

ISSN 0329-9430

Revista de la FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 27



FDER UNR

**ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
2023**

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 27

Año 2023

Salvo indicación expresa, la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario no se identifica necesariamente con las opiniones y juicios que los autores sostengan.

AUTORIDADES 2023

Decano Dr. HERNÁN J. BOTTA
Vicedecana Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
Secretario General Dr. EDUARDO SILVANO
Secretaria Académica Dra. MARGARITA E. ZABALZA
Secretaria de Concurso y Carrera Docente Dra. MARGARITA E. ZABALZA
Secretario de Asuntos Estudiantiles Dr. JOEL PONCE DE LEÓN
Secretaria de Acreditación Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
y Planificación Académica
Secretaria de Ciencia y Técnica Dra. PAULA NAVARRO
Secretaria de Extensión Universitaria Dra. ANDREA L. SARNARI
Secretario de Relaciones Institucionales Dr. EMILIO L. FANTONI
Secretario de Relaciones Internacionales Dr. JUAN MANUEL PLÁ
Secretaria de Derechos Humanos, Dra. MARCELA MANCINI
Políticas de Género y Diversidad
Secretario de Comunicación Dr. LUIS VILA
y Tecnologías Educativas
Secretario Financiero Dr. JAVIER RÉBORI
Secretario Técnico Dr. LISANDRO CORONATO
Secretaria Administrativa Tec. AMADA A. GAITÁN
Director de Escuela de Graduados Dr. ALFREDO M. SOTO
Secretario Académico de Dr. GERMÁN GERBAUDO
Escuela de Graduados
Gerenta de la Co.Fa.De. CPN LAURA RODRÍGUEZ

PROFESORES EMÉRITOS

Prof. CELESTINO ARAYA	Prof. MANUEL DE JUANO
Prof. ALBERTO ARÉVALO	Prof. WERNER GOLDSCHMIDT
Prof. ROBERTO BREBBIA	Prof. ADOLFO RICARDO ROUZAULT
Prof. ÁNGEL CHÁVARRI	Prof. ISIDORO SILBERSTEIN

PROFESORES HONORARIOS

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO	Prof. JUAN MARÍA FARINA †
Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL †	Prof. GUILLERMO FIERRO †
Prof. LUIS O. ANDORNO †	Prof. JUAN CARLOS GARDELLA †
Prof. MIGUEL CARLOS CELESTINO ARAYA	Prof. ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS
Prof. SONIA BELLOTTI DE PODESTÁ	Prof. ANUNCIADA LATTUCA †
Prof. JORGE BOF	Prof. NOEMÍ LIDIA NICOLAU
Prof. OSCAR BORGONOVO †	Prof. MARIO SACCONE †
Prof. JUAN JOSÉ CASIELLO †	Prof. HÉCTOR CARLOS SUPERTI
Prof. IVÁN JOSÉ MARÍA CULLEN	Prof. PEDRO WOLKOWICZ †
Prof. JUAN MALCOM DOBSON	

CONSEJO DIRECTIVO 2023

CLAUSTRO DOCENTE

Titulares

ALFREDO MARIO SOTO	ADRIANA HAYDEÉ MACK
ANALÍA SONIA ANTIK	SANDRA ANALÍA FRUSTAGLI
CARINA LURATI	MARGARITA E. ZABALZA
CARLOS ALFREDO HERNÁNDEZ	GUSTAVO FRANCESCHETTI
JUAN JOSÉ BENTOLILA	LISANDRO ANDRÉS HADAD

Suplentes

ANDREA ANGÉLICA MEROI	ANDREA ALEJANDRA STRAZIUSO
ROMINA JULIETA PÉREZ	LEANDRO BATALLA
MARIANA BEATRIZ IGLESIAS	DIEGO MENDY
KARIN NEBEL	MATÍAS NORBERTO DE BUENO
JUAN PABLO MARTÍNEZ	

CLAUSTRO GRADUADOS

Titular

ALEJO MOLINA

Suplentes

SABRINA ARCAMONE
MARÍA VICTORIA SALEY
PILAR IZAGUIRRE

CLAUSTRO NO DOCENTE

Titular

MARÍA FLORENCIA JUÁREZ

Suplentes

MARÍA GABRIELA CRESPI
PRISCILA MARIANA LARRAMENDI
RODRIGO DAMIÁN PÉREZ

CONSEJO SUPERIOR

Titular

DANIEL ANÍBAL ERBETTA

Suplente

STELLA MARIS ALOU

CLAUSTRO ESTUDIANTIL 2023

Titulares

SOFÍA ROMAGNOLI	LUCÍA SUTTER SCHNEIDER
MANUEL GONZÁLEZ	SANTIAGO TONELLO
LUANA MARÍA PANNAOCCHIA	CAMILA AGUSTINA MALDONADO
SANTIAGO ZIGNAGO	SOFÍA RODRÍGUEZ

Suplentes

LUCÍA BERTONE	BERENICE IBARRA
DIEGO HÉCTOR MARTÍN LUENGO	SEBASTIÁN GOYTIA BERTERO
GIULIANA FERRARI	STEFANI MARION FELLO
LUCA DOTTI	JACQUELINE IVONE PAUL

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

Dr. CARLOS ENRIQUE ARCOCHA	Dra. NOEMÍ LIDIA NICOLAU
Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI	Dra. MARIANELA FERNÁNDEZ

COORDINACIÓN DE ESTE NÚMERO

Secretaría de Ciencia y Técnica	PAULA NAVARRO
	VALERIA TOLOSA
	NATALIA COMPAGNUCCI
	LAURA ROMERO

ÍNDICE

<i>Presentación</i> , por HERNÁN BOTTA	11

ÁREA TEMÁTICA

“Cuestiones jurídicas de la Argentina a 40 años de la recuperación de la democracia”

<i>Democracia, política y Poderes Judiciales. Actualidad y desafíos de los sistemas de justicia a 40 años de recuperada la democracia argentina</i> , por DANIEL ERBETTA	15
<i>¿Cuántas letras hacen falta para decir que no? El Derecho de los Derechos Humanos para una semántica democrática</i> , por FRANCO GATTI	43
<i>La protección de los trabajadores en el capitalismo digital: a 40 años del retorno de la democracia argentina, por NICOLÁS ALEJANDRO OCCHI</i>	71
<i>El Poder Legislativo santafesino ante la reforma de la Constitución Provincial</i> , por CARLOS ESTEBAN SISIANI	91

SECCIÓN LIBRE

<i>Presente y futuro del Derecho Concursal argentino. Consecuencias de la pandemia en el sistema concursal, un Derecho de excepción frente a un momento excepcional</i> , por AGUSTÍN ALCAIN	111
<i>El Estado Ambiental de Derecho y el acceso a la información, la participación pública y la justicia, por HORACIO L. ALLENDE RUBINO</i>	133
<i>El ecofeminismo frente a la crisis ambiental. Andamiaje normativo</i> , por HORACIO L. ALLENDE RUBINO y ELIANA G. PRIVITERA	149

