán el *universo* objeto de análisis, integrado asimismo con *variables* predicativas (ej. los desacuerdos jurisprudenciales en torno a tal disposición legal en estudio) y sus distintos valores (interpretación *A, B o C*).

Pero no se pretende lograr todo eso solamente con el recorte temático (ya no sería un recorte, sino toda una problematización). Tal determinación sobrevendrá con las fases subsiguientes al planteamiento del problema (la

---

<sup>25</sup>“Voy a entender por indicador a algún tipo de procedimiento que se aplique a alguna dimensión de la variable, para establecer qué valor de ella le corresponde a una unidad de análisis determinada” (SAMAJA, 2004, p.161). “Los indicadores tienen precisamente esa función: conectar el mundo inteligible con el mundo sensible, lo empírico con la teoría. No se trata de una conexión directa (como lo pretendía el empirismo ingenuo): siempre se interpone alguna operación (es decir, un esquema de acción) que hace posible la transducción entre un plano y otro (irreductibles entre sí).” (YNOUB, 2015, p. 230).

<sup>26</sup> Para Ynoub esta denominación no sería la más conveniente: “Una metáfora habitual en la tradición de la metodología de investigación describe esta tarea como “recorte del objeto”. Es una metáfora que puede resultar útil, pero que evoca también representaciones poco deseables: la idea de “recortar” es la de “sacar” partes o pedazos a una totalidad ya disponible. Pero en verdad nunca está ya dada esa totalidad, y mucho menos se le sacan partes o porciones. Más adecuada sería una formulación que evocara la ‘construcción del objeto’”. (YNOUB, 2015, p. 131).

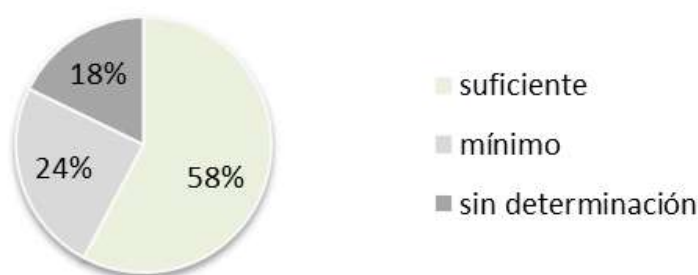
fijación de objetivos y la estrategia metodológica necesaria para cumplirlos). Tendremos recién ahí bien delimitado el enfoque o *aspecto* disciplinar presumiblemente *problemático*, fórmula que va a adelantar (más que sugerir) lo medular del problema a investigar.

El *tema acotado* se erige así en el producto resultante del recorte, proceso que vincula a la problemática de interés con el campo disciplinar del investigador. Generalmente ese tema acotado se identifica –como dijimos antes– con el título que finalmente tendrá la obra propiamente dicha al publicarse.

En la realización de esta fase del proyecto, intervienen factores de toda índole, en gran medida provenientes del contexto que rodea el tema y condicionan –conscientemente o no– al investigador en su libertad de elección, incluso del tema mismo. Estos condicionantes son de orden objetivo y subjetivo. Sin el propósito de abundar en este punto, decimos que en cuanto a los primeros, mencionamos por caso el límite que impone la propia institución convocante, a través de las líneas de investigación prefijadas. En cuanto a los segundos, tal vez el más importante a mi entender –relacionado con la propia necesidad de alcanzar profundidad en el problema a trabajar– sea la predisposición a elegir ciertos temas de actualidad (los que en términos más técnicos definimos como problemáticas de base) por sobre otros tal vez más específicos de la teoría /dogmática jurídica, lo que no siempre es la mejor decisión en el ámbito científico.

**Acotar y problematizar: momentos clave para fijar el rumbo**

Una dificultad metodológica que se puede presentar en esta fase (ver *supra*, nota 16) tiene que ver con el mismo punto de partida del proceso de recorte: si aquel arranca por un tema específico disciplinar, o bien si el inicio se identifica más con una problemática de base *multicausal*. Y esta no es una dificultad menor: es aquella que –conforme nuestra investigación de campo– nos advierte que en el 42 % de los casos observados no se logre la correcta determinación de un problema específico del campo del Derecho:



*Gráfico 1: Determinación del problema objeto*

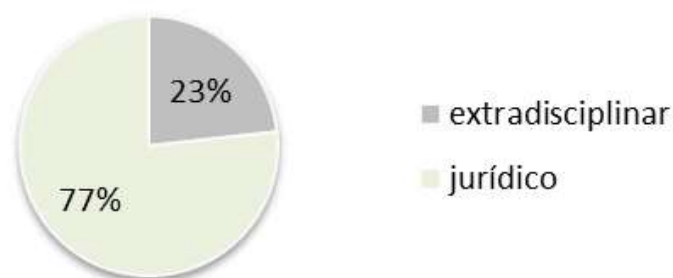
Cuando el tema elegido coincide con una *problemática* de impacto social (en lugar de un problema estricto de la teoría o dogmática jurídica) debe cuidarse la elección del enfoque, es decir, desde qué lugar se habrá de abordar algún aspecto de tal problemática, que al mismo tiempo tenga relación con la disciplina y se enmarque dentro del *área de conocimiento* del dominio del investigador (he aquí la importancia de no elegir los temas solo por preferencia o gustos).

