

En este libro, Jorge Abou Assali, presenta el proyecto de reforma al Código Penal argentino que plantea importantes cambios en el sistema legal de su país. Pablo Rafael Banchio, de Argentina, aborda la temática de los derechos humanos de los menores migrantes como grupo vulnerable, ofreciendo una perspectiva que invita a reflexionar sobre la protección y el bienestar de estos individuos en el contexto migratorio.

La inteligencia artificial en la actividad médica es el tema central del trabajo, escrito por Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa y Claudia Ribeiro Pereira Nunes, juristas de Brasil.

María Pilar Delgado Peña, de Venezuela, analiza la vacunación compulsiva contra la Covid-19 desde un enfoque epistemológico.

Miguel Andrés Goldfarb y Guillermo Gapel Redcozub, juristas argentinos, nos invitan a reflexionar acerca de los principios jurídicos y el derecho a la ciudad.

La regulación legal nacional de bioseguridad en la Federación de Rusia es el tema escrito por Elena Evgenyevna Gulyaeva de ese país. Silvina Junco, jurista argentina, examina el carácter problemático del Derecho como ciencia. Luiz Adriano Pinheiro Santos, de Brasil, analiza los conflictos jurisdiccionales en territorio brasileño como consecuencia de la pandemia de Covid-19, Ana Clara Prado Rocha, Ana Elisa Prado Rocha y Luiz Antônio de Alcântara Santos, también brasileños, se adentran en el principio de supremacía del interés público y el deber de proporcionalidad y, Alessandra Putrino, jurista italiana, presenta una visión actualizada de la odontología forense en la identificación humana, destacando su relevancia como una ciencia moderna.

ISBN 9798397914437



9 798397 914437

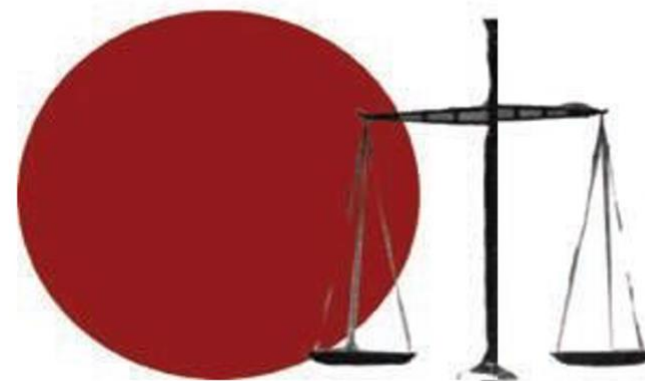
ANALES DE DOCTRINA JURIDICA

PABLO R. BANCHIO (Director)

PABLO R. BANCHIO (Director)

ANALES DE DOCTRINA JURIDICA

REVISTA DOCTRINA JURIDICA



EDITORIAL PERSPECTIVAS JURIDICAS

ANALES DE DOCTRINA JURÍDICA

PABLO R. BANCHIO (Director)

Jorge Abou Assali (Argentina) Pablo Rafael Banchio (Argentina) Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa (Brasil) y Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Brasil) María Pilar Delgado Peña (Venezuela) Miguel Andrés Goldfarb (Argentina) y Guillermo Gapel Redcozub (Argentina) Elena Evgenyevna Gulyaeva (Rusia) Silvina Junco (Argentina) Luiz Adriano Pinheiro Santos (Brasil) Ana Clara Prado Rocha (Brasil), Ana Elisa Prado Rocha (Brasil) y Luiz Antônio de Alcântara Santos (Brasil) Alessandra Putrino (Italia)

ANALES DE DOCTRINA JURIDICA

© Todos los derechos reservados

Perspectivas Jurídicas

Buenos Aires 2023



Banchio, Pablo R. [et al.] / Anales de Doctrina Jurídica; compilado por Pablo Rafael Banchio - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Perspectivas Jurídicas, 2023.

157 págs.; 22,86 x 15,24 cm.

ISBN 979-839-79144-3-7

1. Derecho. 1. Banchio, Pablo Rafael, comp.

CDD 343.07

ISBN 979-839-79144-3-7

e-book: ASIN: B0C7Q4BS9B

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

Todos los derechos reservados

Copyright © by Editorial *Perspectivas Jurídicas*

editorialperspectivasjuridicas@gmail.com

Av. Corrientes 980 4° - C1043AAW - Buenos Aires

Imagen de tapa: ACNUDH Oficina del Alto Comisionado

Impreso en Estados Unidos - Printed in United States

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
1. PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL ARGENTINO ELABORADO POR SEBASTIÁN SOLER. Jorge Abou Assali (Argentina)....	11
1. Introducción	11
2. El proyecto de 1960 de Sebastián Soler	16
3. A modo de conclusión	25
4. Bibliografía	26
2. DERECHOS HUMANOS DE LOS MENORES MIGRANTES COMO GRUPO VULNERABLE. Pablo Rafael Banchio (Argentina)	29
1. La situación de vulnerabilidad frente a las migraciones	29
1.1 Los derechos humanos de los grupos vulnerables	31
1.2 Cuadro de situación.....	32
1.3 La infancia.....	33
2. La situación de vulnerabilidad frente a la edad	35
2.1 Evolución en los instrumentos jurídicos destinados a proteger de forma específica los derechos de los niños	37
2.1.1 Declaración de Ginebra de 1924	37
2.1.2 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989	38
2.2 El desarrollo posterior a la Convención de 1989	39
2.3 Derecho de la Unión Europea.....	41
3. La situación jurídica de los menores migrantes.....	42
3.1 La Convención de Ginebra	42
3.2 El Pacto Mundial de las Migraciones de 2018	43
3.3 Derecho a la protección especial de los refugiados.....	43
3.4 Derecho a la educación.....	45
4. Propuestas	46
5. Conclusión	48
6. Bibliografía.....	48

3. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ACTIVIDAD MÉDICA EN VISTA DE LA BIOÉTICA Y BIODERECHO. Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa (Brasil) y Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Brasil)	50
1. Introducción	50
2. Las formas de acercar el derecho y la bioética. Los principios bioéticos	53
3. La recomendación de la OCDE sobre inteligencia artificial....	58
4. El uso de la inteligencia artificial en salud.....	59
5. Conclusiones	62
6. Bibliografía	63
4. LA VACUNACIÓN COMPULSIVA CONTRA LA COVID-19. ANÁLISIS EPISTEMOLÓGICO. María Pilar Delgado Peña (Venezuela)	65
1. Introducción	65
2. Desarrollo	66
2.1 Vacunación para prevenir la infección SARS-CoV-2	66
2.2 Conflictos relacionados con vacunación COVID-19.	67
2.3 Marco normativo de la vacunación compulsiva	68
2.4 Evidencia científica relacionada con la vacunación COVID 19	68
2.5 Paradigmas de la fundamentación en la ética contemporánea	69
2.5.1 El paradigma kantiano	69
2.5.2 El Paradigma de ética convergente de Maliandi	71
2.5.3 La Formula Trialista	71
2.6 La Argumentación.....	72
2.6.1 Recursos para fortalecer la argumentación.....	73
2.7 Argumentación jurídica	73
3. Conclusión.....	74
4. Bibliografía	75
4.1 Fuentes de información.....	76
5. REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS Y EL DERECHO A LA CIUDAD EN ARGENTINA. Miguel Andrés Goldfarb (Argentina) y Guillermo Gapel Redcozub (Argentina).....	77
1. Introducción: El derecho a la ciudad. Su categorización y la cuestión de los principios del derecho	77
2. Desarrollo: Los principios en particular	82
2.1 El principio de igualdad.....	82
2.2. El principio de razonabilidad.....	84
2.3. El principio de legalidad.....	85

2.4. El principio de participación	86
2.5. El principio de "no dañar" o de sustentabilidad.....	87
2.6. Principio de Buena Administración.....	88
3. Conclusiones	89
4. Bibliografía	89
6. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN LEGAL NACIONAL DE BIOSEGURIDAD EN LA FEDERACIÓN DE RUSIA. Elena Evgenyevna Gulyaeva (Rusia).....	92
7. EL CARÁCTER PROBLEMÁTICO DEL DERECHO COMO CIENCIA. Silvina Junco (Argentina)	99
1. Introducción.....	99
2. Aproximaciones al conocimiento de la ciencia	100
2.1 Algunas perspectivas sobre el método científico.....	101
3. Los problemas en torno al concepto de Derecho	103
3.1. Distintas perspectivas desde las que definió el Derecho	103
4. La configuración del Derecho como una ciencia.....	105
4.1. Breve reseña de la historia del Derecho.....	105
4.2. La Ciencia del Derecho.....	106
4.2.1. Los modelos de la Ciencia Jurídica	107
4.3. El Derecho como objeto de estudio de la Ciencia	109
4.3.1. El Derecho como objeto simple o complejo	110
5. Reflexiones finales.....	111
6. Bibliografía	112
8. COVID-19: CONFLICTOS JURISDICCIONALES EN TERRITORIO BRASILEÑO COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA. Luiz Adriano Pinheiro Santos (Brasil)	114
1. Introducción	114
2. La división federativa de Brasil y la obligación del estado de prestar salud a los ciudadanos de forma universal	115
3. Los conflictos jurisdiccionales que se derivan de las políticas de enfrentamiento a Covid-19	118
4. Conclusiones.....	122
5. Bibliografía	123
9. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O DEVER DE PROPORCIONALIDADE: SOB ANÁLISE DISCURSIVA DE DI PIETRO E BINENBOJM. Ana Clara Prado Rocha (Brasil), Ana Elisa Prado Rocha (Brasil) y Luiz Antônio de Alcântara Santos (Brasil)	124
1. Introdução.....	124
2. A Teoria dos Princípios de Robert Alexy.....	125

3. A teoria de Alexy nos entaves da supremacia do interesse público e o dever de proporcionalidade	127
4. Formação do Direito Administrativo	129
5. A supremacia do interesse público sobre o privado	133
6. A doutrina divergente ao princípio.....	134
7. Considerações finais.....	137
8. Bibliografia	138
8.1 Referências.....	140
10. FORENSIC DENTISTRY IN HUMAN IDENTIFICATION: A MODERN SCIENCE. Alessandra Putrino (Italia)	141
1. Introduction.....	141
2. Materials and methods	142
3. Results.....	143
4. Discussion.....	143
4.1 Dental Analysis.....	143
4.2 Bitemarks.....	145
4.3 Age estimation on dental records.....	146
4.4 Sex determination on dental records.....	147
4.5 Race determination on dental records.....	148
4.6 Cheiloscopy	148
4.7 Rugoscopy	149
4.8 Oral autopsy.....	151
5. Conclusions.....	152
5.2 Clinical implications.....	153
6. References.....	153

INTRODUCCIÓN

"Anales de Doctrina Jurídica" es un libro que reúne diez trabajos publicados en las secciones de Doctrina y Ensayos de la prestigiosa revista, escritos por catorce destacados juristas provenientes de cinco países de Europa y América Latina. Estos trabajos abordan una amplia gama de temas legales de gran relevancia en la actualidad, proporcionando un análisis profundo y perspicaz sobre diversos aspectos del derecho en nuestras sociedades contemporáneas.

Doctrina Jurídica nació como publicación serial argentina en formato papel, solo en idioma español en 2010 con el registro de ISSN 1853-0338 y fue indexada en "Latindex". Posteriormente, en 2018 con el avance de las tecnologías y su crecimiento en el mundo científico adquirió formato digital bajo el eISSN 2618-4133 y a partir de allí vinieron las adhesiones.

Primero a "LatinREV", Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades de FLACSO y luego a Actualidad Iberoamericana de "CIT Revistas"; a "ROAD", el Directorio de Recursos Científicos en Acceso Abierto ofrecido por el Centro Internacional del ISSN con el apoyo del Sector de Información y Comunicación de la UNESCO; a "CINECA", bajo el control del Ministerio de Universidad e Investigación de Italia, a "BINPAR", la Bibliografía Nacional de Publicaciones Periódicas Registradas de Argentina y en 2020 a "vLex", que proporciona acceso a una de las mayores colecciones de conocimiento jurídico del mundo en una plataforma de inteligencia artificial en la que se encuentra la Revista.

Este inesperado desarrollo abrió las puertas a la internacionalización de sus funciones incorporando a fines de 2020 la revisión por pares como mecanismo para garantizar la calidad, confiabilidad, integridad y consistencia de la literatura académica a publicar, esencial a la comunicación científica en la cual comenzó a insertarse la Revista.

La publicación de trabajos en inglés y portugués hizo que la revisión sea “simple ciego” ya que dicho sistema elimina los sesgos, anima las opiniones honestas y se enfoca en la calidad del artículo, favoreciendo al autor en la mejora de la calidad de su publicación especialmente la legibilidad de los trabajos de aquellos extranjeros cuyo idioma nativo no es el español.

Con este mecanismo Doctrina Jurídica buscó asegurar que los revisores sean honestos y serviciales al escribir sus comentarios, además de aumentar la calidad de las revisiones, y animar al debate entre el autor y el revisor, especialmente con jóvenes talentos como los que refleja la colección de este libro, que jalona un hito más que trascendente en el avance de la Revista, publicada además en e-book a través de Amazon y sus numerosas vinculaciones con plataformas de lectura digital de libros electrónicos.

Italia, Rusia, Brasil, Venezuela y Argentina, con publicaciones en portugués, inglés y español se reúnen en este libro donde los trabajos compilados buscan proporcionar en conjunto, un panorama diverso y enriquecedor sobre cuestiones jurídicas contemporáneas de gran importancia, ofreciendo a los lectores una valiosa oportunidad de reflexión y análisis sobre los desafíos legales y éticos que enfrentamos en nuestra sociedad globalizada y en constante evolución.

1. PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL ARGENTINO ELABORADO POR SEBASTIÁN SOLER

Jorge Abou Assali (Argentina)¹

1. Introducción

El Derecho Penal Argentino no encuentra sus raíces ni aparece influenciado por el desenvolvimiento de un derecho penal aborigen. Tampoco es el resultado de un trabajo progresivo de sistematización normativa o doctrinaria o de hechos o situaciones fruto de sus exigencias o valoraciones. En realidad, prevaleció el fenómeno de recepción de la legislación europea.

Hasta el inicio de la codificación, la fuente exclusiva del ordenamiento represivo vigente en el territorio del Río de la Plata (que en su mayor parte pasó a ser de las Provincias Unidas y luego de la República Argentina) eran las leyes españolas anteriores al primer Código Penal de la Nación. A partir de 1810, junto a las normas que de ese reino subsistían, rigieron las especiales, en su mayoría con alcance provincial.

Se coincide en afirmar desde una perspectiva historiográfica actual (Levaggi) que el proceso comenzado 1810 no produjo el abandono inmediato de la legislación ni de los criterios o valores jurídicos propios de la tradición del viejo continente². Por el contrario, como dice Stringini,

¹ Extracto de la publicación original que puede leerse completa en la Sección Ensayos, Año XI, Número 24, mayo de 2020, pp. 3-49.

² Dice el jurista: “La Revolución de Mayo, no obstante la proclamación que hizo de nuevos principios liberales, la importancia de sus cambios institucionales y su proyección ulterior, no derogó el Derecho anterior, que siguió vigente. Lejos de ser esta conducta paradójica fue la consecuencia lógica de su fundamentación jurídica en ese sistema castellano-indiano. La reasunción de los derechos de soberanía se apoyó en la vacancia del trono y la ruptura del pacto con la Corona de España en la enajenación del reino a un monarca extranjero

se mantuvo el esquema hasta la segunda mitad del siglo XIX cuando se inició el proceso codificador³. Es que la independencia de las colonias, remarca Díaz Cozuelo, importó únicamente la ruptura de la subordinación política del gobierno de España, pues la sociedad quedó organizada como estaba con sus leyes, justicia, educación, etc. En fin, se continuó con la práctica ibérica⁴.

Ello por cuanto las exigencias revolucionarias relegaron toda reforma y las pocas intentadas no modificó en rigor las leyes hispánicas⁵. De todas maneras, tampoco existía una vía para elaborar un Código Penal propio que apareció recién con la Constitución de 1853/1860 ligada, como debe reconocerse, a fuentes foráneas con predominio norteamericano⁶ y bajo la influencia de Juan Bautista Alberti⁷. Se hacía

(Napoleón)" (LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Tomo I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013 p. 213).

³ STRINGINI, Natalia, *La continuidad de la tradición jurídica indiana en el pensamiento de Carlos Tejedor. El caso del delito de cohecho*, en Revista de Historia del Derecho – Sección Investigaciones, nro. 45, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, enero-junio 2013, ps. 43-72. Levaggi ilustra que "la palabra código (del latín *codex*) sólo desde el siglo V fue usada para designar, específicamente, un 'libro de leyes' (el Código Teodosiano). Anteriormente se refería a cualquier clase de libro, y más atrás aún, al tronco del árbol, cuya madera (tablillas enceradas unidas por anillos o cordones) se hacían los dípticos o polípticos en los cuales se escribía. Es decir que la palabra se usó primero para nombrar el material y después la forma para concluir con un libro determinado; el de leyes" (LEVAGGI, ob. cit., p. 175).

⁴ DÍAZ COSUELO, José María, *Delitos contra la religión y el culto en la codificación penal argentina (1853-1941)* en Revista de Historia de Derecho, Sección Investigaciones, nro. 48, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, julio-diciembre, 2014, pp. 33-73.

⁵ NOGUERA, Carlos Alberto, *El Bicentenario de la literatura procesal argentina* en Revista de Derecho Procesal: El Derecho Procesal en vísperas del Bicentenario, número extraordinario conmemorativo del Bicentenario, tomo 2010, Rubinzal-Culzoni, cita on line RC D 220/2013.

⁶ Víctor Tau Anzoátegui y Eduardo Martiré sostuvieron que la elaboración de los ensayos constitucionales en el Río de la Plata recibió la influencia de la doctrina en boga, la de la Constitución Federal de los Estados Unidos (1787), la de las constituciones estatales americanas, la de los textos constitucionales de Francia (1791, 1793 y 1795), la de las constituciones venezolanas de 1811 y 1812 y la de la española de 1812, todas las que de forma directa o indirecta inspiraron casi todos los proyectos y textos sancionados en la época. (TAU ANZOÁTEGUI, Víctor – MARTIRÉ, Eduardo, *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, 7ª ed. act., Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 319).

⁷ Si bien se inspiraba en la Constitución de Filadelfia y en el proyecto de Acta Federal para Suiza, Levaggi señala que nuestra Constitución Nacional se adaptó a la realidad argentina. Esta era la idea medular de Alberdi, de quien transcribió lo siguiente: "la constitución que

necesario (en el marco de lucha revolucionaria) conservar la vigencia del derecho heredado para atender la transformación nacional pero adaptarlo a los principios liberales en cuanto fuera posible.

Esta conservación –apunta Halperin Donghi– se vinculaba con la difícil transición de la estructura administrativa española a la de la etapa independiente. Menciona un ejemplo: "la constitución santafesina en 1819 mantiene casi intactas las magistraturas heredadas de la colonia: la legislatura es sobre todo un cuerpo electoral, y su creación es consecuencia del reemplazo de la soberanía del monarca por la del pueblo (que en ella la delega); las tareas del gobierno siguen a cargo del gobernador y del cabildo. Aun en Córdoba, el estatuto de 1822, que se adecua mejor a los preceptos del constitucionalismo liberal europeo, concede al gobernador las atribuciones fijadas por la borbónica ordenanza de intendentes; ya se ha visto cómo, si bien [...] la legislatura es aquí en efecto un poder legislativo, su gravitación real se ve limitada por la amplitud de las atribuciones que conservan el gobernador y el cabildo"⁸.

Más allá de los intersticios jurídicos que le sucedieron a la era independentista, queda claro que desde sus primeros días el país buscó alinearse a la corriente codificadora como medio superador del régimen opresor monárquico. Así lo ordenaba la Constitución Nacional en el antiguo art. 67, inc. 11º, y lo sigue haciendo hoy en el actual art. 75, inc. 12º.

La sanción de códigos –propio de un sistema organicista y autosuficiente acuñado por la Ilustración– era vista como forma para suplantar lo antiguo por lo nuevo y el período iniciado en 1810 que culminó con el dictado del Código Penal conformó, en ese sentido, según Stringini, una época de transición entre el sistema anterior y el paradigma legal moderno⁹.

.....

no es original es mala, porque debiendo ser la expresión de una combinación especial de hechos, de hombres y de cosas, debe ofrecer esencialmente la originalidad que afecte esa combinación en el país que ha de constituirse... La originalidad constitucional es la única a que se puede aspirar sin inmodestia ni pretensión" (LEVAGGI, ob. cit., p. 220).

⁸ HALPERIN DONGHI, Tulio, *Revolución y Guerra: formación de una elite dirigente en la Argentina criolla*, 3ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 426.

⁹ STRINGINI, ob. cit., con cita en ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La génesis de la penalística argentina (1827-1868)*, en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, nro. 30, Buenos Aires, 2002, p. 15.

El 7 de junio de 1890 se comisionó a Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo la reforma. El trabajo (presentado en junio de 1891) legislaba sobre delitos y faltas nacionales y unificó la legislación penal común supliendo los vacíos sobre la aplicación de la norma en el espacio. Logró solo dictamen favorable en Diputados.

Se dispuso igualmente su revisión por una comisión conformada, además de Norberto Piñero y Rodolfo Rivarola, por Francisco J. Beagley, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, José María Ramos Mejía y el secretario José Luis Duffy. Presentaron el proyecto el 10 de marzo de 1906 sobre el que una comisión presidida por Rodolfo Moreno redactó otro en 1917. Pese a las críticas del sector positivista fue sancionado (para sorpresa de Moreno) con algunas modificaciones el 30 de septiembre de 1921 (ley 11.179) entrando en vigencia el 22 de abril de 1922¹⁰.

En este caso, como ocurría en Tejedor, surgía con nitidez la recepción de la legislación extranjera al tomarse de base un código germánico traducido al francés y utilizado literalmente con el agravante de que se trataba, como dice Zorraquín Beú, de una obra que ya no respondía al derecho penal de la época¹¹.

A partir de ello, según nos enseña el autor del proyecto de 1960, la sanción del código puso de manifiesto un grave desequilibrio ideológico, ya que la sustancia metafísica que lo nutría mereció los más duros ataques de la doctrina imperante, es decir, del positivismo¹².

De todas maneras, el proceso de codificación nacional que repetía el derecho foráneo no se trató de una imitación vulgar. Si bien no era un pensamiento estrictamente original (si se entiende por ello la elaboración intelectual creativa), Tau Anzoátegui indica que lo fue en la medida que suele estar presente también en la menos brillante labor de recibir, amalgamar y adaptar distintas tendencias ajenas¹³.

Es posible señalar entonces que el propósito de adecuar los modelos conocidos a la realidad nacional tendía a que la recepción fuera

¹⁰ Dijo Moreno: "No tuve jamás el pensamiento de que ese proyecto fuera una expresión definitiva... Mi propósito era que sirviese de antecedente para la preparación del articulado a sancionarse por las Cámaras una vez oídas las opiniones de las personas (consultadas)" (LEVAGGI, ob. cit., p. 201).

¹¹ ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., p. 354.

¹² SOLER, ob. cit., pp. 9 y 10.

¹³ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, volumen XI, Buenos Aires, 1977, p. 31.

aceptada. También, y no menos importante, resultaba necesario establecer una nueva legislación que promoviera las transformaciones inevitables. Para la tarea se acudieron a los mejores juristas de la mitad del siglo XIX, época que Zorraquín Becú observa como la predilecta de una República que había aceptado el orden jurídico creado por ella y lo vivía convencida que era un régimen adecuado a sus necesidades. Es decir, la admisión del derecho se había encarnado en la vida nacional que lo consideraba como propio¹⁴.

En ésta directriz, Soler menciona que el Código Penal de 1921 procede de la corriente liberal-humanista cristalizada por Feuerbach, Mittermaier, Carmignani, Carrara, Pessina, Pacheco, Rossi, Romagnosi y Bentham, cuyas obras –nos dice– alcanzaron un valor que supera por mucho los estrechos límites de una especialidad¹⁵.

Dicha mentalidad humanista, de la que procede nuestro Código Penal, inspira también las cláusulas de la Constitución Nacional. Queda claro así que el régimen sancionador no podía apartarse de la corriente liberal que la sostenía. No se trataba entonces de una recepción legal caprichosa, sino de la adopción de una normativa que se ajustaba a las garantías constitucionales que la Nación se dio para sí desde 1853/1860.

Para regresar a la línea codificadora argentina, el inconformismo legislativo¹⁶ desechó numerosos proyectos, entre otros, del estado peligroso de 1924, 1926, 1928, 1932 y 1936 (de Jorge E. Coll y Eusebio Gómez que intentó instaurar un derecho penal de autor¹⁷), de orientación neopositivista como el de José Peco (1941) y el de corte autoritario de 1951. Además, los sucesivos golpes de estado que suspendieron la vida democrática desestimaron otras reformas, como sucedió con la redactada por Soler en 1960, examinada por la Comisión

¹⁴ ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., p. 356 y ss.

¹⁵ SOLER, ob. cit., pp. 25-27, donde explica que "Sobre un código que trata tal abolengo [postulados liberales humanistas], que procedía de la depurada constitución de las escuelas toscana y napolitana, que podía ser ilustrado con las opiniones de Carrara y de Pacheco (...), sobre ese código se ensaña la crítica [positivista], porque aquél se funda en la idea de libertad y responsabilidad".

¹⁶ Soler dijo en la exposición de motivos de su reforma: "de nosotros, los argentinos, aún podría decirse que no nos caracteriza una excesiva adhesión a la ley y que, en general, predomina una actitud crítica frente a ella. El Código penal, al tiempo de su sanción, fue recibido con bastante menos aplausos del que merecía, y ello contribuyó a que la práctica no fuera mejorando".

¹⁷ BAÑOS – BUJÁN, ob. cit.

Asesora, Consultiva y Revisora¹⁸, que constituye el centro de este estudio.

2. El proyecto de 1960 de Sebastián Soler¹⁹

Por decreto 7.292 del 13 de octubre de 1958²⁰ (suscripto por el entonces presidente Arturo Frondizi) se le encargó a Sebastián Soler la elaboración de un anteproyecto de Código Penal –presentado el 31 de marzo de 1960– que, según Rodríguez Devesa²¹, se trataba de uno de los trabajos de reforma más importantes. Así lo entendió también el autor y la comisión revisora integrada por Ernesto R. Gavier, Osvaldo Loudet, Ernesto J. Ure, Enrique Ramos Mejía, Jaime Prats Cardona y Jorge Frías Caballero –ver nota del 20 de octubre de 1960.

Luego de unas modificaciones para nada sustanciales, el anteproyecto fue enviado como proyecto al Congreso Nacional por el Poder Ejecutivo.

En rigor, no era una reforma, sino que planificaba un nuevo código nacional. La envergadura de la tarea puede advertirse de la nota publicada por Soler en *La Nación* con las siguientes palabras: “La reforma

¹⁸ La Comisión asesora que se nombró por Decreto de 1958 estaba compuesta por Enrique Ramos Mejía (representante del Poder Judicial); José Peco (representante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires); Ernesto R. Gavier (representante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata) y Osvaldo Loudet (representante de la Sociedad Argentina de Criminología), la que fue ampliada con un representante de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral (Jaime Prats Cardona) y a solicitud del autor, se nombraron secretarios “ad hoc” a Eduardo Marquardt y Luis C. Cabral.

¹⁹ No se trata de su único trabajo. Redactó junto a Vélez Mariconde el Código de Procedimientos en lo Criminal de la provincia de Córdoba y redactó un Proyecto de Código de Faltas. Fue magistrado de la Corte de Apelaciones de Rosario, director de la Penitenciaría de Córdoba y abogado de Rosario y Buenos Aires. Autor de *Derecho penal argentino* (La Ley, Buenos Aires, 1945-1946) y dirigió la traducción del Programa del Curso de Derecho criminal de Francisco Carrara (CARRARA, Francisco, *Programa del Curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, traducido de la 11ª edición italiana, bajo la dirección de Sebastián Soler, por Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, ed. Depalma, 1944-1949). En la academia, fue profesor titular de derecho penal por la Universidad de Córdoba (1942) y la Universidad de Buenos Aires (1955). Sus obras no solo abarcan el campo de derecho penal, sino también de la filosofía del derecho.

²⁰ B.O. del 27 de diciembre de 1958.

²¹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *El anteproyecto de Código penal argentino de 1960 de Sebastián Soler* en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales dirigido por Eugenio Cuello Calón, ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas (septiembre-diciembre MCMLX), tomo XIII, fascículo III, Madrid, p. 359 y ss.

que estoy preparando no consiste en una planilla de correcciones al Código actual, sino que se trata de un nuevo Código al que pasarán muchos materiales del anterior. La experiencia de las instituciones encierra un valor inapreciable para la seguridad jurídica y por eso, a pesar de muchas modificaciones y novedades, trato de mantener en la máxima medida posible las disposiciones que han regido sin inconvenientes”²².

Es decir, era un nuevo Código que no se apartaba de la tradición jurídica de 1891 y 1906. Como dijo la revisión: “Conviene hacer notar que si bien el Anteproyecto ha sido compuesto como un Código nuevo, ello no significa que se aparte de manera sustancial de la legislación vigente. Al contrario, como advierte el profesor Soler en la Exposición de Motivos, no se ha alejado del Código actual en una medida que represente una ruptura con la experiencia hecha de este cuerpo legislativo durante los treinta y siete años transcurridos desde su sanción, y, de tal modo, el Anteproyecto no ha perdido el contacto con la jurisprudencia conocida y con la tradición jurídica con la que nuestro código está vinculado a través de los proyectos de 1891 y 1906, la cual es digna de toda estima no solo por la riquísima bibliografía que la ilustra, sino también por la humana sabiduría política que lo inspira”²³.

.....

Hubo varios los intentos de la escuela positivista de imponerse en las reformas de 1924, 1926, 1928, 1932 y 1936 (con la pancarta del “peligrosismo”) que fueron rechazados por el parlamento donde, afortunadamente, para Soler, primó el buen sentido²⁴.

En este contexto disruptivo, con la venia de la Comisión Revisora, más allá de las críticas de José Peco²⁵ quien igualmente apoyó el trabajo

²² Transcripta por BARBAROSCH, Eduardo, *Un estudio sobre el profesor Luis Jiménez de Ansúa como profesor de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, publicado en www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/facultad-de-derecho-uba-hacia-su-bicentenario/un-estudio-sobre-el-profesor-luis-jimenez-de-asua.pdf, compulsado el 19 de febrero de 2020.

²³ Transcripta por Soler, ob. cit., p. 83.

²⁴ SOLER, ob. cit., p. 14.

²⁵ En 1920 escribió: “La escuela clásica terminó su misión al lograr la igualdad, la humanidad y la claridad de las leyes penales. Malgrado sus esfuerzos no pudo granjear la disminución de la delincuencia. El Código Penal es un catálogo de delitos, el derecho penal una cadena de silogismos, el juez un esclavo, el delincuente una abstracción, el fundamento de la responsabilidad estriba en el libre albedrío, la defensa social queda abandonada al régimen represivo. Pero la responsabilidad psicológica es tan frágil en sus fundamentos como peligrosa en sus consecuencias, la pena impotente para defender la sociedad, los delincuentes difieren entre sí, los delitos aumentan, los delincuentes reinciden. Fuerza es

(ver nota del 20 de octubre de 1960 elevado al Ministerio de Educación y Justicia de la Nación), el Poder Ejecutivo remitió al Congreso Nacional el proyecto de Soler que fue tratado por la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados en sesiones públicas a la que asistió el autor.

Generó un intenso debate que separó en dos la representación argentina en la comisión del Código Penal Latinoamericano (celebrada en los Estados Unidos Mexicanos)²⁶. No obstante, con la disolución del Poder Legislativo tras el golpe consumado el 29 de marzo de 1962 (que depuso a Frondizi), la reforma quedó interrumpida y cobró vigor años más tarde con la sanción de la ley 17.567, cuya elaboración estuvo a cargo del mismo autor, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio, aunque sancionada con crítica de Ricardo Núñez por la ausencia de una discusión previa.

Debe recordarse que el ideólogo del proyecto de 1960 era un adversario del positivismo criminológico²⁷, adepto a la dogmática jurídico-penal (su labor se estructuraba sobre la base del derecho positivo vigente en Argentina) y apegado a las ideas del siglo XVIII²⁸. Si bien se lo encasillaba entre los autores “clásicos”, la fijación no era totalmente exacta a juicio de Jiménez de Asúa²⁹.

orientar en nuevos rumbos la defensa contra el crimen” (citado por LEVAGGI, ob. cit., p. 205).

²⁶ SIERRA, Hugo Mario – CANTARO, Alejandro Salvador, *Lecciones de derecho penal: parte general*, 1ª ed., Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, Ediuns, 2005, p. 383.

²⁷ Destacó que las críticas del positivismo al sistema represivo se basaban en la ineficacia de la amenaza que constituye la norma, que no suprimen el delito. Desde esta idea, parecieron legítimos todos los medios de evitación llegando incluso a la teoría de la peligrosidad predelictual que sacrifica la libertad. Esta idea se basa en el error de suponer que los delincuentes (en potencia) son una clase diferente y reconocible de individuos. Los delincuentes posibles no constituyen una especie aparte, son hombres, son todos los hombres. El principio de retribución trata al delincuente como persona y no como cosa desprovista de derechos (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, ed. TEA, Buenos Aires, citado en KIERSZENBAUM, Mariano, *Los fundamentos del derecho penal en Sebastián Soler. Liberalismo jurídico vs. positivismo criminológico y regímenes autoritarios en Derecho Penal y Criminología 2019* (mayo), 06/05/2019, 255, La Ley, cita on line AR/DOC/751/2019).

²⁸ Soler afirmaba, parafraseando a Pessina, que “Uno de los momentos más importantes en el camino de la civilización humana fue la reforma de la justicia penal inaugurada en la segunda mitad del siglo XVIII (SOLER, ob. cit., pp. 20-21).

²⁹ JIMÉNEZ DE ANSÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Losada, 1950, p. 888. Hay que mencionar que el autor estuvo influenciado tanto por el positivismo criminológico italiano como el dogmatismo jurídico alemán, y desde esa adhesión estudió la peligrosidad predelictual (ROLDÁN CAÑIZARES, Enrique, *JOSÉ DANIEL CESANO, Reseña de viajeros y traductores: circulación de ideas en la formación de la cultura jurídico penal de Córdoba. Luis Jiménez*

El profesor era un liberal que denunciaba la posición de la escuela nacida en Italia con el progreso de la antropología, la psicología, la medicina, la sociología, todas a favor de la revolución ideológica desatada con la filosofía de Augusto Comte y seguida por Charles Darwin, Jean-Gabriel Tarde y Herbert Spencer³⁰.

Esta corriente, que significaba la anulación de derechos individuales, imaginaba que el delito era un síntoma del autor que lo hacía inferior al resto de las personas “normales”, inferioridad que tenía, en unos, una naturaleza moral, en otros, mecánica, y por lo tanto observados todos ellos bajo un estado peligroso³¹ que se proyectaba en la sociedad.

Al exaltar la investigación del mundo mediante la observación y la experimentación, Levaggi explica que esta postura encontraba en el campo penal el ámbito propicio para aplicar sus axiomas en la persona del criminal³². La *Scuola Positiva* (impulsada por César Lombroso con el *Tratado antropológico experimental del hombre delincuente*) proponía la existencia de un delincuente nato, atávico, degenerado e inmerso en un proceso regresivo hacia especies inferiores de la escala zoológica contrastable con sus caracteres físicos y psíquicos³³.

Para esta doctrina, enseñaba Soler, el derecho penal se fundaba en las mismas leyes de la biología. Decía: “las medidas jurídicamente posibles debían tener un carácter defensivo puro. Rechazada toda idea de retribución, esa actividad del Estado solo debía inspirarse en fines preventivos; su objeto no podía ser la imposible reparación del mal consumado, sino el de prevenir e impedir su repetición. Para la intervención del Estado no sería necesario ni razonable siquiera esperar la comisión de un delito; bastaría la existencia de un peligro. Toda medida ulterior al daño tendría un matiz repudiable de venganza inútil. Lo importante no era, pues, buscar en el sujeto la culpa reprochable, sino indagar su peligrosidad, con entera independencia de contenidos subjetivos de procedencia moral o espiritual”³⁴.

.....

de Ansúa y Robert Goldschmidt 1923-1952, Córdoba (Argentina), Lerner, 2015, en Revista de Historia del Derecho, nro. 51, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, enero-junio, 2016. Pp. 164-173).

³⁰ LEVAGGI, ob. cit., p. 205.

³¹ BAÑOS – BUJÁN, ob. cit.

³² LEVAGGI, ob. cit., p. 206.

³³ LEVAGGI, ob. cit., pp. 207 y ss.

³⁴ SOLER, ob. cit. p. 10.

Para el encargo que representó el decreto 7.292, como lo dijo en su exposición de motivos, se inspiró en los proyectos alemanes de 1958 y 1959, el código brasileño, búlgaro, belga, colombiano, costarricense, cubano, chileno, danés, ecuatoriano, francés, finlandés, griego, guatemalteco, el de groenlandia, húngaro, holandés, italianos de 1890 y 1930, islandés, noruego, polaco, peruano, suizo, uruguayo y español, y en la experiencia de la ley que regía y la constitución jurídica de la doctrina.

Que se haya volcado a textos de otros países no significa asumir su tarea como una imitación más. Al contrario, a la hora de promover una nueva legislación que se ajustara a las realidades autóctonas debía acudir a la autoridad cultural y científica de otras normas que sostengan la transformación y modernización que pretendía.

Koschaker entiende que "la recepción de un sistema jurídico no es un problema de calidad, o con otras palabras, no se recibe un sistema jurídico extraño por estimar que éste es mejor. La receptibilidad de un sistema jurídico es más bien un problema de poder, en otros términos, la consecuencia de la autoridad espiritual y cultural que disfruta el derecho que se recibe"³⁵.

Al apoyarse en otras leyes pudo construir Soler una obra igualmente auténtica, genuina y de raigambre argentina (recuérdese que no se alejó de la jurisprudencia de nuestros tribunales ni de la tradición jurídica del país³⁶), aunque esta afirmación no era compartida por Laplaza³⁷.

Constaba de 376 artículos, los primeros 109 dedicados a la Parte General y del 110 al 373 a la Parte Especial con tres disposiciones complementarias, ambas divididas en títulos y a su vez en capítulos. Dispuso de una técnica y sistemática notablemente mejor a la que exhibía el código vigente hasta el momento.

³⁵ P. KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, trad. de José Santa Cruz Teijeiro, 209, Madrid, 1955, citado por ZORRAQUÍN BECÚ, ob. cit., p. 356.

³⁶ Ver informe de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Penal (nota 42).

³⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA – LAPLAZA, ob. cit., p. 52, donde el crítico sostiene (luego de repasar los códigos extranjeros citados por Soler) que "Lo heterogéneo e incluso lo abigarrado de estas fuentes, demuestra hasta qué punto el proyecto se ha atendido a la 'experiencia de la ley vigente' y a la doctrina penal argentina. Códigos y Proyectos que obedecen a criterios teóricos antagónicos o dispares, procedentes de casi todos los rincones del mundo y concebidos para revolver otros problemas políticos, técnicos y prácticos, no habrán de servir precisamente de segura guía a los jueces argentinos que se esforzarán por aplicar la ley proyectada, con respetuoso acatamiento intelectual".

Presentaba una originalidad (y la mayor polémica) al separar el delito del autor que dejó de llamarlo "delincuente". A su juicio, esta expresión contenía una carga antropológica negativa al suponer la existencia de una especie de *signum indelebilis* en todo aquel que pudiera encontrarse en conflicto con la ley penal.

En la postura de Soler, sostener que quien hubiera delinuido era un delincuente envolvía presupuestos doctrinarios equivocados. Por un lado, tendían a crear categorías especiales de seres humanos, por el otro, hacía que la cuestión penal fuera abordada por especialistas de otras disciplinas como la psiquiatría o psicología.

En ese tiempo, pujante de ideas nuevas donde el industrialismo estaba en boga, Anzit Guerrero dice que se impulsó al positivismo a ir más allá de las normas penales para desentrañar las razones de la conducta trasgresora y en ese afán procuró profundizar en los desórdenes de conducta para explicar científicamente el delito³⁸. Este era el foco de controversia que reñía con la posición del doctrinario.

En la óptica de Soler, la delincuencia no constituía una patología ni una calidad de algunas personas, sino una aptitud posible de todos (por ejemplo, entendía que la mendacidad era una ficción innecesaria ya que el mendigo debía interesar al Estado no como posible delincuente, sino como un individuo derrotado por la organización social, lo que chocaba con el pensamiento de Jiménez de Asúa al proponer un medio directo de intervención que acabara con el problema³⁹).

Trató la acción, la tentativa, causas de justificación y la culpabilidad acogiendo el principio de que no hay pena sin culpa, y legislando sobre el dolo y culpa, error, coacción y necesidad exculpante, además del cómputo de la prisión preventiva y el valor supletorio del Código.

Explicaba que, si bien era correcto concebir el dolo y la culpa como formas de delito, la imputabilidad era una calidad del sujeto y no del hecho, de modo que diferenciaba -con alguna polémica para Rodríguez Devesa⁴⁰- lo objetivo (hecho) de lo subjetivo (autor).

³⁸ ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina*, 1ª ed., Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011, p. 25.

³⁹ ROLDÁN CAÑIZARES, ob. cit.

⁴⁰ Igualmente, como lo apunta Rodríguez Devesa, no resultaba muy acertada la desvinculación, y prueba de ello era la fórmula que adoptaba para la inimputabilidad: "no es punible el que no haya podido en el 'momento del hecho' comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones" (RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit.).

Entre otras regulaciones incorporó las medidas de seguridad derivadas de los principios que lo inspiraron en materia de responsabilidad, lo que constituía una novedad trascendental.

Puede asumirse entonces que uno de los elementos de mayor importancia en el proyecto de Soler era justamente la regulación vinculada a los inimputables o de imputabilidad disminuida. Para un caso establecía una pena disminuida, para el otro, una internación con fines terapéuticos y aseguradores. En palabras del redactor, la inimputabilidad excluía la pena, la semiinimputabilidad la atenuaba y la reincidencia y habitualidad la agravaban.

De esa forma, si un imputable disminuido no se mostraba peligroso y su defecto podía corregirse con procedimientos terapéuticos, la pena podía ser cumplida en un establecimiento especial. Inversamente, si no se hacía necesario un tratamiento especial, la medida podía materializarse en un ámbito penitenciario.

Incluso, la palabra "peligrosidad" no aparecía en el fundamento de las medidas de seguridad sino al regular la situación de los inimputables. Entonces, según el proyecto de 1960, si la sanción era proporcionada al hecho había una pena y si era indeterminada había una medida de seguridad.

Podría pensarse que el fundamento de la pena era la culpabilidad y de la medida de seguridad la peligrosidad, pero ello no era tan así desde que la peligrosidad desempeñaba también un papel fundamental en la medida de la pena. Dijo al hablar de los delincuentes habituales que "son manifiesta en tales casos las exigencias de seguridad". Simplemente, las medidas quedaban determinadas por las exigencias de la seguridad social.

De todas maneras, la defensa de la sociedad no lo llevó a reivindicar la pena capital, al contrario, como subraya Chiappini, la repudiaba⁴¹.

Sobre las penas entendía que debían guardar proporción con la gravedad del hecho. Ellas dependían, ante todo, de la jerarquía de valores y del puesto que ocupaba el bien jurídico atacado por el delito.

Decía que una pena civilizada era, primero, una advertencia, y que su fin tendía a la prevención general y la educación⁴². Desde su postura,

⁴¹ CHIAPPINI, Julio, *Sebastián Soler y la pena de muerte*, El Derecho, 25/06/2018.

⁴² Soler: "las penas de reclusión y prisión deben ser ejecutadas de manera que ejerzan sobre el condenado una 'acción educadora', preparándolo gradualmente para la vuelta a la vida libre". Postura algo ingenua ya que hay delincuentes que no precisan educación y otros que son indiferentes a la cárcel.

constituía un error asumir que suprimía el delito, pues conducía a un aumento de las escalas penales en la medida que se incrementaba la actividad delictual hasta aplicarse la máxima sanción (muerte) para las más triviales infracciones. De suyo, que la fatídica consecuencia se oponía con los postulados que Cesare Beccaria volcó en su conocida obra *De los delitos y de las penas*⁴³.

En esa línea, ha dicho Aguirre Obarrio, que la creencia de que si se aumentaban las escalas disminuía la comisión de delitos era un error "garrafal" que no necesitaba explicación. Las únicas personas que no cometerían el delito porque se aumentó la escala tampoco lo hubieran cometido con la anterior. Esta era la burda forma de lo que se ha llamado "derecho penal simbólico" que consistía en el dictado de leyes o la adopción de medidas para tranquilizar por un tiempo las mentes haciéndoles creer que se está operando pero sabiendo que no se producirá el menor efecto⁴⁴.

En su proyecto, Soler dejaba a consideración del magistrado la fijación de la sanción (según la gravedad del hecho y la personalidad del autor⁴⁵) que debía determinarla en los topes normativos y bajo una escala objetiva de valores⁴⁶. Se debía atender a la naturaleza de la acción, los medios empleados, la importancia de los deberes transgredidos y la extensión del daño o el peligro, como evaluarse la perversidad y peligrosidad revelada durante el episodio con especial consideración de móviles y fines, edad, educación, costumbres precedentes y conducta anterior y posterior al suceso mismo.

⁴³ Para un examen acabado de la obra ver MILEI, Luis Fernando Javier, *Las Penas desde la óptica Beccariana* en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2013 (marzo), 265, La Ley, cita online AR/DOC/4802/2012.

⁴⁴ AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *Problemas contemporáneos y política criminal*, Academia Nacional de Derecho, 2001, 01/01/2001, 173, cita on line AR/DOC/10287/2003.

⁴⁵ Explicó en su exposición de motivos que existe una diferencia cualitativa entre un latrocinio y un hurto, entre un asesinato por precio y un homicidio emocional. La diferencia de los hechos no era la única razón que fundaba la diferencia de penas, debía también atenderse a las razones subjetivas del autor.

⁴⁶ Dijo en la presentación de su obra que en un derecho penal donde todas las infracciones merezcan la misma pena sin más distinciones que las que determinaba la severidad de los jueces era un engendro político monstruoso. Ello era posible solo dentro de una concepción tiránica que pretendía nivelar todos los bienes jurídicos en juego o, mejor dicho, si "los bienes jurídicos no cuentan; tanto vale la vida como la propiedad como el orden en el tránsito; lo único realmente valioso es la voluntad del tirano: todos los delitos son una especie de traición, nivelados bajo el signo de la obediencia".

Si se toman las premisas de su reforma, se explica la necesidad de estudiar a Soler no solo en su proyecto, sino en todos los campos del Derecho Penal. Es que su obra, marcadamente liberal –como la define Kirszenbaum⁴⁷–, supo desarrollar un punto de vista que integró los principios constitucionales con el derecho penal y la pena como la expresión de un poder necesario pero limitado.

Las obras jurídicas solo pueden comprenderse si se estudian en el contexto que se elaboraron, ya que el autor busca defender o criticar los dogmas de la época. Quien codifica intenta cambiar algo (aunque en un plano de continuidad y renovación) y sucede lo mismo con el proyecto del doctrinario⁴⁸. Además, agrega Báez, la historia de un Código Penal como el argentino está llena de pasiones y encierra discusiones, sentimientos, entusiasmos, sensaciones y opiniones divergentes o encontradas; y si se exhuma cualquier codificación (como el intento de Soler, haya o no tenido solución legislativa), se puede calar en sus honduras e inferir las discusiones que germinaron a su alrededor⁴⁹.

Como dijo el proyectista: “Toda tarea legislativa pone en acción una compleja red de presupuestos y problemas, pues la ley siempre va a ser la resultante final de un sistema de ideas, de preferencias y de valoraciones, y el acierto de aquélla dependerá de la prudencia con que se vayan dosificando y balanceando criterios e intereses diferentes y hasta a veces contrapuestos”.

⁴⁷ KIERSZENBAUM, ob. cit.

⁴⁸ Incluso, el propio Soler remarcó en la exposición de motivos que “un derecho penal eficaz no parece ser el más severo, sino aquel que en sus valoraciones guarda un mayor ajuste con los valores sociales, realmente vigentes en un pueblo dado y en un momento dado”. Por otra parte, se ha dicho con justeza que “el Derecho de otros tiempos interesa al historiador como elemento de un conjunto más amplio, de un todo social organizado y regulado. El estudio de los modos de creación del Derecho y el examen de las instituciones jurídicas (...) constituyen un camino propicio para el conocimiento y explicación de sociedades pasadas. Incorporada como rama específica de la ciencia histórica, la Historia del Derecho vería a este último como un conjunto de normas emitidas desde el poder y, a través del análisis del funcionamiento real de las instituciones, sería conocer cómo vivían las personas” (DALLA CORTE CABALLERO, Gabriela, *La historia del derecho en la Argentina o la Historia jurídica como proceso*, Prohistoria, Año III, nro. 3, Rosario, 1999, p. 155). Dicho en pocas palabras: “[I]a justicia como laboratorio para la historia” (BARRIERA, Darío G., *La justicia como laboratorio para la historia. Relaciones personales y recursos jurídicos en procesos judiciales (Santa Fe, Río de la Plata, Siglo XVII)*, Tierra firme, Caracas, 2002, nro. 78, año 20, volumen XX, p. 143 y ss.).

⁴⁹ BÁEZ, Julio C., *La reforma del Código Penal* en Suplemento Penal 2017 (marzo) 4, La Ley, 2017-B, 684, cita on line AR/DOC/379/2017.

“La tarea de desentrañar, de describir y mostrar ese complejo cañamazo ideológico que determina la estructura y la sustancia de la ley no es casi nunca una tarea sencilla. La empresa, además, está llena de riesgos, por el peligro de que el examen vaya más cargado de opinión que de descripción (...)”.

“Las leyes penales son un buen retrato, una buena expresión de las fuerzas espirituales impulsadas de un pueblo y su máximo riesgo, porque las posiciones metafísicas y políticas repercuten allí directamente. A un estado siempre se le puede decir: muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo”⁵⁰.

.....

3. A modo de conclusión

La obra de Soler constituyó un anclaje nacional y sentó las bases de un derecho penal congruente con el atalaya constitucional. Con sus críticas recondujo el rumbo de la doctrina y jurisprudencia hacia estándares respetuosos de la dignidad humana. Es que la peligrosidad ya no podía servir de base para fundamentar la pena.

Como dijo Mosca: “la base positiva y humana de la teoría de la peligrosidad no aspira a establecer en el juicio penal, que es humanamente falible (...) sino sólo una presunción relativa que se refiere a ciertas categorías de delincuentes. Y por el hecho indiscutible de que la presunción es sólo relativa y la realidad posterior puede desmentirla, la teoría científica de la peligrosidad crea un conjunto de instituciones destinadas a dar al juicio penal los medios necesarios para que pueda comprobarse en el transcurso del tiempo la persistencia o la cesación de una aptitud antisocial que un juez ha atribuido a un hombre como consecuencia lógica de los antecedentes que hasta ese momento ha conocido”⁵¹.

Al emplear el buen sentido desestimó el peligrosismo del derecho penal, como lo prueba la regulación que preveía para los casos de imputación disminuida o de inimputabilidad total.

Impulsó un avance y se erigió como límite de la concepción positivista criminológica que tendía a reducir el problema a cuestiones

⁵⁰ SOLER, ob. cit., p. 7.

⁵¹ RAMOS, Juan P., *Defensa social contra el delito* en Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal, tomo XXVIII, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1929, p. 29, citado por DOVI, ob. cit.

médicas alejadas del Estado de Derecho. Y si además dejó al descubierto las exorbitancias justicialistas que se extendieron aun durante la proscripción del partido, debe reconocerse que su tarea, más allá de no ser aprobada ante el golpe cívico militar que depuso a Frondizi, constituye un legado que ha marcado nuestra marcha jurídica como nación.

Además, al aplicar una estrategia penal que conjugaba la dimensión sociológica, normativa y dikelógica, pudo reencauzar el objetivo de la norma punitiva. Al observar el comportamiento humano elaboró descripciones jurídicas lógicas que colocaban en el eje la voluntad del autor al que dejó de llamarlo delincuente. Esta recuperación que encarnaba debe continuar vigente y en este sentido resulta necesario seguir estudiando su obra, pues –dice Ciuro Caldani- frente a las posiciones exegéticas y las del formalismo normativista actual queda claro el empobrecimiento legalista⁵².

En fin. Su paso hizo mella en una nueva y esperanzadora interpretación constitucional de la tipología penal y en función de ello esperemos que estas líneas sirvan de sentido homenaje.

4. Bibliografía

ANZIT GUERRERO, Ramiro, Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina, 1ª ed., Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011.

CESANO, José Daniel, Ensayos para la reconstrucción histórica del control social formal en Argentina, Alveroni, Córdoba, 2006.

GALASSO, Norberto, Historia de la Argentina: desde los pueblos originarios hasta el tiempo de los Kirchner, 1ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Colihue, 2011.

GALASSO, Norberto, La compañera Evita, 1ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, Colihue, 2012.

HALPERIN DONGHI, Tulio, Revolución y Guerra: formación de una elite dirigente en la Argentina criolla, 3ª ed., Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

HOBBSAWN, Eric, Historia del siglo XX, 10ª ed., 10ª reimp., Buenos Aires, Crítica, 2013.

⁵² CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Acerca de la estrategia jurídica*, La Ley, 16/05/2014, 16/05/2014, 1, 2014-C, 784, cita on line AR/DOC/1215/2014.

JIMÉNEZ DE ANSÚA, Tratado de Derecho Penal, Losada, 1950.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis – LAPLAZA, Francisco P., Comentarios al proyecto de Código Penal Argentino, Bibliográfica Omeba SA, Buenos Aires, 1962.

LEVAGGI, Abelardo, Historia del Derecho Penal Argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Lecciones de Historia Jurídica, tomo IV, Perrot, Buenos Aires, 1978.

LEVAGGI, Abelardo, Manual de Historia del Derecho Argentino, Tomo I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

LEVAGGI, Abelardo, Orígenes de la codificación argentina: los reglamentos de administración de justicia, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1995.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal y control social, Temis, Bogotá, 1999

NUÑEZ, Ricardo, Significado de Sebastián Soler para el derecho penal argentino en Doctrina Penal, Año 3, 1980.

PIGNA, Felipe, Los mitos de la historia argentina 5, 1ª ed., Buenos Aires, Planeta, 2013.

RAMOS, Jorge Abelardo, Historia de la Nación Latinoamericana, 1ª ed. 4ª reimp., Buenos Aires, Continente, 2012.

SOLER, Sebastián, Bases ideológicas de la reforma penal, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1966.

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 5ª ed., tomo I, TEA, Buenos Aires, 1988.

SIGAL, Silvia, Intelectuales y poder en la década de 1960, Buenos Aires, ed. Puntosur, 1991.

SIERRA, Hugo Mario & CANTARO, Alejandro Salvador, Lecciones de derecho penal: parte general, 1ª ed., Bahía Blanca, Universidad Nacional del Sur, Ediuns, 2005.

SPINELLI, María Estela, Los vencedores vencidos. El Antiperonismo y la "Revolución Libertadora", 1ª ed., Buenos Aires, Biblos, 2005.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor & MARTIRÉ, Eduardo, Manual de Historia de las Instituciones Argentinas, 7ª ed. act., Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2005.

TERÁN, Oscar, Nuestros años sesentas. La información de la nueva izquierda intelectual argentina, Buenos Aires, siglo XXI, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio, Criminología. Aproximación desde un margen, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl & ARNEDO, Miguel Alfredo, Digesto de Legislación Penal Argentina, tomo I, Madrid, A.z Editora, 1996.

ZARRAFONI, Eugenio, En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, Ediar, Buenos Aires, 1998.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, Historia del Derecho Argentino, tomo I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, Perrot, Buenos Aires, 1966.

.....

2. DERECHOS HUMANOS DE LOS MENORES MIGRANTES COMO GRUPO VULNERABLE

Pablo Rafael Banchio (Argentina/Italia)⁵³

1. La situación de vulnerabilidad frente a las migraciones

Si bien las migraciones siempre existieron por diversas razones y son una realidad en un mundo globalizado, la crisis de los refugiados del siglo XXI en el mar Mediterráneo convirtió la palabra migración en sinónimo de supervivencia poniendo en contradicción principios fundamentales del derecho positivo tradicional con derechos humanos básicos que requieren una armonización justa para brindar respuestas jurídicas satisfactorias al problema sociopolítico y humanitario presentado⁵⁴.

Como consecuencia de guerras, pobreza, hambrunas, persecuciones políticas o religiosas, desastres naturales, conflictos armados y muchas otras causas, miles de personas atraviesan el mar Mediterráneo hacia Europa en embarcaciones no aptas para navegar con el objetivo de buscar mejores condiciones de vida, y lo hacen con dos preguntas que retumban en su mente: ¿A dónde podrán ir? ¿Cuándo podrán

⁵³ Publicado en la Sección Doctrina, Año XIII, Número 31, noviembre de 2022, pp. 3-22.

⁵⁴ A finales de 2018, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), había 74,8 millones de personas obligadas a huir como consecuencia de la violencia, los conflictos, la persecución y las violaciones de los derechos humanos. El ACNUR calcula que una media de 44,4 personas se ven obligadas a abandonar sus hogares cada día. Dentro de esta cifra global, que marcó un récord histórico, los grupos más relevantes son los llamados "desplazados Internos", a los que pertenecen más de 41 millones de personas (55,4%), seguidos en segunda posición por los "refugiados reconocidos" (o pertenecientes a categorías legales similares), que suman 20 millones 361 mil personas (27,2%). El número de solicitantes de asilo en espera de que se les reconozca el estatuto de refugiado no es despreciable: 3,504 millones de casos, es decir, el 4,7% del total. <https://www.unhcr.org/global-trends-2018-media.html>.

volver?, ya que la gran mayoría de ellos desean el retorno ni bien emprenden el viaje.

Esa travesía animada por un futuro mejor se convierte en una catástrofe que está costando la vida de muchas personas en su intento de llegar a la "Fortaleza Europa"⁵⁵, entre ellos, el pequeño Aylan, cuya imagen, tirado en la arena del Mediterráneo, dio la vuelta al mundo y conmovió, al menos temporalmente, las conciencias de muchas personas sensibles.

Este desastre humanitario ocurre negando principios jurídicos fundamentales en un mar que fuera puente de civilizaciones hacia la cuna de la cultura occidental, de los derechos del mar, de la declaración de los derechos del hombre, y del derecho humano a una migración segura ordenada y regular.

Durante este terrible viaje muchos solicitantes de asilo y migrantes son detenidos y el recibimiento que les espera en Europa dista mucho de ser acogedor y amistoso. La retórica xenófoba y racista no solo va en aumento, sino también está ganando aceptación política y lamentablemente social⁵⁶ sumado a un plan de acogida que, con excepción del modelo ucraniano, se convirtió en un confuso y opaco sistema de clasificación y discriminación inhumana de hombres, mujeres y niños⁵⁷, que representan -estos últimos- el segmento más vulnerable, especialmente aquellos que viajan solos.

Estos niños, empujados por la desesperación de sus padres en busca, no ya de una vida mejor sino simplemente de una vida, presentan una triple vulnerabilidad: el hecho de ser menores, solos y extranjeros. Son niñas y niños obligados a huir de sus hogares para lograr protección y reconocimiento de los derechos negados ya que abandonan su país de origen para escapar de guerras, situaciones de conflicto generalizado, persecuciones por razones políticas, étnicas, religiosas, por pertenecer a

⁵⁵ BANCHIO, Pablo; "Una sfida alla Fortezza Europa. Dimensione dikelogica del diritto umano a non emigrare". *Rivista di Giurisprudenza e Diritto Comparato*. Anno III, Volume 6, Fascicolo 2/2020 luglio-dicembre, pp. 15-36. <https://giurisprudenzaediritto.comparato.iles.wordpress.com/2020/11/vol.-6-fasc.-2-2020-luglio-dicembre.pdf>. Sobre el concepto puede verse: "Fortaleza Europa" (Fortress Europe trad. Daniel Laks) en ELTING, John y VON LUTTICHAU, Charles; *El Tercer Reich*, vols. 39 y 40, Madrid: Rombo, 1997.

⁵⁶ NACIONES UNIDAS; Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Asamblea General, 70/59, 21 de abril de 2016. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10614.pdf>.

⁵⁷ https://www.interno.gov.it/sites/default/files/cruscotto_statistico_giornaliero_17-06-2020.pdf.

un grupo social determinado, de género, o por violaciones de los derechos de los niños.

1.1 Los derechos humanos de los grupos vulnerables

Lo que se conoce como "proceso de especificación"⁵⁸ de los derechos humanos, en palabras de Norberto Bobbio⁵⁹, produjo relevantes cambios en el modelo inicial de generalización de los mismos y el posterior de expansión, ya que trajo aparejado el reconocimiento de derechos a sujetos y colectivos específicos que se encuentran en situaciones particulares, buscando alcanzar una idea de igualdad material mas allá de la formalidad abstracta de "todos libres e iguales en dignidad y derechos".

Consiste efectivamente, en la materialización de los derechos humanos en función de las características propias de un grupo social vulnerable para hacer viable su concreción real, toda vez que existen diferencias que deben ser tenidas en cuenta para que el ejercicio de esos derechos se concrete en personas que son diversas en múltiples aspectos.

En esta etapa de concreción, se desarrollan normas y procedimientos que intentan garantizar los derechos humanos de grupos sociales en situación de vulnerabilidad, y a partir de las demandas de las sociedades contemporáneas, se designan titulares de derechos específicos que consisten, no solo en una gradual y mayor determinación de los sujetos poseedores de los mismos, sino también en el contenido de ellos.

Así, los derechos humanos avanzan hacia algunas situaciones -que no se pueden resolver desde categorías generales como hombre o ciudadano-, mediante la construcción de derechos específicos atribuibles a algunos grupos sociales concretos que son cada uno de los llamados "desfavorecidos o vulnerables"⁶⁰ (*weak subjects*) que constituyen un

⁵⁸ Al lado de los procesos de positivación, generalización, internacionalización de los que he hablado al comienzo, se ha manifestado en los últimos años una nueva línea de tendencia que se puede llamar de especificación, consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos. (...)

⁵⁹ BOBBIO, Norberto; *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991, p. 109.

⁶⁰ Una de las acepciones de "débil" que se encuentra en el diccionario de la Real Academia Española (RAE) señala que esta palabra se refiere a aquel "escaso o deficiente, en lo físico o en lo moral". Sin embargo, la RAE define vulnerable como aquel "que puede ser herido o

sector que se encuentra en situación de especial desprotección provocando una vulnerabilidad que debe ser superada⁶¹.

Muchas veces esa vulnerabilidad está ocasionada por la falta de eliminación de barreras que impidan el goce de los derechos humanos básicos ya consagrados, como suele pasar en el tema que nos ocupa, en la doble instancia que presentan los niños refugiados, por su situación de inmadurez en razón de la edad y por la vulnerabilidad propia de su condición migratoria.

1.2 Cuadro de situación

La tragedia de la crisis de refugiados descrita en el primer inciso del presente apartado 1 deja en evidencia tres deserciones de la actual política de la Unión Europea sobre migración y asilo: consigo misma, con los refugiados y con la humanidad. Muertes en tierra y mar, batallas entre las policías de fronteras que normalmente eran pacíficas y personas que buscan seguridad o simplemente una vida mejor, huyendo de la guerra y la pobreza. Los centros de detención, las vallas y la desesperación que vemos casi diariamente así lo demuestran⁶².

Las ramificaciones y manifestaciones de esta tragedia migratoria se extienden y se entremezclan con las políticas nacionales y europeas, así como con los problemas económicos existentes, la xenofobia, el miedo de la población a los ataques terroristas, y mucho más.

Las reacciones son tan dispares como la muerte de personas transportadas por contrabandistas en barcos no aptos para navegar, gobiernos discutiendo sobre el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) y el número de refugiados que van o, mejor dicho, no van a permitir dentro de sus países, y las controvertidas respuestas a la catástrofe que continúa desarrollándose en el Mediterráneo. Junto a esto también vemos un aumento de la compasión popular, la solidaridad y la ayuda a

recibir lesión, física o moralmente", por lo que alguien correctamente protegido no será vulnerable.

⁶¹ NUÑEZ, Pilar; "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos". *Revista Española de Relaciones Internacionales*, Núm. 4, pp. 125-167.

⁶² VAN SELM, Joanne; "¿Son el asilo y la inmigración realmente una cuestión de la Unión Europea?", *Revista Migraciones Forzadas*, número 51; www.fmreview.org/es/destino-europa.

las personas cuyo sufrimiento humano dentro y fuera de Europa constituye la realidad detrás de la retórica⁶³.

Embarcaciones precarias, barcasas y "gomones" neumáticos sobrecargados hasta el tope de personas en busca de seguridad; mujeres, hombres, niñas y niños⁶⁴ ahogados en su intento de escapar de la violencia y la pobreza; miles de jóvenes desaparecidos, presos, y explotados -incluso sexualmente- muchos de ellos, por grupos delictivos⁶⁵ y organizaciones criminales mafiosas.

Para niños y jóvenes, el trayecto está marcado por un alto grado de abuso, así como por la trata y la explotación. Aquellos que viajan solos, pero también los que cuentan con bajos niveles de educación y los que emprenden viajes más largos están más expuestos que otros, dentro de los cuales los más vulnerables de todos son quienes viajan del África Subsahariana⁶⁶.

Estas conclusiones proceden de un análisis de UNICEF y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) de los viajes de unos 11.000 niños migrantes y refugiados (adolescentes de entre 14 y 17 años) y jóvenes (de entre 18 y 24), realizado a partir de sus respuestas a las encuestas de control de flujos de la matriz de seguimiento de desplazados llevadas a cabo por la OIM a lo largo de las rutas del Mediterráneo central y oriental hacia Europa⁶⁷.

1.3 La infancia

La migración forzada por causas de la guerra lleva al fin de la infancia, los niños no tienen más puntos de referencia, han perdido sus

⁶³ *Revista Migraciones Forzadas*, número 51, en: www.fmreview.org/es/destino-europa.

⁶⁴ Más de la cuarta parte de los refugiados y migrantes que llegaron a Europa por las rutas del Mediterráneo son menores. Muchos llegaron sin padres, algunos fueron acompañados por otros parientes y otros viajaron sin adultos conocidos. La gran afluencia de menores no es una tendencia reciente; sin embargo, una vez que llegan a Europa, se enfrentan a grandes dificultades para obtener la protección y la ayuda que necesitan, como se afirma en el informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) sobre viajes desesperados en octubre de 2019.

⁶⁵ NACIONES UNIDAS; Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Asamblea General, 70/59, 21 de abril de 2016. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10614.pdf>.

⁶⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM); Una terrible travesía: Los niños y jóvenes en tránsito a través del Mediterráneo están en peligro de ser víctimas de la trata y la explotación. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, septiembre 2017

⁶⁷ Idem

propios padres, los amigos y no pueden ir a la escuela porque deben encontrar el modo de sobrevivir convirtiéndose imprevistamente en adultos. El miedo a las bombas hace que baste el rumor de un avión que pasa para generar terror en los niños, también una puerta cerrada por el viento puede provocar reacciones de pánico, pesadillas nocturnas, dificultad al dormirse por el terror de no despertarse más, generando heridas invisibles que signaran para siempre su vida.

La pérdida del sentido de futuro y la imposibilidad de ir a la escuela crea grandes problemas, además de la enseñanza también en la socialización.

En la zona de conflicto los padres, no pudiendo cuidar a sus propias hijas, las obligan a casarse con hombres de familias más ricas que se pueden ocupar de ellos, pensando así tenerlos lejos del riesgo de abusos y violencia sexual.

Incluso los niños más pequeños pagan el precio de las formas modernas de esclavitud; una de cada cuatro víctimas es un menor, obligado a someterse a diversas formas de explotación, incluso, niños soldados o donantes de órganos. El 37% de los matrimonios forzados se realizaron con menores, obligados a casarse antes de los 18 años. Entre estos últimos, el 44% de ellos se casan antes de los 15 años. Los niños explotados en el comercio sexual representan el 21% de todas las víctimas de esta categoría de abuso⁶⁸. Sin embargo, cuando hablamos de explotación sexual forzada, un 94% son mujeres y niñas (68% mujeres y 26% niñas) frente al 6% de hombres y niños (3% hombres y 3% niños).

Con respecto a las víctimas de trata de personas según el Informe de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)⁶⁹ el 72% de las víctimas son mujeres y niñas (49% mujeres y 23% niñas) frente al 28% de hombres y niños (21% hombres y 7% niños). Así, según el Informe de la Europol⁷⁰ en aquellos países en donde existe una cobertura legal para el ejercicio de la prostitución es mucho más frecuente la búsqueda de "mano de obra barata" en donde los traficantes

⁶⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT), "Global estimate of modern slavery: forced labour and forced marriage", 2017. Disponible en: <https://www.ilo.org/>.

⁶⁹ https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP_2018_BOOK_web_small.pdf

⁷⁰ <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/trafficking-in-human-beings-in-eu>

y proxenetas utilizan el marco legal para continuar con la explotación de sus víctimas con casi total impunidad⁷¹.

Según el estudio seguido de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se estima que 4,8 millones de personas sometidas a trabajos forzados (no abarcan todas las formas de esclavitud moderna ya adelantadas, como el tráfico de órganos y los niños soldados)⁷² son explotadas sexualmente, mientras que unos 4,1 millones de personas son condenadas a trabajos forzados por un Estado que abusa del uso del trabajo obligatorio o del trabajo en la construcción o la agricultura⁷³. De acuerdo con el Informe de la Comisión Europea para llevar a cabo su actividad hacen una interpretación forzada de las disposiciones legales dirigidas a trabajadores autónomos y del mundo de la hostelería⁷⁴.

2. La situación de vulnerabilidad frente a la edad

Durante largo tiempo, la comunidad internacional no consagró normas relativas a la protección de la infancia. El cuidado y protección de los niños era contemplado como parte exclusiva de la familia, y, cuando esta no podía garantizarla, el cuidado y asistencia de los niños se

⁷¹ SÁNCHEZ CÁCERES, Luis; "Dignidad robada". *La Era de los Derechos Humanos*. Disponible en <https://laeradelderechoshumanos.home.blog/2020/09/23/dignidad-robada/>.

⁷² Muy a menudo los varones adolescentes se emplean en actividades de guerra reales, en formación militar, guarniciones de los puntos de control o participan en batallas en las diversas líneas de frente. En algunos casos han sido reportados como niños empleados en ataques suicidas o como escudos humanos; más a menudo, especialmente menores de 15 años, son utilizados en actividades de apoyo a tropas de combate, como en las cocinas como portadores del campo o mensajeros, o a menudo, especialmente las chicas, pero también los chicos como esclavos sexuales de las tropas. SODDU, Francesco; BOTTAZZI, Chiara; FELICIANGLI, Danilo y BECCEGATO, Paolo; "Sulla loro pelle. Costretti a tutto per sopravvivere". *Dossier con dati e testimonianze*, Numero 34, Marzo 2018. Disponible en: <https://www.caritas.it>.

⁷³ El matrimonio forzoso a su vez prevalece en África. Sin embargo, no hay un solo país que sea inmune a la esclavitud: 1,5 millones de víctimas de la esclavitud viven en los países desarrollados. En algunos países como Mauritania, incluso, las personas pueden nacer en la esclavitud "hereditaria" si son descendientes de una madre esclava. La mayoría de las víctimas del trabajo forzoso han sufrido múltiples formas de coacción por parte de los empleadores o los reclutadores como un impedimento para su libertad. Casi una cuarta parte de las víctimas (24%) no recibían sus salarios regularmente o eran amenazadas con la falta de pago en caso de abandono del trabajo.

⁷⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0267&from=ES>.

consideraba parte de la caridad o la beneficencia. Por tanto, los niños eran objeto de protección pero no titulares de derechos.

Cuando la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 1 hace referencia a “todos los seres humanos” es de suponer que la expresión incluye a los niños aunque en su texto contiene únicamente dos artículos que hacen referencia expresa a los derechos de los niños: el artículo 25.2, que establece una protección de la maternidad, y el artículo 26, en materia de educación.

De este modo la Declaración enfatiza el derecho de los niños a cuidados y asistencia especiales y lo otorga directamente a través de la protección de sus derechos e indirectamente por medio de la protección⁷⁵.

Posteriormente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), los menores, como seres humanos, son titulares de los derechos incluidos en el y aplicables a todo individuo, además de los específicos como *v.g.*, la aplicación de la pena de muerte, prohibida para los menores de dieciocho años en el momento del delito⁷⁶. Indudablemente, niñas y niños ostentan la titularidad de los derechos civiles contenidos en el Pacto, sin embargo no resulta tan unánimemente aceptado que sean titulares de los llamados derechos políticos⁷⁷.

⁷⁵ NUÑEZ, Pilar; *op. cit.*

⁷⁶ Estados Unidos e Irán son los países con el mayor número de condenas a muerte de menores. Estados Unidos, además de ser el único país de la esfera occidental que contempla (en algunos estados) la pena de muerte para los menores, destaca por la presencia de numerosos menores condenados a cadena perpetua. Las cifras comunicadas en 2019 por la ONG *The Sentencing Project*, hablan de aproximadamente 2.100 personas que cumplen cadena perpetua por delitos cometidos cuando eran menores de dieciocho años. Esto no se aplica a todos los estados federales: 21 estados y el Distrito de Columbia han prohibido la cadena perpetua para los menores, mientras que en algunos estados la pena no se ha anulado pero es inaplicable de facto. NANNI, Walter: “Trent’anni di Convenzione ONU sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza”. *Dossier con dati e testimonianze*, Numero 52, novembre 2019. Disponible en: <https://www.caritas.it>.

⁷⁷ Concretamente encontramos los artículos 10.2 y 10.3, sobre menores privados de libertad. Los artículos 14.1 y 14.4, que incluyen garantías específicas para los menores en el ámbito de la administración de justicia. El 18.4, que garantiza la libertad de los padres a la hora de ocuparse de la educación religiosa y moral de los hijos. El artículo 23.1, que obliga a los Estados a asegurar protección a los hijos en caso de disolución del matrimonio de sus padres. Y, por último, el artículo 24, que contiene una prohibición expresa de discriminación al niño, reconoce el derecho de éste a tener un nombre y a registrarlos así como el derecho a adquirir una nacionalidad.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), afirma en su artículo 3 que “los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”, siendo así que se debe interpretar que también se aplica a los niños. El Pacto se refiere específicamente a los niños en los artículos 10, 12 y 13⁷⁸.

2.1 Evolución en los instrumentos jurídicos destinados a proteger de forma específica los derechos de los niños

2.1.1 Declaración de Ginebra de 1924

La Declaración de los Derechos del Niño de 1924, conocida como “Declaración de Ginebra”, fue adoptada por la quinta asamblea de la Sociedad de las Naciones. Se trata de una declaración breve, apenas un preámbulo y cinco principios, que tiene más valor simbólico, como hito histórico, que un valor jurídico real porque no tiene carácter vinculante y se trata de una exhortación a los adultos de realizar prestaciones asistenciales a los niños⁷⁹.

No fue hasta 1959 cuando se produjo un avance que llevaría a una protección normativa de los derechos de los niños general y

⁷⁸ El artículo 10.1 concede a la familia protección y asistencia, en especial mientras se ocupe del cuidado y educación de los hijos, por ser ésta “el elemento natural y fundamental de la sociedad” en tanto que el artículo 13 consagra en general el derecho a la educación. El artículo 10.3 contiene una amplia protección a la infancia, obligando a que los Estados adopten “medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. Del mismo modo ocurre con el artículo 12 que, al reconocer el derecho a la salud física y mental, prevé que los Estados adopten medidas para “la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”.

⁷⁹ “Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia, que: 1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo”.

universalmente reconocida. Ya en el marco de la ONU, fue adoptada una nueva Declaración de los Derechos del Niño⁸⁰. Este texto consta de un preámbulo y diez principios y mantiene *prima facie* la forma y estructura de la Declaración de 1924. Sin embargo, la lectura de la misma permite advertir que este texto ya supone un progreso en la forma de presentar y abordar los derechos de los niños⁸¹.

En efecto, la Declaración de 1959 sí otorga derechos a los niños, y éstos dejan de ser un objeto y se convierten en titulares de derechos de forma específica y se "insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas"⁸².

2.1.2 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Si bien el ataque a la familia tiene una larga génesis y una poderosa propulsión, que continúa hasta nuestros días⁸³, a mediados del siglo pasado ya se evidenciaba que socavadas sus bases como institución protectora de la niñez estaba flaqueando al perder la fuerza social que poseía entonces.

Fue así que en 1978 la delegación de Polonia presentó a la Comisión de Derechos Humanos un proyecto para adoptar una Convención sobre los Derechos del Niño, con la pretensión de que la misma fuese adoptada el año siguiente, en 1979 -declarado por las Naciones Unidas año internacional del niño- y celebrar así el vigésimo aniversario de la Declaración de 1959.

Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño fue finalmente adoptada diez años después, el 20 de noviembre de 1989, cuando habían pasado treinta años desde que la Declaración de los

⁸⁰ Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959.