<i>Innovación en la regulación: las leyes legibles por máquinas, por ANALÍA ANTIK y FRANCO GRITTI</i>	175
<i>Recupero de bienes del delito. Mecanismos vigentes y propuestas para lograr la “reutilización comunitaria” como premisa, por JUAN FACUNDO BESSON</i>	199
<i>Fuentes del Derecho Privado a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación. ¿Nuevas fuentes o revalorización de las existentes?, por DIEGO FABIÁN BIANCHI y EUGENIA PONTELLO</i>	227
<i>Las pandemias del siglo XXI, sus anticuerpos y vacunas, por JOSEFINA DAL LAGO</i>	241
<i>La preocupación por la regulación algorítmica y la inteligencia artificial, en apoyo de su transparencia y su auditabilidad, por ERNESTO EDWARDS</i>	259
<i>La mujer y su participación en ciertos temas de la esfera agraria, por EDITA M. N. GARCÍA</i>	285
<i>Noticias falsas: ¿pasibles de regulación o resultado del derecho de libertad de expresión?, por AGUSTÍN MONTENEGRO</i>	303
<i>Responsabilidad enunciativa: conceptualizaciones y representaciones. Apuntes para la formación en investigación, por PAULA NAVARRO</i>	323
APORTES DE ESTUDIANTES	
<i>Neuroderechos: uno de los grandes desafíos jurídicos de la nueva era, por AGUSTINA SUÁREZ</i>	345
NORMAS EDITORIALES	363

PRESENTACIÓN

El número 27 de la *Revista de la Facultad de Derecho*, correspondiente al año 2023, reúne en tres secciones dieciséis contribuciones de docentes investigadores, graduados y estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

El número se inicia con la sección temática *Cuestiones jurídicas de la Argentina a 40 años de la recuperación de la democracia*, propuesta por el Consejo Asesor de Investigaciones de la FDER, en ocasión de la celebración por los cuarenta años de democracia en Argentina. El artículo *Democracia, política y Poderes Judiciales. Actualidad y desafíos de los sistemas de justicia a 40 años de recuperada la democracia argentina*, del doctor Daniel Erbetta, encabeza esta sección compuesta por cuatro escritos.

La sección de temática libre, que consta de once artículos, integra la producción de docentes investigadores sobre temas, ramas y perspectivas diversas del Derecho.

El número cierra con el aporte de la estudiante Agustina Suárez, becaria en la edición 2022 del Programa “Becas de estímulo para la investigación científica para estudiantes de grado” de la Facultad de Derecho, quien publica en su escrito *Neuroderechos: uno de los grandes desafíos jurídicos de la nueva era* los resultados de su investigación.

El número 27 de la *Revista de la Facultad de Derecho* mantiene la periodicidad anual, retomada desde su número 25, como política institucional para difundir los avances y resultados de los proyectos de investigación acreditados en la Universidad Nacional de Rosario y ejecutados en la Facultad de Derecho, así como la producción de co-

nocimiento que se realiza en el marco de los Centros de Investigaciones y de Estudios de la FDER y del Programa de Becas para Estudiantes.

Agradezco especialmente a los pares evaluadores externos, quienes con su tarea garantizan la calidad del proceso de referato de este nuevo número de la *Revista de la Facultad de Derecho*.

Asimismo, extendiendo mi agradecimiento al Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho: el doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani, la doctora Noemí Nicolau, el doctor Carlos Arcocha y la doctora Marianela Fernández Oliva, por su compromiso y colaboración con las distintas etapas de elaboración de este nuevo número de la *Revista*.

Un agradecimiento especial a la editorial Rubinzal-Culzoni por el trabajo de edición y de publicación digital del número 27.

Finalmente, a la doctora Paula Navarro, secretaria de Ciencia y Técnica de la FDER, y a su equipo de trabajo, por la tarea de coordinación de este número de la *Revista*, y por su infatigable y dedicada labor de promoción de la investigación científica en nuestra Casa de Altos Estudios.

Dr. HERNÁN BOTTA

Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario

ÁREA TEMÁTICA
**“Cuestiones jurídicas de la Argentina a 40 años
de la recuperación de la democracia”**

DEMOCRACIA, POLÍTICA Y PODERES JUDICIALES. ACTUALIDAD Y DESAFÍOS DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA A 40 AÑOS DE RECUPERADA LA DEMOCRACIA ARGENTINA

por DANIEL ERBETTA¹

SUMARIO: I. El contexto. II. La crisis común de la política y la justicia. III. Justicia y medios de comunicación. IV. Estado actual, problemas y debilidades comunes a los Poderes Judiciales. V. Consideración de factores determinantes. VI. Los sistemas de justicia penal. VII. El sistema de justicia penal federal. VIII. Los sistemas de justicia civil, comercial y laboral. IX. La litigación. X. La independencia judicial. XI. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Ni las políticas públicas que comprometen poderes del Estado, ni los saberes o ciencias que pretenden dar cuenta de la realidad pueden prescindir del contexto económico, político y social y de una dinámica de poder

¹ Profesor titular de Derecho Penal por concurso; profesor titular de Políticas Democráticas de Seguridad Ciudadana, UNR; profesor de posgrado en diversas universidades nacionales y extranjeras; docente investigador de Categoría I; director del Departamento de Derecho Penal y Criminología, UNR; codirector de la Maestría a Distancia en Derecho Penal, UNR; director de la Carrera de Posgrado Especialización en Derecho Penal, UNR; codirector de la Carrera Posgrado Especialización en Magistratura Judicial, UNR; exdecano de la Facultad de Derecho, UNR, y cofundador del Consejo Nacional de Decanos de Facultades de Derecho; expresidente y cofundador de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal; vicepresidente del Grupo Argentino Asociación Internacional de Derecho Penal; miembro y coautor del Proyecto de Reforma y Actualización Integral del Código Penal argentino, 2006/2007; miembro de la Comisión de Reforma al Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe dentro del Plan Estratégico para la Reforma Judicial que dio sanción al nuevo sistema de investigación y enjuiciamiento provincial; autor de libros y artículos de la especialidad; miembro titular de jurados de concursos docentes y proyectos de investigación en diversas universidades nacionales del país.

en un momento determinado. El presente da cuenta de un contexto condicionado por el fenómeno de poder dominante: la globalización y su ideología neoliberal. En ese contexto, en nuestra región, tanto la política como el Judicial están atravesados por una crisis de legitimidad y confianza. La calidad de la democracia depende hoy, más que ayer, de una justicia independiente y de una prensa independiente. Necesitamos democratizar la justicia y democratizar los medios de comunicación. En este sentido, la reforma judicial es imprescindible e involucra no sólo una cuestión normativa sino esencialmente una dimensión política, organizacional y cultural. El desafío actual (condicionado por las relaciones de poder y el debilitamiento de la política –y los partidos políticos– con negativas consecuencias para la democracia real) nos interpela para construir la nueva institucionalidad del siglo XXI.

Abstract

Neither public policies that involve powers of the State, nor the knowledge or sciences that seek to account for reality can dispense with the economic, political and social context and a power dynamic at a given time. The present accounts for a context conditioned by the phenomenon of dominant power: globalization and its neoliberal ideology. In that context, in our region, both politics and the Judiciary are undergoing a crisis of legitimacy and confidence. The quality of democracy depends today, more than yesterday, on an independent judiciary and an independent press. We need to democratize justice and democratize the media. In this sense, judicial reform is essential and involves not only a normative issue but essentially a political, organizational and cultural dimension. The current challenge (conditioned by power relations and the weakening of politics –and political parties– with negative consequences for real democracy) challenges us to build the new institutions of the 21st century.

Palabras clave

Democracia. Política. Reforma judicial.

Keywords

Democracy. Policy. Judicial Reform.