En lo que hace a la especificidad jurídica, a saber, el *marco teórico* que complementa al planteo del problema, en el análisis de los proyectos se pudo comprobar que –a pesar de muchas veces estar poco clara la determinación del problema objeto– en un 77% de los casos el ámbito conceptual de referencia resulta ser del dominio jurídico, donde el 23 %

restante de abordajes a problemáticas sociales se corresponde con perspectivas disciplinares ajenas al Derecho:

*Gráfico 2: Marco teórico disciplinar*

Problemática, problema de base o “macro” problema



Hemos aludido con distintas denominaciones (vgr. “macro problema”, por oposición al problema específico) a la problemática social, o problemática de base multicausal. Mencionamos los distintos significados que abarca la expresión “problema jurídico” según sea el punto de vista. En esa lógica, el problema en su sentido científico (problema teórico) difiere de su concepto filosófico (aporía), y estos –como vimos– merecen distinguirse del problema práctico, o *problemática*. Debe entenderse que el problema “práctico” o “problemática”, en algunas disciplinas como el Derecho (eminentemente instrumental), tienden a fagocitar el concepto técnico de *problema objeto*. Para los fines de este trabajo, entendemos como “problemática”, o indistintamente “problema de base” o problema “práctico”, aquel que –por oposición al problema teórico– no representa *a priori* una cuestión del conocimiento, es decir, una ausencia, oscuridad de conocimiento que afecta al campo teórico en determinada área del saber.

Hasta aquí dijimos lo que no es. Como ello es insuficiente, y hasta poco recomendable, es necesario al menos conceptualizarla, ante la imposibilidad de sentar toda una definición estricta. En términos positivos, el problema práctico o la problemática es lo que se percibe en la realidad de la

convivencia social, no en los documentos (la bibliografía). Un proceso, fenómeno o conjunto de eventos que se salen de su curso normal, desde el punto de vista diacrónico. O simplemente anomalías que no responden a ciertos criterios de “normalidad” (en sentido amplio, como respeto a un “orden” dado) o de corrección (desde la perspectiva de los estándares de calidad o tabla de valores consensuados) desde un punto de vista sincrónico. “Expresan una contradicción entre el estado real de un fenómeno y el estado deseado” (Corona Martínez *et al*, 2017, p. 429).

Independientemente de ser las *problemáticas* muy básicas o muy complejas (y ciertamente los enfoques transdisciplinarios dan cuenta de ello), lo cierto es que los problemas del campo práctico –que exigen más soluciones que conocimiento– no pueden sin más ser asimilados de un solo intento al concepto de problema científico. Léase, y quede bien en claro, en metodología científica –y especialmente, en el campo jurídico– no podemos investigar problemáticas: debemos investigar problemas.

Semejante ligereza conceptual que antes y ahora advertimos, confundiendo problemática y problema específico (retroalimentada por otras ambigüedades, vgr., tema y problema) es un vicio propio de nuestra práctica, una metodología científica jurídica aun en pañales. Este descuido, tal vez inadvertido por la propia enseñanza, precipita la relativización del concepto mismo de problema científico, con especiales efectos indeseados en nuestro quehacer investigativo.

Descuido epistemológico al que se suma una metodología jurídico-científica poco desarrollada y hasta eclipsada por la omnipresencia de la técnica jurídica. Incluso se advierte con la revisión bibliográfica una falta de correspondencia entre los requerimientos generales de las disciplinas sociales, y lo que es propio del Derecho. La prueba de ello está en lo que se postula como regla desde otros lugares del campo social:

Todo proyecto de investigación en ciencias sociales debe definir cuestiones clave en el planteo teórico del objetivo de investigación, como ser el recorte de la realidad a realizar (macrosocial, microsocioal), si va a estar focalizado en la estructura social o en la acción social, y si el fenómeno a estudiar se explica en términos del orden social o la agencia humana (Sautu, 2003:31). Si bien estas cuestiones se superponen entre sí en el planteo del proyecto de investigación, es importante tener en claro que no son idénticas (Sautu *et al*, 2005b, p. 140).

El párrafo extractado parece querer imponer una suerte de regla metodológica a seguir *por toda investigación social*. Por otra parte, si de protocolos con alcance general se trata (se habla de “ciencias sociales” sin distinción) en primer lugar huelga aclarar que no toda investigación en Derecho habrá de necesitar un recorte micro o macrosocioal<sup>27</sup>, como perspectiva teórica de la realidad (realidad que, en nuestra incumbencia, no necesariamente será un fenómeno conductual).

Retomando nuestra hipótesis de laboratorio, si se tratase de investigar, por ejemplo, la problemática del hacinamiento carcelario (problemática de base) desde un enfoque jurídico, la regla metodológica que nos indica hacer un recorte (como perspectiva teórica, de teoría social) ello erróneamente nos desviaría a considerar el fenómeno en sí (la problemática como contexto) tanto en sus perspectivas micro (en el caso, la superpoblación como hecho, cómo lo experimentan sus protagonistas, qué interrelaciones genera la mala condición habitacional entre los internos y entre éstos y los guardiacárceles, etc.) como en las perspectivas macro (factores causales de la situación: mala gestión, presupuesto insuficiente,

---

<sup>27</sup>“Este recorte [de la realidad] se basa en la distinción analítica entre perspectivas macrosociales y microsocioales. La perspectiva teórica definirá entonces el abordaje (...)La investigación macrosocioal tiene como propósito abordar el estudio de la estructura social, de las instituciones, las sociedades y sus culturas, incluyendo cuestiones vinculadas a los procesos históricos; mientras que el enfoque microsocioal tiene en cuenta la experiencia individual y la interacción social” (SAUTU *et al*, 2005b, pp. 51-52).