⁸¹ NUÑEZ, Pilar; *op. cit.*

⁸² *Idem.*

⁸³ Muchos análisis sociopsicológicos, afirman que la sociedad actual es post-parental, *viz* más allá de las figuras del padre y la madre. En la retórica de la corrección política, la familia se presenta como algo que debe ser rechazado, y la palabra "padre" contenida en la Declaración comienza a significar un concepto negativo, una palabra que debe prohibirse, como lo demuestran los recientes proyectos de ley en Italia para reemplazarla igual que la palabra madre en los documentos de identidad de los menores por las palabras "genitore 1" y "genitore 2".

Derechos del Niño. Fue adoptada por unanimidad y en la actualidad forman parte de ella prácticamente todos los Estados del planeta⁸⁴.

Al igual que ocurre con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, que mencionaremos *infra*, la Convención es un instrumento comprensivo de los todos los derechos de niños y niñas. Esto es, reconoce tanto los denominados derechos civiles y políticos como los sociales económicos y culturales⁸⁵.

La Convención, igual que sus análogas de la ONU, establece un órgano de vigilancia y supervisión: el Comité de los Derechos del Niño, creado en 1991, cuya ineficacia resulta llamativa ya que solo se limita a invitar a los Estados al buen comportamiento y a respetar los derechos protegidos en el tratado. Esta deficiencia motivó la adopción en diciembre de 2011 y apertura a la firma en febrero de 2012, del tercer protocolo facultativo a la misma (OP3-CRC) que señalaremos *infra*.

2.2 El desarrollo posterior a la Convención de 1989

Los días 29 y 30 de septiembre de 1990 tuvo lugar la Cumbre Mundial en favor de la infancia con ciento cincuenta y nueve países y la participación directa de setenta y un jefes de Estado que adoptó la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, Protección y el Desarrollo del Niño así como un Plan de Acción para poner en práctica la misma.

Posteriormente, la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1993, adoptó una Declaración y un Programa de Acción, en el que se dedica específicamente un capítulo a los Derechos del Niño.

Además, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, China, en septiembre de 1995, trató los derechos de la niña como mujer del mañana⁸⁶.

El Comité de los Derechos del Niño elaboró un Protocolo Facultativo a la Convención que elevó a dieciocho años la edad mínima para el reclutamiento y la participación en conflictos armados establecida en el artículo 38 del instrumento normativo⁸⁷.

⁸⁴ Son ciento noventa y tres los estados parte los que la han ratificado con excepción de Estados Unidos.

⁸⁵ NUÑEZ, Pilar; *op. cit.*

⁸⁶ <https://beijing20.unwomen.org/es/about>.

⁸⁷ Doc. CRC/C/16, de 5 de marzo de 1993.

En 1994, la Comisión de Derechos Humanos estableció un Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, para que elaborase con carácter prioritario un proyecto de Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, utilizando de base el anteproyecto elaborado por el Comité de los Derechos del Niño⁸⁸. Fueron necesarios seis períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, celebrados entre 1995 y 2000, para llegar a la adopción del Protocolo, que fue finalmente adoptado (2173 UNTS 222, 25 de mayo de 2000) y entró en vigor el 12 de febrero de 2002).

Mediante la Resolución 1994/90 la Comisión de Derechos Humanos elaboró un proyecto de Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía que fue adoptado mediante la Resolución de la Asamblea General 54/263 (2171 UNTS 227, 25 de mayo de 2000) y entró en vigor el 18 de enero de 2002 con ciento cincuenta y un Estados parte, un mes antes del Protocolo relativo a la participación de niños en conflictos armados, que lo hizo el 12 de febrero de 2002⁸⁹.

En orden cronológico, los tres instrumentos internacionales que completan la situación jurídica de los niños como titulares de derechos son: a) la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, conocida como "Convención de Palermo", que contiene normas relativas a ellos (2225 UNTS 209, 15 de noviembre de 2000) con fecha de entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003⁹⁰.

b) El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, (2237 UNTS 319, 15 de noviembre de 2000) que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003⁹¹.

Con posterioridad, c) el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, el 19 de diciembre de 2011⁹² a que hicimos referencia

⁸⁸ Doc. E/CN.4/1994/91, de 9 de marzo de 1994.

⁸⁹ <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-conv-ention-rights-child-involvement-children>.

⁹⁰ <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.

⁹¹ http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_prev_repri_y_sanci_trata_pers_espe_muje_y_niño_compl_conve_nu_contr_deli_org_trans.pdf.

⁹² <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/monitoring-childrens-rights>.

anteriormente que entró en vigor el 14 de abril de 2014, permitiendo al Comité recibir denuncias de menores o sus representantes y ONGs contra de los Estados parte de la Convención⁹³.

2.3 Derecho de la Unión Europea

Naturalmente, los países de la Unión Europea (en adelante UE) también están obligados a cumplir todos los instrumentos recién referidos. Además, en el marco comunitario europeo, los derechos del niño son objeto de interés jurídico en algunos reglamentos adicionales y específicos, que son obligatorios para los miembros de la UE. El Tratado de la Unión Europea (TUE) impone a sus integrantes la obligación de promover la protección de los derechos del niño; la Carta de los Derechos Fundamentales (UE), la normativa de la UE y los reglamentos y directivas de la UE, así como así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) ayudan a definir mejor la protección de los derechos de los niños.

En el Consejo de Europa, un gran número de convenios abordan aspectos específicos de la protección de los derechos de los niños, desde los derechos y la seguridad de los niños en el ciberespacio hasta la adopción. Estos convenios contribuyen a enriquecer la protección ofrecida a los niños en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio) y de la Carta Social Europea, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos y las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)⁹⁴.

En 1987 se creó la figura del "Defensor del Pueblo del Parlamento Europeo para los niños víctimas de secuestro parental internacional". En el momento de su creación, la cooperación entre los Estados miembros en materia de derecho de familia era escasa o nula y algunos casos de ciudadanos europeos implicados en sustracción de menores o la persistencia de diversos litigios sobre el derecho de visita a través de las fronteras habían puesto de manifiesto una zona gris de falta de supervisión y control. La creación de la figura del Defensor del Pueblo representó, por tanto, una solución pragmática a estos incidentes⁹⁵.

⁹³ NUÑEZ, Pilar; *op. cit.*

⁹⁴ NANNI, Walter; *op. cit.*

⁹⁵ Idem

3. La situación jurídica de los menores migrantes

3.1 La Convención de Ginebra

Las formas específicas relacionadas con los niños no están cubiertas explícitamente por la Convención de Ginebra. El artículo 1(A)2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967 se aplican a todas las personas independientemente de la edad.

Como confirmación de esto, en diciembre de 2009 las recomendaciones de las Naciones Unidas, para una interpretación más amplia de la Convención de Ginebra, con las Directrices sobre Protección Internacional abarcó las solicitudes de asilo de menores en virtud de los artículos 1(A)2 y 1(F) de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1951 y Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados⁹⁶.

Anteriormente, el ya mencionado Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en referencia a la definición de refugiado había sostenido que "se interpretará de manera adecuados a la edad y al sexo, teniendo en cuenta las razones específicas, así como las formas y manifestaciones particulares de la persecución sufrida por parte de los menores".

Muchos menores extranjeros no acompañados tampoco son registrados como tales ya sea por los abreviados procedimientos de identificación y evaluación de la edad, así como por la ausencia de información legal adecuada de los operadores especializados o porque llegan a través de las fronteras terrestres o con pequeños desembarcos que son difíciles de rastrear.

Por estas razones, un gran número de menores son tratados como adultos, sometidos a órdenes de expulsión, tratados como inmigrantes en centros de detención, dispersos por todo el territorio sin la necesaria protección, expuestos a situaciones de perjuicio y explotación y de hecho impedidos de solicitar protección internacional, también -es necesario decirlo- por indicaciones de los traficantes o por ser víctimas de la trata después de un largo viaje, lleno de peligros y sin nada agradable que recordar.

⁹⁶ <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>

3.2 El Pacto Mundial de las Migraciones de 2018

En el contexto de la crisis de refugiados-migrantes, cuyo pico fue alcanzado, en 2015; el 19 de septiembre de 2016, en la 71ª sesión de la Asamblea General de la ONU, los representantes de los Estados miembro adoptaron por aclamación la Declaración de Nueva York sobre Refugiados y Migrantes⁹⁷ que fue el primer paso hacia la firma del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (A/RES/73/195)⁹⁸.

El Pacto es un acuerdo internacional que permite sentar las bases para una dar una respuesta internacional más firme, previsible y equitativa a las graves dificultades que afrontan los refugiados⁹⁹.

Aprobado el 19 de diciembre de 2018, el instrumento internacional reconoce por primera vez que los niños son fundamentales para la gestión de la migración y ofrece una hoja de ruta a la comunidad internacional y a los países de acogida para mejorar la inclusión de los refugiados en los sistemas, sociedades y economías nacionales, a fin de que puedan contribuir a sus nuevas comunidades y asegurar su propio futuro.

UNICEF como miembro de la Red de las Naciones Unidas sobre Migración está trabajando para traducir los compromisos que los gobiernos acordaron en el documento del Pacto en un cambio real y un impacto positivo en las vidas de los niños en tránsito de todo el mundo y ha desarrollado un "Plan de acción conjunta" con ACNUR para renovar el compromiso común con los derechos de los niños refugiados y las comunidades que los acogen, y para apoyar su inclusión y acceso a servicios vitales, especialmente salud y educación¹⁰⁰.

3.3 Derecho a la protección especial de los refugiados

Dentro del vasto universo de las personas migrantes, los menores de 18 años constituyen aproximadamente la mitad de la población: hay

⁹⁷ Declaración de Nueva York para Refugiados y Migrantes, ONU doc. A/RES/71/1 (19 de septiembre de 2016).

⁹⁸ Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, UN doc. A/RES/73/195 (19 de diciembre de 2018).

⁹⁹ BANCHIO, Pablo; "Perspectivas del Pacto Mundial para la migración en el derecho internacional migratorio y los derechos humanos de las personas migrantes". *Doctrina Jurídica*, Año XIII, número 30, Buenos Aires, 2022, pp. 38-58.

¹⁰⁰ Idem.

39 millones de menores, es decir, el 52% de todas las personas que experimentan situaciones de penuria atribuibles al fenómeno de la migración forzosa¹⁰¹.

Entre el grupo de menores que se ven obligados a abandonar sus hogares debido a diversas formas de violencia y persecución, destaca la presencia de más de 300.000 menores no acompañados registrados en unos ochenta países. El fenómeno parece haber aumentado fuertemente en los últimos años, superando en más de 230 mil el total de 66 mil registrado en años anteriores¹⁰².

Desde el punto de vista de la composición por edades, el grupo más numeroso de menores refugiados y solicitantes de asilo se encuentra en la franja de edad de 5 a 11 años (21%), seguido de los niños pequeños (17%). Los adolescentes, en cambio, representan el grupo menos numeroso (14%)¹⁰³.

Los niños no acompañados y los separados corren un riesgo mucho mayor de ser víctimas de la trata y el tráfico -de hecho, representan casi un tercio de las víctimas de trata en todo el mundo-, la explotación, la violencia y los abusos. Los niños desarraigados de sus familias se enfrentan a graves riesgos para su salud y seguridad, así como a enormes obstáculos que limitan su acceso a los servicios que necesitan para mejorar: la atención médica y la educación quedan gravemente comprometidas durante el viaje del niño, incluso cuando está acompañado.

Estos niños y adolescentes que emprenden el camino del exilio son especialmente vulnerables: la mayoría de ellos han huido de situaciones de conflicto y persecución en sus países de origen (excluida Ucrania en 2022, el 63% eran de Afganistán, Siria y Sudán del Sur), y siguen expuestos a riesgos de violencia, explotación y abuso durante su viaje¹⁰⁴.

¹⁰¹ Los refugiados, solicitantes de asilo y desplazados internos son: 79,5 millones. 68% de los refugiados en el mundo provienen de cinco países: Siria 6,6 millones Afganistán 2,7 millones Sudán del Sur 2,2 millones Myanmar 1,1 millones Somalia 0,9 millones. 4 de cada 5 refugiados viven en países limítrofes con su país de origen. Datos del informe *Global Trends* de ACNUR 2019 en diciembre de 2019.

¹⁰² En el caso de los refugiados 1 de cada 2 son niños de los cuales 153.300 no acompañados. Fuente: Idem

¹⁰³ Fuente: Idem

¹⁰⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM); *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. PUB2019/033/L, Ginebra, Suiza, 2019.

3.4 Derecho a la educación

Para cada niño refugiado, poder ir a la escuela significa salvar su vida y así lo consagra el artículo 22 de la Convención de Ginebra, de 1951¹⁰⁵.

De los estudios realizados por ACNUR se desprende que un niño refugiado que no va a la escuela corre el riesgo de ser reclutado por grupos armados o de ser explotado laboralmente o de ser objeto de violencia. Este riesgo es especialmente alto para las niñas, que corren un mayor peligro de matrimonio y de embarazo precoz. Pero los que no tienen acceso a la educación son cada vez más: más de 3,5 millones, según el informe *Left Behind*, presentado en 2017 por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados¹⁰⁶.

En concreto, sólo la mitad de los menores refugiados están matriculados en la escuela primaria, mientras que menos de una cuarta parte de los adolescentes refugiados asisten a la escuela secundaria. Hay varios obstáculos y problemas que impiden a los niños refugiados acceder a la educación, *v.g.*, muchos pierden meses o años de escuela desde que huyen.

Como se ven obligados a huir a otros países, a menudo tienen que aprender un idioma diferente, y casi siempre se enfrentan a un cambio de itinerario escolar y de planes de estudio. A esto hay que añadir otras dificultades estructurales, como el tamaño insuficiente de las aulas y cantidad de clases, la falta de instalaciones y equipos o la inadecuación de los mismos, y las dificultades económicas de muchas familias que no pueden hacer frente a los costos y otras necesidades básicas.

Según datos de Eurostat, en los Estados miembros de la UE, los menores extranjeros no acompañados (el 89% son varones) suelen representar el 15% de todos los menores solicitantes de asilo. En 2019, más de dos tercios de ellos tenían entre 16 y 17 años (77%, es decir, unas 24.200 personas), mientras que los que tenían entre 14 y 15 años

¹⁰⁵ "Educación pública. 1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental. 2. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general respecto de la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto a acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas".

¹⁰⁶ http://www.unhcr.org/left-behind-media#_ga=2.124346755.880614750.1660314686-1146261282.1660314686

representaban el 16% (unas 5.000 personas) y los menores de 14 años el 6% (casi 2.000 personas).

Una vez que llegan a Europa de forma ilegal, muchos de estos menores no reciben las condiciones mínimas de asistencia necesarias, en primer lugar la protección contra los abusos y la violencia. En muchos países faltan instalaciones de acogida adecuadas, operadores cualificados, itinerarios educativos diseñados para limitar el riesgo de marginación y explotación, intérpretes y mediadores culturales capaces de facilitar las relaciones con el sistema de bienestar local. El resultado más preocupante de esta insuficiencia es el llamado "ejército de los invisibles". Los últimos datos actualizados hablan de 4.307 menores no acompañados que llegaron a Italia y luego quedaron en paradero desconocido, pertenecientes a 23 grupos étnicos diferentes. Algunos de estos niños son probablemente repatriados, otros pueden haber huido de sus lugares de acceso¹⁰⁷.

4. Propuestas

a) Derecho humano a no emigrar. Porque hay esperanza ningún niño debería sentirse obligado a emigrar de su hogar, pero hasta que no se aborden las causas profundas de la migración, es poco probable que la situación cambie. Ello nos hace pensar que las respuestas no están resultando adecuadas para la resolución de las dramáticas situaciones planteadas y este problema requiere una respuesta jurídica novedosa. Antes que el derecho a emigrar consagrado por la Declaración de Nueva York y luego el Pacto Mundial sobre Migración Segura, Ordenada y Regular mencionadas en el inciso 3.2, hay que reafirmar el "derecho a no emigrar", *viz*, a tener las condiciones para permanecer en la propia patria, y desarrollar en ella su proyecto de vida y personalizarse acorde a la cultura y forma de vida ya que es un derecho primario del hombre vivir en su tierra¹⁰⁸.

Entre otras cosas, esto significa hacer frente a la violencia comunitaria y de las bandas, reforzar los sistemas de protección para que los niños puedan estar seguros en sus propias comunidades, mejorar el acceso a la educación y a las oportunidades de empleo de calidad, y garantizar que los jóvenes tengan la oportunidad de adquirir las

¹⁰⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM); *Informe... cit.*

¹⁰⁸ BANCHIO, Pablo; *Derecho humano a no emigrar*. Buenos Aires: Perspectivas Jurídicas, 2020.

habilidades que necesitan para construir un futuro mejor y más seguro para ellos y sus países de origen.

b) Registrar todos los nacimientos. Inscribir a los niños al nacer es el primer paso para conseguir su reconocimiento ante la ley, salvaguardar sus derechos y garantizar que cualquier violación de los mismos no pase desapercibida.

Como vimos en el inciso 3.1, uno de los principales problemas es el de la identificación de los menores migrantes que arriban indocumentados por casos de apatridia, porque en sus países no se los otorgan, porque tienen que huir precipitados y no los pueden llevar consigo o, la mayoría de las veces, son los traficantes quienes se quedan con los documentos de las personas que transportan o son retenidos en las fronteras al cruzar los países de tránsito hasta llegar al destino.

Muchos son identificados como mayores por su apariencia física y enviados a centros de acogida o prisiones de mayores o bien expulsados como tales sin tener en cuenta que su condición de menores establece diferentes pasos procesales en resguardo del interés superior del niño.

Los padres a su vez, para iniciar el proceso de reconocimiento de la protección internacional necesitan acreditar la relación filial de sus hijos y deben realizar costosos estudios de ADN para certificar sus vínculos familiares ya que los Estados necesitan de este requisito para evitar el tráfico de niños o la venta de bebés y cada examen es muy caro y cualquiera sea el monto, es una cifra inimaginable para ellos.

Las Naciones Unidas han establecido el objetivo de que todos los seres humanos del planeta tengan una identidad legal para el año 2030 y UNICEF insta a los gobiernos para que documenten todos los nacimientos.

c) Big data e inteligencia artificial. Aprovechando los avances y desafíos de la era digital el reto al que se enfrenta la comunidad internacional es garantizar el diseño de sistemas que maximicen los beneficios positivos de las nuevas tecnologías de grandes datos e inteligencia artificial. Al mismo tiempo que se resguarda la privacidad, ofrecer protección contra los daños y capacitar a las personas, incluidos los niños, para ejercer sus derechos. En tal sentido muchos gobiernos están reforzando los marcos normativos; los operadores del sector privado están comprendiendo las implicaciones de su papel; y los educadores están pensando en cómo dotar a los niños de las

herramientas para navegar el mundo online de forma segura. Moore¹⁰⁹, Moni¹¹⁰ y diversas iniciativas están avanzando en tal sentido.

5. Conclusión

Los niños deben estar a salvo de la violencia y tener la posibilidad de crecer junto a sus familias. No deberían dejar de asistir a la escuela ni tener miedo de ir al médico. No deberían ser objeto de discriminación por razón de su origen. Deberían poder sentirse como si estuviesen en su hogar allá donde estén y dondequiera que se encuentre el mismo y tener documentos, recepción, educación, salud e integración.

Todos los niños del mundo deben recibir el mismo trato, sea cual sea su origen o la razón que los obligó a dejar sus hogares conforme lo establecen el juego armónico de la normativa internacional de los derechos humanos, tanto en la letra la Convención sobre los derechos del niño y el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, como en la concepción teórica del derecho a "no emigrar" que postulamos.

6. Bibliografía

-BANCHIO, Pablo; *Derecho humano a no emigrar*. Buenos Aires: Perspectivas Jurídicas, 2020.

-BANCHIO, Pablo; "Perspectivas del Pacto Mundial para la migración en el derecho internacional migratorio y los derechos humanos de las personas migrantes". *Doctrina Jurídica*, Año XIII, número 30, Buenos Aires, 2022, pp. 38-58.

-BANCHIO, Pablo; "Una sfida alla Fortezza Europa. Dimensione dikelogica del diritto umano a non emigrare". *Rivista di Giurisprudenza e Diritto Comparato*. Anno III, Volume 6, Fascicolo 2/2020 luglio-

¹⁰⁹ Desarrollada en Estados Unidos, utiliza herramientas computacionales que ayudan a los refugiados a optimizar tiempos para encontrar nuevos hogares y mejorar sus posibilidades de conseguir empleo en tres meses.

¹¹⁰ Finlandia, está utilizando un libro de registro criptográfico (*blockchain*) para ayudar a resolver los desafíos a los que enfrentan los solicitantes de asilo y construir una nueva y construir una relación entre el gobierno y los ciudadanos. MONI permite crear y almacenar de manera segura una forma digital de identificación, que no puede ser corrompida y a la que se puede acceder desde cualquier lugar. En lugar de proporcionar los tradicionales desembolsos de efectivo entrega MONI una tarjeta prepaga que también está vinculada a una identidad digital única almacenada en una cadena de bloques.

dicembre, pp. 15-36.

-BOBBIO, Norberto; *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema, 1991.

-ELTING, John y VON LUTTICHAU, Charles; "Fortaleza Europa" (Fortress Europe trad. Daniel Laks). *El Tercer Reich*, vols. 39 y 40, Madrid: Rombo, 1997.

NACIONES UNIDAS; Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, Asamblea General, 70/59, 21 de abril de 2016. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10614.pdf>.

-NANNI, Walter: "Trent'anni di Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza". *Dossier con dati e testimonianze*, Numero 52, novembre 2019.

-NUÑEZ, Pilar; "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos". *Revista Española de Relaciones Internacionales*, Núm. 4, pp. 125-167.

-ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT), "Global estimate of modern slavery: forced labour and forced marriage", 2017. Disponible en: <https://www.ilo.org/>. Consultado: 11/08/2022.

-ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM); Una terrible travesía: Los niños y jóvenes en tránsito a través del Mediterráneo están en peligro de ser víctimas de la trata y la explotación. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, septiembre 2017.

-ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM); *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*. PUB2019/033/L, Ginebra, Suiza, 2019.

-SÁNCHEZ CÁCERES, Luis; "Dignidad robada". *La Era de los Derechos Humanos*. Disponible en <https://laeradelosderechoshumanos.home.blog/2020/09/23/dignidad-robada/>. Consultado: 11/08/2022.

-SODDU, Francesco; BOTTAZZI, Chiara; FELICIANGELI, Danilo y BECCEGATO, Paolo; "Sulla loro pelle. Costretti a tutto per sopravvivere", en *Dossier con dati e testimonianze*, Numero 34, marzo 2018.

-VAN SELM, Joanne; "¿Son el asilo y la inmigración realmente una cuestión de la Unión Europea?", *Revista Migraciones Forzadas*, número 51. Disponible en: www.fmreview.org/es/destino-europa. Consultado: 11/08/2022.

3. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA ACTIVIDAD MÉDICA EN VISTA DE LA BIOÉTICA Y BIODERECHO

Alexandra Barbosa de Godoy Corrêa (Brasil)
Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Brasil)¹¹¹

1. Introducción

Con los avances de la tecnología, el derecho a la vida ha sido objeto de diversas indagaciones interdisciplinarias, con el fin de resaltar las relaciones entre las distintas posibilidades de su manipulación y las cuestiones morales, sociales y legales.

La inteligencia artificial (IA) es una tecnología de uso general que tiene el potencial de mejorar el bienestar de las personas, contribuir a una actividad económica global sostenible positiva, aumentar la innovación y la productividad y ayudar a responder a los desafíos globales clave. Se implementa en muchos sectores como la atención médica y la seguridad (OCDE, 2019).

Además de los beneficios, la IA también plantea desafíos para nuestras sociedades y economías, en particular con respecto a los derechos humanos.

Ante el surgimiento de nuevas demandas, los instrumentos jurídicos que se creen deben buscar inspiración en el campo de la ética y, a partir de ella, ofrecer un núcleo de preceptos que responsabilicen los posibles abusos, especialmente los relacionados con el derecho a la libertad, vida y al principio de la dignidad humana (Fabriz, 2003, p. 273). Por tanto, en el mundo contemporáneo, el problema jurídico consiste en detectar los nuevos valores ético-sociales necesarios para afrontar esta nueva realidad social y en la forma en que se integran al Derecho.

¹¹¹ Publicado en la Sección Ensayos, Año XIII, Número 29, febrero de 2022, pp. 50-65.

Es en el contexto de una civilización tecnocientífica donde se dice que la Bioética es el campo adecuado para repensar la Ética, ya que el material de reflexión en la nueva rama de la filosofía moral trata el tema como el nacimiento de una nueva humanidad y de una nueva naturaleza. La interferencia del hombre en el mundo que lo rodea modifica no solo el mundo, sino el propio hombre, que se enfrenta a posibilidades hasta ahora desconocidas (Barretto, 2013, p. 268), como las que surgen de los nuevos conocimientos que aportan el desarrollo de nuevos conocimientos y tecnologías.

La bioética busca encontrar respuestas específicas a nuevos problemas en biomedicina. Constituye una fuente y parámetro de referencia, tanto para el científico, para los profesionales que actúan en el área, como para el ciudadano común, además de configurarse como un instrumento intelectual muy poderoso para la reflexión en el desarrollo de criterios de orientación y decisión, toma de decisión, frente a las tentaciones de los excesos practicadas por el Estado y por los propios investigadores.

La bioética nació, entonces, como respuesta a los desafíos que se encuentran en el cuerpo de una cultura, un paradigma del conocimiento humano y de la civilización. Es, sobre todo, una expresión teórica de la conciencia moral de un nuevo tipo de hombre dentro de una nueva cultura y civilización, es decir, una civilización tecnocientífica (Barretto, 2013, p. 274).

En este sentido, se puede decir que la Bioética es la nueva rama de la filosofía moral, ya que surge de la necesidad de establecer principios racionales que expliquen y sustenten el comportamiento humano frente a los nuevos conocimientos y tecnologías. Y solo pudo adquirir un cuerpo científico en el marco de una cultura y civilización específicas, pues la Bioética fue más allá del análisis médico-paciente y alcanzó todo el contexto involucrando los problemas de la vida, la salud, la muerte y las tecnologías relacionadas con ella (Barretto, 2013, p. 273).

En los últimos años, con la revolución digital, podemos ver la implementación de la robótica y la inteligencia artificial en el campo de la medicina con el uso de historias clínicas electrónicas, datos administrativos digitales, datos recolectados de equipos médicos conectados a internet (Internet de las Cosas en medicina), datos de investigación clínica y farmacéutica, datos genómicos, diagnósticos, telemedicina, etc. La medicina convencional (limitada al tratamiento de

patologías) da paso a la medicina preventiva, predictiva, personalizada y proactiva (Neto, 2020, p. 140).

La digitalización del sector salud y la implementación de la IA posibilitan una mayor eficiencia en los diagnósticos médicos, especialmente en la detección temprana de enfermedades, así como en el apoyo a la decisión clínica, dada su capacidad para procesar y analizar rápidamente la cantidad de datos (Neto, 2020, p. 141).

Sin embargo, la IA también puede causar daños impredecibles, como, por ejemplo, un diagnóstico erróneo, el uso de datos de una manera que conduce a la discriminación o, incluso, la exclusión, la dificultad para acceder a la atención médica, la reducción del papel del médico, la falta de seguridad en la confidencialidad de las personas, datos y datos sensibles recopilados del paciente y el desconocimiento de su destino, falta de una regulación adecuada para establecer límites al uso de la inteligencia artificial, poca transparencia y falta de consentimiento del paciente para el uso de la inteligencia artificial en la realización de su tratamiento, los errores de los sistemas de inteligencia artificial pueden llegar a un número ilimitado de personas además de la replicación de errores, etc.

Por tanto, este estudio tiene como objetivo hacer un breve análisis del uso de la inteligencia artificial en medicina y qué principios éticos deben regir el desempeño de los robots. La ética y el derecho son los instrumentos encargados de orientar a la sociedad civil para que pueda aprovechar los posibles beneficios derivados de los avances científico / tecnocientíficos sin, no obstante, violar preceptos como la dignidad humana, la vida, la libertad, la intimidad y la integridad física.

En cuanto a la metodología, se trata de una investigación avanzada que tiene como objetivo generar discusiones y nuevos conocimientos útiles para el avance de la ciencia, buscando una solución a un problema específico. Cualitativo en cuanto al enfoque. En cuanto a los objetivos, se trata de una investigación exploratoria que proporciona una mayor familiaridad con el tema y en cuanto a los procedimientos técnicos, la metodología utilizada fue la investigación bibliográfica, que busca explicar y discutir el tema a partir de referencias teóricas publicadas a nivel nacional e internacional, artículos científicos, tesis, además de una vasta investigación documental sobre leyes, tratados y jurisprudencia.

El estudio, finalmente, se sustenta en el método deductivo, en el que premisas planteadas desde los autores del estudio teórico, sirven de base para intentar concluir que, ante la ausencia de una legislación específica

para la inteligencia artificial, es importante aplicar los principios de la Bioética para orientar las buenas prácticas de conducta, las cuales deben ser observadas por todos los agentes involucrados, tales como entidades públicas y privadas, profesionales de la salud, proveedores de programa, desarrolladores, investigadores, pacientes, entre otros.

2. Las formas de acercar el derecho y la bioética. Los principios bioéticos

La limitación de la ciencia es un tema controvertido, pues muchos argumentan que no se puede limitar, o se arriesga de volver al oscurantismo; sin embargo, otros ya argumentan en sentido contrario: postulan la necesidad de establecer, al menos, principios y pautas para que la ciencia pueda desarrollarse enfocada al servicio del hombre y su libertad, considerando los derechos de las generaciones futuras (Araujo, 2010, p. 303) Surgen así los llamados "principios de la Bioética", cuyo examen permite hacerse una idea de sus limitaciones como principios fundadores de la ética y Bioderecho en una sociedad pluralista y democrática.

Los principios de la bioética buscan establecer normas de comportamiento que permitan la solución de problemas derivados de nuevos conocimientos. No se construyeron con el objetivo de ejercitar las virtudes de médicos y científicos, sino por la necesidad de llenar el vacío dogmático que se encuentra en el contexto de la investigación científica y de la práctica médica sobre lo que es o no éticamente razonable. Representan, en cierto sentido, un intento de solución ética normativa capaz de disciplinar el desarrollo de la investigación y la tecnología, y de expresar valores éticos aceptados por las comunidades científica y médica. Las dudas no resueltas por parte del ordenamiento jurídico, que cada vez más se enfrentaba a situaciones individuales y sociales sin solución en los códigos, terminaron provocando el surgimiento de una dogmática paralegal, que se materializó mediante la aplicación de principios bioéticos a diferentes casos no previstos por la ley (Barretto, 2013, p. 295-297).

Los principios de la bioética se formularon por primera vez en 1978, cuando la "Comisión Americana para la Protección de la Persona Humana en la Investigación Biomédica y del Comportamiento" presentó, al final de su trabajo, el llamado "Informe Belmont", considerado como un verdadero documento histórico y normativo de la Bioética, que

estableció sus tres principios fundamentales: el de la Autonomía de la persona (vinculado a su dignidad), el de la Caridad (maximizar el bien del otro significa minimizar el mal) y el de la Justicia, que es mejor a ser llamado el principio de Equidad. Es superfluo añadir a estos tres principios del Informe Belmont, un cuarto, que sería abstenerse de dañar a otros (pacientes, en este caso). Además de estar incluido en el Principio de Caridad, el principio de non nocere, que prohíbe dañar al otro sin una razón proporcional, se está aplicando con mucho más rigor no solo en la práctica clínica, sino también en la investigación biomédica, quirúrgica o farmacológica, que en otros sectores de la vida civil (Lepagneur, 2009).

El informe consta de una introducción y tres partes: la Parte A se refiere a los límites entre la práctica y la investigación; la B sobre principios éticos básicos; y la C sobre aplicaciones de los principios generales de la conducción de la investigación (Informe Belmont 1978).

El principio de beneficencia tiene su origen en la idea de que el médico debe aspirar, sobre todo, al bien del paciente, es decir, debe emplear todos los medios técnicos que la ciencia y la tecnología le permiten para mantenerlo vivo, incluso contra su propia voluntad, ya que el mayor bien es la vida.

Basado en las máximas de non nocere y bonumfacere, que engloban otro principio, el de la no maleficencia (primum non nocere), el de no infligir daño a nadie, resulta sumamente importante en la definición de normas de conducta. Da un contenido axiológico y deóntico a las diversas comunidades morales: define el bien y determina su realización. Por tanto, no solo debe servir como horizonte para la regulación legal, para que se entienda en situaciones específicas, sino también prescribir y asegurar los derechos y deberes relacionados con la comunidad científica, sujetos de investigación, médicos y pacientes, así como con el Estado (Fabríz, 2003, p. 108).

“El principio de beneficencia refleja el hecho de que el interés ético engloba la búsqueda de bienes y la protección contra daños. Pero, como las discusiones al respecto no pueden resolverse en sociedades pluralistas, más que apelando a un principio de autonomía, éste es conceptualmente anterior al de beneficencia. El principio de beneficencia subyace en lo que se puede llamar la ética de la asistencia social y la empatía social” (Engelhardt Junior, 1998, p. 135).

El principio de autonomía tiene sus raíces en el pensamiento kantiano: el individuo, en la concepción liberal, es un sujeto con derechos que garantizan el ejercicio de su autonomía; es decir, el paciente tiene

derecho a decidir en la relación médico-paciente. Se justifica como un principio democrático, en el que el libre albedrío y el consentimiento del individuo deben incluirse como factores preponderantes. Significa la capacidad de la persona para autogobernarse, elegir, dividir, evaluar, sin restricciones internas o externas (Fabríz, 2003, p. 134),

“El consentimiento es el origen de la autoridad y el respeto por el derecho de los participantes al consentimiento es la condición necesaria para que exista una comunidad moral. El principio de autonomía proporciona la gramática mínima de cualquier lenguaje moral. (...) el principio de autonomía instituye lo que podría denominarse la ética de la autonomía con respeto mutuo” (Engelhardt Junior, 1998, p. 134).

Respecto al Principio de Autonomía, las razones de esta apreciación de la paciente, que ayer se mostró muy pasiva, muda y dócil, radican en la reacción a los inicuos experimentos de los nazis -que trataban a los seres humanos como ganado destinado al matadero o semejante ratas en laboratorios -; así como en el creciente poder tecnológico sobre el cuerpo y la mente, cuyos resultados pueden superar más fácilmente cualquier deseo implícito del paciente deshumanizado y, a menudo, permiten elegir entre varias terapias posibles, en las que se considera la preferencia del paciente; además de un individualismo más consciente, movilizado y no atrofiado por el “asocialismo moderno” (Lepagneur, 2010).

Respetar la autonomía de cada sujeto es fundamental, con la condición de que esta autonomía se ubique en el grupo social al que pertenece, del cual es solidario, quiera o no. La autonomía del individuo suele expresarse, en el orden sociopolítico actual de los países democráticos, a través del sistema de derechos humanos, un espacio infinito de debates y rivalidad de intereses, así como de duras demandas. La expansión de los derechos humanos, fruto de la conciencia de la autonomía del sujeto, trasciende el terreno de la necesidad de extenderse a un espacio infinito (Lepagneur, 2001, p.58).

El Principio de Justicia es aquel que reconoce a la sociedad y al Estado como obligados a garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la salud, lo que los convierte en agentes y responsables, proporcionalmente, de la salud del individuo, como lo establece la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, en su artículo 196 (Barretto, 2013, p. 280-282). Está vinculado al contexto de la ciudadanía, lo que se traduce en una actitud positiva del Estado en relación con el derecho a la salud.

La mayoría de los filósofos consideran la justicia como la parte principal de la moralidad; Implica respeto, pero no limitado a los derechos individuales. Las normas morales se distinguen de las demás por su materia subjetiva (las interacciones interpersonales generan beneficios y perjuicios), por su importancia (que debe primar) y por sus sanciones (al menos la responsabilidad autocrítica de la conciencia individual y los juicios externos).

Algunos problemas de naturaleza racional surgen, sin embargo, de la aplicación de estos principios, lo que da lugar a situaciones conflictivas. Adoptados por separado, cada uno puede considerarse superior al otro, lo que imposibilita su aplicación conjunta. En cada principio se privilegia un elemento diferente, y la práctica deformada de cada uno de ellos puede conducir a situaciones sociales injustas. El principio de beneficencia se puede transmutar fácilmente en paternalismo médico. El de la autonomía puede representar un escudo detrás del cual el paciente impide que el médico ejerza su función, y el principio de justicia genera paternalismo y mecenazgo político (Barretto, 2013, p. 281).

Para Barretto (2013, p. 282), "por tanto, se hace necesario buscar un modelo que no permita la hegemonía de un principio sobre los otros dos, pero que asegure la justificación, integración e interpretación de los tres principios. En otras palabras, cómo asegurar que se preserve la autonomía, se garantice la solidaridad y se promueva la justicia".

Es evidente que la regulación de la Bioética en torno a estos tres principios es insuficiente para resolver problemas éticos y legales, así como la insuficiencia del Derecho Positivo para dar respuesta a determinadas cuestiones.

Estamos lejos del problema simplista de obedecer o no a un principio que monopoliza el deber. Es utópico pensar que la Bioética puede utilizar un conjunto de principios predeterminados y prescindir de las tradicionales dificultades de la casuística.

Además de los principios, aparece, como tarea de la Bioética, colocar la prudencia (*phronesis*) en el lugar que le corresponde como sabiduría práctica.

Una salida sería a través del sistema moral y jurídico, ya que ambos tratan, en el ámbito de sus respectivos campos, de la responsabilidad del individuo en virtud de su acción u omisión. Esta responsabilidad tiene que ver con el respeto a un principio estructurador del orden constitucional de los Estados democráticos de derecho: la dignidad de la persona humana (Jonas, 2006, p.162).

La construcción de una racionalización que busque justificar universalmente algunos derechos y la consecuente responsabilidad por actos que vulneren estas normas supone el reconocimiento de que, además del Derecho Positivo, existe un conjunto de valores que deben justificarse y sobre los cuales derechos puede ser formulado aún no considerado por el derecho positivo. Es en este momento que se evidencian los vínculos entre Derecho y moral, en virtud del cual se afirma el "derecho de la Ética a intervenir en materia de Derecho" (Barretto, 2013, p. 306).

Este es el momento propicio en el que debemos reflexionar sobre la relación entre Ética y Derecho, concretamente entre Bioética y Bioderecho, y en la elaboración de su teoría general del Bioderecho.

El Bioderecho, una nueva rama del derecho se refiere a hechos y eventos que surgen de la investigación en las ciencias de la vida y como consecuencia de los derechos fundamentales. La protección de los derechos y libertades fundamentales debe orientar las decisiones en el ámbito de la Justicia, cuando falta una legislación específica.