I. El contexto

Ni los datos de la realidad o los saberes que pretenden explicarlo, ni mucho menos las políticas públicas que comprometen a los poderes del Estado, y con ello al Judicial, pueden analizarse por fuera de un contexto político, económico y social y, particularmente, de la dinámica de poder en un momento determinado.

El contexto, por todos conocidos, lo marca este nuevo fenómeno de poder planetario llamado “globalización” y reconoce como fuente una revolución tecnológica que es a la vez una revolución comunicacional e informática sin precedentes.

Los avances científicos y tecnológicos han alcanzado niveles inimaginables, pero conviven en la actualidad con enfermedades como la tuberculosis, la diarrea o el sarampión que junto al hambre llevan a la muerte a miles de niñas y niños en el mundo. Tenemos la sensación, al decir de dos sociólogos brasileños, de vivir el siglo XIX y el siglo XXI al mismo tiempo².

Y al igual que la revolución mercantil (que dio lugar al colonialismo) o la industrial (neocolonialismo) cada uno de estos momentos, explica Umberto Eco, ha generado una comprensión del mundo y un discurso legitimante y deslegitimante, con integrados y apocalípticos.

No pretendo ser apocalíptico pero, en cualquier caso, y en lo que más toca a los países del margen, la más elemental manualística, europea o americana, y los datos de organismos internacionales, incluidos los del propio Banco Mundial, dan cuenta de un orden caracterizado por una fuerte concentración y acumulación de capital, un desplazamiento del capital productivo al capital financiero, un fuerte proceso de exclusión y marginalidad social (disparidades hirientes, en expresión del papa Francisco; desigualdades profundas, según las Naciones Unidas) y una pérdida de autonomía y de capacidad de intervención de los Estados en los conflictos de la mano del debilitamiento de la política y los partidos políticos, que han perdido su función tradicional de canalización de la voluntad de la gente al haber sido desplazados por los medios masivos de comunicación.

² CALDERÓN, F. y DOS SANTOS, M. R., “Sociedades sin atajos: cultura, política y reestructuración económica en América Latina”, Paidós, Buenos Aires, 1995.

La pandemia del COVID, caracterizada por las ciencias sociales como un “hecho social total” y todas sus consecuencias, algunas de ellas paradójales, no ha hecho más que profundizar y visibilizar muchos de los déficits del mundo globalizado. Una crisis civilizatoria que ha puesto en evidencia el fracaso y profundas desigualdades del actual esquema planetario³. Por caso, con la pandemia 200 millones de personas perdieron sus empleos, pero 650 ultramillonarios incrementaron su riqueza en más de un trillón de dólares.

En el mundo que vivimos los datos indican que el 1% de la población mundial concentra más del 50% del producto bruto, mientras que el 80% de la población participa sólo del 5%; más de 900 millones de personas pasan hambre en un mundo que produce alimentos para que todas y todos sean obesos; el dinero sucio se calcula en una cifra superior a la suma del producto bruto de EE. UU. y Japón; la criminalidad de escala internacional (tráfico de drogas, armas, trata de personas, crímenes macroeconómicos, fuga ilegal de capitales) moviliza anualmente sumas billonarias en dólares que se lavan en paraísos fiscales que gozan de buena salud en los países del norte. Paradójicamente, esos refugios de actividad ilícita internacional no tienen ejércitos, pero no parecen preocupar a las potencias hegemónicas y hasta daría la impresión de que son funcionales a ciertos intereses e, incluso, según los neokeynesianos a la propia economía mundial⁴.

El 40% de las ganancias de las multinacionales, que se estima en 700.000 millones de dólares, va anualmente a guaridas fiscales y se calcula en 200.000 millones de dólares la pérdida que causa la evasión reciclada a los países que la sufren. Según el Banco Mundial hay un orden económico internacional dominado por 500 trasnacionales que controlan más del 52%

³ HINKELAMMERT, F., “Totalitarismo del mercado. El mercado capitalista como ser supremo”, Akal, España, 2018. Resume —como hipótesis más fuerte de la época que vivimos— que la modernidad como forma de racionalidad se funda en la justificación de un asesinato fundante que se sintetiza en “Yo soy si tú no eres; donde el tú no es sólo otro ser humano, sino también la naturaleza”.

⁴ Cfr. CHOMSKY, N., “¿Quién domina el mundo?”, Ediciones B, Buenos Aires, 2017; PIKETTY, T., “El capital en el siglo XXI”, Fondo de Cultura Económica (FCE), Buenos Aires, 2014; STIGLITZ, J., “Il prezzo de la disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro”, Einaudi, Torino, 2013; THERBORN, G., “La desigualdad mata”, Alianza, Madrid, 2020.

del PB mundial, es decir, más de la mitad de toda la riqueza producida en el planeta, pero emplean algo menos del 1,8% de la fuerza de trabajo en el mundo⁵ (¿alguien pensará de qué nos habla este profesor?; veremos que nada de esto es inocuo o extraño: de hecho, Argentina está en el podio y ocupa el tercer lugar en sociedades *offshore* en el mundo).

Alguna vez un juez de la Corte Suprema de EE. UU. dijo que ese país podía tener democracia o profundas desigualdades sociales, pero nunca las dos cosas a la vez.

En más de una ocasión la realidad molesta, pero no por ello podemos (ni debemos) ocultarla. Éste es el mundo que vivimos. A algunos les gustará más, a otros les resultará indiferente e incluso funcional, pero nada de este contexto es neutro, en tanto el impacto se proyecta en todos los ámbitos, incluso en las políticas de seguridad, la política criminal, la política judicial y hasta en las construcciones conceptuales del Derecho que aplicamos los jueces. Es que ninguna política pública (y las reformas judiciales son parte de la política pública), ni mucho menos –entre nosotros– el saber o ciencia jurídica pueden construirse por fuera de los datos reales, ni desentenderse de las consecuencias que su discurso produce en la realidad, salvo que se pretenda resignar a su eficacia. En este sentido, con proyección a las construcciones conceptuales del saber jurídico, cuidado con el puro idealismo y el normativismo extremo (y su recurrente apelación a ficciones) que, como bien ha advertido Francisco, en la Carta dirigida en 2022 a académicos y magistrados argentinos, lejos de una virtud contribuyen a reforzar los rasgos autoritarios del ejercicio de poder.

II. La crisis común de la política y la justicia

Dentro de ese marco, y aun antes de la pandemia, nos advertía Ferrajoli que asistimos a un proceso deconstituyente del Derecho y de los sistemas políticos. A nivel internacional por la reivindicación de la guerra como medio de solución de conflictos y especialmente por el desarrollo de poderes económicos desregulados y salvajes⁶.

⁵ Jean Ziegler, vicepresidente del Comité Asesor de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, profesor de Sociología de la Universidad de Ginebra y de la Sorbona.

⁶ FERRAJOLI, L., “Poteri, Salvaggi. La crisi della democrazia italiana”, Laterza,

A nivel nacional, ese proceso deconstituyente se traduce en la crisis –tal vez histórica– de la legalidad, en una profunda crisis de la representación y, especialmente, en el fenómeno de fuerte concentración mediática y consecuente debilitamiento de los partidos políticos, así como la expulsión de los principios constitucionales del ámbito de la política.