deficiente capacitación/formación del personal carcelario, etc.). Es decir, el querer cumplir con tal recaudo, dando mayor importancia al *contexto social* que a su arista jurídica (el aspecto o nudo del problema jurídico) ello impediría el pasaje o transición desde el tema de fondo (la problemática de la superpoblación) hacia el problema propiamente dicho, o sea, el problema objeto que conecta a modo de factor causal con el fenómeno (vgr., aplicación discrecional por los jueces de la prisión preventiva), imposibilitando así su correcta determinación acorde al contexto disciplinar del dominio del investigador. El trabajo a lo sumo será un relevamiento de condiciones de habitabilidad, pero no un abordaje jurídico, que es lo que termina ocurriendo en el diseño de proyectos observados con el error mencionado.

La máxima distorsión que produce el paradigma transformador, se advierte en la segunda regla que propone Sautu, que manda orientar el trabajo científico hacia la estructura social o la acción social. No toda investigación jurídica (como ciencia social) debe estar fatalmente enfocada en indagar por estructuras sociales, ni mucho menos, proponer *cursos de acción* orientados a resolver cuestiones sociales.

Sucede que a pesar de este componente “social” del Derecho y su clasificación dentro de estas ciencias (en tanto herramienta de realización de valores sociales), dicho componente no agota ni determina su dimensión científica<sup>28</sup>. Baste recordar –a propósito del ser del Derecho- las precisiones de la teoría trialista.

---

<sup>28</sup>Últimamente se habla del Derecho como ciencia de diseño, con sus particularidades distintivas que la diferencian del resto de las disciplinas del campo social, a propósito de la singularidad maleable de su objeto específico, la norma jurídica. Cfr. YNOUB (2020), en este grupo de ciencias del diseño se encontraría ubicada también la ciencia jurídica. Explica en su conferencia que el criterio para agruparlas se basa en la naturaleza misma de su objeto de estudio y una cualidad particular: admite ser “diseñado”, como lo es ciertamente una norma o un puente. En efecto, el legislador, en un sentido amplio del vocablo “crear”, decimos que crea la norma (a veces no concibe la idea original, la toma del doctrinario), indirectamente el juez, también “crea”, al componer la solución para un caso complejo cuya regla no tiene o es oscura, a partir de otras reglas o principios. En la idea que propone Ynoub, esa creación es al tiempo un “diseño”.

Asimismo, resulta impropio –por definición– hablar, como lo proponen los científicos sociales, de una investigación orientada a la “acción”: si un enfoque tiene esa finalidad, ya no es investigación científica, será un *programa* de acción o gestión, del ámbito disciplinar de la política del derecho<sup>29</sup>, donde el aporte “jurídico” no es científico sino meramente instrumental.

### **El deber ser, su impronta desde la enseñanza y el mandato de transformación social**

La formación de grado hace encarnar a los abogados aquella percepción de que –como intelectualmente autorizados a opinar sobre el *deber ser*– todo juicio de valor que hagamos (sea moral, técnico o de otra índole) orientado a determinados ideales por alcanzar o bienes jurídicos a salvaguardar (en última instancia: orientados a resultados), caerá necesariamente de una otra forma en la órbita de lo jurídico. Sabemos bien (o tal vez, no tanto) que no todo juicio o proposición normativa es del exclusivo ámbito o incumbencia del Derecho, a propósito de la impronta del deber ser que nos condiciona y por momentos, asfixia: las reglas directrices o técnicas de las que hablaba Von Wright<sup>30</sup> pueden no tener nada que ver

---

<sup>29</sup>COMANDUCCI, Paolo (1998) “Principios jurídicos e indeterminación del derecho” en *Doxa* 21-II. «El primer presupuesto está constituido por la distinción entre enfoque teórico y enfoque de política del derecho, que es análoga, aunque más elaborada filosóficamente, a la distinción, común entre los juristas, entre consideraciones *de iure condito* y *de iure condendo* (o bien entre consideraciones *de lege* y *de sententia data*, por un lado, y *de lege* y *de sententia ferenda*, por el otro). Mi enfoque será teórico, a diferencia de los enfoques que, en mi opinión, comparten autores como, por ejemplo, Dworkin o, en menor medida, Alexy, que calificaría como de política del derecho. Un enfoque teórico pretende, en palabras de Bobbio, dar cuenta del derecho como es, y no como debería ser». (COMANDUCCI, 1998, p.89).

<sup>30</sup>Von Wright clasificaba a las reglas en primarias y secundarias, ubicando dentro de las primeras a las reglas directrices: “...G. H. VON WRIGHT –uno de los autores más interesados por la filosofía de las normas– ha contribuido a esta proliferación de clases de normas distinguiendo tres tipos «principales» y tres tipos «menores»: por un lado, las reglas definitorias, las reglas técnicas o directrices y las prescripciones; por otro, las reglas ideales, los principios morales y las costumbres” (Ver GONZÁLEZ LAGIER, 1993).

con lo jurídico, y sin embargo siguen siendo expresiones lingüísticas formuladas en el plano del *deber ser*.