Las incertidumbres de casos inéditos deben ser afrontadas por el Poder Judicial, con base en una interpretación constructivista de la bioconstitución, poniendo siempre en perspectiva la prudencia a la luz de los principios básicos en torno a la dignidad, la intimidad, el derecho a la vida y la integridad de las generaciones futuras.

Como señala Baracho (1999, p. 12), dadas estas manifestaciones de incertidumbre provocadas por los avances científicos en el campo de la biología, la realización de la ciudadanía exige el mantenimiento de la igualdad y la libertad, con la preservación de los preceptos constitucionales, normas, lineamientos y Principios.

Si bien la legislación aún no ha abordado ningún tema relacionado con la inviolabilidad de la persona humana por manipulaciones excepcionales con el uso de técnicas generales para el desarrollo de la investigación científica, los estudios elaborados por los comités de Bioética pueden servir de base a los operadores. de la Ley, para su justificación en peticiones y decisiones. Sin embargo, todas y cada una de las decisiones deben estar alineadas con el contenido de los derechos humanos y fundamentales (Fabriz, 2003, p. 305).

La protección jurídica de la vida humana beneficia la relación entre Biología y Derecho, incluso a nivel constitucional y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

3. La recomendación de la OCDE sobre inteligencia artificial

En 2016, la OCDE ha llevado a cabo actividades empíricas y políticas sobre IA en apoyo del debate político durante los dos últimos años, comenzando con un Foro de prospectiva tecnológica sobre IA.

En 2017, planificó una Conferencia Internacional sobre IA: Máquinas inteligentes, Políticas inteligentes.

En 2018, el CDEP acordó formar un grupo de expertos para establecer el alcance de los principios para fomentar la confianza y la adopción de la IA, con miras a desarrollar un proyecto de Recomendación del Consejo en el transcurso de 2019.

En 2019, la Organización realizó un trabajo analítico y de medición que proporciona una descripción general del panorama técnico de la IA, mapea los impactos económicos y sociales de las tecnologías de IA y sus aplicaciones, identifica las principales consideraciones de política y describe las iniciativas de IA de los gobiernos y otras partes interesadas a nivel nacional e internacional (OCDE, 2019, s/p).

La Recomendación de la OCDE se centra en cuestiones de política que son específicas de la IA y se esfuerza por establecer un estándar que sea implementable y flexible. Suficiente para resistir la prueba del tiempo en un campo en rápida evolución. La Recomendación contiene cinco principios basados en valores de alto nivel y cinco recomendaciones para las políticas nacionales y la cooperación internacional. También propone un entendimiento común de términos clave, como "sistema de IA" y "actores de IA", a los efectos de la Recomendación.

La Recomendación incluye dos secciones sustantivas: i) Principios para la administración responsable de una IA confiable: la primera sección establece cinco principios complementarios relevantes para todas las partes interesadas: i.a) crecimiento inclusivo, desarrollo sostenible y bienestar; i.b) valores y equidad centrados en el ser humano; i.c) transparencia y explicabilidad; i.d) robustez, seguridad y protección; i.e) rendición de cuentas. En esta sección también se pide a los actores de la IA que promuevan e implementen estos principios de acuerdo con sus roles. Y ii) Políticas nacionales y cooperación internacional para una IA confiable: de conformidad con los cinco principios antes mencionados, esta sección ofrece cinco recomendaciones a los Miembros y no Miembros que se han adherido al proyecto de Recomendación (en adelante, los "Adherentes") para implementar en sus políticas nacionales e internacionales. Cooperación: ii.a) invertir en investigación y desarrollo

de IA; ii.b) fomentar un ecosistema digital para la IA; ii.c) dar forma a un entorno político propicio para la IA; ii.d) desarrollar la capacidad humana y prepararse para la transformación del mercado laboral; ii.e) cooperación internacional para una IA confiable.

4. El uso de la inteligencia artificial en salud

Los avances tecnológicos, con el uso de Big data y el uso de la IA en diferentes áreas del conocimiento es una realidad de la sociedad posmoderna. Según Rodotà (2012, p. 312 - 324), existe un nuevo paradigma de "tecnologías inteligentes", en el que la inteligencia artificial, el Internet de las cosas (IoT) está presente. La automatización abre caminos para robots, cyborgs, máquinas pensantes, sacando a la luz una serie de preguntas complejas sobre las relaciones entre personas y máquinas, incluidas sus interfaces y las relaciones entre el cerebro y la computadora.

Una de las primeras definiciones de inteligencia artificial fue introducida a mediados de los años ochenta por Elaine Rich, quien la visualizó como la capacidad de hacer que las computadoras realizaran tareas en las que los seres humanos, en ese momento, podían obtener mejores resultados que los logrados por las máquinas. Hoy este concepto se define como automatización (Tomasevicius Filho; Ferraro, 2020, p. 404).

En la Comunicación al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones COM (2018) 237, de 25 de abril de 2018, se señala que la expresión "inteligencia artificial" indica sistemas que presentan un comportamiento inteligente al analizar su entorno y la realización de acciones, con cierto grado de autonomía, con el fin de lograr objetivos específicos (Tomasevicius Filho; Ferraro, 2020, p. 404).

Entonces, en resumen, la inteligencia artificial es la inteligencia similar a la humana que muestran los sistemas de software, además de ser un campo de estudio académico.

La IA involucra una agrupación de diversas tecnologías, como redes neuronales artificiales, algoritmos, sistemas de aprendizaje, entre otras que pueden simular capacidades humanas vinculadas a la inteligencia. Por ejemplo, razonamiento, percepción del entorno y habilidades de análisis para la toma de decisiones. La IA es también un campo de la ciencia, cuya finalidad es estudiar, desarrollar y utilizar máquinas para

realizar de forma autónoma las actividades humanas. También está vinculado a la robótica, Machine Learning, reconocimiento de voz y visión, entre otras tecnologías (Totvs, 2019).

El aprendizaje automático es una técnica de análisis de datos que enseña a las computadoras a hacer lo que los humanos y los animales hacen naturalmente: aprender de la experiencia. El aprendizaje automático o los algoritmos de aprendizaje automático utilizan métodos computacionales para "aprender" información directamente de los datos sin depender de una ecuación predeterminada como modelo. Los algoritmos mejoran su rendimiento a medida que aumenta el número de muestras disponibles para el aprendizaje. El aprendizaje profundo es una forma especializada de aprendizaje automático.

En el campo de la medicina, la inteligencia artificial tiene una importante aplicación en el diagnóstico predictivo, a través del uso e interpretación de datos que pueden capturar los primeros signos de una enfermedad con el fin de ayudar a los médicos a realizar diagnósticos más precisos, con el objetivo de reducir errores y desarrollar métodos de tratamiento médico individualizado (Pictet, 2021).

Otro campo, que está atrayendo a muchos inversores, es la medicina de rehabilitación, con máquinas capaces de aprender de los ejercicios de fisioterapia y luego aplicarlos a los pacientes (Pictet, 2021).

Otro aporte de la IA en la medicina es la llamada medicina de precisión, que se perfila cada vez más como la medicina del futuro. El aprendizaje automático permite el desarrollo de modelos predictivos personalizados, con la capacidad de personalizar tratamientos en lugar de un enfoque único.

Son muchas las ventajas del uso de la IA en medicina, así como los riesgos de su uso, por ejemplo, en la recopilación de datos, confidencialidad de los datos personales y sensibles, diagnósticos erróneos, dudas en la relación médico-paciente, riesgos de discriminación y exclusión, falta de transparencia, alto costo de uso de tecnología que puede generar exclusión en el acceso a la salud, falta de consentimiento del paciente, vulneración de la privacidad del paciente, aparición de nuevos daños y responsabilidades (Schulman; Pereira, 2020, p.173).

Pero, los sistemas de inteligencia artificial interactivos y conversacionales ayudan a responder a la crisis de salud a través de información, consejos y tratamiento personalizados. Sin embargo, para aprovechar al máximo estas soluciones innovadoras, los sistemas de IA

deben diseñarse, desarrollarse e implementarse de manera confiable, de conformidad con la Recomendación: deben respetar los derechos humanos y la privacidad; ser transparentes, explicables, robustos, seguros y protegidos; y los actores involucrados en su desarrollo y uso deben seguir siendo responsables.

El interés de la Unión Europea por la IA se puede encontrar en el Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial de la Comisión Europea de 19 de febrero de 2020, que establece que uno de los principales problemas relacionados con la IA es la incertidumbre en cuanto a la atribución de responsabilidades entre los distintos operadores económicos a lo largo de la cadena de suministro (Murone, 2021). Por tanto, incluso a nivel europeo, todavía no existen normas específicas sobre responsabilidad por los daños causados por los sistemas de IA. A través del Libro Blanco, la Comisión Europea ya ha intervenido sobre la necesidad de adoptar un enfoque de IA que garantice la seguridad y la protección de los derechos

Recientemente, el Comité Nacional de Bioética y el Comité Nacional de Bioseguridad y Biotecnología de Italia destacaron las ventajas y los riesgos de utilizar la IA en el campo médico acompañada de reflexiones éticas. El dictamen habla de un "humanismo digital" y la necesidad de abordar estos temas con el objetivo de lograr la medicina con máquinas (Beningni; Blei, 2020).

Según Schulman y Pereira (2020, p.179), las siguientes pautas deben utilizarse para proteger a los pacientes y médicos en el manejo de la inteligencia artificial en el cuidado de la salud, a la luz de los principios bioéticos: i) Los criterios bioéticos deben ser evaluados constantemente; ii) Entender que la protección de la persona se deriva del ordenamiento jurídico y no de una ley específica para la inteligencia artificial; iii) La transparencia debe estar presente en todas las etapas, tanto en relación a la protección de datos personales y sensibles, como en la posibilidad de rastrear y comprender las operaciones y decisiones tomadas a través de la IA; iv) La IA debe ser una herramienta utilizada por el médico y no un sustituto del médico; v) Los profesionales de la salud que utilicen inteligencia artificial deben tener una especialización específica en el uso de nuevas tecnologías, a fin de verificar la veracidad de las fuentes, inconsistencias y deberes de seguridad; vi) Los desarrolladores de programas deben prestar atención, en todas las etapas de su programación, a los riesgos de los algoritmos debido a criterios sesgados, sesgados y discriminatorios, y deben respetar el principio de igualdad; además de prestar atención a los posibles riesgos que pudieran

ocasionar daños al paciente. Estos también deben tener nociones de ética en el curso de su formación; vii) En lo que respecta a la relación médico-paciente, el uso de la IA debe ser informado previamente de manera sencilla y clara sobre los riesgos y beneficios de su aplicación y consentido por el paciente para un fin específico; viii) Los sistemas de IA deben ser transparentes, seguros, con garantía de confidencialidad de los datos personales y sensibles; ix) El uso de la IA debe ser adecuado para todos, sin discriminación.

5. Conclusiones

Recientemente, existen innumerables documentos y publicaciones sobre las estrategias a adoptar en el campo de la inteligencia artificial en todo el mundo con el fin de garantizar niveles adecuados de protección a preceptos fundamentales como la salud, la privacidad y la autodeterminación.

A falta de una legislación específica, la Bioética y los principios bioéticos son la forma de aplicar las buenas prácticas en el uso de la inteligencia artificial en salud y deben ser observadas por todos los agentes implicados.

Varios países ya han adoptado pautas éticas para el uso de inteligencia artificial, códigos de conducta, principios éticos, entre ellos la Unión Europea, China, EE. UU., entre otros. Sin embargo, en Brasil hay una falta de disciplina más profunda sobre los límites y la responsabilidad que implica el uso de la inteligencia artificial en el acto médico, y también es necesario contar con la aprobación de autoridades en el área médica, como el Consejo Federal de Medicina (CRM), Ministerio de Salud y Sociedad Brasileña de informática en Salud.

Muchas de las cuestiones planteadas por la Bioética no tienen un tratamiento legal específico, lo que apunta a un vacío legislativo. Sin embargo, el ordenamiento jurídico, en su totalidad, no tiene lagunas legales, por lo que siempre debe dar una respuesta legalmente adecuada a los problemas sociales relevantes. El lugar ideal para obtener una respuesta legal en situaciones de holgura es la Constitución Brasileña. En este sentido, la Constitución asegura la primacía de la persona (artículo 1), la consagración de su dignidad, así como los principios de precaución y prevención, con aplicación en la salud.

Finalmente, corresponderá al médico discutir el problema de salud y sus posibles soluciones con el paciente. Esto requiere comprender que

el médico es el agente terapéutico más importante, por la orientación que brinda a su paciente, así como seguir los principios éticos para no faltar al respeto a las premisas esenciales.

6. Bibliografía

Araujo, Ana Laura Vallarelli Gutierrez (2010). "Biodireito Constitucional: Uma introdução." In: Garcia, Maria; Gamba, Juliane Caravieri; Montal, Zélia Cardoso (coord.). Biodireito Constitucional: Questões Atuais. Rio de Janeiro: Elsevier

Baracho, José Alfredo de Oliveira (1999). "O Direito de Experimentação sobre o Homem e a Biomédica (Cidadania e Ciência)." *Scientia Juris* v.2 (1998/1999). Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11234>> Acesso em: 21 nov. 2021.

Barretto, Vicente de Paulo (2013). *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Benigni, Erica; Blei, Marco (2020). *Intelligenza Artificiale in Medicina, Opportunità e Rischi: Le Raccomandazione*. Disponível em: <<https://www.agendadigitale.eu/sanita/intelligenza-artificiale-e-medicina-opportunita-e-rischi-le-raccomandazioni/>> Acesso em: 24 nov. 2021.

Engelhardt Junior, H. Tristam (1998). *Fundamentos da Bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola.

Fabriz, Daury Cesar (2003). *Bioética e Direitos Fundamentais: A bioconstituição como paradigma do biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos.

Jonas, Hans (2006). *O Princípio da Responsabilidade: Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa; Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: PUC Rio.

Lepargneur, Hubert (2009). *Força e Fraqueza dos Princípios da Bioética*. *Revista Bioética*, v.4, n.2. Disponível em: <<http://revistabioetica.cfm.org.br>> Acesso em: 21 nov. 2021.

____ (2001). *Bioética, Poder e Injustiça: Uma introdução*. In: Barchifontaine, Christian de Paul; Pessini, Leo. *Bioética: Alguns Desafios*. São Paulo: Loyola.

Murone, Francesco Giuseppe (2001). *Responsabilità Medica e Intelligenza Artificiale nel Diritto Unionale e Italiano*. Disponível em: <<https://www.iusinitinere.it/responsabilita-medica-e-intelligenza->

artificiale-nel-diritto-unionale-e-italiano-40042> Acesso em: 24 nov. 2021.

Kfourir Neto, Miguel (2020). "O Consentimento do Paciente no Admirável mundo Novo de Robôs de Assistência à Saúde e Algoritmos de Inteligência Artificial para Diagnóstico Médico" In: Tepedino, Gustavo; Silva, Rodrigo da Guia (org). O Direito Civil da Era da Inteligência Artificial. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. p. 139-164.

Organization for Economic Co-operation and Development (2019). "Recommendation of the Council on Artificial Intelligence." In: OECD Legal Instruments. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

Pictet (2021). Intelligenza Artificiale in campo medico: quali sono le applicazioni oggi. Abril 2021. Disponível em: <<https://www.am.pictet.it/blog/articoli/tecnologia-e-innovazione/intelligenza-artificiale-in-campo-medico-quali-sono-le-applicazioni-oggi>>. Acesso em: 24 nov. 2021.

Rodotá, Stefano (2012). Il Diritto di Avere Diritti. Roma – Bari: Laterza.

Schulman, Gabriel; Pereira, Paula Moura Francesconi de Lemos (2020). "Futuro da Saúde e Saúde do Futuro: Impactos e Limites Reais da Inteligência Artificial" In: Tepedino, Gustavo; Silva, Rodrigo da Guia (org). O Direito Civil da Era da Inteligência Artificial. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. p. 165-182.

Tomasevicius Filho, Eduardo; Ferraro, Angelo Viglianisi (2020). "Le Nuove Sfide dell' Umanità e Del Diritto nell' Era Dell' Intelligenza Artificiale." Revista Direitos Culturais. Santo Ângelo, v. 15, n. 37, p. 401 – 413, set./dez. Disponível em: <<https://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/254/91>>. Acesso em: 24 nov. 2021.

Totvs (2019). O que é Inteligência Artificial? Disponível em: <<https://www.totvs.com/blog/inovacoes/o-que-e-inteligencia-artificial>> Acesso em: 17 nov. 2021.

4. LA VACUNACIÓN COMPULSIVA CONTRA LA COVID-19. ANÁLISIS EPISTEMOLÓGICO

María Pilar Delgado Peña (Venezuela)¹¹²

1. Introducción

La vacunación se concibe como un producto destinado a generar inmunidad adquirida contra una enfermedad, mediante la estimulación de la producción de anticuerpos.

Con la pandemia desencadenada por la infección del virus SARS-CoV-2 que fue reportado a finales de 2019, se identificó un nuevo coronavirus como la causa de un grupo de casos de neumonía en Wuhan, una ciudad de la provincia china de Hubei. Se propagó rápidamente, lo que provocó una epidemia en toda China y luego a nivel mundial.

En febrero de 2020, la Organización Mundial de la Salud en adelante OMS- llamó a la enfermedad COVID-19, que significa enfermedad por coronavirus 2019 y a la forma grave síndrome respiratorio agudo severo coronavirus 2.

Según la epidemiología de la infección, reportada en el panel de control de coronavirus (COVID-19) de la OMS hay más de 250 millones de casos confirmados, más de 5 millones de fallecimientos, casi 200 mil nuevos casos confirmados en las últimas 24 horas.

Por otro lado, la situación por región de la OMS en Las Américas, casi 96 millones de casos confirmados, Europa poco más de 83 millones, Sudeste de Asia 44 millones, entre otros.

En vista de los conflictos éticos que se suscitan por la rápida propagación de la enfermedad que ha afectado a millones de personas, la búsqueda necesaria e incesante de algún método, medida o herramienta solucionar la crisis sanitaria y el control de la pandemia, la

¹¹² Publicado en la Sección Ensayos, Año XIII, Número 30, mayo de 2022, pp. 27-37.

vacunación contra la COVID-19 representa hoy el enfoque más prometedor porque confiere inmunidad según la evidencia científica.

Es por ello que nos hacemos la pregunta ¿Cómo se resuelve la obligatoriedad de la vacunación COVID-19 en época de pandemia? ¿Cómo y por qué argumentar?

Es así como, con esta monografía se busca desarrollar esos conflictos ético-médico-jurídicos, que por medio del desarrollo de paradigmas de la ética contemporánea y la argumentación jurídica permiten fundamentar los criterios del conocimiento científico que justifican la vacunación compulsiva.

2. Desarrollo

2.1 Vacunación para prevenir la infección por SARS-CoV-2

Las vacunas para prevenir la infección se consideran actualmente el enfoque más prometedor para frenar la pandemia y se están aplicando masivamente. A fines de 2020, varias vacunas estaban disponibles para su uso en diferentes partes del mundo, más de 40 vacunas candidatas se encuentran en ensayos en humanos y más de 150 en ensayos preclínicos. La Organización Mundial de la Salud mantiene una lista actualizada de vacunas candidatas en evaluación (<https://www.uptodate.com/contents/covid-19-vaccines-to-prevent->).

Por otra parte, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica- en adelante ANMAT- es el ente a nivel nacional encargado de tomar las decisiones y autorizar la aprobación de las investigaciones científicas de las vacunas en seres humanos y los esquemas de vacunación.

Existen en la actualidad diferentes plataformas de vacunas de COVID-19 a saber:

- Vacunas inactivas: se inactiva químicamente al virus cultivado in vitro.
- Vacunas vivas atenuadas: se producen mediante el desarrollo de versiones debilitadas genéticamente del virus del tipo salvaje. Estos virus generan una respuesta inmunitaria en el receptor, pero no causan la enfermedad. Lo desactivan genéticamente o mediante su cultivo en condiciones adversas para que pierda la virulencia, pero se mantenga la inmunogenicidad.

- Vacuna de proteína recombinante: compuesta de proteínas virales que se han expresado en uno de varios sistemas incluidas células de insectos y mamíferos, levaduras y plantas.

- Vacunas vectoriales: utilizan un vector de virus diferente diseñado para no replicarse in vivo, expresan la proteína viral.

- Vacunas de ADN: consisten en ADN plasmídico que contiene promotores de expresión en mamíferos y el gen diana, de modo que la proteína diana se expresa en el receptor de la vacuna.

- Vacunas de ARN: el ARN se traduce en la proteína diana, que está destinada a provocar una respuesta inmune.

2.2 Conflictos relacionados con la vacunación COVID-19

Entre los conflictos que se presentan con la vacunación contra la Covid-19 tenemos:

-La división de dosis en un vial para hacer frente al suministro inicial de vacunas, se considera un inconveniente la mayor cantidad de dosis de vacuna en un vial de 6 en lugar de 5 dosis.

-Retraso de la segunda dosis, es un problema el desconocimiento de lo que sucede en el sistema inmunológico luego de los 21 días en el caso de Pfizer-BioNTech.

-La vacunación heteróloga, se trata de una estrategia de combinación de vacunas en la fase inicial, concepto utilizado anteriormente, con ello una vacuna podría conferir una mejor respuesta inmune de anticuerpos, mientras que otra podría lograr una mejor respuesta inmune celular; o uno podría proporcionar una mejor protección contra la enfermedad cuando está infectado naturalmente, mientras que otro tiene un mejor potencial para suprimir la transmisión del virus si un vacunado está infectado (Brussow, 2021).

-Respondedores bajos principalmente para las personas mayores, inmunosuprimidos y los vacunados con la primera dosis.

-Precaución para sujetos vacunados, por ello las recomendaciones de mantener el uso de los medios de protección como mascarillas la distancia social y evitar las multitudes y los espacios mal ventilados.

-Grupos excluidos: se tenían a los niños y las mujeres embarazadas por razones de seguridad. En la actualidad ya existen protocolos de investigación en niños y la aplicación aprobada para mayores de 3 años, se implementa con cierta precaución por los efectos adversos que pueden provocar como la endocarditis entre otras. La vacunación infantil

con SARS-CoV-2 necesita datos de seguridad particularmente sólidos en niños antes de que se pueda considerar una implementación (Klass y Ratner, 2021).

-Inmunidad menguante, actualmente se desconoce la durabilidad de la protección inducida por la vacuna y se ignora si se necesitan más vacunas de refuerzo y cuándo se deben aplicar (Brussow, 2021).

2.3 Marco normativo de la vacunación compulsiva

La ley 27.491 de Control de enfermedades prevenibles por vacunación dispone en su artículo 7° la obligatoriedad de la vacunación en situación de emergencia epidemiológica para todos los habitantes del país según los lineamientos de la autoridad de aplicación. Se trata de una Ley que fue sancionada y promulgada con la finalidad de hacer obligatoria la vacunación del esquema calendario, que para muchos sujetos conocidos como anti vacunas, viene a colisionar con la autonomía de la voluntad del paciente contemplado en el artículo 2° inciso 6 de la Ley 26.529 que regula las relaciones civiles entre el paciente con los médicos y con las instituciones de la Salud, que se desarrollen en todo el territorio de la Nación Argentina.

Por otra parte, los daños que pueden generarse con la aplicación de las vacunas contra la COVID-19 que se encuentran en investigación, en el caso de la Argentina se promulgó la Ley 27.573 y modificatoria de vacunación en pandemia para generar inmunidad adquirida contra SARS-CoV-2; en noviembre 2020 fue declarado de interés público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición de las vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el Covid-19, responsabilidad del estado frente a lesiones graves.

2.4 Evidencia científica relacionada con la vacunación COVID 19

Cuando se realizan estudios controlados con placebo, se utiliza una sustancia inactiva, inerte, que tiene la misma apariencia y se administran de la misma forma que el medicamento o tratamiento activo que se está probando. Los efectos del medicamento activo se comparan con los efectos del placebo en este caso por no haber producto anterior con que compararla.

Se denomina efecto placebo al efecto positivo de ciertos individuos vacunados con placebo, estos no saben que están recibiendo una

sustancia inerte, piensan que es la vacuna, pero es debido a causas psicológicas.

Wendler et al. (2020) supone que la ética debe sopesar el riesgo de unos diez mil receptores de placebo frente al riesgo de cientos de millones de futuros receptores de vacunas. Un dilema ético se dará a partir de ensayos futuros con nuevas vacunas candidatas, no contra el placebo, sino contra las vacunas aprobadas.

Por otro lado, los comités de vigilancia y seguridad de datos de expertos en vacunas y patrocinadores, evalúan los eventos adversos que se informan en cada fase de los ensayos clínicos y aprueban el avance a la siguiente fase.

Es así, como en el resumen de las Novedades Internacionales y Nacionales de Seguridad de Medicamentos de agosto de 2121, como la EMA-Asociación Médica Europea- alerta que existe una asociación causal entre la vacuna Pfizer /BioNTech y Moderna la complicación de miocarditis y pericarditis (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/05/novedades_fvg_agosto-2021.pdf):

Por otra parte, la vacuna AstraZeneca/Vaxzevria tiene relación causal con el síndrome de Guillain Barré que es un trastorno del sistema inmunológico que ocasiona inflamación de nervios y puede provocar dolor, entumecimiento, debilidad muscular y dificultad para caminar, por lo cual se encuentra en subrayado y con título de advertencias especiales y precauciones de uso (https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/05/novedades_fvg_agosto-2021.pdf).

Krause et al. (2021) expresan la importancia de la realización de ensayos clínicos controlados con placebo ya que son la base de la toma de decisiones clínicas modernas y no deben abandonarse debido al uso de emergencia de las vacunas. Además, de los ensayos clínicos iniciados actualmente, se derivarán datos importantes.

2.5 Paradigmas de la fundamentación en la ética contemporánea

2.5.1 El paradigma kantiano

Hay una concepción deontológica de la justicia, el deber ser, que surge de la filosofía práctica de Kant que constituye un modelo de pensamiento con carácter iusnaturalista de la doctrina del derecho de Kant, que surgen no de un tratado sino de sus afirmaciones:

i) la normatividad práctico-moral no puede tener su fundamento, ni en los datos empíricos, ni en ninguna afirmación racional aceptada dogmáticamente; ii) por lo tanto, debe consistir en una intuición-construcción de la razón pura práctica, que funcione en todos los posibles contenidos de la moral y que revista carácter universal, para alcanzar así la objetividad que faltaría a la razón meramente subjetiva; iii) esta intuición de la razón pura práctica se concreta en un imperativo categórico, es decir, incondicionado y excepcional, que provee el paradigma o principio regulativo de todo deber moral; iv) los contenidos de la moral serán determinados por la autonomía o capacidad de autoformación del sujeto, que de ese modo resulta ser autolegisador y se libera de toda constricción heterónoma o externa a él mismo; v) casualmente por esa autonomía o capacidad de autoformación, es posible hablar de la dignidad o «santidad» de la persona humana, que debe, por ello, ser tratada siempre como un fin y nunca meramente como un medio.

Ahora bien, según Kant el principio racional que debe presidir toda legislación ética para que ésta sea tal, ha de ser el imperativo categórico, una de cuyas fórmulas es la siguiente: "obra según una máxima que pueda valer a la vez como ley universal". Por su parte, en el ámbito de la conducta libre jurídica, es decir, exterior y no realizada por el motivo del deber mismo, el principio regulativo racional a priori es formulado por Kant de las dos siguientes maneras:

i) el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de libertad; y ii) Una acción es conforme a derecho cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal.

Este paradigma plantea que una autoridad legítima, que tiene una base de gobierno legítimo, por medio de una institución estatal como el Ministerio de Salud se ordena mediante una Ley que determine las normas obligatorias, compulsado con la finalidad de llevar a cabo políticas públicas con el fin último de control de la enfermedad. Trae el inconveniente que en caso de imponer su colocación son consideradas instituciones totales, que a través de su poder estatal imponen su voluntad por el bien de la sociedad, pero sin respetar la autonomía de la voluntad de las personas y no toma en cuenta la heterogeneidad de los sujetos involucrados, como por ejemplo los sujetos vulnerables.

2.5.2 El Paradigma de la ética convergente de Maliandi

La filosofía de Maliandi propone una reflexión crítica sobre los asuntos ético, teóricos y prácticos más relevantes que sirve como base o sustento para una praxis responsable.

Su aporte viene dado por la indicación de que con independencia del desafío impuesto por los conflictos particulares de nuestro medio hay que reconocer y asumir que la estructuración de la realidad es ella misma conflictiva.

Frente a ello, el aporte de la ética convergente de Maliandi no es el del relativismo o escepticismo éticos, sino el de mostrar los fundamentos y la conveniencia de intentar, la convergencia crítica entre los principios y normas éticas que son validados racionalmente. Esto implica la invitación a apostar al intercambio dialógico.

En el ámbito de los problemas prácticos que el ethos plantea, la ética convergente se ha interesado en ofrecer respuestas concretas ante, por ejemplo, los dilemas de la identidad, la globalización, la tecnología y la bioética.

Es por ello, que este paradigma convergético, relacionado al caso concreto de la vacunación contra la COVID-19, no se impone la autoridad para obligar compulsivamente a la población para colocarse la vacuna, la evidencia científica viene dando resultados prometedores, aún no se han concluido las fases de investigación científica que avalen su colocación hasta su comercialización y distribución, con la suficiente evidencia que demuestre que el beneficio claramente supera los riesgos y que no hay fundamentos fehacientes para su suspensión o prohibir su colocación. Se entiende, a través de este paradigma, que aun sin que la vacunación llegue a ser universal, va a llegar a la mayor parte de la población y a la vez se respeta la autonomía de la voluntad de las personas.

2.5.3 La Formula Trialista

Banchio (2019) menciona que, para alcanzar el conocimiento del objeto del Derecho, como disciplina cultural, necesita utilizar una infinidad de métodos de distinta jerarquía. Plantea que es así como Goldschmidt Werner propone tres métodos axiales en los cuales incluye otros muchos subordinados que permitan, al partir de esta diversidad metodológica, considerar la realidad en la plenitud de su carácter inagotable y al Derecho en su integridad.

Se describe a la Teoría Trialista como una teoría jurídica elaborada por Goldschmidt que sostiene que el fenómeno jurídico es una totalidad compleja que denomina "Mundo Jurídico". Se propone así el estudio del Mundo Jurídico mediante el análisis de los tres grandes elementos que lo integran: los hechos, las normas y los valores, se debe tener en consideración que es un proceso, es decir, una secuencia. Sostiene que ese mundo resulta identificable, en definitiva, por las posibilidades de realizar la justicia en la realidad social y en las normas.

Las conductas son comportamientos humanos, las normas son descripciones y captaciones lógicas de las conductas, y el valor justicia se realiza en el mundo jurídico a través de los hombres permitiéndonos valorar las conductas y las normas.

Aplicado al caso que nos compete de la vacunación compulsiva contra la COVID-19, los hechos se presentan como la conducta de la mayoría de las personas que cumplen con las pautas brindadas por el Ministerio de Salud y la ANMAT para la aplicación de la vacuna contra la COVID-19 como política para la prevención de la pandemia, las normas sancionadas y promulgadas en el contexto histórico de la pandemia y respecto de los valores, hace referencia a las conducta que toma la población frente a la normativa. Se desprende el conflicto frente a los problemas que se presentan con la vacunación, incluso aquellos conflictos frente al vacío normativo que se presenta por encontrarnos en una situación de emergencia sanitaria a nivel mundial.

2.6 La Argumentación

Varela (2021) plantea que un argumento no se limita a dar una opinión. Argumentar significa ofrecer un conjunto de razones y/o de pruebas verificables en apoyo a una conclusión. Son intentos de fundamentar una posición en referencia a determinado tema o problema.

A su vez, plantea que se argumenta para pensar a favor y en contra de la posición que se busca sustentar, contrastándolo y sometándolo a examen, muy útil para identificar sus fortalezas y debilidades. Se trata de un medio para indagar. Una vez llegado a la conclusión se debe argumentar en forma clara y convincente. Un buen argumento ofrece razones y pruebas, para que sus conclusiones sean de fácil inferencia (p.23).

Ahora, ¿Cómo se argumenta?

1.- Plantea que las ideas deben presentarse en orden. Se plantea el problema, se realiza el diagnóstico y a partir de esas premisas se desarrolla el argumento que derivará en las conclusiones.

2.- Partir de premisas fiables. Se presentan problemas a la hora de generar normativas generales cuando existe heterogeneidad de sujetos.

3.- Usar un lenguaje concreto, específico y conciso, evitando el empleo de términos vagos, abstractos o ambiguos.

4.- Evitar u lenguaje emotivo. Se trata de convencer y no conmovier.

2.6.1 Recursos para fortalecer la argumentación

Por otra parte, Varela (2021) plantea:

-El uso de ejemplos fiables y/o contraejemplos para fortalecer el argumento.

-Las analogías se construyen bajo el ejemplo de que todos los elementos comparados tienen algo en común.

- Autoridad: 1) Las fuentes deben ser citadas; 2) Hay que comprobar el origen de las fuentes; y 3) Rechazar aquellas que aluden sólo a opiniones personales.

-Basarse en las causas: Explicar por qué sucede determinado fenómeno argumentando acerca de sus causas.

- Deducción: Se da en aquellos casos en los cuales se arriba a una conclusión a partir de considerar verdaderas dos o más premisas (p. 24).

2.7 Argumentación jurídica

Alexy sostenía como tesis central en el discurso jurídico, la argumentación jurídica debía considerarse como un caso especial del discurso práctico general, esto es, del discurso moral.

Entiende a la concepción de principios con valores o mandatos de optimización que ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, que los diferencia de las reglas o normas que deben ser de cumplimiento pleno, son o no son cumplidas, que si es válida la regla debe hacerse lo que ella exige ni más ni menos.

Es por ello que, respecto de la vacunación compulsiva, el Fallo D, S.R. c/ B. A.F. s/ Incidente familia, expediente 41982/2019 del Juzgado Civil 38 de Buenos Aires, de agosto 2020 plantea un caso de vacunación en un menor de 11 años sobre vacuna Triple bacteriana acelular, la

antineumocócica y la del Virus del Papiloma Humano, en adelante VPH, motivada por calendario y durante el período de Aislamiento Social Preventivo Obligatorio, cuya madre se negaba en vista de tener información sobre complicaciones para la vacuna del VPH.

El juez funda su sentencia en favor de la vacunación, argumentando con el Derecho a la Salud consagrado en el artículo 42 de la Constitución Nacional la vacunación compulsiva en niñas, niños y adolescentes, los contrapesos entre autonomía personal, ejercicio de la responsabilidad parental y el principio de protección integral y en el Fallo CSJN, 12/6/2012, "NN o U., V. s/ protección y guarda de personas" N. 157, XLVI que funda su sentencia en que "...no se encuentra discutida la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar, artículo 19 de la Constitución Nacional, sino el límite de aquella, que está dado por la afectación a la salud pública y el interés superior del niño que –en el caso– de acuerdo con la política sanitaria establecida por el Estado, incluye métodos de prevención de enfermedades entre los que se encuentran las vacunas".

Se analiza la normativa, que frente a dos principios que colisionan, el principio de reserva y el interés colectivo, la CSJN, entiende que el principio de menor peso tiene que ceder frente al otro, pero no significa que el otro quede invalidado, cada caso será particular, en la medida que se justifique que la salud de la persona corre gran riesgo en caso de exponerse a la vacunación obligatoria COVID-19.

3. Conclusión

La pandemia por SARS-CoV-2 ha causado una emergencia sanitaria a nivel mundial que, hasta hoy está en proceso de control, en la búsqueda de medidas o herramientas eficaces y seguras para la población de ser aplicadas con el objetivo de frenar su progresión y evitar las complicaciones más graves como la muerte.

Frente a este panorama, en la búsqueda incesante de los Estados de conseguir controlar la pandemia, se presentan conflictos ético - médico-jurídicos que desencadenan el debate en la sociedad, de todas las esferas que requiere de una profunda fundamentación para entender las medidas que se implementan y los riesgos que se corren con estas medidas.

Es así como a través de esta monografía se profundizó en aspecto teóricos y prácticos de la enfermedad y se desarrolló desde una

perspectiva filosófica, ética y jurídica la fundamentación del por qué la población se debe vacunar contra la COVID-19 de manera compulsiva.

A través del desarrollo de paradigmas filosófico, se expone la base del conocimiento la vacunación compulsiva, que junto a la argumentación jurídica se plasma con jurisprudencia de la CSJN y un enfoque de la Teoría Trialista el cumplimiento de la Ley de vacunación contra la Covid-19.

4. Bibliografía

- Alexy, R. (1994). Teoría de los Derechos Fundamentales
- Banchio, P. (2018). Desarrollos Trialistas. Perspectivas Jurídicas.
- Brussow, H. (2021). COVID-19: Problemas de vacunación. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8209888/>
- Edwards, K., y Orenstein W. (2021). COVID-19: Vacunas para prevenir la infección por SARS-CoV-2. UpToDate. <https://www.uptodate.com/contents/covid-19-vaccines-to-prevent-sars-cov-2-infection>
- Kant, I. (2002). Crítica de la razón práctica. Verbum.
- Klass, P., y Ratner, A. (2021). Vacunando niños contra Covid-19: las lecciones del sarampión. (2021). N Engl J Med, 384(7), 589–591 <https://www.nejm.org/doi/10.1056/NEJMp2034765>
- Krause, P., Fleming, T., Longini, I., Peto, R., Beral, V., Bhargava, B., Cravioto, A., Cramer, J., Ellenberg, S., Figueroa, J., Halloran, E., Henao-Restrepo, A., Ryan, A., Levine, M., Nason, M., Nohynek, H., Plotkin, S., Rees H., Singh, J., y Swaminathan, S. (2021). Ensayos controlados con placebo de las vacunas Covid - 19: por qué todavía las necesitamos. N Engl J Med 384(2): e2, prr. 10 y 11. <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2033538>
- Maliandi, R., Thüer, O., Cecchetto, S (2009). Los Paradigmas de Fundamentación en la Ética contemporánea. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2009000100002
- Salerno, G. (2016). Panorama de la ética convergente de Ricardo Maliandi. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572016000200004
- Varela, R. (2021). Seminario de investigación Legislativa. Honorable Senado de la Nación Argentina
- Wendler, D., Ochoa, J., Millum, J., Grady, C., y Taylor, HA (2020). Ética del ensayo de la vacuna COVID-19 una vez que tenemos vacunas eficaces. Science 370, 1277–1279.

Wouters, O., Shadlen, K., Salcher - Konrad, M., Pollard, A, Larson, H, Teerawattananon, Y., y Jit, M. (2021). Desafíos para garantizar el acceso global a las vacunas COVID - 19: producción, asequibilidad, asignación y despliegue. *Lancet* 397, 1023–1034.