Detrás de la ideología neoliberal en nuestra región podemos visualizar una nueva forma de colonialismo que algunos han denominado tardocolonialismo financiero⁷ y que mina la capacidad soberana de los Estados (o sea, también del Judicial) e impide el derecho humano al desarrollo, mediante el endeudamiento superlativo, la supresión de subsidios, la imposición de políticas de ajustes que apunta a formatear una sociedad de incluidos y excluidos, conteniendo a estos últimos mediante una creación de la realidad mediática, única y monopólica (actor central del nuevo tiempo son los medios concentrados) y, eventualmente, la apelación a la violencia punitiva como si se tratara de un recurso estatal ordinario (de *ultima ratio*, la legislación penal se ha convertido en “prima” y hasta “única *ratio*”, en una suerte de “estado social mínimo y estado penal máximo”, que ha alimentado el llamado *populismo penal*).

En cualquier caso, en ese contexto tanto la política como el Judicial nos muestran dos realidades atravesadas por una crisis común de legitimidad y confianza (la erosión de la confianza de los ciudadanos en las instituciones ha llevado a Rosanvallon a hablar de la sociedad de la desconfianza). La falta de confianza en la justicia es un veneno para la democracia, supo advertir el siempre recordado Leandro Despouy, en su paso como relator especial de las Naciones Unidas sobre independencia de los jueces⁸.

Roma-Bari, 2011, p. 76. Desde el plano internacional se reconoce que la “posibilidad de que un juez se deje influenciar por los medios de información en una u otra dirección infringiría con seguridad los Principios de Bangalore”.

⁷ ZAFFARONI, E. R., “Colonialismo y derechos humanos”, Taurus, Buenos Aires, 2022.

⁸ DESPOUY, L., “Hacia una justicia independiente y eficaz”, AECID, APDH, Buenos Aires, 2008.

III. Justicia y medios de comunicación

Paradójicamente, hoy más que ayer, la calidad de la democracia depende de dos campos problemáticos: el campo judicial y el de la comunicación. Una democracia de calidad necesita una justicia independiente y una prensa independiente. Y creo que en esos dos campos tenemos problemas. Lamentablemente, en nuestra región, ni una ni la otra están a la altura de los estándares propios de un sistema republicano y democrático.

Por cierto, y a modo diferenciador, llamativamente –aunque por razones obvias– los medios de comunicación no se ven comprometidos en su confiabilidad; mas tanto los Poderes Judiciales como la política –tal como se ha reseñado– nos muestran dos realidades atravesadas por una crisis común. La política no goza de buena salud; el Judicial mucho menos. La crisis es tan ostensible que no hace falta mayor indagación.

En relación con la prensa no puedo dar cuenta aquí y ahora del problema tan amplio y complejo que plantean los medios de comunicación y sus redes en la era de la globalización, pero sí advertir sobre las consecuencias negativas de la concentración mediática en nuestra región, que permite acaparar diarios, televisión, radios, redes sociales y medios virtuales sin límite alguno (algo insólito en países desarrollados).

A modo de breve reflexión en este punto suelo decir que vivimos un tiempo donde los efectos cognitivos de la comunicación tienen consecuencias imprevisibles; por ello, hay que estar atentos, no debemos permitir que nos roben el pensamiento. Los medios son empresas, con intereses económicos, políticos y de posicionamiento ideológico. Usualmente apelan al pensamiento concreto: mensajes cortos tirados a repetición. Entre tanto, la inteligencia se mide por el pensamiento abstracto. Nuestra Universidad Nacional de Rosario tiene un lema: formar mujeres y hombres *pensantes*; allí nos enseñaron que en alguna medida la filosofía es más preguntar que responder; por su parte, la ciencia consiste en plantear hipótesis, chequear, verificar, permitirse dudar. Qué lejos está la prensa del lema de nuestra Universidad, de la filosofía y de la ciencia.

Respecto al campo judicial valen algunas aclaraciones.

De un lado, porque la justicia es un valor y de lo que debemos hablar es de los Poderes Judiciales.

De otro, en tanto dejando de lado la muy peculiar cuestión vinculada a la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (tan peculiar como todo lo que la caracteriza), la programación institucional argentina reconoce dos grandes campos judiciales: la justicia ordinaria que capitaliza el más alto porcentaje de la conflictividad del país, y la federal prevista para supuestos graves y excepcionales, aunque en los últimos años haya ampliado, bajo criterios ciertamente dudosos, su campo de acción y, al mismo tiempo, mostrado un creciente déficit en su capacidad de rendimiento.

De este modo, existen varios Poderes Judiciales y dentro de ellos personas con cosmovisiones diversas, todo lo cual torna impropias las generalizaciones o reducciones simplistas, a las que repetidamente acuden los medios masivos de comunicación y, en general, la consideración social.

Al igual que el problema complejo de la seguridad, los Poderes Judiciales deben ser evaluados no sólo por sus sistemas de justicia normativizados sino también por sus prácticas concretas y los particulares contextos, tan diversos como extenso es nuestro territorio. Ello obliga a diagnósticos desagregados para conocer así la situación actual de esos Poderes Judiciales. Intentar proyectar reformas sin esos datos suele ser un déficit común a la hora de diseñar políticas públicas vinculadas al Judicial.

IV. Estado actual, problemas y debilidades comunes a los Poderes Judiciales

Lo dicho no invalida admitir que la estructura y los modelos de organización judicial mayoritarios en el país, así como las prácticas y los discursos, los procesos de gestión y hasta los modos de litigación han quedado fuera de tiempo al no haberse transformado ni en el Poder Judicial federal, ni en el de muchas provincias y mucho menos en la mayoría de los fueros, con la excepción propia de aquellas provincias que han avanzado hacia modelos adversariales y acusatorios en materia de justicia penal. Por el contrario, en general se mantiene,

con matices diversos, una estructura y sistema de organización que reconoce remotos antecedentes y que nos vincula, prácticamente, a los sistemas judiciales de la época colonial, aunque sus orígenes –por cierto– son prácticamente medievales. De hecho, no muchas diferencias existen, en nuestro país, entre un expediente de 1825 y un expediente de papel o de pdf del presente que vivimos.

Tampoco impide reconocer que los Poderes Judiciales tienen problemas estructurales y de funcionamiento derivados de múltiples factores pero preponderantemente de un modelo de organización judicial que viene del siglo XVII y ha sido conceptualizado en el siglo XIX, que ha formateado una matriz relativamente cerrada y conservadora, que se proyecta en ciertas tradiciones, prácticas y rutinas añejas –con las particularidades propia de cada estructura feudal de juzgado–, que se traduce en una cultura que termina privilegiando el trámite –cuya fuente es el expediente escrito– y la observancia obsesiva de los reglamentos antes que la razonabilidad de las soluciones o el cumplimiento de los objetivos de la organización judicial. Un modelo donde se consolida cada vez más un abuso cautelar del proceso y se absolutiza al procedimiento como un fin en sí mismo.

Debemos admitir que esos Poderes Judiciales presentan vicios y debilidades comunes; que existen patologías institucionales que degradan a la República, la división de poderes y la legalidad y que los integrantes de los Poderes Judiciales, especialmente de las cortes y tribunales superiores, tenemos serias dificultades para reconocer que la ciudadanía no confía en el servicio de justicia y sus integrantes y que existen problemas estructurales que nos obligan a procurar diagnósticos críticos como condición para diseñar políticas de transformación o reformas judiciales que posibiliten que la lucha por los derechos, el control del poder, la protección de las y los más débiles y la vigencia efectiva de la Constitución se haga de modo transparente, público, abierto, sensatamente rápido y en la medida de lo posible con participación ciudadana.