Acaso sea éste el primer indicio de una internalización adquirida tempranamente en la universidad, que nos predestina fatalmente a pensar el Derecho como algo omnipresente y omnicompreensivo, dando razón a aquellas palabras de Hermann Kantorowicz<sup>31</sup> a propósito de la *plenitud hermética* de la jurisprudencia. Esa aspiración de plenitud omnicompreensiva de la actividad jurisdiccional –tal vez la que mejor caracterice a la práctica jurídica– ha contaminado y sigue siendo compartida en la labor doctrinaria (dogmática) e incluso en la praxis científica.<sup>32</sup>

Tal vez esa condición adquirida en los claustros impactando en nuestra particular forma de pensar las cosas, sea una de las razones que explican esa tendencia a buscar “problemáticas”, más que *problemas*, sumado ello al mandato de “transformación social” que resta todo mérito a

---

<sup>31</sup> Rescato textualmente las palabras de Hermann Kantorowicz, citado en el epígrafe al capítulo introductorio de *Normative Systems*: “En este lugar tropezamos con una cualidad desagradable de la jurisprudencia, con su ‘manía de grandeza’. En ninguna ciencia teórica o práctica existe la creencia de que un día pudiera ser capaz, y mucho menos, que ya lo fuese, de resolver cualquier problema imaginable. El biólogo, el filólogo, el historiador, el esteta, el astrónomo, no niegan en ningún momento que sólo sabrían contestar a un número de cuestiones insignificantes en comparación con la totalidad de los interrogantes... Sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos.” (ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2000, p.10).

<sup>32</sup> Las ficciones, los lugares comunes, artilugios conocidos en nuestro medio, siempre intentan servir de puente para acercar la técnica jurídica a la realidad. Reminiscencias de la vieja tópica que siguen presentes en las formas e idiosincrasia de nuestra jurisprudencia y doctrina actual. La imagen del intérprete, limitada al magistrado, la ficción del legislador como el “creador” de la ley, o en el peor caso, del Derecho mismo. Un rótulo, a modo de título, inexacto e injustamente desproporcionado: el legislador no es más que un mero productor institucional de leyes (y solo en su aspecto formal), en muchos casos mal diseñadas desde el inicio, claro está, elaboradas al calor de pujas y negociaciones políticas. En todo caso, lejos de crear “normas” como soluciones, el legislador contribuye en gran medida a crear “nuevos problemas”, dando razón de ser a la potestad infinita del juez de ir mas allá de la letra de la ley.

trabajos puramente teóricos, como si éstos en un desarrollo posterior no pudieran servir de base fructífera a investigaciones participativas.

Es cierto que las problemáticas, tal como las entendemos en este trabajo, exigen otro tipo de abordajes, por lo que el término “fenómeno multicausal” planteado en nuestro segundo interrogante (ver introducción) no ha sido usado accidentalmente, ya que la conducta u obrar humano en general constituyen un fenómeno complejo, donde inciden muchos factores, y por ende, múltiples dimensiones o niveles de observación/ análisis. Es decir, habrá tantos enfoques posibles sobre un objeto (fenómeno o constructo) como propiedades o rasgos (aspectos) que el objeto o referente tenga, susceptibles de ser abordados desde distintas disciplinas del conocimiento.

Las tendencias transdisciplinarias se hacen cargo de esta multiplicidad compleja, propia de las ciencias sociales, que justamente deben aunarse sumando esfuerzos para superar semejantes retos, alineadas al modelo que ofrece el paradigma socio crítico con su ambicioso ideal transformador de las desigualdades y demás penurias humanas.

Ello dispara casi inercialmente, la necesidad y preocupación académica de que toda investigación social –en especial el Derecho– deba procurar algo más que una simple descripción de un estado de cosas. La investigación social –lato sensu– así influenciada con ese *paradigma transformador*, intenta –además de descripciones– atribuir sentido (la hermenéutica en los estudios sociológicos), explicando o comprendiendo al “ser” del fenómeno en toda su amplitud holística, desde múltiples perspectivas científicas, tantas como aspectos o formas de abordaje sean de relevancia por la índole y metas del trabajo; tantas como sean necesarias para cambiar un estado de cosas, siempre claro está, lo que el propio fenómeno admita sin desnaturalizar el tipo de investigación.

Pero nuestra ciencia, a propósito de su objeto específico, y según venimos estudiando desde el modelo kelseniano del Derecho –a diferencia de otras disciplinas sociales– la preocupación (a propósito de las conductas) no discurre precisamente en indagar cómo es un comportamiento (caso concreto) sino cómo es la norma que lo regula, es decir, la norma que establece lo que ese comportamiento debe ser conforme un catálogo cerrado de supuestos posibles (caso genérico). Lo que debería ser en correspondencia típica a una regla que lo contemple (deber ser lógico), para la realización del bien común u otro principio, dogma o valor en juego (deber ser axiológico).

El derecho en tanto herramienta social, en su rol práctico orientado a resultados (conforme la noción de *efectividad* que ensaya Antoine Jeammaud<sup>33</sup>) siempre reclamará de la ciencia jurídica saber si determinada pauta es técnicamente buena (correcta, aceptable, adecuada, transformadora) para ese fin o resultado esperado, valoración ésta hecha conforme a un criterio determinado (moral objetiva, racionalidad instrumental) que oriente primero, su diseño y luego, su aplicación.

Pero sucede que el abordaje de esos comportamientos (hechos), o de sus pautas como construcciones que los moldean (reglas, principios), tanto sea para conocerlos, como para explicarlos o interpretarlos (o incluso predecirlos o evitarlos) se puede hacer, no obstante, desde perspectivas bien diferenciadas, no necesariamente sociales, incluso no científicas<sup>34</sup>. La omnipresencia del Derecho, parece quedar reducida entonces a la metodología judicial; aun con su carácter social transformador, queda claro que el derecho como disciplina posee un ámbito mucho más restringido de

---

<sup>33</sup> Antoine JEAMMAUD (1982), en su conferencia "En torno al problema de la efectividad del Derecho".