4.1 Fuentes de información

Argentina. Ley 27.491. Control de Enfermedades prevenibles por vacunación. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318455/norma.htm>

Argentina. Ley 27.573. Ley de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el Covid-19. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/343958/texact.htm>

Juzgado Nacional Civil 38, Buenos Aires 08/10/2020. "D., S. R. Demandado: B., A. F. S/Incidente Familia", Expediente 41982/2019. https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/fallo4.asp?id=52910&base=14&h=u

Novedades Internacionales y Nacionales de Seguridad de Medicamentos (agosto 21). https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/05/novedades_fvg_agosto-2021.pdf

Organización Mundial de la Salud (28 octubre 2021). Enfermedad por el coronavirus (COVID-19): Vacunas. [https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=CjwKCAjw2bmLBhBREiwAZ6ugoyVP3HHHUolyNnmCRSlwrq4e6f_w8V2jbrnqA8BZUert44S_qsAexoCil0QAvD_BwE](https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=CjwKCAjw2bmLBhBREiwAZ6ugoyVP3HHHUolyNnmCRSlwrq4e6f_w8V2jbrnqA8BZUert44S_qsAexoCil0QAvD_BwE)

5. REFLEXIONES ACERCA DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS Y EL DERECHO A LA CIUDAD EN ARGENTINA

Miguel Andrés Goldfarb (Argentina)
Guillermo Gapel Redcozub (Argentina)¹¹³

1. Introducción: El derecho a la ciudad. Su categorización y la cuestión de los principios del derecho

A fines de la década de 1960 Henri Lefebvre planteó que el proceso de industrialización capitalista y el urbanismo moderno habían generado segregación espacial, mercantilización del espacio y exclusión de los trabajadores de las decisiones urbanas, acuñando la expresión "derecho a la ciudad" para fundar la necesidad del retorno de la clase obrera a la urbe en calidad de productora del espacio y usufructuaria de su valor de uso (Molano Camargo, 2016).

En su ya célebre ensayo "Le droit de la ville", conforme lo recuerda Molano Camargo, Lefebvre construyó su noción de derecho a la ciudad sustentado en la idea de que los propios habitantes urbanos y principalmente de la clase obrera, tenían el derecho de crear y producir su ciudad, la cual junto con el modelo de vida urbana se encontraba en un proceso de mercantilización propia del capitalismo imperante. Su tesis se enmarca en un contexto social sumamente convulsionado –fines de los años sesenta- de fuertes enfrentamientos sociales, políticos y culturales.

En la cosmovisión del pensador francés el ser humano ocupa una posición central, por lo que relegando el rol de las reglas del libre mercado, se piensa al hombre como el verdadero fin y protagonista de las ciudades. O, al menos, debiera serlo en su diseño, funcionamiento y uso. He aquí una clara coincidencia con la concepción jurídica de la cual

¹¹³ Publicado en la Sección Ensayos, Año XII, número 27, mayo de 2021, pp. 3-19.

partimos que ubica a la persona como eje del ordenamiento jurídico. Esta afirmación reviste gran importancia puesto que determina a priori la estrecha relación entre ambos conceptos y la necesidad de entender al derecho a la ciudad como un fenómeno jurídico complejo que, colocando al ser humano en el núcleo de todo el andamiaje jurídico, social, económico, político, filosófico, arquitectónico y cultural trasciende en su estudio el aspecto normativo o legalista. En efecto compartimos el criterio esbozado por otros autores como Russell (2018) cuando afirman que: "el derecho a la ciudad podría definirse básicamente como un marco político filosófico que propone un modo de entender la Ciudad, la urbanización y cómo guiar su crecimiento y desarrollo. Se trata de una nueva propuesta o paradigma urbano que comprende valores, principios y creencias propias, así como el reconocimiento de nuevos derechos humanos."

Estas ideas iniciaron un debate social, político y jurídico que se extiende hasta nuestros días, y que en el campo del derecho ha producido iniciativas como la "Carta Europea para la Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad", la "Carta de Montreal de Derechos y Responsabilidades", el "Estatuto de la Ciudad" y la "Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad".

En estos instrumentos se formulan diversas definiciones acerca de lo que es una ciudad y en qué consiste el "derecho del ciudad", caracterizaciones en las que se puede destacar como denominador común una noción de ciudad comprensiva tanto del territorio físico como de un espacio colectivo en el que todos sus habitantes puedan hallar las condiciones para su realización política, económica y social, asumiendo deberes de solidaridad y en equilibrio con la defensa del ambiente. Pese a estos alentadores avances, señala Colin (2006), aún no se ha logrado consolidar un instrumento normativo que aborde a nivel internacional la problemática de una legislación y administración urbana inclusiva.

Sintetizando los trabajos de diversos doctrinarios que se han propuesto dar cuenta del heterogéneo contenido de este derecho, concluye Correa Montoya (2010) que el derecho a la ciudad se presenta desde tres facetas necesarias: (a) el usufructo equitativo de lo que la ciudad tiene para ofrecer a sus habitantes, (b) el mandato de construcción colectiva y participativa de los asuntos de ciudad y (c) el goce efectivo de los derechos humanos en los contextos urbanos (Correa Montoya, 2010, p. 147).

Levenzon y Tedeschi (2017) señalan que en Argentina no se ha logrado la formación de los consensos necesarios para la sanción de una ley nacional en la materia, advirtiendo que la principal dificultad radica en que las provincias se han reservado la competencia relativa al ordenamiento territorial. No obstante ello manifiestan que con base en derechos de jerarquía constitucional (como el derecho a la vivienda) y en la idea de la función social de la propiedad se han impulsado en los últimos años experiencias municipales y provinciales tendientes a intervenir activamente en la planificación urbana para beneficiar de forma prioritaria a los sectores más vulnerables (p. 150).

Repensado la situación y la necesidad de reconocer los principios jurídicos que nutren el concepto de derecho a la ciudad es propicio recordar el concepto de la sociedad "de masas", ya descrita por el filósofo José Ortega y Gasset quien abordó tal noción explicando que a partir de las revoluciones industriales el mundo había experimentado en los últimos dos siglos, y fuertemente luego de la Segunda Guerra Mundial, un vertiginoso desarrollo que dio lugar a la economía de gran escala incremento de la población, procesos de urbanización, aumento desmesurado del consumo y de la producción.

El fenómeno innegable de la urbanización con el consecuente abandono del campo y la aparición de las grandes y medianas ciudades constituyen la base sociológica que da lugar a nuevos problemas: y ante tal realidad, la necesidad de hallar nuevas soluciones. Se desarrolla así el concepto de "derecho a la ciudad". Pero ¿qué es lo que comprende? Desde el punto de vista jurídico: ¿cuáles son sus principios rectores? ¿Desde qué concepción del ser humano se debe partir para el análisis de estas cuestiones?

La industrialización, la mercadotecnia y la economía a escala han dado origen a superestructuras sociales compuestas por un conjunto de relaciones intersubjetivas de diversa naturaleza. Su impacto en la noción de ciudad es abrumadora. La ya mencionada mercantilización de la ciudad a través de los desarrollos urbanos sin planificación y de deliberadas políticas de comercialización del espacio público y privado invadieron durante décadas el escenario colectivo. Es tiempo de repensar, ordenar y regular a la luz de una serie de principios que trascienden las reglas jurídicas contenidas en constituciones, leyes y reglamentos.

No podemos soslayar en nuestro análisis que el derecho es fruto de nuestra historia, es creación humana y consecuentemente no es estático.

Se adapta, se regenera, se crea y se reinventa. El derecho es, finalmente, un fenómeno histórico e instrumental que debe operar en favor de la persona humana. En este devenir histórico, en el aspecto regulatorio en sólo los últimos dos siglos asistimos a la conformación de las grandes urbes, al desarrollo del mundo moderno, el avance sin pausa de la ciencia y, paralelamente desde la concepción positivista que imperó también en el campo jurídico, a la codificación como gran creación del modernismo. Luego, su declive.

Nótese por ejemplo el fenómeno dialéctico de fragmentación jurídica que han descripto autores como Lorenzetti en donde la estructura jurídica sostenida en la codificación –fruto del modernismo racionalista continental europeo- adoptada por nuestro derecho patrio, se ha venido desvirtuando a través de lo que el autor citado ha denominado “*bing bang*” legislativo. En esa espesa bruma normativa se mueve también el derecho a la ciudad, que si bien creemos que se encuentra en construcción, no ha de escapar a este complejo proceso jurídico. ¿Dónde buscar las soluciones? ¿Cómo regular las posibles vicisitudes del mundo urbano? ¿Dónde se sostiene el denominado derecho a la ciudad?

Nuestros códigos continúan siendo el eje normativo de las diversas materias, pero en muchos casos sus cuerpos han quedado casi vacíos (el derogado Código de Comercio) o incompletos (Códigos Civil y Penal). La legislación específica está en formación, ausente aún de manera orgánica. La realidad es compleja; siempre lo fue. Pero ahora lo es extremadamente. Postulamos la necesidad de reflexionar acerca de los principios como una instancia valiosa para enfrentar y diseñar los desafíos que impone el Derecho a la Ciudad.

Se da el carácter dialéctico de este proceso de fragmentación porque mientras que por un lado “se nos desarman los códigos”, por el otro, las relaciones entre las diversas disciplinas del derecho se profundizan, cual vasos comunicantes, de modo tal que la visión sistémica envuelve con más fuerza al ordenamiento jurídico.

Afirma Zagrebelsky que la superación del estado de derecho legislativo y su actual reconocimiento al llamado estado constitucional de derecho lleva consigo importantes consecuencias para el derecho como tal. Allí encontramos la separación de la ley y de los derechos así como la separación entre normas o principios. El derecho actual está compuesto por reglas y principios. Las normas legislativas son reglas y las normas constitucionales sobre derechos y justicia son principios. Solo

los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir constitutivo del orden jurídico.

En concreto la distinción pareciera ser la siguiente: las reglas nos brindan el criterio que nuestras acciones deben o no seguir; cómo actuar en determinadas situaciones. Por su parte, los principios, no nos dicen cómo actuar, pero sí como tomar posición ante situaciones concretas, que a priori aparecen indeterminadas. Si el derecho estuviera solo compuesto de reglas, bastaría aplicar razonamientos automáticos como el silogismo judicial y la subsunción del supuesto en la norma. Esto cae cuando aparecen los principios, dado que la aplicación de los principios es completamente distinta y exige que cuando la realidad lo requiera, debemos tomar una posición -una reacción- Los principios aparecen esbozados y deben ser bajados a la realidad: igualdad, libertad, justicia. Ejemplo: el derecho a huelga es un principio receptado en las constituciones, pero cuando se establece que los trabajadores deben garantizar las prestaciones de un servicio público durante la huelga, estamos en presencia de una regla.

Los principios que postulamos para el derecho a la ciudad no constituyen normas de tipo ideal, supletorias ni subsidiarias, ni son meras pautas de interpretación, sino que son de ineludible aplicación en el caso en concreto y constituyen estándares a la par que las normas.

Dworkin postula tres categorías de estándares y sostiene que el derecho no son sólo las normas (positivas o reglas) sino que también se integra por directrices y principios. Estos últimos constituyen estándares que basados en las nociones de justicia, equidad u otras consideraciones morales devienen en insoslayables para el operador jurídico.

Ante la falta de un marco normativo nacional de carácter general y consolidado, y teniendo en consideración a las propuestas regulatorias citadas que incluyen tanto al soft law como al derecho extranjero y a los aportes doctrinarios especializados, el presente trabajo tiene por fin promover la reflexión acerca de cuáles serían aquellos principios jurídicos rectores en la materia, sin negar desde ya la posibilidad de que existieran otros aparte de aquellos que desde aquí referiremos.

Cabe tener presente, desde el punto de vista metodológico, que los principios se usan fundamentalmente en la producción del derecho como parámetros para evaluar la legalidad o legitimidad de las fuentes normativas subordinadas. También se aplican en la interpretación legislativa y en la integración de lagunas (Guastini, 1999). Dada su riqueza

instrumental, se ofrecen como herramientas adecuadas para la tarea proyectada.

Aludiremos a un conjunto de principios jurídicos que irradian sobre todo el subsistema que supone el denominado derecho a la ciudad, el cual se encuentra en claro proceso de formación a nivel global y también en Argentina. En nuestro derecho veremos que tales principios encuentran parcialmente su positivización a través de instrumentos normativos de rango constitucional o convencional, elemento que los dota de mayor fuerza pero que no hacen a su existencia misma. El diseño de este complejo concepto que importa el denominado derecho a la ciudad debe ir necesariamente imbuido de un plexo de principios fundamentales que le brinden sustento.

Frente a la complejidad del contenido del derecho a la ciudad, entendemos conveniente desarrollar la propuesta en diversos planos: trabajaremos los principios de igualdad y razonabilidad en relación al usufructo equitativo de lo que la ciudad tiene para ofrecer a sus habitantes; los de participación y legalidad en lo atinente al mandato de construcción colectiva de los asuntos de ciudad; y los de no dañar y de buena administración en referencia al goce efectivo de los derechos humanos en los contextos urbanos.

2. Desarrollo: Los principios en particular

2.1 El principio de igualdad

El principio de igualdad, en la formulación postulada por Rabossi (2012, p. 32/33), asevera que en todos los aspectos relevantes los seres humanos deben ser considerados y tratados de igual manera, a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo. De aquí se derivan, indica el autor, otros dos principios importantes: el de no discriminación, que prohíbe diferenciaciones sobre fundamentos irrelevantes, arbitrarios o irrazonables; y el de protección, tendiente a lograr una igualdad positiva a través de medidas de acción directa.

Los documentos citados construyen derechos y obligaciones con base en este principio, concediéndole especial jerarquía (art. 2 de la Carta Europea, art. 3 de la Carta Mundial, art. 1 de la Carta de Montreal, por caso) y ratificando que el deber de trato igualitario se extiende a todas las personas que habiten la ciudad de forma permanente o transitoria e independientemente de su nacionalidad, y prohibiéndose discrimina-

ciones por color, edad, sexo u opción sexual, estado civil, lengua, religión, opinión política, origen social, pertenencia étnica o nivel de ingresos.

Asimismo, en ejercicio del principio de protección se reconoce la necesidad de llevar adelante medidas específicas de tutela para las personas y grupos o colectivos vulnerables, promoviendo la distribución de recursos, el acceso a los servicios esenciales, la no-discriminación y, en general, suprimiendo los obstáculos de orden político, económico, social y cultural que limiten la libertad, equidad e igualdad de los ciudadanos e impidan el pleno desarrollo de la persona humana y su efectiva participación política, económica, social y cultural en la ciudad. Entre las personas y grupos vulnerables quedan comprendidos las personas y grupos en situación de pobreza, en riesgo ambiental (amenazados por desastres naturales), víctimas de violencia, migrantes forzados, refugiados y todo grupo que, según la realidad de cada ciudad, esté en situación de desventaja respecto al resto de los habitantes. En estos grupos, a su vez, serán objeto prioritario de atención las personas mayores, las mujeres, en especial las jefas de hogar, y los niños (art. 4 de la Carta Mundial). También se tiene especialmente en consideración la situación de las personas con discapacidad, exigiéndose que las viviendas, los lugares de trabajo y de ocio y los transportes públicos deban estar adaptados para ellas (art. IV de la Carta Europea).

Dada su importancia capital en la materia, el principio de igualdad y sus principios derivados de no discriminación y de protección deben ser necesariamente tenidos en cuenta para determinación del contenido del derecho a la ciudad, sirviendo como parámetro ineludible a la hora de revisar la estructura de un futuro catálogo nacional de derechos y obligaciones.

El principio de igualdad, con sus implicancias como la cuestión misma de la equidad constituyen en definitiva la piedra angular del derecho a la ciudad. Tanto es así que puede expresarse, sin lugar a dudas, que el derecho a la ciudad en sus múltiples facetas no es más que la consagración concreta y plausible de la igualdad en todas sus formas. La igualdad urbana y el trato equitativo importan un principio fundamental que irradia sobre todo el microsistema urbano. El aprovechamiento, disfrute y uso de una ciudad sustentable para todos los ciudadanos bajo la condición de accesibilidad en términos de paridad y equitativos funda la noción misma del derecho a la ciudad y así debe ser interpretado en el terreno jurídico por los poderes del estado en la gestión sociourbana.

2.2. El principio de razonabilidad

Etimológicamente, el vocablo "razonable" deriva del latín "*rationabilis*", que significa arreglado, justo, conforme a razón. Este mentado principio ocupa una posición relevante en la construcción del Derecho a la Ciudad desde la posición que le cabe el Estado en la arquitectura urbana y el respeto de este novedoso derecho.

La existencia del Estado como organización jurídico-política dotada de poder hunde sus raíces en el deber ético de gestionar el bien común y alcanzar la justicia. El principio de razonabilidad es el medio. Pero ¿qué significa la expresión razonabilidad? Al respecto, siguiendo a Cassagne, podemos afirmar que ésta constituye en sí misma una garantía del ciudadano ante el poder público. La idea de razonabilidad, consagrada en nuestro texto constitucional a partir del artículo 28, viene a conformar un valladar de tutela sobre las diversas esferas de la vida personal. En el caso que nos ocupa nos parece hartamente relevante contemplar a este principio jurídico como fundamental dentro de la noción del Derecho a la Ciudad.

La razonabilidad es, en definitiva, la garantía de justicia que debe imperar desde el sector público en la gestión de la ciudad, su diseño y regulación.

Este principio exige que los actos estatales sean justos, prudentes, razonables, realistas y proporcionados entre medios y fines. De hecho la razonabilidad como principio o estándar general jurídico es la anulación de la arbitrariedad. Una ciudad inequitativa, mercantilizada al extremo, contaminada, que no contenga a los sectores vulnerables es una ciudad arbitraria y el Estado que la gestione lo será también. Lo arbitrario es lo injusto, lo irrazonable, lo disvalioso y lo ilegal.

Coincidimos pues con Ezequiel Cassagne cuando postula claramente que el principio de razonabilidad, estrechamente vinculado con la idea de justicia, no es sólo un principio fundamental, sino que alcanza la categoría de principio general o rector y que encuentra su fundamento en la dignidad humana.

El derecho a la ciudad, como tal, no puede ser ajeno a este principio dado que configura precisamente su razón de ser, su base ontológica. Es la condición humana en términos de dignidad. Una ciudad igualitaria, saludable, accesible y equitativa es aquella que responde a los estándares de justicia; finalmente, ajustada al principio de razonabilidad.

2.3. El principio de legalidad

Este principio rector viene a constituir una manda insoslayable en la construcción de la ciudad. La gestión urbana debe ser pensada, planificada y ejecutada con apego a la ley y al derecho, ergo, a los principios que venimos proponiendo.

El principio de legalidad genérico constituye en sí una especie de "metaprincipio" toda vez que irradia de sobremanera sobre todo el sistema jurídico. En nuestro país encuentra sus cimientos en la forma republicana de gobierno, la idea de separación de los poderes y la necesidad de que los actos estatales se ajusten plenamente a las reglas y principios como garantía de una convivencia civil organizada, armónica y justa.

La legalidad no es una mera abstracción teórica. Se sustenta en la concepción representativa de la democracia republicana e implica que son los ciudadanos quienes definen las políticas, en este caso urbanas, que los rigen y dentro de las cuales viven y se desenvuelven. El hecho de que los funcionarios se ajusten al mandato legal –en sentido amplio– es la garantía de que la voluntad de los habitantes se ejecuta fielmente. El principio de legalidad, fruto de las ideas de la revolución francesa, ha evolucionado y no se refiere o limita al cumplimiento cabal de los actos estatales a la ley positiva formal, sino que también importa el sometimiento a los principios generales del derecho. Parte de la doctrina lo denomina principio de legitimidad o también más ampliamente juridicidad.

Sentado lo anterior, cabe señalar que por un lado significa que la gestión urbana se plasma, define y ajusta a los diversos estándares jurídicos, pero también funciona como una garantía para el ciudadano: él no está privado de hacer lo que la ley no prohíbe ni obligado a hacer lo que ella no manda.

En el derecho a la ciudad este principio básico del estado de derecho es altamente significativo e impacta en todos los aspectos que él regula así como en sus contenidos. Las interdicciones, limitaciones y regulaciones ambientales, económicas, sociales, culturales así como el plexo de derechos y garantías que conlleva deben ser efectivizados en un todo de acuerdo con el denominado bloque de legalidad. Recuerda Juan Carlos Cassagne que este principio no es una mera derivación del dogma iluminista del modernismo, sino que tiene un antecedente mucho más antiguo: Aristóteles. En efecto, fue él quien hace más de dos mil años

postuló que: “vale más que mande la ley y no un ciudadano, sea quien fuere, porque cuando manda la ley es como si mandara Dios y la razón,”.

2.4. El principio de participación

Puede afirmarse que este elemento se encuentra en la misma génesis del concepto del derecho a la ciudad. Es considerado un principio estratégico en la Carta Mundial, un pilar para el desarrollo de las políticas urbanas en el Estatuto de la Ciudad, y la Carta de Montreal le adjudica un valor indispensable en la construcción de confianza en las instituciones democráticas, en la consolidación del sentido de pertenencia y en la promoción de una ciudadanía activa.

Se materializa en enunciados normativos como el siguiente: “Todas las personas tienen el derecho de participar a través de formas directas y representativas en la elaboración, definición, implementación y fiscalización de las políticas públicas y del presupuesto municipal de las ciudades, para fortalecer la transparencia, eficacia y autonomía de las administraciones públicas locales y de las organizaciones populares” (art. II.1.2 de la Carta Mundial).

Vale recalcar que la participación se identifica con los derechos políticos, y en esta línea se exige que todos los habitantes puedan acceder al sufragio para la elección libre y democrática de los representantes locales, e inclusive, puedan ser elegidos para ocupar cargos públicos si cumplen determinados requisitos -aunque no sean ciudadanos-.

Además, y esto es tan importante como los referidos derechos electorales activos y pasivos, el principio de participación demanda que se abran espacios institucionalizados para la participación amplia, directa, equitativa y democrática de los ciudadanos en el proceso de planificación, elaboración, aprobación, gestión y evaluación de políticas y presupuestos públicos (art. III de la Carta Mundial, también en los art. VIII de la Carta Europea y art. 43 del Estatuto de la Ciudad).

Estos espacios pueden cobrar la forma de debates o audiencias públicas en los que se expresan opiniones y se interpela a las autoridades, de consultas públicas, de la conformación de Consejos u órganos consultivos compuestos por representantes de diversos actores o sectores sociales, de iniciativas populares para proponer proyectos de ley y planes de desarrollo urbano, entre otras alternativas.

Es indispensable, asimismo, que la intervención ciudadana en éstos ámbitos se sustente en información veraz, precisa, completa y oportuna, debiendo las autoridades garantizar que los habitantes estén informados sobre todo lo relativo a la vida social, económica, cultural y administrativa local. Para ello deben organizar sistemas de comunicación accesibles en términos de tecnología y uso de lenguaje claro, y facilitar el acceso a la documentación relativa a los asuntos municipales.

Huelga decir que los mecanismos de participación deben concretarse salvaguardando el principio de igualdad de los habitantes, y en especial, atendiendo rigurosamente a que no se produzcan exclusiones de los procedimientos democráticos en perjuicio de las personas o grupos vulnerables.

2.5. El principio de “no dañar” o de sustentabilidad

Explican Calmon da Gama y Leyte (2019) que “el axioma *alterum non laedere*, es decir, no causar daño a otro, es un principio jurídico que constituye el deber de *neminem laedere*, de no dañar a nadie, bajo pena de cometerse un acto ilícito, y, por consiguiente, sufrir una sanción” y se fundamenta en la necesidad de perseguir la paz social y la vida armónica en sociedad.

En la órbita del derecho a la ciudad este principio opera en dos planos: en un sentido tradicional se configura a través de la prohibición del daño directo a otros habitantes de la ciudad, y en una interpretación un tanto más moderna (aunque holgadamente consolidada a estas alturas), refiere al mandato del cuidado del ambiente y la promoción del desarrollo sostenible. En términos de instrucciones de política pública el principio se traduce en el deber municipal de intervenir para prevenir la contaminación y ocupación desordenada del territorio y de las áreas de protección ambiental, incluyendo ahorro energético, gestión y reutilización de residuos, reciclaje, recuperación de vertientes, y ampliación y protección de los espacios verdes (art. XVI de la Carta Mundial).

Impone a las autoridades, igualmente, el compromiso de compatibilizar el crecimiento urbano con el equilibrio ambiental, reconciliando la protección de la naturaleza y del patrimonio arquitectónico con las necesidades del desarrollo económico, social y cultural.

Sus alcances se extienden al mismo tiempo al ámbito de la educación ambiental, focalizada especialmente en la niñez y la adolescencia, área en la cual se exhorta a las autoridades a desempeñar un rol activo para promover el respeto por la naturaleza.

Este principio se entrecruza con los de participación e igualdad toda vez que para producir intervenciones en la ciudad que conlleven alteraciones significativas del ambiente se exigirá contar con el aval de los habitantes, obtenido en forma previa y bajo las condiciones adecuadas para una toma de decisión genuinamente democrática.

2.6. Principio de Buena Administración

Uno de los principios desarrollados por el derecho europeo contemporáneo consiste en el de buena administración. Paralelamente constituye un derecho para todos los ciudadanos. Este nodal principio encuentra su fundamento en la centralidad de la persona como un fin en sí mismo, el cual debe ser tutelado y protegido por el derecho y por el Estado. La persona es, en definitiva, el fin último de todas estas construcciones sociales; y desde el punto de vista axiológico el valor a custodiar es la dignidad humana en todas formas.

Como lo ha afirmado acertadamente al referirse a este fundamental derecho Rodríguez Arana Muñoz: "El fundamento reside en intentar construir una concepción más justa y humana del poder, que cómo consecuencia del derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, se erijan en instrumentos idóneos al servicio objetivo del interés general."

Las ideas de justicia, igualdad, razonabilidad, legalidad apuntan finalmente a elevar a las persona a su máximo potencial en un ideario de dignidad y plenitud. La ciudad viene a constituir ese escenario de innegable trascendencia en el que cada uno de nosotros despliega su vida, sus proyectos y anhelos.

En este orden de ideas la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza diciembre de 2000) incorporó el llamado derecho a la buena administración. Este derecho, hoy principio fundamental, es complejo y acarrea una serie de contenidos e implicancias estrechamente vinculadas con garantías adjetivas, participación ciudadana, indemnidad, etc. Lo cierto es que hoy se ha transformado en otro estándar jurídico fundamental en el plano urbano que se impone con toda su fuerza en este derecho a la ciudad que, aunque aún define sus contornos, perfila

sus alcances y características concentrándose en la necesidad de asegurar la dignidad de la vida humana desde su contexto.

El diseño de la vida en la ciudad, las condiciones de accesibilidad y disfrute de los espacios, la cuestión ambiental, la tecnología, el transporte, educación, salud y todos los elementos básicos de la vida en la sociedad actual se nutren de este principio que pone en cabeza de todo el sector público pero también privado el deber de obrar con el debido respeto a un parámetro más bien exigente: "la buena administración".

3. Conclusiones

En Argentina el denominado derecho a la ciudad se encuentra en su etapa inicial de formación, mientras que en el plano internacional existen numerosos instrumentos normativos que han venido regulando progresivamente este derecho. El derecho a la ciudad hunde sus raíces en aspectos sociológicos, económicos, políticos y culturales, por lo que la definición de su contenido y de sus contornos es compleja. En lo estrictamente jurídico podemos afirmar que comporta una serie de derechos fundamentales volcados al uso y disfrute de las ciudades en el sentido más amplio de la expresión.

Ciudades igualitarias, democráticas, sustentables, ordenadas e integradas constituye el fin último del derecho a la ciudad para el cual la posición central del ser humano es el punto de partida y fin último. En este sinuoso devenir le cabe al Estado la misión de asegurar a los ciudadanos el pleno ejercicio de tal derecho con todas sus aristas. Proponemos como principios fundamentales que irradian sobre este derecho a los siguientes: igualdad, legalidad, razonabilidad, participación, buena administración y de no dañar.

Esta enumeración no cierra la posibilidad de que se incorporen o reconozcan otros principios fundantes de esta noción. Pregonamos el diseño y dictado de cuadros normativos que incorporen sistemáticamente regulaciones que tutelen y logren efectivizar con la mayor fuerza posible este fundamental derecho humano: el derecho a la ciudad.

4. Bibliografía

CALMON DA GAMA, Guilherme y LEITE Conceição de Maria, "El deber de no causar daño a otro desde la perspectiva de la reparación

integral de la víctima”, en Revista Internacional Consinter De Direito, Año V – Número VIII, Porto, 2019, pp. 479-490.

CASSAGNE, Ezequiel. El principio de razonabilidad en el procedimiento administrativo. En AAVV, Procedimiento Administrativo (Dir. Héctor Pozo Gowland, David Halperín, Oscar Aguilar Valdez, Fernando Juan Lima y Armando Canosa), T. I, La Ley, Buenos Aires 2012, P 681.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo Tomo II Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires 2006 p 28

COLIN, Brigitte, “Introduction”, en UNESCO, “Urban Policies and the Right to de City”, Paris, 2006, pp. 11-13.

CORREA MONTOYA, Lucas. “¿Qué significa tener derecho a la ciudad? La ciudad como lugar y posibilidad de los derechos humanos”, en Territorios, 22, Bogotá, 2010, pp. 125-149.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1984.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo T IX Capítulo VII Fundación Derecho Administrativo Buenos Aires 2015. P VII -6-629

GUASTINI, Riccardo, “Distinguiendo”, 1º ed., Barcelona, Gedisa, 1999.

LEVENZON Fernanda y TEDESCHI Sebastián. “La construcción del derecho a la ciudad inclusiva: tendencias en los marcos legales urbanísticos en Argentina y América Latina”, en SCHEIBLER Guillermo (Coord.), “Cuestiones de Derecho Urbano”, Buenos Aires, 2017, pp. 129-154.

MOLANO CAMARGO, Frank. “El derecho a la ciudad: de Henri Lefebvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea”, en Revista Folios, núm. 44, julio-diciembre, Bogotá, 2016, pp. 3-19.

ORTEGA Y GASSET, José. La rebelión de las masas. Grandes Obras del pensamiento. Altaya. Barcelona 1996

RABOSI, Eduardo, “Derechos Humanos: El Principio de Igualdad y la Discriminación”, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto (Coords.), “El Derecho a la Igualdad”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 31-46.

RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la constitución española y en la Unión Europea. En Revista Eurolatina de Derecho Administrativo. Vol I nº 2 2014 julio

diciembre. Disponible //bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/4619

RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas. Thompson. Aranzadi. Navarra, España. 2006.

RUSSELL, Oliver. La aplicación del derecho a la ciudad en el caso de urbanización del barrio "Rodrigo Bueno" Publicado en: Sup. Adm.2019 (febrero), 9 - LA LEY2019-A, 773 Cita Online: AR/DOC/2710/2018

SORIANO ZOTHNER, Verónica. La razonabilidad del accionar estatal y los modelos de control de constitucionalidad". Sistema jurídico argentino y derecho comparado. 24 de Octubre de 2018 www.sajj.gov.ar Id SAJ: DACF18022

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta. Octava Edición. Madrid 2008. P 109 y siguientes.

www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/poblacion/aglomerados_argentina_500_mil.pdf

6. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN LEGAL NACIONAL DE BIOSEGURIDAD EN LA FEDERACIÓN DE RUSIA

Elena Evgenyevna Gulyaeva (Rusia)¹¹⁴

En 2021, la comunidad científica rusa amplió la lista de especialidades científicas con cuatro nuevos grupos de ramas académicas. Estos son ciencias de la computación e informática, biotecnología, uso del subsuelo y ciencias de la minería, así como ciencias cognitivas. Esto demuestra que los problemas de este tipo son especialmente importantes para las políticas exterior e interior de la Federación de Rusia.

Así, a finales de 2020, se adoptó la Ley Federal de Bioseguridad en la Federación de Rusia. La ley regula las actividades destinadas a garantizar la bioseguridad en Rusia. Antes de que se aprobara la ley, no existían herramientas conceptuales en la legislación rusa que definieran lo que se debe hacer para garantizar la bioseguridad de los ciudadanos. La Ley prevé medidas para prevenir ataques terroristas y sabotajes mediante el uso de armas biológicas. Hay al menos 30 instalaciones en el territorio ruso que potencialmente pueden presentar peligros químicos o biológicos.

Teniendo en cuenta la enorme importancia de la investigación científica en el campo del genoma humano y su aplicación práctica en la medicina, la ciencia forense, la agricultura y otras áreas, en la Federación de Rusia (RF) en los últimos años, también se han planteado activamente cuestiones sobre el asentamiento de se adoptan los problemas legales, éticos y morales que surjan en este ámbito, así como actos de carácter normativo.

Actualmente, las principales leyes y reglamentos, que cubren la biotecnología en Rusia. Un acontecimiento legal histórico es la adopción

¹¹⁴ Publicado en la Sección Doctrina, Año XIII, número 30, mayo de 2022, pp. 3-11.

de la Ley Federal "Sobre Bioseguridad en la Federación de Rusia" del 30 de diciembre de 2020. La Ley regula las actividades de bioseguridad en los territorios rusos. Rusia tiene previsto establecer un sistema de información estatal sobre bioseguridad. El sistema ayudará a monitorear los riesgos biológicos, así como los desarrollos en el campo de la biología, la biotecnología y los alimentos modificados genéticamente. La ley introduce una amplia gama de términos relacionados con garantizar la protección de los ciudadanos rusos contra amenazas biológicas y químicas. Antes de la adopción de la Ley, no existía un marco conceptual en la legislación rusa que definiera actividades para garantizar la bioseguridad de los ciudadanos. La parte sustantiva de la Ley define los fundamentos de la política estatal y las competencias de las autoridades federales y regionales en el área.

Además del sistema de información unificado para monitorear y controlar la propagación de enfermedades infecciosas, la Ley introduce la vigilancia sobre la producción, el consumo y el movimiento transfronterizo de medicamentos antimicrobianos que pueden provocar resistencia humana (insensibilidad) a los antibióticos. Dichos medicamentos estarán disponibles solo con receta médica. La Ley también define medidas para prevenir ataques terroristas y sabotajes mediante el uso de armas biológicas.

En Rusia se ha presentado un proyecto de ley federal sobre los fundamentos jurídicos de la bioética y las garantías de su garantía. El proyecto de ley establece las bases legales de la ética de la política de Estado en el ámbito de la salud. Además, Rusia ha asumido obligaciones internacionales en materia de protección de datos personales. Esto se ha hecho adhiriéndose al Protocolo, que modifica el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automático de Datos Personales.

El Protocolo consagra la protección de nuevos derechos humanos. Contiene requisitos para los principios de proporcionalidad, minimización y legalidad de la recopilación, procesamiento y almacenamiento de datos personales. Se ha introducido una nueva categoría de datos sensibles, es decir, datos genéticos.

El Servicio Federal de Vigilancia de la Protección de los Derechos del Consumidor y el Bienestar Humano ha elaborado un proyecto de ley sobre la inclusión de datos genéticos en el concepto de categorías especiales de datos personales. Las nuevas definiciones cubren los derechos de los nuevos ciudadanos a gestionar sus datos personales

durante su tratamiento mediante algoritmos matemáticos, inteligencia artificial, etc. Según el proyecto de ley, los operadores de datos personales están obligados a notificar al organismo supervisor autorizado sobre las filtraciones de datos. En él también se fija un régimen claro para los flujos de datos transfronterizos.

En la Ley Federal de Rusia aprobada "sobre seguridad biológica en la Federación de Rusia", se dedica una disposición separada a la cooperación internacional en el campo de la seguridad de la biotecnología.

La política exterior de Rusia se centra en fortalecer el régimen de la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción para garantizar una prohibición completa de las armas biológicas. Los objetivos más importantes de la Convención son también la investigación de casos relacionados con armas biológicas y tóxicas, la prevención, localización y eliminación de emergencias en el ámbito de garantizar la bioseguridad y la bioseguridad en todo el mundo.

Varios actos jurídicos normativos especiales están dedicados a realizar investigaciones genómicas y garantizar la seguridad del procesamiento de la información genética en la Federación de Rusia. Entre ellos, por ejemplo: Ley federal "Sobre los fundamentos de la protección de la salud de los ciudadanos en la Federación de Rusia" de 21 de noviembre de 2011 No. 323-FZ ; Ley Federal del 05.07.1996 No. 86 FZ "Sobre Regulación Estatal en el Campo de la Ingeniería Genética" ; Ley Federal de 03.12.2008 No. 242 FZ "Sobre Registro Genómico Estatal" ; Ley Federal de 23.06.2016 No. 180 FZ "Sobre productos de células biomédicas" , Ley federal "sobre la prohibición temporal de la clonación humana", de 20 de mayo de 2002, núm. 54-FZ .

Además, recientemente, el Presidente de la Federación de Rusia, el Gobierno de la Federación de Rusia y el Ministerio de Salud de la Federación de Rusia han adoptado un número bastante grande de documentos que definen las tendencias de desarrollo en el campo de la investigación genómica y el uso de tecnologías genéticas.

Por ejemplo, se pueden distinguir los siguientes: Decreto del Presidente de la Federación de Rusia del 28 de noviembre de 2018 No. 680 "Sobre el desarrollo de tecnologías genéticas en la Federación de Rusia" , Orden del Ministerio de Salud de Rusia de fecha 01.02.2019 No. 42 "Con la aprobación del programa de destino departamental" Desarrollo de la medicina fundamental, traslacional y personalizada" ,

Decreto del Presidente de la Federación de Rusia del 11 de marzo de 2019 No. 97 "Sobre los fundamentos de la política estatal de la Federación de Rusia en el campo de la seguridad química y biológica para el período hasta 2025 y más allá" , así como la Resolución del Gobierno de la Federación de Rusia de 22 de abril de 2019 No. 479 "Sobre la aprobación del Programa Federal Científico y Técnico para el Desarrollo de Tecnologías Genéticas para 2019-2027" .

Como en la mayoría de los países del mundo, Rusia también tiene un Comité de Bioética establecido en 2005 bajo la Comisión de RF para la UNESCO. El propósito de este comité es abordar las cuestiones éticas que surgen en la aplicación de la tecnología y la investigación biomédica.

Por el momento, tanto Rusia como otros estados enfrentan una serie de amenazas modernas en el campo del procesamiento y la circulación de información genética y genómica. Por ejemplo, esto debería incluir el acceso no autorizado y la detección masiva, el almacenamiento y la recopilación inadecuados de información y los altos costos y los errores médicos.