La consecuencia de esta realidad impacta de modo directo en un problema que se pierde en la noche de los tiempos: la trazabilidad de los procesos, la mora judicial y, consecuentemente, la falta de respuesta en tiempo razonable a los conflictos y a las pretensiones de los des-

tinatarios únicos del servicio judicial: las y los ciudadanos. Pero esas consecuencias, aunque no se advierta, van más allá porque inciden de modo notable en la fortaleza de las instituciones y la calidad democrática.

V. Consideración de factores determinantes

Estimo que muchos de esos problemas estructurales y comunes tienen, entre nosotros, una genealogía que nos vincula:

1. A matrices (históricas) envejecidas institucionalmente. Me refiero a la dimensión organizacional de la mayoría de nuestros Poderes Judiciales: estructura feudal de juzgados, procesos de gestión y trabajo rutinarios y burocratizados, modos de litigación anacrónicos con eje en el expediente de papel o en el expediente de pdf (neoescriturismo). En suma, una burocracia conservadora formateada en la cultura del trámite y el expediente, con estructuras rígidas que impiden cualquier distribución racional de recursos en función de las dinámicas cargas de trabajo.
2. De otra parte, para peor, lo torcido en la justicia tiene pasado. La acordada del año 1930, dictada sin caso, para validar un facto que impuso el estado de sitio y la ley marcial, que suprimió el Congreso y destituyó al presidente democrático y popular don Hipólito Yrigoyen, lo fue a cambio de dejar intacto un Poder Judicial que perfiló entonces una matriz prebendaria y acomodaticia.
3. Al hecho de que hasta hace unos años hubo compromiso de algunos Poderes Judiciales con la violación sistemática de derechos humanos durante el terrorismo de Estado.
4. Más recientemente, la pretensión de colonización de sectores del Poder Judicial para convertirlo en un campo de lucha político-partidaria y fenómenos de patología institucional mediante la instrumentación judicial con auxilio mediático de procesos penales de dudosa validez y correlato fáctico, que ha merecido el cuestionamiento severo del papa Francisco en la Cumbre Iberoamericana de Jueces de 2019 (15-11-2019), al denunciarlas

como prácticas impropias generalmente alimentadas por la alquimia moral según la cual rige para unos y no para otros⁹.

Lo dicho abunda para justificar como debate excluyente en los tiempos que corren la necesidad de una profunda reforma judicial democrática que permita recuperar un proyecto institucional de justicia pública no sólo en materia penal sino en todos los fueros.

VI. Los sistemas de justicia penal

Si pensamos en la justicia penal, el avance a los sistemas adversariales nos proporciona herramientas para reducir muchos de esos defectos y problemas estructurales. En general las provincias han estado a la vanguardia de estas reformas.

Tomo por caso la situación de la Provincia de Santa Fe (Argentina), en particular de la ciudad de Rosario por su nivel y dinámica de conflictividad que la ubica con la tasa de homicidios dolosos más elevada del país.

La provincia ha dado un paso significativo. La reforma no sólo ha implicado la recuperación de un modelo constitucional propio del acusatorio (separación funcional entre acusación, defensa y jurisdicción, publicidad y transparencia, inmediatez), sino que ha permitido perforar y modificar –para alcanzar aquel cometido constitucional– la base misma del sistema de organización, los procesos de trabajo y gestión y los modos de litigación que, vale señalar, son diametralmente disímiles a los propios de los sistemas inquisitivos o mixtos de fuerte influencia continental europea.

Para ello se han procurado –sintéticamente– las siguientes modificaciones:

1. Supresión del expediente escrito y sustitución por un sistema de

⁹ El papa Francisco ha denunciado en la Cumbre Iberoamericana de Jueces de 2019 la instrumentación judicial con auxilio mediático para la persecución de líderes políticos populares y burguesías nacionales, bajo la caracterización de un procedimiento contragarantista, apelando a la expresión *lawfare* (guerra jurídica); mas en el tema resulta importante evocar la prédica de Alberdi, para quien la guerra nunca es derecho sino –antes bien– un crimen. Luego, nada tiene de jurídico (ALBERDI, J. B., “El crimen de la guerra”, en *Obras selectas*, nueva ed. ordenada, *Introducción* de J. V. González, Librería La Facultad de Juan Roldán, Buenos Aires, 1920, t. XVI).

audiencias públicas y orales para todos los actos de la investigación preparatoria, el juicio y la ejecución penal. Los jueces tienen prohibido acceder a los legajos o carpetas de las partes (similares a las propias de un abogado privado), deben concurrir a la audiencia a escuchar las pretensiones de las partes sin ningún contacto previo con el caso.

Además de ganar en publicidad y transparencia se garantiza la imparcialidad del juez y su independencia al resultar imposible ese mal endémico e ilícito (aunque naturalizado) que se conoce como “delegación de funciones”.

La independencia judicial es garantía de los ciudadanos, no privilegio de los jueces. Las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a ser juzgados por jueces imparciales y no por un relator, secretario o sumariante. La apelación a razones prácticas o de imposibilidad material no es causa de justificación de ninguna ilicitud y mucho menos cuando un poder como el jurisdiccional, del que sólo puede ser investido un juez por el mecanismo constitucionalmente previsto, se delega en alguien que no tiene ni la condición, ni la potestad para ejercerlo.

El sistema de audiencias permite racionalizar recursos. Ya no hacen falta secretarios dado que nada deben certificar. Su origen inquisitivo (*secretum*) los justificaba en aquellos esquemas inconstitucionales. Hoy nada tienen que hacer en la sala de audiencia frente a la presencia inexcusable del juez y las partes, y ello permite reaprovechar esos recursos, ya dándole la posibilidad de ejercer como abogados (fiscales o defensores adjuntos) o bien de trabajar en las oficinas de gestión judicial.

2. Supresión del esquema feudal de juzgado y sustitución por una estructura flexible de jueces, reunidos o agrupados en un colegio. Ello ha permitido una distribución racional de la carga de trabajo (un juzgado en turno podía recibir cinco homicidios y en el siguiente turno otro juzgado sólo uno) y ha favorecido que los jueces ya no puedan adueñarse de los casos para manejar su trazabilidad conforme criterios manifiestos o latentes, en tanto en un mismo caso pueden intervenir distintos jueces ya en la audiencia de formulación de cargos y cautelar, ya en una audiencia de constitución de querellante o de aplicación de un criterio de oportunidad, etcétera.

De otra parte, también se racionalizan recursos porque los jueces

sólo deben concurrir a la audiencia y resolver en la misma, incluso las audiencias preliminares o de control de la acusación; de este modo, sólo necesitan una mínima apoyatura administrativa porque no tienen ninguna función de gerenciamiento. Por lo demás, frente a una licencia o vacancia siempre habrá jueces para intervenir en audiencia y con ello se resuelve el problema que plantea el juzgado vacante y, ni que decir, el insostenible y absurdo sistema de subrogancias que rige a nivel de la justicia federal y que le permite a un juez subrogar uno, dos, tres juzgados al mismo tiempo, percibiendo un incremento salarial por cada uno de ellos. Idéntica patología institucional se da también en la justicia federal con los integrantes del Ministerio Público Fiscal.