<sup>34</sup> Así entonces, el indagar por el deber ser de las conductas humanas se identifica indudablemente con las disciplinas normativas (Filosofía Moral, Axiología, Deontología, Teología, Pedagogía), y obviamente con el Derecho, como buena disciplina práctica orientada a la realización de valores.

lo que se pretende, por lo menos, considerando el abanico de posibilidades que se nos ofrecen en el terreno científico multidisciplinar.

El pasaje que va desde cómo debe ser un comportamiento (ej., no es bueno estafar, inducir a engaño), a preguntarse cómo debe ser la norma correspondiente que lo regule (qué elementos caracterizarían la prohibición, el delito), resulta ser un salto entre dos cosas bien distintas, como bien sabemos desde que aprendimos aquello de los “niveles del lenguaje” (Guibourg *et al*, 1985). Este tipo de cuestionamientos pertenecen a dos dimensiones del razonamiento, ya que una transcurre en el plano de la realidad, y la otra en el plano conceptual, recordándonos aquel debate entre Soler y Carrió acerca del lenguaje técnico del Derecho. En el primero gravita el concepto que lo erige como herramienta estatal, en el segundo el *deber ser* es en sí mismo un problema de conocimiento.<sup>35</sup>

### Reflexiones finales

Volviendo a los interrogantes de nuestra introducción a modo de planteamiento del problema, establecer el carácter jurídico de una investigación requiere precisar –entre otras cosas– si es condición suficiente –o solo necesaria– que su punto de partida sea un abordaje conforme un concepto normativo, es decir, discorra sobre el deber ser de una norma. ¿Qué tan restringido a lo jurídico resulta un enfoque desde el deber ser para caracterizar a una investigación como jurídica? Dicho de otro modo, ¿es sólo patrimonio de las disciplinas normativas el deber ser como perspectiva de enfoque de esas (pautas de) conductas o procesos de actuación humana?

El enfoque meramente descriptivo (propio de las ciencias naturales y del paradigma positivista) se limita a explicar la realidad jurídica (tal posición

---

<sup>35</sup> La primera indagación es propia del ámbito de las disciplinas normativas, que antes enunciamos, donde el eje o foco es el fenómeno conducta esperada conforme a un criterio, valor o principio. En la segunda, en cambio, el nivel de análisis discurre sobre la pauta (regla o principio) que obliga, prohíbe o permite, sea de forma explícita o implícita, correspondiente con un abordaje técnico-jurídico, es decir, propio del Derecho.

será descalificada como formalista si solo tiene como objeto a la “norma”). El prescriptivo supone trabajar desde otro paradigma, mas consustanciado con esa transformación social, mandato que convive muy a gusto con la característica de omnipresencia jurisprudencial. Por ello se afirma que un enfoque descriptivo se identifica más con una reseña teórica, mientras que la orientación al deber ser podría ser entendida como enfoque de “política del Derecho” (Comanducci, 1998, p.89).<sup>36</sup>

Las políticas son, ante todo, efectistas y pragmáticas. Los problemas de la ciencia, en el mejor de los casos, son de carácter teórico (“de conocimiento”), sin hacer tanto alarde sobre esas virtudes. La metodología judicial o práctica –signada por aquellas políticas– está más bien pensada para la búsqueda de *soluciones* a dificultades que se le presentan al juez en casos concretos, no necesariamente motivadas en problemas de conocimiento, sino más bien, en intervenciones directas sobre la *problemática*, para transformar ese estado de cosas a uno ideal, o por lo menos, esperable, conforme los altos fines proclamados y prometidos desde el poder.

En nuestra formulación inicial del problema hemos hecho alusión a una “efectiva y eficaz praxis investigativa” en términos de resultados y rigurosidad científica, destacando la importancia instrumental de la

---

<sup>36</sup> COMANDUCCI, Paolo (1998) “Principios jurídicos e indeterminación del Derecho” en *Doxa* 21-II. «El primer presupuesto está constituido por la distinción entre enfoque teórico y enfoque de política del Derecho, que es análoga, aunque más elaborada filosóficamente, a la distinción, común entre los juristas, entre consideraciones *de iure condito* y *de iure condendo* (o bien entre consideraciones *de lege* y *de sententia data*, por un lado, y *de lege* y *de sententia ferenda*, por el otro). Mi enfoque será teórico, a diferencia de los enfoques que, en mi opinión, comparten autores como, por ejemplo, Dworkin o, en menor medida, Alexy, que calificaría como de política del Derecho. Un enfoque teórico pretende, en palabras de Bobbio, dar cuenta del Derecho como es, y no como debería ser». (COMANDUCCI, 1998, p.89).

metodología<sup>37</sup> y su enseñanza a esos fines<sup>38</sup>. Entendemos que la relevancia de la presente se conecta con lo más descuidado últimamente, la metodología científica, postergada ante las urgencias que reclama la metodología práctica. El mínimo aporte que pueda hacerse a la investigación científica y la epistemología jurídicas es ahora (mas que nunca) bienvenido, desde que estas áreas de las Ciencias Jurídicas se presentan como las menos evolucionadas y postergadas, en comparación con el desarrollo de otras disciplinas (dogmática jurídica en sus distintas ramas, teoría general del derecho, filosofía del derecho, teoría de la argumentación, sociología jurídica, etc.), sobre todo cuando lo que se cuestiona es la científicidad misma del Derecho.