Al respecto, cabe mencionar que en nuestro país la regulación del tema de obtención, almacenamiento, uso, procesamiento, registro y destrucción de información genómica y material biológico humano se encuentra consagrado en la Ley Federal del 03.12.2008 No. 242FZ "Sobre Registro Genómico Estatal "(Ley Federal No. 242).

Según el art. 17 Φ 3 № 242, la fiscalía de la Federación de Rusia lleva a cabo la supervisión del cumplimiento de la ley. También observamos que el presupuesto federal proporciona fondos para actividades de registro genómico (artículo 20 de la Ley Federal No. 242). El reglamento de la Ley Federal No. 242 cubre el registro genómico estatal tanto voluntario como obligatorio. En primer lugar, los objetivos de esta ley son la lucha contra la delincuencia, la búsqueda de ciudadanos desaparecidos y la identificación de una persona.

En art. 7 La Ley Federal No. 242 enfatiza que el registro genómico obligatorio incluye:

- 1) las personas condenadas y cumpliendo condena en lugares de privación de libertad por la comisión de delitos graves y especialmente graves, así como por la comisión de delitos contra la inviolabilidad sexual y la libertad personal;
- 2) personas no identificadas, cuya recolección de material biológico se llevó a cabo en el curso de las acciones de investigación;
- 3) cadáveres no identificados.

Al mismo tiempo, la ley no define el área del registro genómico estatal voluntario. Solo se ha establecido que tales actividades solo pueden ser realizadas por instituciones de examen médico forense y subdivisiones individuales de los órganos de asuntos internos.

En 2016, se adoptó la Ley Federal No. 180-FZ "Sobre Productos Celulares Biomédicos", que estableció los principios para la realización de actividades en el campo de la circulación de productos celulares biomédicos. A continuación destacamos algunos de ellos:

- 1) el principio de voluntariedad y gratuidad de la donación de material biológico;
- 2) la necesidad de cumplir con la confidencialidad médica;
- 3) inadmisibilidad de lucrar con material biológico humano;
- 4) la prohibición de la creación de un embrión humano para la producción de productos celulares biomédicos;
- 5) cumplimiento de los requisitos de bioseguridad para proteger los derechos de todos los participantes en el proceso, incluidos donantes, pacientes y trabajadores médicos.

Sin embargo, a pesar de la adopción de la ley anterior, el ámbito de circulación y uso de células y tejidos humanos con fines de investigación y educación sigue sin estar regulado, ya que la ley no se aplica en este ámbito.

Cabe señalar que los problemas de la certificación genética masiva de ciudadanos de la Federación de Rusia también causan gran preocupación, así como las iniciativas legislativas relacionadas, que pueden ampliar significativamente la lista de personas sujetas al registro genómico estatal obligatorio.

Uno de los avances más importantes en el campo de la genética y la genómica es la clonación de organismos vivos, incluida la clonación humana. Sin embargo, la creación de una persona por medios artificiales está asociada a una serie de problemas éticos y legales. En primer lugar, el mismo procedimiento de clonación humana sigue suscitando serias preocupaciones en la opinión pública. Entonces, para el desarrollo completo de un embrión clonado, se requiere el cuerpo de una mujer embarazada, en el cual, en una etapa temprana del embarazo, su propio embrión es reemplazado por uno creado artificialmente. En segundo lugar, el procedimiento de clonación de una persona contradice directamente el derecho a la dignidad humana, el derecho a la integridad y la singularidad de su personalidad.

A nivel internacional, la clonación está oficialmente prohibida, lo que está consagrado en el Protocolo Adicional de Prohibición de la Clonación Humana de 1998 y la Convención de Oviedo de 1997. Dado que la Federación de Rusia aún no se ha unido a los documentos anteriores, estos (documentos) son solo de carácter consultivo para nuestro estado.

Sin embargo, observamos que en 2016 el Tribunal Constitucional de la Federación de Rusia publicó una definición según la cual no se excluye la posibilidad de utilizar las disposiciones del Convenio de Oviedo de 1997, a pesar de que este documento no fue firmado y ratificado por la Federación de Rusia. Además, la prohibición de la clonación humana, así como de la importación y exportación de embriones humanos creados artificialmente, está formulada en la Ley federal "sobre la prohibición temporal de la clonación humana".

Al mismo tiempo, la prohibición está dirigida solo a la creación artificial de una persona, pero los experimentos con células somáticas embrionarias, la edición del genoma humano y el cultivo artificial de tejidos y órganos humanos no están oficialmente prohibidos. También debe agregarse que la legislación rusa no prevé las normas de responsabilidad por la violación de las disposiciones de la ley anterior.

En cuanto al desarrollo del régimen legal ruso en el campo de la edición del genoma humano en la etapa embrionaria, vale la pena prestar atención al estado del embrión humano, de acuerdo con la legislación de la Federación de Rusia. Entonces, el embrión humano no es portador de derechos, ya que en la Parte 2 del art. 17 de la Constitución de la Federación de Rusia estipula que los derechos humanos pertenecen a todas las personas desde el nacimiento, es decir, esta disposición no se aplica a los embriones.

La Federación de Rusia ocupa la posición de un observador pasivo en relación con la mayoría de los actos jurídicos internacionales que regulan el campo de la investigación genómica. Sin embargo, esto no significa en absoluto que, en el marco de la legislación rusa, no esté garantizada la protección de los derechos humanos en este ámbito. Muchos derechos se derivan de otros derechos formulados en un sentido más amplio y consagrados formalmente en documentos legales y reglamentarios nacionales. Como ejemplo, podemos citar los derechos humanos fundamentales que se presentan en la Constitución de la Federación de Rusia.

Estos son el derecho a la vida (artículo 20), el derecho a la inviolabilidad personal (artículo 21) y la inviolabilidad de la vida privada

(artículo 22), el derecho a la protección de la información sobre la vida privada (artículo 24). Si bien Rusia no ha firmado ni ratificado la mayoría de los actos jurídicos normativos supranacionales que regulan la investigación en el campo del genoma humano, no obstante, los derechos contenidos en dichos documentos internacionales están asegurados en nuestro país, ya que son parte integrante de las disposiciones de la ley. Constitución de la Federación de Rusia, leyes y estatutos federales.

El enfoque ruso de la regulación de la investigación genómica se caracteriza vívidamente por la redacción que se indicó en 2015 en la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso "Parrillo c. Italia". Según este reglamento, en Rusia se aplica una "práctica no prohibitiva". Esto se explica por el hecho de que en el territorio de la Federación de Rusia, en su mayor parte, solo se indican normas y principios generales y no se han impuesto prohibiciones significativas para realizar investigaciones y experimentos en el campo del genoma humano.

Conclusión

Así, el espacio legal de la Federación de Rusia, dentro del cual se lleva a cabo la regulación del campo de la investigación genómica, se basa en gran medida en la legislación internacional, aunque tiene sus propios rasgos distintivos. Por lo tanto, el legislador ruso se adhiere a la práctica de no prohibición en este ámbito. La experiencia rusa en la regulación de la seguridad de la investigación genómica es bastante fragmentaria, ya que no existe un acto jurídico normativo único en el ámbito considerado. A nivel de legislación nacional, es importante desarrollar y expandir un enfoque intersectorial sistémico en la regulación legal de la investigación científica en el campo del genoma humano, es decir, asegurar el establecimiento de fuertes lazos en el marco de la vida civil, familiar, negocios y otros tipos de relaciones sociales.

7. EL CARÁCTER PROBLEMÁTICO DEL DERECHO COMO CIENCIA

Silvina Junco (Argentina)¹¹⁵

1. Introducción

Los grandes cambios que se produjeron durante el siglo XX trajeron como novedad el cuestionamiento y la nueva configuración de los saberes. La ciencia se consolidó como un saber objetivo y fiable, que se vale de un método propio, el método científico. A su vez, la Epistemología se convirtió en una teoría general del método científico, que consiste en el procedimiento por medio del cual se fundamentan los saberes.

En este nuevo contexto, todos los saberes para ser considerados fiables requieren alcanzar el estatus de "saber científico". Se trata de un saber sistemático, que sigue un orden lógico, donde los enunciados que componen la teoría son el resultado provisional de una investigación realizada mediante un procedimiento –método– que prohíbe las contradicciones.

El Derecho no quedó ajeno a estos cambios y a los nuevos paradigmas de las ciencias formales y fácticas, los que tuvieron un impacto en la historia del derecho y en su categorización como ciencia.

A lo largo de la historia, los teóricos analizaron el Derecho desde diferentes perspectivas sin llegar a un acuerdo sobre su definición. A esta dificultad se sumó la controversia sobre su carácter científico. En esta cruzada se realizaron enormes esfuerzos por distinguir el Derecho de la Ciencia del Derecho.

En tal sentido, el presente trabajo tiene como objetivo repasar las principales discusiones en las que se intentó precisar el concepto de

¹¹⁵ Publicado en la Sección Doctrina, Año XII, número 27, mayo de 2021, pp. 74-88.

“Derecho”, su carácter científico y, en consecuencia, la conformación de una Ciencia del Derecho.

A fin de alcanzar esta meta, se examinarán las teorías primigenias en las que se fue configurando el Derecho como un saber específico hasta llegar a las teorías actuales que abordan al Derecho como fenómeno complejo.

Para ello, primero se intentará precisar qué es la ciencia y cuál es su método de estudio.

En segundo lugar, se presentarán las posturas más representativas sobre qué es el Derecho, para luego exponer los argumentos que postulan su carácter científico.

Finalmente se describirá cómo se ha caracterizado la Ciencia del Derecho, cuál es su objeto de estudio y su metodología específica, incluyendo en análisis los problemas específicos de la epistemología del Derecho.

2. Aproximaciones al conocimiento de la ciencia

El uso común de la palabra “ciencia” presenta algunas dificultades por tratarse de una expresión lingüística ambigua y vaga. Así, “ciencia” puede referir tanto al proceso –conjunto de actividades– como al producto –conjunto de proposiciones que constituyen el resultado de tales actividades–.

Un ejemplo de ello se advierte en la definición que la Real Academia Española otorga a la palabra ciencia: “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente”.

Mario Bunge dice que la ciencia puede caracterizarse como “conocimiento racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible”. El autor resalta la importancia de la ciencia, ya que a través de ese cuerpo de ideas el hombre puede entender el mundo, mediante su reconstrucción conceptual que con el tiempo tiende a ser más amplia, profunda y exacta. Es una herramienta valiosa para domar la naturaleza y la sociedad, para comprender la inteligencia del mundo y del yo, y fundamentalmente para liberar nuestras mentes.

Estas ideas sobre lo que es la ciencia pueden ser complementadas con las características que propone Vernengo, quien define a la ciencia como “un conjunto de enunciados con pretensión de verdad y con algún

tipo de conexión interna que nos permita advertir que cada uno de ellos se sustenta o funda en los otros” .

Hasta aquí podemos establecer que la ciencia es un saber necesario para conocer el mundo y que refiere a un conjunto de conocimientos sistematizados, verificables, con pretensión de verdad y con capacidad predictiva. Todas estas características resultan muy valoradas y le otorgan a la ciencia una carga emotiva favorable. Su aplicación a una actividad es una especie de condecoración que genera el respeto y el aprecio de la gente.

Así, el carácter de “científico” de cualquier afirmación, razonamiento o investigación, otorga a ese conocimiento el mérito de fiabilidad. Por tal motivo, resulta relevante establecer en qué consiste ese método científico que conduce a resultados fiables.

2.1 Algunas perspectivas sobre el método científico

El método científico es el procedimiento o conjunto de reglas que siguen las ciencias y que nos permiten conocer un objeto. Provee un conjunto de prescripciones falibles, pero perfectible, para planear observaciones y experimentos, para la interpretación de sus resultados, y para plantear los problemas y poner a prueba las hipótesis. Las reglas generales del método científico se apoyan en diversas técnicas que se emplean en las ciencias especiales. Así, “...la ciencia es esclava de sus propios métodos y técnicas mientras éstos tienen éxito: pero es libre de multiplicar y de modificar en todo momento sus reglas, en aras de mayor racionalidad y objetividad”.

A lo largo de la historia se han desarrollado diferentes clases de métodos para producir conocimiento en las ciencias fácticas. Chalmers señala que existe una creencia generalizada de que la ciencia deriva de los hechos y que estos son afirmaciones sobre el mundo que pueden ser verificadas directamente a través del uso cuidadoso y desprejuiciado de los sentidos. Esta era la visión sobre el conocimiento científico en la que coincidían tanto los empiristas como los positivistas. Sin embargo, la base de estos presupuestos pierde solidez cuando se examina en profundidad las siguientes cuestiones: a) La naturaleza de esos “hechos” y cómo los científicos creen acceder a ellos, y b) Cómo se derivan de esos hechos las leyes y teorías que constituyen el conocimiento.

El primer problema que se advierte es que los hechos observables dependerán de la experiencia, el conocimiento y las expectativas del

observador. Si bien existe un solo y único mundo independiente de los observadores, ello no implica que éstos tengan experiencias perceptuales idénticas. Esto nos lleva a aceptar que las observaciones capaces de constituir la base del conocimiento científico son a la vez objetivas y falibles, y deben estar sujetas a revisión.

En relación con el segundo planteo, se puede mencionar el problema del modelo "Inductivista", según el cual, el conocimiento científico se deriva de los hechos observables por algún tipo de inferencia inductiva. El problema surge en cómo se determina bajo qué parámetros una generalización constituye una buena inferencia inductiva. Además, se observa el problema de la objetividad, ya que el inductivismo deriva esta característica de la propia objetividad de la "observación, inducción y deducción".

Como alternativa a esta postura, Karl Popper postula la tesis del "Falsacionismo", según la cual es posible demostrar que algunas teorías son falsas apelando a los resultados de la observación y la experimentación. De esta forma, la ciencia progresa gracias al ensayo y el error, a las conjeturas y refutaciones.

Ambas posturas, inductivista y falsacionista fueron puestas en cuestión por Thomas Kuhn en su obra "La estructura de las revoluciones científicas". Allí introduce su noción sobre el progreso de la ciencia y la categoría "paradigma", con el que refiere al conjunto de leyes, supuestos teóricos, técnicas y prescripciones metodológicas, que legitiman el trabajo dentro de la ciencia que rigen.

Como alternativa a los paradigmas de Kuhn, Imre Lakatos propone su "programa de investigación" –como estructura que guía la ciencia– en el que incorpora aspectos de la historia de la ciencia como aporte en su metodología. Su propuesta enfatiza la confirmación de un programa y no las falsaciones aparentes. En una postura extrema, tenemos la "teoría anarquista" de Paul Feyerabend, quien argumentó que no existe un tal método científico y que la ciencia no posee ninguna característica que la haga necesariamente superior a otras formas de conocimiento. Su posición es que los científicos siguen sus deseos subjetivos, en consecuencia, todo vale.

En esta apretada síntesis, se evidencia que la producción del conocimiento es una actividad situada y connotada. Siempre se da en un contexto social en el que se involucran otras prácticas que persiguen distintos objetivos. En virtud de ello, "no existe una descripción general de la ciencia y del método científico que se aplique a todas las ciencias

en todas las etapas históricas de su desarrollo".

3. Los problemas en torno al concepto de Derecho

Nino señala que definir qué es el Derecho siempre fue una tarea problemática. Para el autor, las dificultades se originan en relación con la postura que se asuma sobre la relación entre el lenguaje y la realidad. Hay quienes consideraran que los conceptos reflejan la esencia de las cosas. Así, desde una postura esencialista del lenguaje se trata de captar cuál es la esencia del Derecho. Por el contrario, quienes asumen una postura convencionalista del lenguaje sostienen que las palabras designan las cosas por un acuerdo consuetudinario y arbitrario establecido por los hombres.

Desde esa lógica, tratan de determinar cómo se usa efectivamente en el lenguaje ordinario la expresión "derecho" o cómo debería usarse. De allí parte la falta de claridad respecto de los presupuestos, técnicas y consecuencias que derivan de su definición.

En su sentido etimológico, Derecho proviene del latín *directum* (directo, derecho) y del latín *dirigere* (enderezar, dirigir, ordenar, guiar). De esta voz latina se han derivado múltiples vocablos, no se trata de un concepto uniformemente definido. De hecho, si consultamos su significado en cualquier diccionario jurídico nos encontraremos con diferentes conceptos que responde a innumerables enfoques (Ej. individualista y sociológico; fines y funciones; derecho objetivo y subjetivo; derecho y moral, etc.).

Como expresión lingüística, el uso del término Derecho genera una serie de equívocos debido a que es una palabra ambigua, por lo que tiene varios significados. También es vaga, debido a los límites imprecisos de su aplicación. La palabra puede referir al objeto de estudio y al estudio del objeto.

La conceptualización del Derecho fue tratada en forma de controversia entre el iusnaturalismo y el positivismo. Ambas tesis trataron de responder qué es el Derecho.

3.1. Distintas perspectivas desde las que se definió el Derecho

Iusnaturalismo

Esta corriente de pensamiento sostiene que "hay principios morales

y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana". En base a ello, el concepto de Derecho no comprende a aquellos sistemas normativos o normas que contradicen dichos principios morales o de justicia".

Existen diferentes corrientes del iusnaturalismo cuya diferencia radica en el fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el derecho natural. Así, existe un iusnaturalismo teológico basado en un orden eterno del universo cuyo fundamento es Dios. Su máximo representante fue Santo Tomás de Aquino.

Por otra parte, el iusnaturalismo racional postula que el derecho natural deriva de la razón humana. Esta corriente surge del movimiento iluminista de los siglos XVII y XVIII, sus referentes fueron filósofos como Spinoza, Pufendorf y Kant.

Positivismo

Existen diferentes concepciones sobre el positivismo del derecho. Se puede mencionar en primer lugar al escepticismo ético, según el cual no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos. El positivismo ideológico –dogmático y ortodoxo– reconoce un único principio moral que prescribe observar todo lo que dispone el derecho vigente. El positivismo teórico, también denominado formalismo jurídico, postula que el derecho está exclusivamente compuesto por preceptos legislativos. Y el positivismo metodológico/conceptual –más abierto y flexible– según el cual el concepto de Derecho no debe incluir propiedades valorativas, sino solamente descriptivas.

Más allá de las diferencias mencionadas, desde la perspectiva positivista se puede definir al Derecho como un "sistema normativo que presenta rasgos fácticos distintivos, sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa".

Esta es la postura de autores como Bentham, Austin, Ross, Hart y – con ciertas salvedades– Kelsen.

Realismo jurídico

Esta tesis surge como una postura contraria al formalismo jurídico propia del derecho continental europeo, que asigna a los sistemas

normativos ciertas propiedades formales, tales como la precisión, univocidad, coherencia, completitud, entre otras.

El realismo jurídico adopta una actitud escéptica ante las normas jurídicas. Según Hart, se trata de una postura extrema sustentada en que las "reglas" ocultan la verdad de que el Derecho se integra únicamente con las decisiones de los tribunales. Como así también, de las predicciones de esas decisiones.

Para responder qué es el Derecho desde esta perspectiva se toman en cuenta los hechos, la experiencia y la actuación de los operadores judiciales. Así, el Derecho puede ser definido como "el conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones".

4. La configuración del Derecho como una ciencia

4.1. Breve reseña de la historia del Derecho

Resulta importante mencionar brevemente las distintas etapas por medio de las cuales el Derecho se fue erigiendo como un saber específico, logrando sistematización y finalmente su configuración como saber científico.

En el trabajo de Mariana Isern se expone una excelente síntesis en la que se recorre la historia del Derecho aplicando a este las categorías epistemológicas de Thomas Kuhn. Identifica una etapa pre-científica comprendida desde el origen de la historia hasta el siglo XIX. El hito que marca este primer período el Código de Napoleón. Durante esta etapa comienzan a desarrollarse los pensamientos y teorías que servirán como precedente para emergencia de la Ciencia del Derecho, tales como el jusnaturalismo y juspositivismo. La cultura romana, por su parte, aporta el Corpus Justineano y el Corpus Iuris Civilis. Luego, con la llegada de la modernidad, grandes pensadores como Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau, desde la filosofía política, y Grocio, Espinoza, Pufendorf –entre otros– desde las ciencias formales, allanaron el camino para la gran obra de Kant, quien sistematizó sus ideas fundadas en la razón, en lo que se conoce como el Derecho Racional Natural Protestante.

Con la consolidación de las ideas de la ilustración, del constitucionalismo y del derecho penal liberal, surge la necesidad de un cuerpo normativo codificado. Los Estados modernos monopolizan la

producción jurídica. Así irrumpe el paradigma del juspositivismo, que mantendrá su vigencia hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

La adhesión a este nuevo paradigma se produce a través de las escuelas jurídicas de origen francés y alemán: Escuela de la exégesis (Delvincourt, Toullier –entre otros–) y la Dogmática jurídica (Ihering). En esta etapa de la conversión surgieron paradigmas alternativos que no lograron pasar de ser marcos teóricos alternativos al juspositivismo imperante y al jusnaturalismo medieval y moderno.

Durante la etapa de la ciencia normal el juspositivismo se consolidó y alcanzó su punto máximo de aceptación por la comunidad científica con la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. La autora remarca la importancia de esta obra por su método riguroso y plan sistemático, la que eleva al Derecho al rango de ciencia positiva. Su prestigio se mantuvo incólume durante el siglo XIX y principios del XX y es uno de los pilares de la ciencia jurídica del siglo XX.

Los horrores de la Segunda Guerra Mundial pusieron en cuestión a todas las ciencias sociales. Durante la postmodernidad, el paradigma imperante había dejado de dar respuestas. El fracaso de la Sociedad de las Naciones, los juicios de Nuremberg, el debilitamiento del Estado nacional, evidenciaron las primeras anomalías. Estas se fueron agudizando treinta años después con la guerra de Estados Unidos contra Irak por el petróleo. El debilitamiento del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y la emergencia de un nuevo orden mundial determina la entrada en la etapa de crisis.

Para superar esta crisis jurídica fue necesario la emergencia de paradigmas alternativos que pudieran explicar mejor la realidad y resolver problemas. Las nuevas ideas vienen de la mano del Realismo escandinavo y norteamericano, de la Escuela Analítica, la Escuela Crítica, el Tridimensionalismo, la Escuela Ecológica, el nuevo Jusnaturalismo, el Neoconstitucionalismo y el Juspositivismo incluyente.

Isern concluye su recorrido destacando como un logro científico – en el ámbito local– la “teoría trialista” elaborada Werner Goldschmidt en 1960. Con esta tesis se pudo “describir, explicar y comprender la compleja realidad jurídica posterior al caos epistemológico de la década del 50”.

4.2. La Ciencia del Derecho

Como vimos en los apartados anteriores, el conocimiento científico

se produce cumpliendo ciertas exigencias que fueron variando con el progreso de las ciencias. A partir de los aportes realizados por Kuhn, Lakatos y Feyerabend, para que un conocimiento alcance el estatus de “científico” es indispensable que cuente con rigurosidad metodológica que le permita describir, explicar y predecir los fenómenos fácticos.

En particular, la Ciencia del Derecho no puede clasificarse sin más como una ciencia empírica, pero tampoco como una ciencia formal, dada sus características particulares. Sin perjuicio de ello, resulta útil aprovechar los conocimientos logrados y los métodos usados en la metodología de otras disciplinas más afianzadas.

La ciencia moderna requiere que los conocimientos que se produzcan sobre el Derecho se integren con proposiciones contrastables empíricamente, o que al menos deriven o se infieran de otras proposiciones verificables mediante la experiencia, salvo que se traten de enunciados analíticos.

4.2.1. Los modelos de la Ciencia Jurídica

Es posible distinguir tres modelos de la ciencia jurídica que pretendieron ajustarse a los cánones de cientificidad normalmente aceptados en otras disciplinas. Sin bien no existe un acuerdo común frente a ellos por los juristas, la elaboración que se realiza en estos modelos nos brinda una concepción sobre las características y alcances de una genuina Ciencia del Derecho.

Modelo de Hans Kelsen - Ciencia descriptiva de normas

Kelsen propone una “Teoría pura del Derecho” referida al derecho positivo en general. Esta “pureza” se alcanza eliminando del Derecho todos aquellos elementos extra normativos, tales como factores sociológicos, económicos, valorativos o ideológicos.

El autor sostiene que la Ciencia del Derecho debe ser puramente descriptiva y valorativamente neutral. Su objeto de estudio está constituido por conjuntos de normas, que pertenecen al mundo del “deber ser”. A ellas les asigna una propiedad esencial, la “validez” que distingue a las normas de meros mandatos y órdenes.

Luego de dejar en clara su postura, de que la Ciencia del Derecho es una ciencia normativa, Kelsen señala en relación con su objeto de estudio:

[...] la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado. [...] Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. [...] las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

Modelo de Alf Ross - Ciencia empírica

En una postura opuesta, Alf Ross señala que las proposiciones de la ciencia jurídica deben ser aserciones acerca de cuál es el derecho vigente.

Para este autor el Derecho es un sistema de normas positivas, efectivamente vigentes. En tal sentido, la principal actividad de la Ciencia del Derecho consiste en intentar establecer la existencia de estas normas.

En sus tesis, Ross destaca que el derecho vigente es el conjunto de directivas que probablemente los tribunales tomarán en cuenta en sus decisiones judiciales. Mientras que para Kelsen las proposiciones de la Ciencia del Derecho son prescriptivas, para Ross se trata de proposiciones predictivas. Para emitir estas predicciones, los jueces pueden valerse de los datos que les proporcionan otras ciencias, tales como la sociología o la psicología.

Ross enfatiza en el carácter normativo de la Ciencia del Derecho, la que se trata de una doctrina referente a normas, y no de una doctrina compuesta de normas. Así, el fin de la Ciencia del Derecho será identificar el "derecho vigente", con el que alude a la efectividad de las normas, en tanto constituyen un hecho social. Asimismo, el autor señala la importancia de que esta ciencia se ocupe de la función social del derecho, ya que ello permite predecir las decisiones jurídicas.

Modelo de Alchourrón y Bulygin - Ciencia sistematizadora

En este modelo los autores distinguen dos actividades que debe desarrollar la Ciencia del Derecho: "la determinación empírica de la base del sistema jurídico" y "las operaciones lógicas de sistematización".

La primera tarea empírica consiste en identificar los defectos lógicos de la base del sistema, es decir, las lagunas, contradicciones y redundancias. El segundo paso, basado en el "principio de economía",

consiste en reemplazar la base original del sistema por enunciados generales que sean lógicamente equivalentes a los enunciados sustituidos.

En su tesis, Alchourrón y Bulygin definen al sistema jurídico "como un sistema normativo que contiene enunciados que prescriben sanciones, o sea un sistema que contiene como consecuencias normas o soluciones cuyo contenido es un acto coactivo". Los autores resaltan la función de la Ciencia del Derecho de caracterizar las propiedades formales de un sistema jurídico, de "completitud –sin lagunas–, coherencia –sin contradicciones– e independencia –sin redundancias–".

Proponen una metodología de la ciencia jurídica –Sistema deductivo axiomático– donde una de las tareas más importante consiste en la descripción del derecho positivo y su presentación de manera sistematizada. Esta actividad implica "interpretar", esto es, determinar las consecuencias que se derivan de esas normas. En esta actividad que desarrollan los juristas están presentes los siguientes elementos: a) Materia: problema o conjunto de problemas cuya regulación interesa al jurista; b) Conjunto de enunciados de derecho que regulan dicha materia y las c) Reglas de inferencia que el jurista usa para la derivación de las consecuencias.

4.3. El Derecho como objeto de estudio de la Ciencia del Derecho

En el apartado anterior se presentaron los desarrollos teóricos a través de los que se trató de construir una Ciencia del Derecho. En todos los casos fue necesario delimitar y explicitar cuál era el objeto de esa ciencia, realizando una distinción entre el Derecho y la Ciencia del Derecho.

Al respecto, Carrió señala que el Derecho es un fenómeno social cuyo protagonista es toda la sociedad. Es algo que hacen los legisladores, los jueces y los funcionarios. En tanto, la Ciencia del Derecho es un producto cultural creado por los juristas a quienes denomina "científicos del Derecho".

Las dificultades para establecer un concepto único del Derecho, sobre el que se logre acuerdo, es una cuestión que ha caracterizado a la historia del Derecho. Desde la Edad Antigua hasta la Moderna las dimensiones que componen el Derecho fueron desarrolladas desde distintos enfoques, según su objeto refiriera a las normas, a los valores o a los hechos.

En base a ello, este objeto de estudio puede ser analizado desde la simplicidad o complejidad de los saberes jurídicos.

4.3.1. El Derecho como objeto simple o complejo

Una cuestión que resulta indispensable para el desarrollo de la Ciencia del Derecho es examinar su objeto de estudio, cómo está compuesto. En este sentido, es posible abordar el estudio del Derecho como un objeto simple –unidimensionalismo–, formado por un solo elemento –ya sea la ley, la justicia, la realidad, etc. –. A su vez, en base a la rigurosidad metodológica que se aplique tendrá el carácter de puro o impuro de tal simplicidad. En cambio, se tratará de un objeto complejo, si adherimos a una postura que sostiene que el objeto jurídico se conforma de una multiplicidad de elementos. Dicha complejidad será pura o impura según como se efectúe su abordaje metodológico.

Así, históricamente el Derecho fue analizado desde diferentes dimensiones. Banchio identifica durante la Edad Antigua el predominio de una “complejidad impura” –naturaleza y valor orden–, en la Edad Media también se mantuvo la “complejidad impura” con referencia a la divinidad y al valor santidad. En la Edad Moderna hubo una tendencia a la “simplicidad impura” con referencia al valor justicia y a la humanidad individual, subsistiendo al mismo tiempo la complejidad impura. Durante la Edad Contemporánea surgieron como propuestas superadoras simplicidades puras que consistieron en recortes del objeto jurídico. Finalmente, surgió una opción integradora a través de la concepción tridimensional del Derecho y de la teoría trialista de Werner Goldschmidt, que sistematizó las dimensiones jurídicas en una “complejidad pura” .

La teoría trialista y su método de conocimiento

Según la propuesta trialista elaborada por Goldschmidt, el derecho es un fenómeno complejo integrado por tres elementos: “hechos, normas y valores”. Esta triple dimensión del mundo jurídico está compuesta por un conjunto de los repartos –conductas– de potencia e impotencia –lo que beneficia o perjudica al ser y a la vida–, captados por normas que los describen e integran, y valorados –los repartos y las normas– por la justicia. Desde esta perspectiva el derecho se integra por tres dimensiones: sociológica –realidad social–, normológica –normas– y dikelógica –valores–.

El gran aporte de la concepción tridimensional del Derecho –superadora de la simplicidad pura kelseniana– fue tomar como objeto de la Ciencia del Derecho la realidad social, las normas y los valores y el “problema de la integración” de estos tres elementos .

Esta teoría propone una diversidad metodológica para garantizar un abordaje tridimensional en toda la complejidad del objeto de estudio, procurando no dejar afuera ninguno de los elementos de análisis que integran al Derecho. Ello, por cuanto cada dimensión requiere un método propio, debido a sus particularidades, pero sin que esto afecte la unidad del objeto.

De este modo el trialismo logra la “complejidad pura”, evitando caer en reduccionismo que solo pueden dar respuestas sesgadas o soluciones normativamente erradas. Al respecto, Banchio señala: [...] el trialismo diferencia los distintos despliegues del mundo jurídico sin destrozarlos y elabora sus perspectivas de modo separado, las analiza individualmente y luego las integra de manera coordinada en un sistema, reconociendo además los respectivos horizontes en que estas dimensiones se insertan y el del derecho en su conjunto.

5. Reflexiones finales

La “autoridad” alcanzada por la ciencia como saber objetivo y fiable, obliga a todas las disciplinas a enrolarse en ese campo de saber. Por tal motivo, la consolidación de una Ciencia del Derecho resulta una meta vigente y actual en el mundo jurídico.

Sin embargo, del recorrido realizado se advierten las dificultades que caracterizan al Derecho como campo de saber específico y particularmente como un saber científico.

Por un lado, están las dificultades relacionadas con los enunciados a través de los cuales se comunica este conocimiento, cuyas palabras y expresiones tienen como fuente el lenguaje natural, que presenta los problemas de la ambigüedad y la vaguedad.

A su vez, el propio objeto del Derecho resulta problemático, ya que en su determinación siempre confluyeron posiciones divergentes. Su estudio y la conformación de una Ciencia del Derecho dieron lugar a diferentes desarrollos teóricos en los que se plantearon desacuerdos – aún no resueltos– y diferentes enfoques metodológicos.

Sin perjuicio de ello, es posible sostener, sin intención de clausurar el análisis, que el Derecho es un fenómeno complejo integrado por

diferentes tipos de conocimientos. Esta parece ser la postura que mejores perspectivas de análisis nos ofrece, posibilitando la comprensión de los tres despliegues “hechos, normas y valor”. En línea con ello, la teoría trialista brinda un marco conceptual que permite conocer este objeto complejo, logrando un abordaje que integra todas las dimensiones del Derecho.

Estas son las herramientas que actualmente dispone el mundo jurídico para el manejo de la realidad social, el funcionamiento de las normas –su producción, interpretación y aplicación–, y el debate y valoración sobre la justicia.

6. Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Bs. As. Astrea, 1974.

BANCHIO, Pablo, Desarrollos trialistas. 1ª ed. Perspectivas Jurídicas, 2018.

BANCHIO, Pablo, Bases trialista: para una comprensión tridimensional de la historia de las ideas iusfilosóficas sobre el mundo jurídico. 1ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires. Perspectivas Jurídicas, 2016.

BOBBIO, Norberto, “El modelo iusnaturalista”, en: id., Estudios de historia de la filosofía. De Hobbes a Gramsci, Madrid, Debate, 1985, pp.73–149.

BUNGE, Mario, La ciencia, su método y su filosofía. Bs. As., Siglo XX, 1978.

CARRIÓ, Genaro, “Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho”. Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, Año 1, Número 2, 2003, pp. 111-126.

CHALMERS, Alan. F., ¿Qué es esa cosa llamada ciencia?, México, Siglo XXI, 5ª ed., 1987.

HART, Herbert, El concepto del derecho. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 1961.

ISERN, Mariana, “La estructura de las revoluciones científicas en el Derecho. Una aproximación.” Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 9, 2005/2006, pp. 13-41.

KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho. Buenos Aires, Eudeba, 1999.

NINO, Carlos Santiago, Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica. Venezuela, Carabobo, 1980.

NINO, Carlos Santiago, “La ciencia del derecho”, en: id., Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 315–352.

OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 21ª ed. Buenos Aires, Heliasta, 1994.

ROSS, Alf, Sobre el derecho y la justicia. 3ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2011.

VERNENGO, Roberto J., Curso de Teoría General del Derecho. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972.

8. COVID-19: CONFLICTOS JURISDICCIONALES EN TERRITORIO BRASILEÑO COMO CONSECUENCIA DE LA PANDEMIA

Luiz Adriano Pinheiro Santos (Brasil)¹¹⁶

1. Introducción

La pandemia de Covid-19 trajo a Brasil más allá de las innumerables incertidumbres y temores, también la oportunidad de discutir sobre la competencia jurisdiccional de los entes federativos en relación con la toma de decisiones en materia de salud sobre la base de su reglamentación constitucional.

La salud en Brasil así como sus políticas y acciones tiene reglamentación prevista a partir del artículo 194 de la Constitución de la República de 1988, sin embargo, las cuales han sido administradas de forma solidaria entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios.

No obstante, el desarrollo de políticas de lucha contra la nueva amenaza ha llevado a la mayoría de los Estados y municipios a adoptar medidas distintas entre sí y en relación con las orientaciones presidenciales, lo que ha generado cierta inestabilidad jurisdiccional, requiriendo entonces así análisis constitucional a través de la acción del instituto.

La propuesta de este artículo es analizar los conflictos de jurisdicción provocados por el Covid-19 en Brasil en relación a las políticas de enfrentamiento desarrolladas por Municipios, Estados, Distrito Federal y la Unión bajo óptica constitucional, lo que sentará precedentes y consolidará la posición de los entes menores ante la Unión en su poder de decisión.

¹¹⁶ Publicado en la Sección Doctrina, Año XII, número 27, mayo de 2021, pp. 64-73.

2. La división federativa de Brasil y la obligación del estado de prestar salud a los ciudadanos de forma universal

La pandemia provocada por la evolución de la COVID-19, antiguo coronavirus, en Brasil y en el mundo ha revelado las debilidades del sistema administrativo, político económico y social y, además, fomentó las discusiones sobre la competencia jurisdiccional de los entes federativos haciendo-si incluso es objeto de discusión en la Corte Suprema.

Antes de adentrarnos en los conflictos ocurridos en Brasil bajo esfera jurisdiccional propiamente dicha, es necesario que comprendamos el concepto de jurisdicción.

En sentido amplio el término proviene del latín de las Palabras "Juris" que significa derecho, en relación con el término también del latín "dicere" cuya traducción es "decir", de ahí la conceptualización básica de qué jurisdicción se refiere al poder de decir el derecho.

Esta conceptualización básica, fruto del constructo del término gramatical nos remite a la jurisdicción en sentido natural y residente en el poder judicial que Brasil, tiene competencia para analizar procesar y juzgar las demandas de conflictos.

En ese sentido es posible comprender entonces que jurisdicción se limita sólo al aspecto judicial, sin embargo, es posible notar demandas de jurisdicción sobre aspecto administrativo y aún legislativo.

En resumen, cuando se habla de jurisdicción bajo aspecto judicial, me refiero a la competencia en razón de la materia o del lugar (espacio) que un juicio posee para decir el derecho de los litigantes. Es decir que aquel juicio posee competencia sólo hasta los límites territoriales de su municipio, estado o federación, o aún, sólo puede juzgar determinada demanda por ser un tribunal específico.

Bajo aspecto legislativo la definición de jurisdicción reside en hasta donde se extiende el poder de los representantes del pueblo, otorgados en el poder legislativo, para crear leyes que regulen la conducta de un pueblo.

En cuanto a la jurisdicción administrativa de los entes federativos, objeto de cuestionamiento en el presente estudio, tenemos competencia jurisdiccional que se refiere al Derecho de la administración pública, instrumentalizada en los poderes ejecutivos, para tomar decisiones que se extienden a los límites municipales, estatales o incluso federales.

Es importante decir que, en cuanto a la jurisdicción administrativa del poder ejecutivo sus jefes, respectivamente Alcaldes, Gobernadores, y Presidente de la República poseen poder para tomar decisiones que les competen, las cuales poseen efecto obligatorio y vinculante.

A partir del mes de enero de 2020 debido a la evolución de la Pandemia de COVID-19 que alcanzó territorio nacional, diversas políticas de combate y prevención del virus fueron adoptadas tanto por el Gobierno Federal como por los gobiernos estatales y municipales, sin embargo, estas acciones provocaron conflictos entre sí, siendo necesario un análisis de competencia jurisdiccional bajo aspecto de la administración pública a la luz de la Constitución Federal.