3. Separación clara entre las funciones jurisdiccionales y las de gerenciamiento, estas últimas a cargo de oficinas de gestión que dirigen ingenieros industriales o administradores de empresa. Al asumir las oficinas de gestión el gerenciamiento del sistema de audiencias (mucho más complejo en penal que en civil o laboral), no sólo se deriva a expertos en organización y gestión un tema para el que los jueces no han sido capacitados, sino que se potencia la racionalización de recursos, en tanto ahora el juez debe dedicarse *full time* sólo a aquello para lo que fue habilitado constitucionalmente: la función jurisdiccional. Ya no hay jueces *part time* que dedican mitad de tiempo a trabajar de jueces y mitad como gerentes de una pyme (juzgado).

4. Junto a lo anterior, dos estructuras autónomas (hoy comprometidas por cierta voracidad legislativa provincial): un Ministerio Público de la Acusación con una nueva organización y dinámica pensado como actor central en el diseño de una política de persecución penal estratégica y no caso por caso; y una defensa pública entrenada y organizada a modo de gran estudio jurídico.

A diferencia de lo proyectado a nivel federal se ha podido eludir el error de una estructura acusatoria que se integra con fiscales de investigación preliminar, fiscales de juicio y fiscales de revisión, modelo totalmente negativo y que debe reformarse. El fiscal es fiscal del caso y lo agota en todas las instancias. Del mismo modo, hemos podido alejarnos del esquema burocrático y ortodoxo que distingue entre jueces de garantías, jueces de juicio y jueces de revisión. En este sentido, y si bien se ha mantenido el Colegio de Jueces de Segunda Instancia

(para intervenir en los recursos de apelación), la organización a través de colegios permite superar muchas de las dificultades del esquema tradicional, cuyo mantenimiento sólo encuentra explicación en una poco justificada resistencia de los jueces que visualizan la organización en colegios como una pérdida de poder.

¿Hay problemas? Sí y muchos, no por el modelo sino por las malas prácticas y los riesgos de burocratización, que se traducen en problemas de gestión y organización y en una deficiente –en general– litigación.

A ello contribuye, por una parte, la falta de conducción estratégica, monitoreo y control de gestión de la implementación de la reforma; la falta de articulación interinstitucional y también las presiones de sectores que ven comprometidos algunos de sus privilegios.

Dado que cualquier proceso de reforma demanda tiempo para su consolidación, para evitar distorsiones se hace imprescindible un monitoreo permanente, capacitación continua de los operadores y estrategias para evitar aquello que se ha calificado como una reconfiguración inquisitorial de los sistemas acusatorios.

¿Hay asimetrías? Sí, porque Santa Fe es una provincia extensa con particularidades disímiles, aunque Rosario concentra el sesenta por ciento de los casos de la provincia y tiene un promedio de setenta audiencias orales por día, en horarios matutinos y vespertinos y en días inhábiles, con un colegio que integran efectivamente en la actualidad 31 jueces que se afectan cada año o cada dos años, de manera rotativa, a la investigación preliminar, al juicio o a la ejecución penal.

Como si fuera poco, una deuda enorme: el juicio por jurados populares, que sigue pendiente de tratamiento legislativo, a pesar de constituir el modelo constitucional de juicio penal, cuando menos para casos graves.

Sin perjuicio de lo anterior, por primera vez se ha perforado, en alguna medida, la selectividad estructural del sistema penal y se ha avanzado sobre sectores sociales que antes eran invulnerables. No sólo estructuras u organizaciones delictivas vinculadas a mercados y economías delictivas (generadoras –además– de niveles de violencia inusuales) e integradas incluso con sectores de la agencia policial sino también sobre sectores del poder económico y político e incluso sobre

integrantes del propio Ministerio de la Acusación y del Poder Judicial, situaciones éstas inexistentes e inimaginables en los años de vigencia del sistema anterior.

De hecho, la tasa de encierro ha crecido exponencialmente desde la vigencia del nuevo sistema (lo cual merece obviamente una consideración particular y más compleja que su simple enunciación), a punto que se ha duplicado en nueve años, generando un grave problema dentro de la cárcel y en el sistema penitenciario. Vale en cualquier caso la referencia como demostrativa de que la respuesta punitiva por sí sola carece de toda entidad para reducir el delito, en tanto muy lejos de esta falsa creencia, cuyo origen se ubica en el medioevo, y más allá del grado de verdad de la fuerza cultural del argumento (en general la sociedad tiene *fe* en la pena), también han crecido las economías delictivas y la violencia asociada a las disputas territoriales con foco en la ciudad de Rosario que, en el año 2022, quintuplicó la tasa de homicidios dolosos (Argentina registró una tasa de 4,2 homicidios cada 100.000 habitantes y Rosario de 22 homicidios cada 100.000 habitantes).

VII. El sistema de justicia penal federal

Ya nadie, a nivel discursivo, discute la necesidad de una reforma de la justicia penal federal. Pero no siempre los discursos se corresponden con las prácticas.

A cuarenta años de recuperada la sensatez y la vocación jurídica por la libertad, después de la noche más negra de la historia argentina, vale recordar que fue precisamente Alfonsín quien, además de diseñar la estrategia institucional que derivó en el histórico juicio a las juntas militares, advirtió ya en aquella época, y de la mano de Carlos Nino, que Argentina necesitaba una profunda reforma democrática de la justicia federal y, por otro lado, la necesidad de repensar sus estrategias de seguridad al moverse la nueva criminalidad por móviles de lucro en la forma de mercados ilegales o economías delictivas.

A pesar de ello, las cosas siguen igual o peor que entonces.

En verdad, estimo que no se trata sólo de implementar el acusatorio. Va de suyo que muchas de las patologías institucionales que han tomado

estado público se hubieran evitado haciendo operativa la reforma de la ley 27.063 de 2014, cuya implementación fue y es resistida por sectores de la justicia federal, especialmente en Comodoro Py, circunstancia que llevó al gobierno nacional anterior a suspender su implementación para disponerla gradualmente, comenzando por la Provincia de Jujuy (a varios años sólo está vigente en las Provincias de Jujuy y Salta).

Y vale otra digresión, porque los fallos de la CSJN (por caso “Llerena” y también “Dieser/Fraticelli”) compelieron a las justicias provinciales a modificar sus sistemas de investigación y enjuiciamiento penal; sin embargo, a más de 16 años de esos pronunciamientos, el alcance de los mismos parece ser diverso para la justicia federal, en tanto toda la estructura de poder convalida –a tenor de esos precedentes y otros– que siga funcionando un sistema de justicia inconstitucional.

Las resistencias pueden responder a diversas razones. Hay resistencias naturales, en tanto nadie está dispuesto fácilmente a dejar de hacer lo que siempre hizo; por ello, la reforma implica necesariamente abordar una dimensión cultural y asumir las resistencias como un problema más respecto del cual es necesario darse estrategias de intervención y donde la capacitación permanente se presenta como una herramienta, entre otras. Esas resistencias deben diferenciarse de otras que responden a intereses latentes y se vinculan a privilegios, prebendas o a un ejercicio inapropiado de la jurisdicción para favorecer determinados intereses. Va de suyo que el nivel de exposición, publicidad y transparencia de un sistema de audiencias públicas recorta esas posibilidades espurias.

Pero la reforma debe procurar modificaciones al sistema de la ley 27.063 para favorecer una estructura jurisdiccional más flexible, separar nítidamente la función jurisdiccional y la de gerenciamiento y suprimir el esquema ortodoxo e inconveniente de jueces de garantía, jueces de juicio y jueces de revisión.