Tal vez –y de alguna forma solapada– esta propuesta quiera erigirse en una crítica al actual método de enseñanza de la metodología de investigación jurídica, en cuanto si aquel resulta adecuado a los fines de superar las dificultades que se describen, aunque es de reconocer también que tal actitud nos desviaría impropriamente hacia el campo de la pedagogía y la educación en general, introduciendo en nuestra modesta ecuación elementos ajenos a la metodología y la teoría jurídicas.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Cfr. Mario Bunge, "El método científico no suple a estos conocimientos, decisiones, planes, etc., sino que ayuda a ordenarlos, precisarlos y enriquecerlos. El método forma, no informa." (BUNGE, 1982, p. 35).

<sup>38</sup> Cfr. Sautu, "una investigación correcta es, a nuestro entender, aquella que cumple con los siguientes requisitos: 1. Las definiciones teóricas y los procedimientos metodológicos son explícitos; 2. el lector puede reconstruir sus pasos, por lo tanto, someterla a juicio crítico; 3. los pasos sucesivos de la investigación fundamentan explícitamente los nexos que los vinculan entre sí; 4. su punto de partida son las investigaciones llevadas a cabo por otros con anterioridad; y 5. sus conclusiones aportan a futuras investigaciones." (SAUTU, 2005a, p. 90)

<sup>39</sup> Con lo cual, caeríamos en una auto-contradicción paradójica insalvable al proponer, por un lado, una problematización consustanciada con un marco disciplinar específico de la metodología y epistemología jurídicas, introduciendo por el otro, ingredientes y formulaciones teóricas propias de las ciencias de la educación, no tratadas –ni tratables– en las bases mismas de nuestra construcción teórica. Bien es cierto y resulta destacable mencionar, que la presente tesis, proponiendo superar la ajenidad de los enfoques extrajurídicos y al mismo tiempo incursionando en cuestiones metodológicas con ribetes propios de la redacción académica y las técnicas

Por tales razones, nuestro objetivo e hipótesis deliberadamente acotados en nuestra tesis, se han limitado a mostrar (y demostrar) que el fenómeno existe como tal, que parece tener su génesis en un problema de tipo lingüístico, en cuyo trasfondo se deja ver prontamente una cuestión teórica elemental (no del todo resuelta por la epistemología jurídica) y que se viene reiterando con determinadas características y consecuencias, con consecuencias directas e indirectas en el correcto diseño de la fase preparatoria de una investigación y en su desarrollo posterior una vez aprobada.

#### Bibliografía

- Alchourrón, C. E., Bulygin, E. (2000) "Introducción a la metodología de las Ciencias jurídicas y Sociales" (Buenos Aires: Editorial Astrea), 185 p., 1ra reimpresión.
- Bossini, Lucila Adriana (2020), "La verdad del derecho: justicia, orden y bien común" 1ª ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 248 p., (Circa Humana Philosophia / Lamas, Félix Adolfo, 9) ISBN 978-987-45897-2-9 1. Filosofía del Derecho. 2. Filosofía Clásica. I. Título CDD 340.1
- Bunge, Mario (2004) "La investigación científica. Su estrategia y su filosofía" Siglo XXI, Editores. 807 pp. URI: < <https://bit.ly/3sD85BG> > [7/2/2022]
- Comanducci, Paolo (1998) "Principios jurídicos e indeterminación del derecho" en *Doxa* 21-II, pp. 89-104.
- Copi, Irving, (1969) "Introducción a la lógica" 7ma. Ed. 1969 Buenos Aires: Eudeba.
- González Lagier, Daniel (1993), "Algunas cuestiones sobre las reglas técnicas" Edición digital a partir de *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*. núm. 14, pp. 473-496. URI: <<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcvd773>> [consultado: 27/12/2022]
- Guastini, Riccardo (2016a), "Las dos caras de la filosofía analítica del derecho positivo", Disponible en *Istituto Tarello per la Filosofia del diritto*. <<http://istitutotarello.org>> [29-07-2022]
- (2016b): "La sintaxis del derecho" (Madrid: Marcial Pons) Traducción de Álvaro Núñez Vaquero, 387p.

---

de enseñanza, caminaría por el filo de la autorreferencia lingüística, a riesgo de violentar aquella máxima que nos recuerdan Guibourg y colaboradores, atribuida a Bertrand Russell, acerca de la teoría de los tipos: "Cualquier cosa que implique el todo de un conjunto, no debe ser (un objeto) del conjunto". (GUIBOURG *et al*, 1985, p. 27, nota al pie nº 10).