La Constitución de la República Federativa de Brasil, promulgada en 1988, es la fuente máxima de regulación jurisdiccional en todo marco legislativo nacional. En este sentido, las cuestiones relacionadas con las decisiones tomadas por los jefes del poder ejecutivo en materia de salud deben orientarse en lo que dispone la reglamentación constitucional del asunto, cuya previsión legal se encuentra a partir del art. 194, Capítulo II, titulado "De la Seguridad Social" donde se registra que la Seguridad Social en Brasil comprende un conjunto de acciones integradas de iniciativa de los poderes públicos y de la sociedad que objetivo promover y asegurar los derechos relativos a la salud la previsión y asistencia social conforme transcripción:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (BRASIL, 2020)

Se observa en el texto legal que la Constitución Federal de Brasil resguardó capítulo específico para regular la Seguridad Social subdividiendo entre la Seguridad Social, la Asistencia Social y la Salud, siendo esta última, campo de análisis en relación con las acciones y conflictos de jurisdicción del presente estudio.

Un poco más adelante en el texto constitucional puede comprobarse que la sesión dos del mismo acto jurídico se dedica a regular de forma aún más específica las cuestiones relacionadas con la salud, las cuales carecen de una mirada más clínica pues de ahí emanan las acciones desarrolladas para enfrentamiento, prevención y control al COVID-19 en Brasil.

El artículo 196 de dicha sesión destaca los aspectos legales de la Salud como un derecho universal que debe ser ofrecido a toda la

población, y aún revelando condón obligacional que obliga el Estado al deber de promover por medio de un conjunto de políticas sociales y económicas servicios que garanticen la efectiva prestación de la salud tutelada.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 2020)

En un análisis simple, en interpretación al artículo es posible decir que la Salud según el artículo 196 de la Constitución Federal es un derecho universal al que todos los ciudadanos tienen de el acceso de forma igualitaria sin ningún tipo de distinción o privación.

También se entiende que la misma ley reverbera sobre el Estado la obligación de garantizar esta prestación, es decir, que el Estado debe promover la salud de la población de forma universal.

En este ínterin es necesario observar que cuando la Constitución Federal se refiere al ente Estado no se refiere sólo al título político de un país que organizado políticamente recibe sobre sí este título, cuyo término de origen latino "status" que significa Estado, sino y también a los entes políticos que administran una nación a través de sus múltiples ramificaciones y formas de composición.

Hay, pues, que analizar las múltiples consideraciones sobre el término Estado, que se diferencian desde la comprensión del concepto simple de ente soberano organizado políticamente para administración de una nación, pero aún recorriendo los caminos que para Kant se caracterizaba como cosa pública, o aún como el ideal traído por Thomas Hobbes en su obra Leviathan, como fuente de administración de un gobierno central y fuerte.

Desde 1889 en Brasil, con la Proclamación de la República, el Estado es compuesto sobre aspecto organizacional político y territorial a través de sus entes federativos que comprenden los Municipios, los Estados, el Distrito Federal y la Unión, adoptados a través del federalismo nacional.

Por cierto entonces, cuando la Constitución se refiere al Estado en el artículo 196 atribuyendo el deber y la competencia para garantizar la salud a todos, Estado al que se refiere no se limita sólo a la Unión, sino también a los Estados, Municipios y Distrito Federal que componen la división administrativa nacional, es decir, por el texto constitucional todos los entes federativos tienen el deber de proporcionar garantía de acceso a la salud a todos sus ciudadanos.

Por lo tanto, es posible expresar las siguientes premisas:

1. El texto constitucional en su artículo 196 atribuye al Estado el deber de promover la salud de todos los ciudadanos, garantizándoles este derecho;

2. Brasil ha adoptado el sistema federativo desde la Proclamación de la República en 1.988, donde sus territorios se subdividen de forma política, judicial y administrativa en Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios;

3. Es posible concluir entonces que, el término "Estado" indicado en el artículo 196 de la Constitución Federal se refiere al ente federativo nacional, alcanzando estos deberes más allá de la Unión, los propios Estados, Municipios y Distrito Federal.

Construyamos la idea de Estado como estado atribuido a los demás entes federativos, pasemos a analizar los conflictos de jurisdicción que cada ente posee en detrimento del otro en cuanto a las políticas adoptadas con el Covid-19 en Brasil.

3. Los conflictos jurisdiccionales que se derivan de las políticas de enfrentamiento a Covid-19

Superada la conceptualización y el entendimiento acerca del término Jurisdicción y aún en cuanto a la clasificación de Estado en su aspecto constitucional, según la previsión e inteligencia del art. 196 de la Constitución Federal de Brasil, quedó registrado que cuando legislador constituyente tituló término Estado en el artículo se refirió también a sus entes federativos cuáles, sean la Unión, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, otorgando a los mismos los deberes para con la salud de la población bajo principio universal.

Ante la evolución de la pandemia de COVID-19 en suelo brasileño se adoptaron diversas medidas por los jefes del poder ejecutivo nacional, estatal y municipal, a fin de proteger a su población y cumplir con su obligación para con la salud conforme previsión legal.

Tratándose de una enfermedad desconocida, cuya curación aún no ha sido descubierta, temerosos cada administrador pasó a actuar de acuerdo con su entendimiento y asesoría sobre el asunto, lo que en diversos puntos conflictó con acciones adoptadas por otros entes federativos.

Mientras que la epidemia evoluciona y alcanza nuevos niveles fatales, aumenta también la preocupación de los jefes del poder

ejecutivo y de las demás ramas de la administración pública directa e indirecta, así como de los poderes legislativo y judicial, llevándoles a adoptar medidas cada vez más severas, pero dada la amplitud del territorio nacional y sus distintas características regionales, estas medidas no son unificadas, lo que genera muchos conflictos en relación con la competencia jurisdiccional.

Para frenar la curva de contagio y fatalidad de COVID-19 en Brasil entre muchas medidas, destaco el aislamiento social, el cierre del comercio, prestación de ayuda financiera por el gobierno federal y además la construcción y ampliación de camas de UTI.

Sólo en esta las pocas medidas adoptadas se registraron varios conflictos de jurisdicción en cuanto a la competencia, responsabilidad y obligación en promueve-las, destacando por ejemplo la medida inicial adoptada por las principales ciudades de Brasil como Río de Janeiro y Sao Paulo en determinar el cierre de los aeropuertos internacionales que diariamente recibían miles de turistas provenientes de las más diversas áreas sobre contaminación del mundo.

El gobierno federal se posicionó contra el cierre del comercio y de los aeropuertos y editó vía Medida Provisional de número 926 de 2020 una serie de regulaciones que retiraron de los Estados y de los Municipios la autonomía para decidir sobre las políticas de enfrentamiento al COVID-19, concentrando las al poder Federal.

Ha sido también objeto de gran discusión y desentendimiento en Brasil las políticas de aislamiento social donde cada Estado ha adoptado de forma distinta, hora más severa, hora menos severa, el cierre del comercio, escuelas, Universidades, establecidos toques de recogida y muchas otras medidas.

Mientras que hoy el Jefe del Ejecutivo Nacional, el Presidente de La República se desentiende con los Gobernadores de cada Estado en cuanto a las políticas de enfrentamiento con COVID-19, la población se encontró a merced de un conflicto jurisdiccional en el que se cuestiona a quién se atribuye el poder de decisión en el momento del desacuerdo de los jefes de los poderes ejecutivos estatales, federales y municipales; ¿Disponen los municipios de autonomía para decidir en materia de salud? ¿Tienen los Estados autonomía para la decisión y poder vinculante de sus municipios en las cuestiones relacionadas con la salud? ¿Sigue siendo la Unión la que toma las decisiones relativas a la salud para obligar a los Estados y a los municipios a seguir sus políticas adoptadas bajo los auspicios verticales?

Para entender mejor la cuestión es necesario que analicemos un poco más lo que dice la propia Constitución Federal, base suprema de consulta en conflictos de jurisdicción que, en cuanto a la salud en su artículo 198 describe que las acciones previstas en el art. 196 deben ser promovidas por el Estado, en este caso consubstanciado en la propia Unión y sus entes federativos, debiendo realizarse de forma que integren una red regionalizada y jerarquizada sin embargo, que debe ser descentralizada y con dirección única en cada esfera del gobierno. Veamos:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

El texto constitucional deja explícito que las políticas deben realizarse de forma descentralizada y con dirección única en cada esfera del gobierno, de modo que en exegese simple queda claro que la Constitución Federal de Brasil otorgó a cada ente federativo el poder de decisión en lo que se refiere a las políticas encaminadas a promover salud de forma universalizada a la población de forma descentralizada.

De esta manera, es necesario comprender que cada ente federativo posee por fuerza constitucional, el derecho y la responsabilidad de promover bajo su jurisdicción, las políticas necesarias para la prevención, el control y el combate a COVID-19 y otras amenazas relacionadas con la salud.

El estado de Mato Grosso Mato Grosso, por ejemplo, situado al centro-oeste de Brasil, con una gran densidad territorial y baja media población, tiene numerosas ciudades cuya población no supera los 20.000 habitantes y ha disfrutado de un escenario menos caótico que los grandes centros poblacionales de Brasil, sin embargo, políticas muy distintas de control y combate al COVI-19 han sido adoptadas entre estas ciudades.

Como ejemplo cito a ciudades de Arenápolis y Nortelândia, las cuales no se distancian por un radio mayor de 06 km entre sí y cuyas poblaciones son respectivamente 12.000 y 6.000 habitantes. Estas ciudades han adoptado distintas políticas de enfrentamiento con COVID-19, pero de forma distinta. Arenápolis optó por cerrar de inicio todas las ramas del comercio municipal y además decretar el cierre de escuelas, universidad y servicios públicos. En Nortelândia, por su parte, el jefe del poder ejecutivo optó por no cerrar el comercio local, promoviendo

pequeñas otras acciones de control y combate al virus tales como Higienización con alcohol 70° y utilización de máscaras por la población, todavía sin ninguna medida drástica de cierre del Comercio como en Arenápolis.

Esas dos ciudades podrían entrar en conflicto pues una ha sido más severa y la otra más blanda en sus políticas, pero bajo la óptica del derecho constitucional brasileño, específicamente sobre inteligencia del arte. 198 de la Constitución, ambos territorios municipales al alcance de su jurisdicción, a través de la persona del jefe del poder ejecutivo, son correctos y cada uno debe adecuar a su realidad las medidas que juzgue necesarias.

El presidente de la República de Brasil intentó a través de la Medida Provisional - MP 926 de 2020 unificar en el poder ejecutivo federal la toma de decisiones en cuanto a las políticas de enfrentamiento a COVID-19, sin embargo, ante flagrante incumplimiento de la norma constitucional.

Como respuesta, se propuso una Acción Declaratoria de Incondicionalidad - ADI, nº 6341, de autoría del Partido Democrático Laboral - PDT de Brasil, la cual cuestionó la MP/ 926 de 2020 en el Supremo Tribunal Federal - STF, resultando en la decisión del Plenario del Supremo, por mayoría de votos, se hace referencia a la medida cautelar adoptada por el Ministro Marco Aurélio de Mello, ponente del asunto, que ha interpretado en virtud del art. 198, I de la CF/88 que el presidente podrá disponer mediante Decreto sobre servicios públicos y actividades esenciales, sin embargo se preserva la atribución de cada esfera del gobierno para la toma de decisiones, como garantizó texto constitucional.

En una simple interpretación del contenido de la Decisión, aseguró que los Estados y municipios tienen la jurisdicción legal y territorial para regular las medidas que juzguen necesarias para hacer frente a COVID-19, contraviniendo así las decisiones de la Presidencia. A continuación se reproduce la sentencia:

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, vencidos, neste ponto, o Ministro

Relator e o Ministro Dias Toffoli (Presidente), e, em parte, quanto à interpretação conforme à letra b do inciso VI do art. 3º, os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelo requerente, o Dr. Lucas de Castro Rivas; pelo amicus curiae Federação Brasileira de Telecomunicações - FEBRATEL, o Dr. Felipe Monnerat Solon de Pontes Rodrigues; pelo interessado, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 15.04.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). (BRASIL, 2020).

La decisión arriba transcrita, fruto de control concentrado de constitucionalidad, interpreta el artículo 198 de la Constitución Federal que en su inciso I confiere descentralización en las políticas relativas a la salud, obedeciendo dirección de forma única de cada esfera de gobierno, es decir, atribuye a los entes federativos la jurisdicción competente para adoptar tales decisiones.

Es correcto entonces afirmar que, en lo que se refiere a las políticas de enfrentamiento con COVID-19, o cualquier otra cuestión relacionada con la salud, la competencia jurisdiccional es relativa, fruto del entendimiento pacificado en ADI6341.

No hay que hablar pues, en decisión centralizada de carácter vertical, de titularidad de un ente a otro, con fuerza obligatoria y vinculante, de modo que cada ente federativo podrá, promover las políticas que considere necesarias para el combate y el enfrentamiento a la Pandemia de COVID-19 en Brasil, respetándose los límites legales.

4. Conclusiones

Los conflictos de interpretación legal en Brasil poseen como instrumento de resolución el control de constitucionalidad, ya sea concentrado o difuso. En el caso en cuestión, fue necesario que por vía de acción, se cuestionara en el Supremo Tribunal Federal a quien compete autonomía y jurisdicción en la toma de decisiones referentes a las políticas de control y combate a COVID-19.

En definitiva, el propio texto constitucional garantiza al lector en análisis simple los caminos de la interpretación lógica de la demanda, Sin embargo, los desentendimientos provocados por la pandemia ante las

innumerables medidas distintas emanadas de los poderes ejecutivos de todos los Estados y Municipios de Brasil, y aún más de la propia Presidencia de la República generaron reacción conflictiva que necesitó mejor análisis.

En cuanto al resultado del análisis realizado, quedó pacificado que, el artículo 196 de la Constitución Federal prevé el derecho a la salud a los ciudadanos y el deber del Estado en promoverla, de modo que, analizar la cobertura de la conceptualización de Estado se ha mostrado necesario.

Tras un detenido análisis, fue posible constatar que el legislador constituyente, al referirse al Estado, lo hizo no en sentido estricto de la palabra, sino, a todos los niveles de administración de una nación, que en el caso de Brasil adoptó el sistema federativo, subdividiendo su territorio en entes federados.

Por último, de detenida análisis del artículo 198, I, del mismo texto legal, evidente se ha mostrado que, el texto constitucional reserva a cada ente federativo, de forma descentralizada, el poder para tomar decisiones relativas a acciones y servicios de salud en dirección única en cada esfera del gobierno, es decir, Estados, Municipios y Distrito Federal son autónomos en la toma de decisiones de acciones para el combate y control de COVID-19, no habiendo de hablarse en decisiones verticales impositivas.

Este fue el entendimiento de la Corte Suprema de Brasil que cuestionado en ADI, reconoció y declaró el derecho de los entes, en decisión legítimamente acertada.

5. Bibliografía

BRASIL, Casa Civil. 2020. Medidas adotadas pelo Governo Federal no combate ao coronavírus – 2 de abril. <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/medidas-adotadas-pelo-governo-federal-no-combate-ao-coronavirus-2-de-abril>.

BRASIL. Constituição da República Federativa (1988). Casa Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Planalto. LEI Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020. <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta Processual. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>.

9. PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E O DEVER DE PROPORCIONALIDADE: SOB ANÁLISE DISCURSIVA DE DI PIETRO E BINENBOJM

Ana Clara Prado Rocha (Brasil)

Ana Elisa Prado Rocha (Brasil)

Luiz Antônio de Alcântara Santos (Brasil)¹¹⁷

1. Introdução

O presente artigo propõe uma perquirição discursiva que tem como base as doutrinas vinculadas aos ideais debatidos por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015) e Gustavo Binbenbujm (2008), a respeito da fundamentação da Administração Pública brasileira hodierna no Princípio da Supremacia do Interesse Público, em contraponto com o dever da proporcionalidade. Trata-se de uma análise comparada que entrava o entendimento de ambos os autores desde a conceituação do princípio e dever supracitados até às motivações para a formação da Administração Pública, como um todo, que são fundamentais para elaborar um estudo sobre a temática.

Ademais, para que seja possível promover este artigo embebido nas análises doutrinárias, se fez primordial também a discussão da diferença entre regras e princípios decorrente do doutrinador alemão Robert Alexy (2008). Foi promovida uma interlocução sobre os princípios e deveres positivados, desde a Carta Magna até dispositivos infraconstitucionais que vinculam direta e indiretamente o Direito Administrativo, promovendo, um estudo sobre a Administração Pública com base na hermenêutica.

Na sessão sobre os paradigmas do Direito Administrativo, destaca-se a articulação teórica sobre os fatos e conjecturas globais que

¹¹⁷ Publicado en la Sección Ensayos, Año XIV - Número 32, mayo de 2023, pp. 22-38.

fundamentaram a criação da Administração Pública, tendo como norte a compreensão do objetivo que fundamenta a sua existência com base nas duas doutrinas analisadas e o ponto de vista de outros juristas, que se interconectam com elas.

Na fase de investigação foi utilizado o método hipotético dedutivo, valendo-se da pesquisa bibliográfica, a fim de tornar este artigo um convite para um olhar doutrinário a partir das contribuições da complexidade da Administração Pública nas obras doutrinárias clássicas, trazidas por Di Pietro (2015), em contraposição com Binbenbujm (2008), tendo como base primordial o quadro de referências teóricas sobre o entendimento hermenêutico acerca das regras e princípios.

2. A Teoria dos Princípios de Robert Alexy

A fim de iniciar a perquirição neste artigo, é necessário compreender a pertinência de traçar uma distinção entre os tipos normativos, a fim de, posteriormente, adentrar na área do Direito Administrativo. Dessa forma, tendo em vista o surgimento do inovador caráter tomado pelos Direitos Fundamentais, nos meados do século passado, como decorrência da positivação nas constituições como direitos —que passaram a ser de vigência imediata— Robert Alexy (1999) dedicou os seus estudos a sugerir uma interpretação necessária aos referidos Direitos.

Para tanto, foi fulcral a utilização de ferramentas particulares para interpretar e aplicar os direitos fundamentais, diante da ambiguidade das formulações desses novos direitos na esfera jurídica. Não obstante a tal fato, o método subsuntivo e as teorias clássicas, anteriormente difundidas, já não se demonstravam suficientes na dissolução de hard cases que envolviam tais direitos. Diante de tal entrave, Alexy (1999) conseguiu perceber que a tradicional teoria, fundada no positivismo relativista de renomados juristas como Herbert Hart (1994) e Hans Kelsen (2006), não logrou êxito na construção de uma resposta que se mostrasse íntegra dentro de uma interface racional, inerente às peculiaridades do sistema normativo. Assim, para solucionar os hard cases restaria recorrer às resoluções apontadas pela discricionariedade do árbitro togado.

De forma a não concretizar tais consequências estimuladas pela observação das normas como um conceito indistinguível de per se, Alexy (2008) promoveu a referida distinção normativa. Para tanto, cabe perceber que tanto as regras, quanto os princípios, podem ser entendidos como normas, pois esses regulam um dever-ser e suas

motivações para juízos concretos do agir social. Tendo em vista o ponto-chave que os interliga funcionalmente, cabe promover um entendimento sobre as distinções inerentes a cada uma delas. Entre os mais diversos critérios de diferenciação, é possível citar o que se mostra primordial, ou seja, o critério da gradação de generalidade, que é mais elevado sobre os princípios, enquanto é visto como baixo, de modo relativo, nas regras.

Além disso, também é possível citar a determinabilidade dos casos de aplicação, outro critério que se sobressai no auxílio da diferenciação entre as tipologias normativas. Tal critério se relaciona com a maneira de surgimento de cada uma, distinguindo as normas criadas e as desenvolvidas. Há também a forma de distinção que se baseia no fato de sua criação ser razão para a existência futura de regras ou elas mesmas serem regras para aplicação prática, assim, distinguidas até mesmo pelo fato de serem normas de comportamento ou de argumentação.

Sob a ótica de tais critérios diferenciadores, agora cabe promover a conceituação de cada espécie normativa. Em primeiro lugar, cabe promover um estudo sobre as regras e as suas características. As regras são tipos de normas que não se vinculam à uma escala no nível de satisfação, pois ou são satisfeitas em sua completude, ou sua efetivação é frustrada inteiramente. Estas se fundamentam em determinações na esfera fática e jurídica, pois exigem que seja cumprido integralmente o que se prescreve para alcançar sua satisfação.

Em segundo lugar, mas fundamental de igual forma, cabe se aprofundar na conceituação dos princípios. Esses, por sua vez, tratam-se de normas que funcionam no sentido de exigir que algo seja promovido na medida mais ampla possível dentro das realidades não só fáticas, mas também jurídicas existentes. Uma importante característica sobre os princípios a ser citada é seu caráter *prima facie* que se dá em decorrência da possibilidade existente de serem satisfeitos em graus variados, sem a necessidade de sua efetivação completa, assim como as supracitadas regras. Não obstante, essa espécie normativa também é denominada pelo autor como mandamentos de otimização, pois não assumem um mandamento. Ou seja, estes possuem um caráter mais abstrato, servindo de base para as regras. Assim, não há uma aplicação direta ao caso concreto, não podendo ser entendidos como definitivos.

O referido caráter também está vinculado ao fato de que sua medida de satisfação depende das possibilidades tanto fáticas, quanto às determinadas pelo sistema jurídico. Nesse viés, um ponto que não pode deixar de ser sobressaltado é que a esfera de possibilidades jurídicas é

determinada pelos próprios princípios e regras. Portanto, é possível obter o entendimento de que os dois tipos de normas preteridas se distinguem por suas qualidades, não pelo seu grau normativo.

A diferenciação entre princípios e regras formula a essência do esclarecimento *jusfundamental*, tratando-se de um âmago basilar para a dissolução de entraves inerentes à dogmática dos direitos fundamentais. Tal distinção, que torna as regras e princípios análogas às espécies dentro do gênero normas, indaga a reparação da axiologia prática ao direito. Isso promove que a teoria dos princípios, a qual se trata de uma axiologia livre de postulações insubsistentes, alastra-se pela completude fundamental da ciência jurídica, proporcionando uma “viragem metodológica”.

3. A teoria de Alexy nos entraves da supremacia do interesse público e o dever de proporcionalidade

Superando a diferenciação e a conceituação necessária para obter o entendimento pleno sobre o objetivo perquirido neste artigo, cabe alinhar a teoria supracitada com a Administração Pública. A obra de Alexy tem sido muito útil para tratar da colisão entre princípios, trazendo as balizas segundo as quais: “se dois princípios colidem — o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido — um dos princípios terá que ceder” (ALEXY, 2008, p. 93). Porém, se faz primordial ressaltar que tal afirmação não deve ter seu significado confundido com a forma de resolução dos conflitos entre regras, na qual resta ao operador do direito proclamar como inválida uma das determinações conflitantes ou abrir uma cláusula de exceção, tendo em vista a necessidade de completude na satisfação de sua aplicação (ALEXY, 2008, p. 94).

De forma distinta do caminho tracejado até a resolução de conflitos entre regras, que foi supracitado, o processo que atinge o dissolução da colisão entre princípios se faz na formulação de precedência, dependente das condições concretas analisadas, que promovem uma prioridade de aplicação e efetivação do seu dever-ser sobre o do outro. Tal forma de resolução está atrelada à característica dos princípios, os quais são gerais, em certa medida, de modo que no tempo de sua formulação, ainda não possui relação concreta com as diferentes possibilidades encontradas nas esferas jurídica e fática.

O sopesamento para a aplicação dos princípios depende diretamente do contexto sobre o qual o entrave se encontra, sendo de forma que, sob uma circunstância fática diversa, o precedente de aplicação seja formulado de maneira distinta. Tal modificação factual iria restringir as possibilidades jurídicas de realização do princípio anteriormente escolhido para a aplicação. Nesse sentido, entende-se que a sobreexposta "Lei de colisão" destaca de forma acentuada a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, dando uma lógica circular à teoria alexyana.

Se aprofundando na esfera do regime jurídico administrativo brasileiro, cabe promover uma breve análise sobre o Princípio da Supremacia do Interesse Público e o dever de Proporcionalidade, a fim de, mais adiante, propor sua perquirição de forma aprofundada. O referido princípio trata das prerrogativas administrativas basilares, a qual se volta ao fundamento de existência da Administração. Sua presença reverbera desde a formulação normativa até o momento da efetivação em concreto, de acordo com o entendimento da doutrinadora Di Pietro (2015, p. 234). Entre as ocasiões de aplicação de tal princípio implícito, é possível citar como exemplos o exercício de poder de polícia administrativa, ou, de forma, material, as diferentes formas de intervenção do estado na propriedade, que vão desde a servidão até o tombamento.

A Administração Pública também é composta pelo dever de proporcionalidade, o qual possui como base o contraponto com o princípio supracitado. Sendo assim, se faz primordial um estudo sobre tal dever. A proporcionalidade intenta no sentido da existência de encontrar um equilíbrio entre os caminhos que a Administração utiliza para atingir os fins desejados. Tal padrão de análise deve se basear na análise do caso concreto de acordo com as diretrizes comuns que a sociedade alberga. Assim, aqueles que detêm as competências administrativas, atuando no controle da máquina estatal, só podem ser exercidas na extensão de que se mostrem necessárias concretamente.

Mantendo sob a ótica o que foi supracitado, entende-se que dever de proporcionalidade objetiva o controle de excesso de poder que pode ser observado na aplicação do Princípio da Supremacia do Interesse Público, pois estes decorrem do clássico debate entre o princípio da liberdade, que neste caso, é observado sobre a liberdade individual do cidadão, e o bem coletivo, que deve ser buscado pela Administração Pública.

Portanto, de acordo com a base jurídica exposta nas obras de Alexy (2008, p. 77) e sua conexão com a realidade jurídica encontrada no Direito Administrativo brasileiro, torna-se mais claro que a solução para a colisão entre o Princípio da Supremacia do Interesse Público e o dever de Proporcionalidade, sob uma primeira ótica, decorre da sua esfera fática-contextual. Porém, cabe utilizar a teoria proposta pelo jurista supracitado apenas como uma base primária para realizar uma perquirição mais aprofundada diante do objetivo central deste artigo, tendo em vista o complexo embate entre a doutrina clássica e alternativa no Direito Administrativo brasileiro, a fim de alcançar a integralidade do tema.

4. Formação do Direito Administrativo

Mantendo em foco o certame deste artigo, cabe adentrar nos estudos propostos sobre o surgimento de tal ramo do Direito. Tal debate se apresenta como primordial neste estudo, pois as diferentes compreensões sobre a formação do Direito Administrativo são a coluna dorsal da qual decorrem as vértebras que estruturam todo o entrave sobre os diferentes pontos de vista acerca dos princípios em perquirição. Dessa forma, é preciso obter um aprofundamento prévio nesta etapa nascente da dissonância.

É preciso iniciar o estudo sob a ótica tradicional, a fim de avançar, posteriormente, traçando um dissentir. Assim, a doutrina clássica é inaugural no estudo sobre o tema dentro território brasileiro, a qual é guiada fundamentalmente por Di Pietro, entre outros autores. Segundo tal perspectiva histórica, as normas administrativas tiveram sua fase embrionária enquadrada no jus civile, porém, essa somente alcança destaque como ramo autônomo em meados do século XVIII, sendo consequência da Revolução Francesa e, por conseguinte, da conceituação do que seria reconhecida como o Estado de Direito, o qual recebeu tal definição na doutrina alemã. O Estado de Direito se alicerça no princípio da legalidade e sobre o princípio da separação de poderes, assim, o agir dos representantes do Estado se limita nas convenções legais por eles decretadas, mitigando a arbitrariedade.

Diante de tal perspectiva inicial, os autores, que seguem tal linha de compreensão, destacam uma forte característica do ramo administrativo, isto é, a sua capacidade de adaptação. Para fundamentar a existência de tal característica inerente ao tal campo do direito, Di Pietro aponta para

a linha histórica de desenvolvimento das funções administrativas no chamado Estado de Polícia. Em tal tipo de organização estatal, o poder relativo ao governo possui a finalidade somente de assegurar a ordem pública. Por outro lado, o Estado do Bem-Estar Social funciona como um garantidor de toda necessidades básicas do indivíduo, e, por conseguinte, há uma maior interferência na vida privada. Sua teoria apresenta o conteúdo do Direito Administrativo não somente passível de alteração ao longo do tempo, como também uma consequência do contexto sócio-político em que está embebido, demonstrando sua inerente adaptabilidade.

Em consonância com pensamento supracitado, é válido ressaltar a contribuição do doutrinador italiano, Massimo Severo Giannini, ao apresentar a existência de Estados relativos ao Direito Administrativo, sendo o resultado de uma síntese de pensamentos contrastantes e de experiências político-jurídicos oriundos de todas as partes da Europa (GIANNINI, 1970, 45). Com efeito de tal fenômeno, a doutrina administrativa brasileira sofreu grande influência do direito importado, com destaque para a França, Itália e Alemanha, fundamentados no sistema de base romanística (*civil law*). Porém, hodiernamente, é possível observar a adoção de variações na aplicação jurídica a partir do direito comunitário europeu, no qual há um encontro com o common law, mais comum em países de descendência anglo-saxônica.

Igualmente importante quanto ao tema, é a instauração do Estado de Direito que visa à proteção das liberdades individuais. No século XIX, grande parte dos estados na Europa O Direito Administrativo acompanhou tais modificações e adentrou na fase da justice déléguée (justiça delegada) quando o Poder Judiciário. Tais adequações promoveram como consequência o atendimento direto das demandas da população, sem grandes interferências movidas por parte do Poder Executivo, o que contribuiu para a atribuição da função jurisdicional propriamente dita.

A Administração Pública brasileira se aproximou da esfera privada, a fim de conectar seus ramos para reger as adaptações necessárias na nova forma político-ideológica que ganhava força no período. Consoante à tal inquirição produzida acerca de tal período, cabe observar a explanação do autor Ruy Cirne Lima (2022, p. 23) sobre esse ponto: (...) Reside a causa dessa indiferença pelo Direito Administrativo no seu próprio fundamento de existência, sobre que se fez assentar o direito público brasileiro. Foram as instituições existentes nos Estados Unidos da América e os princípios

decorrentes da common law, que abrangem os princípios que regem a direção dos negócios jurídicos e, de outra ainda, a conservação do Direito privado, tomados para fundamento do regime jurídico incipiente no Brasil (...)

Tendo em vista tal compreensão sobre o desenvolvimento histórico, é possível obter a percepção que na concepção da doutrina clássica, a elaboração do Direito Administrativo encontra sua consistência na base de alguns fundamentos constitucionais também incipientes. Para autores como Maria Sylvia Di Pietro e José Afonso da Silva, a fulcralidade dos princípios da separação de poderes e o da legalidade é ressaltada na construção do ramo do direito em debate.

Cabe instaurar uma perquirição sobre o mesmo tema, mas, diante de outra perspectiva. Nas obras celebradas por autores como Gustavo Binbenbom, Humberto Ávila e Daniel Sarmento, é assomado um questionamento acerca da própria origem do Direito Administrativo. Porém, por sua vez, essa parte da doutrina invoca raízes autoritárias que se declinaram para a necessidade da construção do referido campo jurídico, e, como consequência, para o próprio princípio da supremacia do interesse público. Assim, é primordial ter contato com tais perspectivas.

De acordo com Binbenbom, o nascimento do Direito Administrativo, com suas características mais particulares, serviu como forma de reprodução do modelo do Antigo Regime. Dessa forma, houve um forte embasamento na doutrina administrativa advinda de Portugal. Não obstante, tanto os princípios, quanto as regras formulados pelo Conselho de Estado surgiram a partir de uma postura ativista, e não submissa face ao Parlamento. Defende-se que foi criado um direito especial vinculado à Administração Pública não por obra do Legislativo, mas pela decisão auto-vinculativa do Executivo. Assim, contrariando o próprio princípio da separação dos poderes.

A separação dos poderes foi invocada como pretexto para possibilitar uma ampliação da liberdade da Administração perante os possíveis controles judiciais. Nesse período também pôde ser verificada, sob vestes de contencioso administrativo, a criação, não de prerrogativas, mas de privilégios para os agentes da Administração. Tal fato promoveu a quebra de isonomia investida sob o manto da supremacia do interesse público. De acordo com tal ponto de vista, a revolução recente tem importado alterações radicais nas instituições e

nas concepções vigentes no território brasileiro, cuja vivência democrática é vista de maneira extremamente limitada.

Formula-se o fundamento de que a tese do autoritarismo do Direito Administrativo é oriunda da teoria, originária da França, *Puissance publique*, a qual foi elaborada em meados do século XIX. Maurice Hauriou, um dos doutrinadores pioneiros sobre o estudo do Direito Administrativo na França, aponta para a existência de prerrogativas e privilégios do Estado diante do sujeito particular. Assim, há o desenvolvimento de uma posição de verticalidade ou desigualdade entre Administração Pública e cidadão. Embebido em tais perquirições, Binensbojm aponta como pressuposto do surgimento de tal área do Direito, a existência de privilégios entre os particulares em prol da máquina estatal. Exorbitando os direitos e faculdades reconhecidas somente às relações entre sujeitos privados.

O referido autor anota a resistência dos países ligados ao sistema de *common law* à adoção da jurisdição administrativa, tendo em vista que nessas nações a Administração e os cidadãos são submetidos às mesmas regras e juízes. De certa forma, a síntese de tal compreensão é celebrada nas palavras de Marçal Justen Filho (2018, p.13):

Ocorre que o instrumento teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade e discricionariedade administrativa. A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre DUGUIT e HAURIOU, ocorridas nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. (...) O conteúdo e as interpretações de direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás.

Portanto, após alcançar a compreensão tanto na visão da doutrina clássica, quanto fundamentada no seu contraponto, é possível perceber que os fatores que se apresentam como fontes do Direito Administrativo revelam-se completamente diferentes para os dois autores em objeto de aprofundamento. Tais distinções são realçadas como elementares para embasar o desenvolvimento do Princípio da Supremacia do Interesse Público e o Dever de Proporcionalidade para cada autor, tema que ganha mais destaque adiante no presente artigo.

5. A supremacia do interesse público sobre o privado

O princípio da Supremacia do interesse público, como já dito anteriormente, encontra-se de maneira primordial na elaboração da lei, ao inspirar o legislador e vincular a autoridade administrativa em toda a sua atuação. O ramo do Direito Público possui função basilar de suprir as necessidades do interesse público. Em consequência, as normas do Direito Administrativo devem, antes de mais nada, buscar proteger o bem-estar coletivo.

Para Di Pietro, o princípio do interesse público está na base de todas as funções do Estado, para além da função administrativa, por isso constitui-se de alicerce para todos os ramos do Direito do Estado. A defesa do interesse público faz parte do próprio fim do Estado, que por sua vez deve defender os interesses da coletividade, favorecendo o bem-estar social. Diante de tal medida, o interesse público deve prevalecer sobre o individual naquelas hipóteses abarcadas pelo ordenamento jurídico.

Outra crítica ao princípio da supremacia do interesse público refere-se ao seu caráter indeterminado, o que, segundo Di Pietro, não faz nenhum sentido. Na visão da doutrinadora, os conceitos jurídicos indeterminados possibilitam ao intérprete a sua definição, e, em complemento, um maior controle judicial sobre os atos administrativos. Cabe trazer à baila que nem sempre o interesse público será completamente indeterminado, segundo demonstra a autora, já que há diferentes graus de indeterminação.

A noção moderna reclama a consideração dos direitos e interesses da coletividade como fim último do Estado, para além do interesse público. Isto quer dizer que o elemento finalidade passou a ser realçado na atividade da Administração pública. Na mesma linha de pensamento, a garantia de direitos fundamentais não inviabiliza o princípio da supremacia do interesse público, apenas requer que sua aplicação se adapte às novas realidades sociais.

In casu, pode-se dizer que o Direito Público começa a se desenvolver depois de superada a ideia do homem como fim único do direito pelo princípio que vincula a Administração do Estado: as necessidades públicas têm primazia sobre as individuais. À luz da abalizada perspectiva, é possível conferir que este princípio está expresso na observação como um dos critérios, presente na Lei n. 9.784/99, Parágrafo Único, inciso II: "atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia

total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei". Fica muito claro que a disponibilidade sobre os interesses públicos está permanentemente retida nas mãos do Estado em sua manifestação legislativa.

Partindo deste entendimento, é defendido que os Tribunais poderiam deter postura mais garantista do que a própria Administração julgando a si própria. O magistrado comum mostra-se menos corajoso diante do contencioso administrativo do que o próprio juiz administrativo na censura dos atos da Administração e, em complemento, tratou-se como um forte apelo popular a criação da jurisdição administrativa.

Outro forte argumento para a visão supremacista do interesse público está fundamentado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como peças-chave. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e seus fins almejados. O ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence (2019, p. 81) afirma textualmente que as desequiparações que desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade caracterizam privilégios inconstitucionais. Cabe trazer à baila que essas medidas devem ser formuladas com base nos padrões comuns na sociedade em que vive, diante do caso concreto. De outro modo, se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado os limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir tal ilegalidade.

6. A doutrina divergente ao princípio

Com base nas prerrogativas processuais e materiais da Administração Pública, Binenbojm (2008, p. 104) aponta para as bases teóricas do organicismo e do utilitarismo como elementos incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro. É cognoscível que a ideia de satisfação essencialmente pública ligada ao descaso com a autonomia da pessoa humana abrem espaço para o caminho liberticida das ditaduras, tanto de em posicionamentos de direita quanto de esquerda, as quais elevaram o Estado à uma posição de superioridade e finalidade última quanto aos seus cidadãos (BINENBOJM, 2008, p. 105).

Em complemento, a base teórica organicista funda-se na ideia de que o bem individual só se concretiza através do bem comum, uma vez

que o indivíduo faz parte do todo social (DURKHEIM, 1897, p. 257). Por outro lado, o utilitarismo apresenta o interesse público como uma fórmula capaz de maximizar o bem-estar do maior número de pessoas (MILL, 2020, p. 59). Tendo em vista esses conceitos, surge a tese de um interesse público superior e inconfundível com os interesses dos integrantes da coletividade política. Tal evidência é explanada pelo autor Marçal Justen Filho (2018, p. 71):

A desvinculação entre a dimensão individual e o interesse público contém o germe do autoritarismo. É o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supra-individuais, de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo [...]

Raciocínio semelhante desenvolveu-se a partir de que a máxima preservação dos direitos individuais constitui projeção do próprio interesse público. Podem ser vistas como objetivos gerais para viabilizar o funcionamento da Administração Pública, através da instituição de prerrogativas materiais e processuais, como a promoção dos direitos particulares. O autor advoga que as cláusulas exorbitantes sempre foram embasadas na perspectiva de verticalidade das relações travadas entre Estado e particular, em oposição à horizontalidade das relações estabelecidas entre partes privadas, uma vez que são elevadas à condição de elementos identificadores dos contratos administrativos.