También se trata de reformar y actualizar el modelo de organización del Ministerio Público Fiscal y recuperarlo como actor político criminal central para el diseño de una política de persecución penal estratégica, no caso por caso, frente a la complejidad de los crímenes graves y las regiones del país, lo cual supone realizar un diagnóstico sobre las

diversas realidades regionales, establecer un orden de prioridad, definir políticas de intervención y, además, rendir cuentas regularmente. Es insostenible mantener la estructura de fiscales de la investigación, fiscales de juicio y fiscales de revisión.

Como parte de la reforma debe discutirse la periodicidad de los cargos de conducción. La periodicidad del procurador general y de los fiscales generales responde a la naturaleza y funciones propias del cargo y constituye el primer filtro o control (no el único) al poder que, en los modelos acusatorios, se adjudica al órgano encargado de la persecución penal. Tan así ha sido regulado en la mayoría de las provincias y en CABA que han institucionalizado, con matices y variantes, el sistema acusatorio y regulado una periodicidad de seis años para esos cargos.

La reforma del sistema de justicia federal demanda también repensar la integración, funciones, sistema de selección y remoción propios del actual Consejo Nacional de la Magistratura, cuyo nivel de ineficiencia no puede naturalizarse sin daño irreparable al sistema republicano.

Pero también la política y nuestros representantes deben debatir la necesaria reforma a la integración y función de la CSJN, en tanto resulta caprichoso insistir con una Corte de cinco miembros (que por vacancia son en la actualidad sólo cuatro varones) para asumir el control de constitucionalidad y por vía de arbitrariedad la decisión última de todos los casos de todos los fueros de todo el territorio nacional y provincias argentinas, junto al gobierno del poder judicial y, recientemente, en función de una decisión jurisdiccional de la propia Corte, la Presidencia del Consejo Nacional de la Magistratura.

¿Puede naturalizarse que cinco o cuatro jueces, aún calificados en sus antecedentes, por cierto, puedan igualmente estudiar y resolver casi 21.000 o más casos por año?

Seguramente no se conoce que nuestra Corte nacional no sólo es la más reducida de los países occidentales, sino que, probablemente –y sin perjuicio de los distintos modelos y competencias recursivas–, la más chica de toda la República Argentina, ya que, en general, las cortes provinciales o tribunales superiores de justicia se integran con más de seis jueces (por caso Jujuy y Entre Ríos, a modo de referencia, se integran con 9 jueces) y menos atribuciones.

VIII. Los sistemas de justicia civil, comercial y laboral

Una reforma democrática que apunte a recuperar un modelo constitucional no puede marginar el sector más relevante de los Poderes Judiciales: la justicia civil (incluido el fuero de Familia), comercial y laboral.

Y aquí una digresión. Nuestra Constitución Nacional habilita la pena y la política criminal pero no la fomenta.

Por ello la legislación penal debería ser fragmentaria y reducida, limitada a casos graves, porque la pena es violencia y la violencia no integra, ni cohesiona, ni estabiliza; es la negación del Derecho y de la paz. De allí que la pena deba fundarse siempre en una excepción, nunca en una regla. Ello explica el amplio, el enorme sistema de garantías penales constitucional y convencionalmente consagrado. Lo dicho obliga a advertir que, a despecho de esa exigencia constitucional y del principio de código, la reformanía legislativa penal da cuenta de una praxis político-criminal que ha derivado en un sistema de legislación tan vago, confuso, autocontradictorio y asistemático como el del Antiguo Régimen. Además, tanto o más ineficaz.

La justicia madre (Derecho Privado), en cambio, sí tiene capacidad e idoneidad para estabilizar socialmente, para resolver conflictos, pero también para dar mensajes de tolerancia social, de responsabilidad social, lo cual resulta imprescindible en la construcción de ciudadanía y de una sociedad responsable. Pero para ello debemos ver y saber qué resuelven los jueces civiles, circunstancia que el actual sistema de organización rígido, escriturista o digital y los modos de litigación impiden y que sólo puede asegurarse en un sistema de audiencias públicas y orales.

La inversión tecnológica ha resuelto muchos problemas a los litigantes, pero no ha alterado la trazabilidad de los juicios y posterga una vez más al principal destinatario: las y los ciudadanos. La inversión tecnológica es relevante y necesaria en la medida que previamente se revisen y modifiquen las estructuras, los procesos de trabajo y de gestión y hasta los modos de litigación. Lo contrario no es más que trasladar la ineficacia del expediente de papel a la ineficacia del expediente de pdf (neoescriturismo), con la gravedad de que la informática plantea

más problemas que la escritura. Se habrá avanzado en generar más comodidad en el trabajo de las partes, pero no tendrá impacto en la reducción de los tiempos del litigio y –en más de una ocasión– se traducirá en un mayor requerimiento de trabajo de los funcionarios y empleados judiciales.

Lo expuesto, que podría ampliarse, apunta a señalar que cualquier inversión presupuestaria en materia tecnológica sin previamente asumir la necesidad de cambiar los procesos de trabajo resulta inconveniente y, peor aún, no resolverá el problema estructural de los sistemas de justicia¹⁰.

Precisamente y como se ha dicho un lugar central lo ocupa la necesidad de una respuesta institucional de calidad en un tiempo razonable.

¿Pero puede un juicio laboral, civil o contencioso administrativo durar años, puede una quiebra durar más de veinte años (Correo Argentino) o un concurso preventivo más de cuatro?

El interrogante vale porque permite visualizar otro problema cultural que se ha internalizado profundamente en los Poderes Judiciales: el problema del tiempo (tanto lineal como existencial). Es que los operadores de los sistemas de justicia tenemos plena consciencia del tiempo calendario e incluso del tiempo existencial (el de cada uno y sus propias vivencias) a la hora de estar comprometidos intereses propios, mas en la labor cotidiana naturalizamos que un proceso o un conjunto de trámites propios de un expediente de papel o digital pase por nuestras manos con cuatro, cinco o hasta diez años de trámite (una suerte de síndrome de alienación temporal).

Lamentablemente, con papel o con pdf los sistemas de justicia civil

¹⁰ Muy sucintamente y sin perjuicio de ampliar el análisis, cabe señalar que el expediente se ha convertido en la fuente de un laberinto de trámites (la mayoría innecesarios) que favorece una dilación (a veces interminable) en el tiempo, que perjudica la necesidad de una respuesta razonable y favorece una serie de incidencias y controversias que nada tienen que ver con el objeto procesal concreto y que muchas veces se presentan para las partes como un modo de postergar indefinidamente la solución del conflicto. De otra parte, constituye la fuente obligada de la delegación funcional que lesiona la independencia como garantía del ciudadano. A ello se suma una estructura anticuada donde cada juzgado funciona como estancos y con una multiplicidad de interpretaciones sobre cuestiones de trámite que nada tienen que ver con la libertad de criterio en la interpretación legal y que sólo generan un funcionamiento desconcertante dentro de un mismo fuero.

—en general— son, como ha dicho un reconocido jurista argentino, Disneylandia de los trámites y necesitan una profunda transformación: flexibilizar sus estructuras, modificar sus procesos de gestión, cambiar los modos de litigar, transparentar y dar publicidad a sus actos.

Debe asumirse cabalmente que los actos procesales y las sentencias son actos de gobierno de un poder político del Estado (el Judicial), que integra junto a los otros poderes la estructura de gobierno de la sociedad (lo hace procurando limitar la arbitrariedad y gestionando conflictividad) y, como tales, esos actos y sentencias deben ser públicos, racionales y transparentes.