- Guibourg, Ricardo A., Ghigliani, Alejandro, Guarinoni, Ricardo, (1985) "Introducción al conocimiento científico" (Buenos Aires: Eudeba), 214 p.
- Jeammaud, Antoine (1982) "En torno al problema de la efectividad del derecho", Ponencia presentada en las VII Jornadas de la Asociación latinoamericana de metodología de la Enseñanza del derecho, en México. Publicado en *Revista Crítica jurídica*, N° 1, 1984. <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/criticajuridica/article/viewFile/2862/2664>> [consultado: 4/10/22]
- Kerlinger, F. y Lee, H. (2002). Investigación del Comportamiento. Cuarta Edición. Trad. Pineda Ayala, Mora Magaña. México: McGraw Hill. 827 p.
- Martínez García, Jesús Ignacio, (1999), "Aporías del derecho" *Anuario de filosofía del derecho*, ISSN 0518-0872, N° 16, pp. 61-80. URI: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142407.pdf>> [15/05/23]
- Palazzolo, F. (2007) "El tema de investigación: claves para iniciar la construcción del objeto de estudio". *Tram[p]as Anclajes*. Políticas científicas de la investigación en comunicación. Estrategias, sensaciones y diálogos sobre los estudios comunicacionales. pp. 32-36.
- Rossi, Jorge Oscar (2021) "Filocam pregunta: entrevista a Ricardo Guibourg", *Revista Filocam*, Revista digital del Instituto de Filosofía del derecho del Colegio de Abogados de Morón, Volumen XII, pp.18-26.
- Salas, M.E. (2007) "Debate sobre la utilidad de la Metodología jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la Teoría del Derecho". Edición digital a partir de Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 27 (octubre 2007), México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, [s.a.], pp. 111-142. URI: [<https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmw002>]
- Samaja, Juan, (2004) "Epistemología y Metodología. Elementos para una teoría de la Investigación Científica", 3ra. ed. 4ta. reimp. - Buenos Aires: Eudeba, ISBN 950-23-0931-6.
- (2007). "La ciencia como proceso de investigación y dimensión de la cultura" Revista: *Tram[p]as de la Comunicación y la Cultura* no. 51, Facultad de Periodismo y Comunicación Social – UNLP. ISSN: 1668-5547. Pp. 8-21. < <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/37674> >
- Sarlo, Oscar. (2003). "Investigación jurídica: fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional." Rev. *Isonomía* (online), n° 19, pp. 183-196. <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-02182003000200007&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182003000200007&lng=es&tlng=es)> [Consultado: 20/11/2021]
- Sautu, Ruth (2005a) "Todo es teoría: objetivos y métodos de investigación" - 1ra ed. - Buenos Aires: Lumiere, ISBN 950 - 9603 - 57 - O
- Sautu, Ruth, Boniolo, Paula, Dalle, Pablo, Elbert, Rodolfo (2005b) "Manual de Metodología: construcción del marco teórico, formulación de los objetivos y elección de la metodología" - 1ra ed. la reimp - Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO. ISBN 987-1183-32-1 – 187 p.
- Ynoub, Roxana Cecilia (2015) "Cuestión de método. Aportes para una metodología crítica. Cengage Learning Editores. ISBN: 978-987-1954-49-0 <<http://latinoamerica.cengage.com> > 394 p.

- (2020) "Epistemología y metodología en y de la investigación en Diseño" Cuaderno 82 | Centro de Estudios en Diseño y Comunicación. pp. 17-31 ISSN 1668-0227

# Modificación de los plazos de prescripción de algunos delitos.

## Cambio de políticas criminales.



*Patricia Cozzo Villafañe<sup>1</sup>*

### A modo de introducción

Existen delitos cuyo plazo de prescripción comienza a contarse a partir del momento en que los menores adquieren la mayoría de edad. (Ley 26705).

Esta reforma legislativa data del año 2011 y es la consecuencia del dictado de medidas de acción positiva, lo que generaron nuevas figuras desde el punto de vista del derecho sustantivo.

En el presente trabajo se analizarán los casos cuando los menores de edad fueron víctimas de abusos con antelación a la sanción de las leyes 26705 y 27206. Estas leyes impactaron en los artículos que se refieren a la prescripción de la acción penal dentro del Código Penal. Respecto a esta cuestión existen diferentes miradas doctrinarias frente a lo cual analizaré ambas posturas de un modo crítico y desde la perspectiva de los derechos fundamentales para evitar vulnerar los derechos de los niños, niñas y

---

<sup>1</sup> Dra. Patricia Cozzo Villafañe. Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas. Especialista en Tributación Local por la Universidad de Tres de Febrero. Posgrado en Tributación Sub-nacional por la Universidad de Tres de Febrero. Diplomada en Gestión de Políticas Públicas. Posgrado en Discapacidad por Universidad de Buenos Aires. Abogada litigante en materia penal. Funcionaria de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA). Conferencista. Autora de artículos de la especialidad y autora de libros y tratados Colectivos. Editorial OLEJNIK. Autora del libro "Asociación Ilícita Tributaria, moratorias, blanqueos, política criminal y derechos humanos" Editorial TED. ORCID: 0000-0002-2558-0051.

adolescentes. Ver cómo se pueden analizar las normas internacionales que protegen a los niños con las normas internas que protegen al imputado.

### Planteo del problema de las víctimas.

Antes del año 2011 las víctimas de abusos sexuales tenían 12 años para denunciar desde que ocurrió el hecho.

Este plazo de prescripción se enfrentaba al problema que muchas víctimas son muy vulnerables y se hallan sometidas al agresor y/o familiares que son cómplices del agresor. Esto hace que desde el punto de vista psicológico deba transitar la víctima un camino que no se ajusta a los tiempos de la justicia.

Aquí es cuando el legislador que advierte este problema sanciona la ley 26705 llamada “Ley Piazza”.

Luego en 2013 se sancionó la ley de respeto del tiempo de la víctima.

Estas normas solo son aplicables a hechos penales ocurridos luego de 2011 para personas que sean menores en el momento en que ocurrió el hecho punible.

Esto modifica los arts. 63 y 67 del Código Penal. Esto deja afuera a las personas mayores por más que hayan sufrido abuso en las infancias.