O princípio de per si é visto como prejudicial para o processo de ponderação, em outras palavras, não é possível conciliar no ordenamento jurídico a supremacia do interesse público como um conceito basilar para a atuação estatal, que ignora as nuances do caso concreto e pré estabelece como a melhor solução um fenômeno geral, deferindo mais poder à força do Estado. Tal empreitada negligencia as especificidades de cada caso, na medida em que termina por distanciar-se da proporcionalidade, mormente no que tange às suas acepções ao afirmar a coordenação entre os bens jurídicos.

Binenbojm (2008, p. 100) destaca em suas obras a isonomia como finalidade do interesse coletivo atrelado ao Poder Público, que também é prevista como norma constitucional. Ou seja, é dizer que qualquer diferenciação deve ser instituída por lei, além de sujeitar-se no seu contexto específico e na sua extensão, ao teste da proporcionalidade. O autor estabelece alguns preceitos que devem ser seguidos a fim de estabelecer um privilégio instituído em favor da Administração Pública que seja constitucionalmente legítimo (BINENBOJM, 2008, p. 102).

Na compreensão do referido doutrinador, o princípio da isonomia deve funcionar como um instrumento que oportunize o cumprimento do que está garantido pelo Estado na Carta Magna. Não obstante, o grau do sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada, isto é, a extensão da discriminação criada em desfavor dos particulares deve observar o limite do que foi estabelecido como estritamente necessário dos deveres estatais.

É fato notório que o ofício administrativo não se reduz à mera aplicação mecanicista da lei. Diante de tal percepção, a noção de que a Administração Pública não age por vontade própria, se limitando apenas a cumprir a vontade previamente manifestada pelo legislador, foi proposta desde a criação do Conselho de Estado Francês em 1799. Portanto, a mesma ideia se complementa com o assinalado por Almiro do Couto e Silva (ANO, p. XX):

A noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público

Assiste-se, sobretudo, a defesa de que é fulcral a superação do dogma da onipotência da lei administrativa, sendo substituída por referências diretas aos princípios consagrados no ordenamento constitucional. Somente assim seria possível criar um ambiente propício para a amenização dos próprios riscos da normatização burocrática e desenvolvimento do ambiente decisório do administrador.

Tendo em vista o disposto, Binenbojm (2008, p. 147) afirma a inconsistência teórica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Para o autor, ocorre que todas as aludidas prerrogativas da Administração não podem ser justificadas por meio de uma regra apriorística dos interesses da coletividade sobre os indivíduos, uma vez que cria uma lacuna na desequiparação entre o Poder Público e os particulares (BINENBOJM, 2008, p. 151).

Diante disso, conclui-se que são inegáveis as suas críticas traçadas ao longo dos anos sobre o princípio da supremacia do interesse público por alguns autores. Esses utilizaram-se de fundamentos para a

argumentação que, de fato, se concretizam na realidade brasileira, como o ponto sobre a desconsideração sobre os direitos fundamentais, e, no ponto de vista hermenêutico, a dificuldade de definir, na concretude fática, o que seria o interesse público. Em contrapartida, outros doutrinadores, por sua vez, alegam que tais argumentos trazidos não são coerentes com o contexto real, discriminando os fundamentos das condições apresentadas no ordenamento jurídico. Dessa forma, torna-se uma perquirição infundável da doutrina brasileira.

Portanto, através dos pontos de vista explicitados ao longo deste trabalho, tornou-se possível obstar a compreensão que o entendimento, mesmo que não uníssono do STF, segue o caminho da corrente clássica, a qual propõe o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado como um alicerce fundamental da Administração Pública. Assim, tal entendimento obsta uma maior celeridade aos objetivos apontados no texto da Constituição Federal, o filtro de todo o ordenamento jurídico do Brasil, e, a qual o Supremo Tribunal se faz guardião.

7. Considerações finais

Diante do exposto, é possível compreender que há duas décadas atrás seria tida como inútil a presente discussão, tendo em vista que o princípio da supremacia do interesse público se encontrava diametralmente estabelecido como amplitude basilar para a excelência no Direito Administrativo. Porém, diversos doutrinadores têm apontado para uma nova estrutura da Administração Pública, estabelecida na relação horizontal entre os interesses individuais e, sobretudo, com o fortalecimento de fenômenos como a constitucionalização do Direito.

Pode-se dizer que a perspectiva clássica vê o nascimento do Direito Administrativo na transição do século XVIII para o século XIX, período fortemente marcado pela influência da Revolução Francesa. Como pensadora principal, Di Pietro apresenta a ideia de que o interesse público é a medida para o controle de legalidade dos atos da Administração, em outras palavras, o controle da finalidade das condutas administrativas representa o próprio controle do interesse público.

Por outro lado, entende-se como um pecado autoritário na construção de conceitos e princípios pelo Conselho de Estado francês, um órgão que seria "juiz de si mesmo". De acordo com Binenbojm, adverte-se que não se nega a existência de um conceito de interesse público. Todavia, afirma uma imbricação entre interesses difusos da

coletividade e individuais, não sendo possível estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pilar do próprio Estado de Direito, foi duramente criticado, e com argumentos que não se pode ignorar: desrespeito aos direitos fundamentais, incompatibilidade com a ordem jurídica, indeterminabilidade do conceito de interesse público, inoperância com o postulado da ponderação de interesses, dentre outros. Porém, diversos autores têm proposto a crítica da crítica, refutando esses argumentos, um a um, e propondo a reflexão da comunidade jurídica sobre as teses lançadas. Em vista disso, o debate se apresenta como complexo e de difícil solução.

Alfim, verificou-se que, em sua maioria, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permanecem com seu tradicionalismo, observando o princípio da supremacia do interesse público como um pilar para o Direito Administrativo, trazendo eficiência para os objetivos propostos no texto constitucional. E, em complemento, mostra-se acessível aos critérios de ponderação no conflito entre interesses públicos e privados de igual proteção constitucional.

8. Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed, 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

- Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direito do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

DI PIETRO, Maria. Direito administrativo. 28 ed. São Paulo, Atlas, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2 ed rev. e atual. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

Cirne Lima, R. O Conceito fundamental do Direito Administrativo. Revista Do Serviço Público, 2022. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/7499> Acessado em: 21, de jan. de 2023.

HART, Herbert L.A. O conceito de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GABARDO, Emerson. Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. Scielo, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/FXGmphCrQNsMzNJLLBTfvrK/?lang=pt> Acesso em: 21 de jan. de 2023.

GIANNINI, Massimo Severo. Diritto amministrativo. Milano, A. Giuffrè, 1970.

HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public. 12^a ed. Paris: Dalloz, 1933.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 29 jan. 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 41.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 179/180, p. 53.

VARELLA, Lucas. Crítica à Supremacia que Integra o Conceito de Interesse Público e a sua Contracritica. Instituto de Direito Real, 2021. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/critica-a-supremacia-que-integra-o-conceito-de-interesse-publico-e-a-sua-contracritica> Acesso em: 21 de jan. de 2023.

AMORIM, Letícia. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy: Esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa, 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf Acesso em: 21 de jan. de 2023.

LIMA, Jair Antonio Silva de. Teoria dos princípios: a colisão entre direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3099, 26 dez. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20721>. Acesso em: 4 fev. 2023.

BARROS, Marcos Ribeiro. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Sepúlveda Pertence. 1 ed. Brasília: Instituto Brasileiro de Advocacia Pública IBAP, 15 de dez. de 2019.

DURKHEIM, Émile. O suicídio. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes. 4 de abril de 2019.

MILL, John Stuart. O utilitarismo. 2 ed. São Paulo: Iluminuras, 26 de março de 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 6 de fev. de 2023.

8.1 Referências

<https://www.scielo.br/j/rinc/a/FXGmphCrQNsMzNJLLBTfvrK/?lang=pt>

<https://direitoreal.com.br/artigos/critica-a-supremacia-que-integra-o-conceito-de-interesse-publico-e-a-sua-contracritica>

http://uece.br/eventos/spcp/anais/trabalhos_completos/247-38223-30032016-010007.pdf

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf

https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/03/2012_03_1295_1339.pdf

10. FORENSIC DENTISTRY IN HUMAN IDENTIFICATION: A MODERN SCIENCE

Alessandra Putrino (Italia)¹¹⁸

1. Introduction

Forensic dentistry (or forensic odontology) is the branch of forensic science that exploits the skills of the dentist to determine the recognition of the person, whether living or deceased, for investigative purposes or justice processes. According to the definition of Keiser-Neilsen, forensic dentistry is the discipline that “in the interest of justice deals with the proper handling and examination of dental evidence and the proper evaluation and presentation of dental findings” (1).

The expert odontologists may provide the help key to authorities by providing their expertise through dental data and informations related to them with mainly comparative methodologies in all the situations principles of forensic dentistry are applicable: mass disasters or incidents such as air plane crashes, train/road accidents, terrorist attacks, bomb blasts or natural events like earthquakes, tsunamis, land slides; in cases where a more or less wide number of human remains (especially those mutilated and dismembered) are beyond recognition; in cases of sexual assaults and/or abuse on children and adults; in cases of finding unknown persons for whom the attribution of an identification is necessary or in finding human remains that include the head and oral cavity or part thereof (for example, only the mandible or skull with the nasomaxillary complex but devoid of the mandible) and, not less important, in cases of malpractice and negligence in dental practice.

From the past to today the identification methods of odontologist competence have been enriched of new tools and technologies. To those

¹¹⁸ Publicado en la Sección Ensayos, Año XIII, número 31, noviembre de 2022, pp. 23-38.

of an exclusively dental nature, which mainly lead to comparative methods between antemortem data or between ante-mortem and postmortem data (in example, comparison between data collected during intraoral inspection and X-rays or plaster models of subject of which identity is suspected) (2-4), highreliability methods such as rugoscopy (5) and cheiloscopy (6) and and bite marks (7) and oral autopsy (8) on cadaver have been associated. The latter, unlike the previous ones, for the remarkable invasiveness, being a real complex surgical procedure, plays a role as important as it is critical because, with the methods currently documented, it entails a profound alteration of the face of the subject with important ethical and legal implications (9).

The aim of this study is to offer an updated and complete review on modern forensic dentistry uses new technologies since its applications are covered in the scientific literature by groups of topics and not in order to enclose all possible existing applications.

2. Materials and methods

The present scoping review followed the framework proposed by Bragge *et al.* (11).

It comprises five steps: designing the research question; identifying relevant studies through a literature search; analysing selected studies; extracting and charting data; collating, summarising, and reporting the results. The research question was: "which activities are included in human identification processes performed by forensic odontologists?". Potentially relevant articles on the main electronic databases were searched (PubMed, Scopus, Lilacs, Google Scholar, Cochrane Library).

To be eligible for review, the articles had to meet the following criteria: abstract and full-text available, written in English language, observational studies, review articles, randomized clinical trials. A restriction of time has been applied: from 2010 to 2020. The search strategy was implemented using several search/MeSH terms like "Forensic odontology," "dental DNA fingerprinting", "age estimation from teeth", "sex estimation from teeth", "race estimation from teeth", "bitemarks", "forensic dental analysis", "ante-mortem and post-mortem dental data", "cheiloscopy", "human identification", "oral autopsy", "rugoscopy".

Duplicate results of the different databases were deleted and the abstracts of all the results have been read in order to verify that the

articles were properly adhered to the objectives of the study. Articles that have not been deemed adequate since this first observation have been discarded. Doubtful articles have been retained to reserve an assessment for a full-text reading.

Each reviewer analyzed independently the articles deemed relevant for the review and evaluated these informations: subject of the article (what type of application of forensic dentistry had been investigated), study type (revisions were included), sample type (living subject/dental models, X-rays or other), important conclusions. Subsequently, these results have been analyzed in order to be able to present them in sections in this article. Additionally the scoping review was structured as a flow diagram (Fig.1).

3. Results

The studies of potential relevance were 667. After the removal of duplicated results (n=474), 193 articles were screened in detail, and 160 of these were considered eligible for full-text review. Of these, 37 studies published between 2010 and 2020 were included in the scoping review. The flow diagram (Fig.1) describes the entire review process.

After the full-text reading of the final articles the most relevant descriptive informations were condensed and listed in the discussion section with proper paragraphs.

4. Discussion

The articles gathered were divided into the groups based on the greatest interest showed in literature: dental analysis, bite marks, age estimation on dental records, race estimation on dental records, sex estimation on dental records, cheiloscopy, rugoscopy, oral autopsy. Details were presented in their following respective paragraphs.

4.1 Dental Analysis

Even though the status of a person's teeth change throughout the entire life, the presence of distinctive features (restorations, prosthetics, alterations of tooth structure including caries and the absence itself of some teeth) plays a key role when identification concerns mutilated

subjects on which it is not possible to perform the fingerprint test or the visual recognition (11).

It is possible to use identification through dental analysis especially when the corpse is skeletonized or decomposed by burns, carbonization, drowning, and action of acids or other substances causing irreversible chemical damage to the body structure.

Indeed dental hard tissues are well preserved after death and can even resist a temperature of 1600°C when heated without appreciable or significant loss of microstructure. Odontological identification of deceased persons obtained by dental evidence can be complicated by traumas affected the jaws or by inadequate ante-mortem dental records like dental plaster models and radiographs (4).

The main dental identification method is based on comparison of pre and post mortem dental features of the person under recognition process using dentist's patient documentation (3) or with photographs, available with the family, showing the subject smiling when he was still alive, although to be useful it is necessary that at least the frontal anterior teeth are clearly visible. Following the American Board of Forensic Odontology dental identification can be divided into four types (2):

1. Positive identification: ante-mortem and post-mortem data match to establish that it is from same individual;
2. Possible identification: ante-mortem and post-mortem data have few consistent features, but because of quality of the records it is difficult to establish the identity;
3. Insufficient evidence: data is not enough to from the conclusion;
4. Exclusion: The ante-mortem and post-mortem data clearly inconsistent. In cases of insufficient evidence or exclusion, further methods are necessary.
5. When handling dentition data, the international nomenclature system is used. All salient dental features are collected and recorded to be compared with ante-mortem dental data. The presence of dental restorations or decayed teeth, the crowding and abnormal position of one or more teeth, the presence of spacing for extractions, missing teeth or natural diastema, supernumerary teeth or cusps, root or crown configuration are all characteristic features can help in dental profiling.

When teeth fail in their eruption and remain impacted or when their eruption pathway bring them to an anomalous position (12) this phenomenon can lead to an oral status characteristic of that subject influencing personal identification process. The combination of dental

and skeletal anomalies found randomly on radiographs in life can be an additional sign of individual identification (13).

As we know from basic concepts of orthodontics, the occlusion can be normal or altered both on vertical plane and on transverse and sagittal ones. The presence of a second or third class malocclusion, as well as an alteration of the overjet and overbite parameters and the presence of any anterior or posterior scissor or cross bite may represent distinctive signs of a subject.

They are almost always easily replicable even from the observation of the dentition of a corpse of which it is necessary to ascertain the identity, exceeded the stiffening phase of the body and with appropriate manipulation of the mandible even in case of fractures. All the dental anomalies and variations mentioned above help in the comparison and matching of ante-mortem and post-mortem data leading to a positive identification. The value of this method is comparable to the quality and precision of DNA profiling and fingerprints analysis (2).

4.2 Bitemarks

A bitemark has been defined as "a pattern produced by human or animal dentitions and associated structures in any substance capable of being marked by these means"(14).

They can be classified also as examples of 'crush' injuries, due to the dental compression of the skin and soft tissues, leaving indentations or provoking a real injury in the skin (7, 15).

This action leaves indentations and/ or breaks in the skin. Bitemarks can provide evidence in those cases of sexual assaults or abuse and become a source to extract the assailant DNA (16).

The bitemark left by human teeth is classically a circular or oval mark (bruise) with central sparing. There are differences of dimensions related to kind of dentition (primary or adult) and extension of the bitemark (reduced if it's limited to a part of dental arch). Dynamic scenes reduce the clarity of the sign. Forensic odontologists are called to investigate on these marks and the classical procedure entails that bitemark is compared with impression and dental plaster of the suspect's teeth.

The aim is to identify adequate correspondence between the main shape and size of the teeth of an accused with the features of the bitemark. All those distinctive features of dentition such as dental malposition, crowding, missing or damaged teeth can affect the

bitemarks and they can be reasonably considered reference points in the comparative analysis (15).

Traditionally, the comparison between the bitemark and the suspect's teeth was based on the superimposition involved the occlusal surfaces of a dental model of the suspect's teeth, specially stained on ink, and marking the teeth 'bite' pattern onto a transparent sheet (in acetate). With the advent of new technologies, the limits of this procedure, which have always been discussed and looked at with a certain distrust in the forensic field, have been partly overcome thanks to software that allows the digital overlap of the bitemark photos to digital models (16,17).

4.3 Age estimation on dental records

The problem of age estimation does not concern only unidentified corpses but above all living persons have no valid proof of date of birth (18). We can distinguish two main methodological categories in dental age estimation (19):

1) Developmental changes: occur while teeth are growing and emerging into the oral cavity. They include hard tissues changes, dental eruption and the specific third molar eruption and dental measurements.

2) Degenerative changes: occur once teeth have erupted and begin to wear down. Developmental changes related hard tissue modifications start since teeth start their formation, around six months. The exact sequence of formation and eruption of teeth allows to accurately estimate age. The basic principle is the comparison between teeth scores and a corresponding chart, such as in the famous Demirjian's method (20).

The comparison between post-mortem radiographs of a person under personal identification process and eruption standards lead to the estimation of age, since humans have two stages of dentition, and a mixed stage. Third molars are the last teeth to erupt and also those with the highest variables: they can be partially or at all impacted and their missed eruption after 20 years old can indicate they are absent at all. Only radiographs can reasonably show their presence, position and relations with the adjacent structures. Dental length can be directly assessed, using the crown or the exposed root and then compared with radiographic measurements. Dental mineralization is less affected than bone by nutritional and endocrine factors (21).

Once teeth erupted and begin to perform their masticatory and functional functions, they obviously begin to undergo alterations accompany the progress of age with signs that can be very characteristic. One of the most characteristic examples of degenerative changes is the observation of the pulp volume that reduced progressively with aging for a process of secondary dentin deposition (22).

Another method of age estimation in adults by measuring the size of the pulp is taking the measurement from periapical radiographs of the teeth dependent upon the sex of the individual (23).

The most complete method of age estimation based on regressive changes has been developed primarily by Gustafson, and later by Johanson. These methods consider changes affect teeth for the occlusal attrition, the loss of periodontal attachment, the dentine and cementum apposition, the amount of periapical resorption, the root transparency (24, 25).

4.4 Sex determination on dental records

Sex determination is the first question in identification of unknown individuals, especially when other evidence for sex determination is present. As for the other distinctive features defining and detailing the individual, this parameter often needs to be confirmed with the help of many methods, because sex determination from teeth may be not conclusive. Sex determination in forensic odontology starts from odontometrics' technique (26).

This is based on the differences between the mesio-distal and bucco-lingual dental dimensions, recorded like linear multiple measurements that are subsequently compared (27).

Sexual dimorphism in the teeth can be showed using different dental indices: crown index, incisor index, mandibular-canine index. This last index is considered one of the more reliable in sex determination since these teeth exhibit a greater sexual dimorphism compared to upper canines with an overall accuracy established around ~72%. The canine distal accessory ridge located on the lingual surface (between medial lingual ridge and distal marginal ridge) has been found to be more pronounced and more frequent found in males than females (28).

In the last years a laboratory method has been developed: the sex chromatin or Barr bodies extracted from the pulp help in sex identification. The Amelogenin, called also "AMEL", is the major protein

found in human enamel. Two different genes express for AMEL: one is located on chromosome X and one on the Y chromosome. The patterns of nucleotide sequence show differences in males and females (29).

Amelogenin has different patterns of nucleotide sequence in the enamels of males and females (30).

4.5 Race determination on dental records

Race or ethnicity determination from dental characteristics is still subject to debate today. Indeed there are dental traits that may be characteristic of some populations but their influence on racial individual identity is critical and needs to be supported by other elements.

Some dental characteristics are mostly referable to habits, activities or related to the environment in which an individual lives, so they can be referred to ethnicity only secondarily and by deduction, finding a relationship between that dental characteristic and that particular ethnic group. This consideration is more evident for the shovelling or scooping of the upper incisor (most common in Asiatic Mongoloids and Amerindians), chisel shaped incisors (31).

Other features such as taurodontism, peg shaping of the teeth, Carabelli's cusp of the first upper molars, hypocone, and protostylid, are used to determine the racial profile but their power in this meaning is much more weak than other parameters. The provenience of an individual, more than a specific ethnicity, may be in some cases indicated by dental restoration features, because some methods or materials may be typical of a place.

4.6 Cheiloscopy

Labial wrinkles have same value as fingerprints, this is the reason why cheiloscopy is a valid forensic investigation add evidence to a crime scene, in example on glasses, windows, cigarette butt, or tapes (if a person has been gagged or bound), especially when other evidence are weak or totally absent. The lip prints indeed can be easily left on many surfaces where they pressed up against.

There are four types of lip grooves: straight line, curved line, angled line, sine shaped line (2). Lip print patterns often appear as a mixture of varying types even though we can distinguish five main pattern: vertical, partial vertical, branched, intersected, reticular. There is a probable

genetic inheritance since twins and family members showed similar grooves (32). The lip print pattern is unique to each individual and remain unaltered during a person's lifetime.

They can be altered by pathologies or environmental factors but only those events or pathologies affect the labial subtrack can irreversibly damage lip prints, in light traumas or not severe pathologies they use to repair without any change and to maintain their pattern. Lip prints similarly to finger prints may be visible or not visible. Many reagents can be used to make latent lip prints visible (33). Lip print analysis is very simple and not expensive, but the absence of a standard protocol to collect, record and analyse lip prints data reduce their judicial value as test document (6).

4.7 Rugoscopy

The use of palatal rugae for forensic purposes started in 1889 with Harrison Allen, but the name of "palatal rugoscopy" has been properly introduced later, in 1932, by Trobo Hermosa. Then many classifications followed in the years, according to different features like shape, direction, position, length, unification. Palatal rugae is relevant for human identification due to the internal position, stability and maintainance after death (34).

Palatal rugae also called as rugae or plicae palatinae refers to the transverse ridges on the anterior part of the palatal mucosa on each side of the median palatal raphe and behind the incisive papillae. They are three to seven in number and the variability is the main feature of their uniqueness. Rugae pattern is as unique to a human as are his DNA or fingerprints and since their formation during the 12-14th week of prenatal life pattern's structure remain unchanged throughout life not altered by diseases, traumas, heat and chemicals uptaken during life (food, nicotine, dugs, ethanol, etc.). Due to stability palatal rugae is considered a reliable landmark during orthodontic treatments, cleft palate surgeries, palatal prosthesis and medicolegal evaluations (35).

The palatal rugae position is designated as left/right to determine which quadrant they belong. Rugoscopic area can be divided into quadrants, with the aim of obtaining the coordinates position of palatal rugae. Rugae length is the first information need to be assessed. Three categories can be distinguished: primary rugae (5-10 mm); secondary

rugae (3-5 mm); fragmentary rugae (2-3 mm); rugae measuring <2 mm are not considered. After length, usually the shape is assessed.

Transversely, for each palatal rugae starting from the mid-palatine raphe, we can individuate the medial point, and adjacent teeth, we can individuate the lateral point. Ever transversely we can classify four major types of shapes: circular, curvy, straight, wavy. Adding other shapes we can classify ten major types: angle, anomaly, bifurcated, circle, curve, interrupted, line, point, sinuous, trifurcated (36) (Fig.6).

The palatal rugae direction is determined by measuring the angle formed by the line joining its origin and termination and the line perpendicular to the median raphe. Based on direction rugae can be classified in: Forward directed; Backward directed; Perpendicular.

Another feature can be assessed in palatoscopy is the presence of unification, occurred when two rugae joined at their origin or termination. Traditional and still valid palatal rugae analysis is made on maxillary dental plaster models using cheap tools: pencil, caliper (if possible a digital one), magnifying glass. The general method is strictly comparative. The use of direct inspection and comparison with photographs proved to be unsuccessful and this method was abandoned.

The development of experimental softwares for photographic superimposition (i.e. RUGFP- Id, Palatal Rugae Comparison Software) introduced oral photographs again as alternative source to plaster models (5).

Nowadays stereoscopy and stereophotogrammetry allow 3D analysis and comparison of dental models. Palatal rugae patterns have been largely studied to evaluate if they are a reliable forensic marker for sex determination (34, 35), epidemiological traits (35, 36), and their stability after different orthodontic treatments (37).

The most of the rugoscopic studies found in literature have been performed on dental casts and living persons. One study in literature analyse palatal rugae stability in cadavers and burn victims using a visual inspection and photographs without a real personal identification purpose (38).

The most recent study evaluates the stability of palatal rugae in cadavers by superimposition of digital models obtained using an intraoral scanner on the day of death and after one week (39).

4.8 Oral autopsy

Usually, forensic dentists participates in personal identification processes helping in establishing the age, sex, and race of corpses or skeletal remains. The sources are teeth, bite marks, lip prints, palatal rugae. The forensic dentist can use radiological examinations and post-mortem dental records, all as described so far. Oral autopsy may help in cases where dental evidence is almost mandatory and intra-oral examination cannot be accurate or possible at all due to a poor accessibility (40).

This problem is not rare especially when the conservation of body is critical or when remains are uncompleted and the identification process risks to be retarded. Intra-oral examination is easier when traumas and injuries affected face and oral region. Oral autopsy helps to register teeth present in the oral cavity, the type of occlusion, and the presence of ante-mortem dental restorations.

The age of the person influence oral autopsy operations: in adults often is necessary to operate with jaw removal and skin and muscle dissection, especially when rigor mortis closes the access to a clear observation of the mouth; the muscular weakness in children makes this procedure less complicated.

Teeth or their germs can be extracted and age estimated by light microscope studies or scanning electron microscope. In presence of deciduous teeth, age estimation is simpler. In cases of criminal abortions, mass disasters, abandons and miscarriages the oral autopsy of fetuses and infants is such important as more complicated than children or adults.

The procedure of oral autopsy ever starts with frontal and lateral photographs of the face's corpse and then follow these steps (8): incision from the angle of the mouth to the tragus of the ear on either side; folding of lip and cheek tissues; sectioning of the muscles and the capsular ligament of the temporomandibular joint; opening of the mouth by traction that allows visualization of the lower and upper dental arches; photographic records of the oral cavity; removal of prosthetic and orthodontic appliances if present; charting of the mouth in the postmortem dental record; description of the anomalies of shape, position, and size of the teeth; taking of adequate photographs to compare with ante mortem records; suturing.

Some autopsy procedures deviate from this method with regard to the surgical incision that can take place below the mandibular plane, keeping intact the appearance of the skin tissues and muscular planes. Oral autopsy procedures regardless of the surgical methods used to expose the oral cavity are always very invasive. It is a vilification of the corpse, both on the ethical level because the family of the deceased is put in front of a further pain that is added to that of the loss of the loved one. A recent study proposes to overcome the limits of traditional oral autopsy using the intraoral scanner that allow to maintain facial integrity by obtaining color images of dental arches even in condition of limited access and to superimpose the 3D reconstructions on traditional ante-mortem radiographs (39).

5. Conclusions

The teeth and the oral structures have individual characteristics that make each individual unique and unrepeatable. Where the other means of identification are destroyed, deeply altered or voluntarily removed (fingerprints can be deleted) or when the use of other techniques would be wasteful because it is necessary to apply them on a large number of subjects (DNA analysis is more expensive), the oral cavities are the strongest part of the human body withstanding the most serious chemical and physical injuries.

Primary and adult human dentition vary in morphology, size, volume and sometimes structure among different individuals constituting the basic set of unique characteristics called "tooth class characteristics" for identification. Other features like restorations, prosthesis, dental pathologies and anomalies contribute to defining the "dental identity".

From teeth, we can estimate the biological profile and determine the age, the gender, and the ethnicity. The evidence in forensic dentistry is obtained also with no dental records as rugoscopy, cheiloscopy and oral autopsy.

These methods should not be considered to be less precise than the dental analysis, but should also be considered as complementary to the identification or altogether essential (especially for the rugoscopy) when dental analysis it is not a conclusive or workable test.

All these characteristics however, may not be useful to the forensic processes in absence of ante-mortem dental records and where comparison of the post-mortem records with ante-mortem records is not

possible. For this reason it would be necessary and of great importance to hope for the preservation of data and the creation of a "dental" database as well as the communities of the different countries already have it for fingerprints.

5.2 Clinical implications

Forensic dentistry has long been considered by professionals as an activity often far from daily clinical practice, with a destination mostly related to the insurance system.

The rich scientific production on the topic of personal identification, more closely connected to the judicial activities of recognition of the person, demonstrates how the role of the dentist, sometimes even occasionally given to forensic sciences, can be decisive.

The ability to understand and interpret the distinctive features of a subject from his or her oral cavity, the possibility of consulting for comparative purposes the radiographic and digital information, consulted daily for diagnostic and therapeutic objectives, even in extraordinary situations makes the dentist a modern operator much closer to forensic medicine than is believed possible. Starting from this awareness, the modern dentist, when required, must with the same sense of responsibility with which he carries out his clinical activity, make his skills, and where necessary, the data of his archive available to the competent authorities, becoming an active part of the team which seeks to solve the social and judicial problems of the society.

6. References

1. Adams Catherine, Carabott Romina, Evans Sam. 2014. Disaster victim identification. *Forensic Odontology: An Essential Guide*, First Edition. John Wiley & Sons.
2. Divakar KP. *Forensic Odontology: the new dimension in dental analysis*. *Int J Biomed Sci*, 2017; 13 (1): 1-5.
3. Pinchi Vilma, Norelli Gian Aristide, Caputi Fabio, Fassina Gianfranco, Pradella Francesco, Vincenti Cecilia. *Dental identification by comparison of antemortem and postmortem dental radiographs: influence of operator qualifications and cognitive bias*. *Forensic Sci Int*, 2012; 222(1-3): 252-5.

4. Nuzzolese Emilio, Di Vella Giancarlo. Digital radiological research in forensic dental investigation: case studies. *Minerva Stomatol*, 2012; 61(4): 165-73.
5. Chowdhry Aman. A simple working type Integrated Rugoscopy Chart proposed for analysis and recording rugae pattern. *J Forensic Dent Sci*, 2016; 8(3):171-172.
6. Gugulothu Ravindra Naik, Alaparthi Ravi Kiran, Maloth Kotya Naik, Kesidi Sunitha, Kundoor Vinay, Palutla Mallika Mahalakshmi. Personal identification and sex determination using cheiloscopy. *JIAOMR*, 2015; 27:399-404.
7. Barsley Robert, Freeman Adam, Metcalf Roger, Senn David, Wright Franklin. Bitemark analysis. *J Am Dent Assoc*, 2012; 143(5): 444.
8. Charan Gowda Boregowda Kadaiah and Hemavathi. Oral autopsy: A simple, faster procedure for total visualization of oral cavity. *J Forensic Dent Sci*, 2016; 8(2): 103-107.
9. Aka PS, Canturk N Aka Canturk. Oral Autopsy Method for the Dental Identification of Fetus and Infant Cases. *FMAR*, 2014; 2, 48-50.
10. Bragge Peter, Clavisi Ornella, Turner Tari, Tavender Emma, Collie Alex, Gruen Russel L. The Global Evidence Mapping Initiative: Scoping research in broad topic areas. *BMC Med Res Methodol* 2011; 11:92.
11. Kanchan Tanuj, Machado Meghna, Rao Ashwin, Krishan Kewal, Garg Arun K. Enamel hypoplasia and its role in identification of individuals: A review of literature. *Indian J Dent*, 2015; 6(2): 99-102.
12. Putrino Alessandra, Leonardi Rosa Maria, Barbato Ersilia, Galluccio Gabriella. The association between ponticulus posticus and dental agenesis: a retrospective study. *Open Dent J*, 2018; 12:510-519.
13. Putrino Alessandra, Impellizzeri Alessandra, Pavese Luciana, Barbato Ersilia, Galluccio Gabriella. Orthodontic treatment and third molar development: longitudinal study on radiographs. *Dental Cadmos*, 2019; 87: 558-570.
14. Daniel M Jonathan, Pazhani Ambiga. Accuracy of bite mark analysis from food substances: A comparative study. *Journal of Forensic Dental Sciences*, 2015; 7(3), 222.
15. Raina Pallavi, Kulkarni Narayan, Shah Romil. A comparative study of sagittal dental relationship using digital method of bite mark evaluation. *J Forensic Dent Sci*. 2019 Sep-Dec; 11(3):125-132.
16. Ma XF, Jin M, Sun H, Mi CB. Application Status and Prospect of Bite Mark Evidence in Forensic Odontology. *Fa Yi Xue Za Zhi*. 2020 Jun; 36(3):369-373.

17. Rivera-Mendoza Fernando, Martín-de-Las-Heras Stella, Navarro-Cáceres Pablo, Fonseca Gabriel M. Bite Mark Analysis in Foodstuffs and Inanimate Objects and the Underlying Proofs for Validity and Judicial Acceptance. *J Forensic Sci* 2018 Mar; 63(2):449-459.
18. Kotrashetti Vijayalakshmi S, Hollikatti Kiran, Mallapur MD, Hallikeremath Seema R, Kale Alka D. Determination of palatal rugae patterns among two ethnic populations of India by logistic regression analysis. *J Forensic Leg Med*, 2011; 18: 360-365.
19. Kommalapati RK, Katuri D, Kattappagari KK, Kantheti LPC, Murakonda RB, Poosarla CS, Chitturi RT, Gontu SR, Baddam VRR. Systematic Analysis of Palatal Rugae Pattern for Use in Human Identification between Two Different Populations. *Iran J Public Health* 2017 May; 46(5):602-607.
20. Agrawal Nitin Kumar, Hackman Lucina, Dahal Samarika. Dental Age Assessment using Demirjian's Eight Teeth Method and Willems Method in a Tertiary Hospital. *JNMA J Nepal Med Assoc* 2018 Nov-Dec; 56(214):912-916.
21. Verma Meenal, Verma Nikhil, Sharma Rakhee, Sharma Ashish. Dental age estimation methods in adult dentitions: An overview. *J Forensic Dent Sci* 2019 May-Aug; 11(2):57-63.
22. Pereira Treville, Shetty Subraj, Surve Ridima, Gotmare Swati, Kamath Pooja, Kumar Sourab. Palatoscopy and odontometrics for sex identification and hereditary pattern analysis in a Navi Mumbai population: A cross-sectional study. *J Oral Maxillofac Pathol* 2018 May-Aug; 22(2):271-278.
23. da Luz Luany Cristina Pongo, Anzulovic David, Benedicto Eduardo N, Galic Ivan, Brkic Hrvoje, Biazovich Maria Gabriela H. Accuracy of four dental age estimation methodologies in Brazilian and Croatian children. *Sci Justice* 2019 Jul; 59(4):442-447.
24. Pilloud Marin A, Heim Kelly. A Test of Age Estimation Methods on Impacted Third Molars in Males. *J Forensic Sci* 2019 Jan; 64(1):196-200.
25. Agrawal Nitin Kumar, Dahal Samarika, Wasti Harihar. Identification of Deceased Children of Nepal Airlines Crash through Dental Age Estimation. *JNMA J Nepal Med Assoc* 2017 Oct-Dec; 56(208):469-71.
26. Khamis Mohd F, Taylor Jane A, Malik Shan N, Townsend Grant C. Odontometric sex variation in Malaysians with application to sex prediction. *Forensic Sci Int*, 2014; 234: 183. e1-7.

27. Zorba Eleni, Spiliopoulou Chara, Moraitis Konstantinos. Evaluation of the accuracy of different molar teeth measurements in assessing sex. *Forensic Sci Med Pathol*, 2013; 9(1): 13-23.
28. Joseph Anna P, Harish RK, Mohammad PK Rajeesh, Kumar Vinod RB. How reliable is sex differentiation from teeth measurements? *Oral Maxillofacial Pathology Journal*, 2013; 4(1): 289-92.
29. Pawar Ruchi Kishor, More Chandramani B. Sex determination from tooth pulp deoxyribonucleic acid using polymerase chain reaction. *J Forensic Dent Sci* 2018 May- Aug; 10(2):107-110.
30. Alvarez-Sandoval Brenda A, Manzanilla Linda R, Montiel Rafael. Sex determination in highly fragmented human DNA by high-resolution melting (HRM) analysis. *PLoS One*, 2014; 9(8): e104629.
31. Edgar Heather J H. Estimation of ancestry using dental morphological characteristics. *J Forensic Sci*, 2013; 58 (Suppl 1): S3-8.
32. Loganadan Suriya, Dardjan Murnisari, Murniati Nani, Oscandar Fahmi, Malinda Yuti, Zakiawati Dewi. Preliminary Research: Description of Lip Print Patterns in Children and Their Parents among Deutero-Malay Population in Indonesia. *Int J Dent* 2019 Mar 13; 2019:7629146.
33. Furnari Winnie, Janal Malvin N. Cheiloscopy: Lip-Print Inter-rater Reliability. *J Forensic Sci* 2017 May; 62(3):782-785.
34. Gadicherla Prahlad, Saini Divya, Bhaskar Milana. Palatal rugae pattern: An aid for sex identification. *J Forensic Dent Sci* 2017 Jan- Apr; 9(1):48.
35. Babu Ghanta Suresh, Bharath T Sreenivasa, Kumar N Govindraj. Characteristics of Palatal Rugae Patterns in West Godavari Population in India. *J Clin Diagn Res*, 2013; 7(10):2356-2359.
36. Indira AP, Manish Gupta, David Maria Priscilla. Usefulness of palatal rugae patterns in establishing identity: Preliminary results from Bengaluru city, India. *J Forensic Dent Sci*, 2012; 4(1): 2-5.
37. Mustafa Ayman G, Allouh Mohammed Z, Alshehab Rawan M. Morphological changes in palatal rugae patterns following orthodontic treatment. *J Forensic Leg Med*, 2015; 31:19-22.
38. Berketa John, Higgins Denice. Stabilisation of dental structures of severely incinerated victims at disaster scenes to facilitate human identification. *J Forensic Leg Med* 2017 Oct; 51:45-49.
39. Putrino Alessandra, Bruti Valerio, Marinelli Enrico, Ciallella Costantino, Barbato Ersilia, Galluccio Gabriella. Intraoral scanners in personal identification of corpses: usefulness and reliability of 3D

- technologies in modern forensic dentistry. *Open Dent J*, 2020; 14: 255-266.
40. Nuzzolese Emilio. Dental Autopsy for the identification of missing persons. *J Forensic Dent Sci* 2018 Jan-Apr; 10(1):50-54.

Proof