La doctrina no establece que hacer en estos casos.

Debe aplicarse la ley penal más benigna ya que la tutela judicial efectiva no puede hacer que se aplique a casos que no se encuentran contemplados en los tratados.

Esto es así ya que no es posible aplicar en forma “retroactivas” una ley penal más gravosa, ya que la retroactividad de la ley penal aplica cuando se trata de la norma penal más benigna. Lo contrario sería violatorio del artículo 18 de la Constitución Nacional y en el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Civiles y Políticos que está inserto en el art. 75

inciso 22 de la Constitución Nacional. Esto es un límite al poder punitivo del estado y se funda en razones de seguridad jurídica.

Existen tratados internacionales que protegen a determinados grupos de personas como por ejemplo: Niños, Niñas y Adolescentes (Ley 21849-artículo 90 que fue jerarquizada en el año 1994). Con respecto a las mujeres existe el tratado de Belén de Parao (artículo 7).

Aquí se trata de definir la subsistencia de la acción confrontando a las normas tanto nacionales como internacionales.

Los estados deben dictar normas de acción positiva ya que ese es el compromiso internacional asumido.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que toda persona debe ser oída dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente que sea imparcial y que sea establecido por ley para responder por cualquier acusación contra su persona o para la determinación de derechos y obligaciones en orden al derecho laboral, civil, fiscal o de cualquier carácter. (artículo 8). Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ante el juez competente que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando la violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales. El estado tiene obligación de asegurar a las víctimas el derecho a conocer la verdad de los hechos, ya que dichos hechos puede ser calificada como un delito de lesa humanidad.(Caso Esposito en Argentina).

La víctima tiene derecho a ser tratada de manera justa y tener acceso a la justicia conforme surge de la Resolución de la Asamblea General de la ONU 40/34 de 1985.

Prevén resarcimiento en determinados casos y también la asistencia social y psicológica regulando aquellos casos en que hay abuso de poder.

Las reglas de Brasilea se refieren a las personas vulnerables y en razón de su edad no pueden ejercer sus derechos.

Postura Contraria a la aplicación retroactiva de las leyes.

La mayor parte de los doctrinarios se expide en contra de la aplicación retroactiva de las normas jurídicas.

El legislador fue consciente que existe un régimen de suspensión de la prescripción penal que se funda en la edad de las víctimas en este sentido fue que se ampliaron esos plazos en razón de las políticas criminales que se implementaron pero no modificó el artículo 18 Constitución Nacional que le da sostén a este principio de legalidad (Causa Balsa 12490/2015. Voto del juez Garrigos de Rebori).

“El abuso u otra forma de abuso infantil no está contemplada en ninguna disposición que establezca su imprescriptibilidad” Causa Balsa 12490. Juez García.

Los delitos imprescriptibles son genocidio, tortura y lesa humanidad que son delitos graves contra los derechos humanos y lo serían si fueran cometidos en un contexto de guerra como crimen de guerra.

“No obstante lo cual desde el estado se puede instar con la finalidad de conocer lo sucedido” “Tampoco se planteó en sede judicial la inconstitucionalidad de los artículos 62 y 67 del Código Penal por colisionar con la Constitución Nacional o algún instrumento internacional como la Convención Internacional de Derechos Humanos que se halla en el artículo 75 inciso 22.

Pronunciándose por la aplicación de la ley penal más benigna conforme el artículo 2 del Código Penal. (Juez Bruzzone, Moreyra CNCC, CCC 6194/2016).

Existen conductas que conforme el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que cometidos en determinados contextos son crímenes de lesa humanidad. Caso Videla Jorge Rafael, CSJN fallo 375/2013.

Ahora cuando el asesinato, privación ilegal de la libertad, tortura, desaparición forzada y violación son cometidos como parte de una política de estado lo mismo es un crimen de lesa humanidad.

### **A favor de la Imprescriptibilidad de la acción penal.**

Esta postura parte de la premisa que la acción penal, debe seguir vigente en razón de los compromisos internacionales asumidos por el estado argentino. El trámite de una investigación debe proseguirse y no dejarse de lado por los obstáculos que su gran materia de procedimiento. El deber de investigar los hechos en la búsqueda de la verdad.

La obligación de garantizar el efectivo acceso a la justicia, de algunos grupos vulnerables como niños, niñas y adolescentes, mujeres y la obligación estatal de erradicarla.

La Corte en un fallo manifestó: “La violencia contra la mujer es tolerada y por eso se favorece su perpetración y aceptación del fenómeno, el sentimiento y sensación de inseguridad, así como una persistente desconfianza en la administración de justicia” (Rosendo Cantú y otra Vs. México- CIDH).

Más allá de la pretensión de la extinción penal las víctimas tienen derecho a conocer la verdad.

“El derecho de las víctimas a conocer la verdad puede asegurarse sin violentar las garantías sometidas a proceso” (Fallo Mazzco 330:3248-Juez Fayt).

## Conclusión.

Las víctimas tienen derechos a realizar el juicio de la verdad mas allá que no se establezca condena alguna contra el autor de los hechos, pero si a determinar la realidad de los hechos.

Se hace menester que las víctimas no sufran re victimización durante estos procesos, por medio de violencia institucional o mediática.

Arte de tapa Sies Kranen @sinusfiction - Juana Illia [juallia@gmail.com](mailto:juallia@gmail.com)

¿Queréis comunicarte con nosotros? Escribí a [revistafilocam@gmail.com](mailto: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