Ello sólo es posible a través de un sistema de audiencias públicas y orales, con clara diferenciación entre las funciones jurisdiccionales y las de gerenciamiento. Dicho de otro modo, colegios de jueces, oficinas judiciales y un sistema de audiencias públicas y orales.

La propuesta supone la unificación de la justicia civil en un Colegio de Jueces (suprimiendo la distinción entre jueces de circuito, distrito, responsabilidad extracontractual y proyectando un esquema similar para los conflictos de familia y los laborales, dadas sus particularidades), cuya flexibilidad permita afectar jueces en función de las necesidades a procesos de conocimiento, concursos y quiebras y oficinas de procesos con trámites estandarizados y digitalizados (Oficina de Procesos Sucesorios, de Ejecuciones y Apremios en Rebeldía, etc.); esto es, oficinas que asuman la mayor carga de trabajo existente, que la constituyen sobradamente procedimientos de puro trámite sin contradicción.

Como se ha dicho, el sistema de audiencias apunta a recuperar transparencia y publicidad, evitar la delegación funcional, favorecer la conciliación, reducir las incidencias, reaprovechar recursos humanos y acortar notablemente la trazabilidad de los procesos. Por su parte, el gerenciamiento del sistema de audiencias mediante oficinas judiciales permite homogeneizar criterios y superar las dificultades que hoy plantean la multiplicidad, derivada de interpretaciones diversas (según el juzgado), en materia de trámites, lo cual desconcierta y complejiza el trabajo de las partes. Asimismo, favorece una mejor y más equitativa distribución de la carga de trabajo¹¹.

¹¹ Una reformulación como la que se propone es totalmente viable en la justicia

En general, existe cierta reticencia a trabajar con datos. Por ello, la necesidad de diagnósticos es condición de cualquier propuesta de reforma. Va de suyo que el problema no es sólo cuantitativo sino también cualitativo, en tanto un sistema de estructuras rígidas y procesos totalmente burocratizados, casi de modo irracional, jamás puede justificar un aumento de recursos humanos. Los datos, por el contrario, indican que en más de un fuero las transformaciones son de fácil implementación sin necesidad de sumar recursos, salvo en áreas téc-

civil especialmente de los principales distritos, en tanto una ponderación de la carga de trabajo y los recursos humanos disponibles permite demostrar, conforme datos disponibles, la total viabilidad de la transformación. Ejemplo, la ciudad de Rosario concentra más del 55% de los casos del total provincial. La justicia civil de distrito (excluido circuito, responsabilidad extracontractual y familia) cuenta con 18 jueces y aproximadamente 140 funcionarios y empleados. El promedio de expedientes ingresados en el año 2022 por juzgado fue de 380, en tanto las sucesiones no controvertidas derivadas a la OPS fueron sólo 375. La desagregación por tipo de expediente es relevante porque reduce ostensiblemente el número de procesos de conocimiento que no superó los 120 casos promedio por juzgado (*se incluyen procesos ordinarios, concursos y quiebras, amparos, accidentes y enfermedades de trabajo por fuero de atracción, tercerías, acciones colectivas, amparos colectivos y demandas de derecho al consumo*). Dicho de otro modo, proyectado a un proceso de oralidad efectiva, el promedio es de dos audiencias por semana por juez, contabilizando audiencia inicial y final.

Si incorporamos los juzgados de circuito (excluyendo los de circuito de ejecución) y de responsabilidad extracontractual, llegamos a 32 jueces y 200 funcionarios y empleados. Durante el año 2022 y en el marco de procesos de conocimiento se realizaron en promedio 100 audiencias por semana (contabilizando audiencia inicial y final), con un promedio de 3 audiencias por semana por juez, esto es, 0,60 audiencias por día hábil por juez. Quedan fuera de este análisis los recursos humanos de los juzgados de ejecución de circuito (cuyos casos se reducen a puro trámite), los tribunales colegiados de familia, los juzgados laborales y el contencioso administrativo.

De lo expuesto fácil es colegir cuánto y cuán posible es mejorar la trazabilidad, la publicidad y la transparencia del sistema organizando una oficina judicial (para la que hay recursos en suficiencia), oficinas de trámites estandarizados y digitalizados para asuntos sin controversias y un Colegio de Jueces. La Oficina de Gestión Penal de Primera Instancia asciende (contabilizando autoridades, funcionarios y empleados) a un número aproximado de 96 personas y gerenció durante el año 2022 un promedio de 70 a 80 audiencias diarias en horarios matutinos y vespertinos y algunas en días inhábiles (a las que están afectados 31 juezas y jueces), más el resto de trabajo que le compete (integración de tribunal, notificación de todos los proveídos y decretos, decretos de proveídos de presentaciones, control de detenciones, traslados de detenidos, efectos secuestrados, pericias, todo lo atinente a ejecución penal, entre otros).

nicas extrajurídicas (interdisciplinarias: asistentes y trabajadores sociales, expertos en cámara Gesell, psicólogos, peritos en materia económico-financiera, peritos informáticos, etc.), que resultan hoy esenciales allí donde se registra la mayor carga de trabajo (violencia familiar, violencia de género, conflictos de familia, criminalidad compleja y, en algunos distritos, conflictos laborales). En el caso de la justicia federal, la reforma de sistema de organización y los procesos de trabajo no demandan, si se repara en la actual carga de trabajo, mayores recursos humanos.

Lamentablemente ni la política, ni el Judicial, ni la academia han reparado en el impacto que la dimensión organizacional, los procesos de gestión y hasta los modos de litigación tienen en la reconstrucción del sentido de las normas y en los modos de intervención en los conflictos.

IX. La litigación

He dejado para el final la cuestión vinculada a la litigación.

Y me permito aquí una primera reflexión crítica porque jueces y abogados debemos asumir el impacto que la buena o la mala litigación tienen en la trazabilidad de los procesos, los tiempos de la justicia y la calidad de sus decisiones. *Y no litigamos bien.*

Porque no se asume por las partes la necesidad de una oportuna construcción estratégica del caso; ni los jueces la función o rol que deben cumplir, mucho menos cuando la falta de audiencias públicas permite trabajar de espaldas a la gente, de modo cuasi secreto.

Reivindicamos el sistema de audiencias públicas y orales pero los jueces debemos internalizar que tenemos una responsabilidad con el caso, dentro de la audiencia para garantizar un litigio igualitario, pero también por fuera del caso y de la audiencia porque la falta de dirección y ejercicio de la función impacta además en todo el sistema de organización y gerenciamiento.

No es posible que haya audiencias preliminares en las que se ofrezcan y admitan testigos (u otra prueba) mecánicamente como si fuera un deporte sin exigir ni evaluar la validez, la pertinencia y la no sobreabundancia (cabe advertir sobre la relevancia de la audiencia inicial

y/o en el ámbito penal: preliminar o de control de acusación, así como el problema de la admisibilidad de la prueba y los estándares probatorios)¹². Una buena práctica para neutralizar estas distorsiones (que compromete a las partes, pero también al rol del juez) la proporciona el juicio por jurados populares. De un lado, porque no puede darse discusión sobre validez o pertinencia de la prueba delante del jurado; de otro, en tanto los litigantes deben preparar estratégicamente el caso ya para la audiencia de selección de jurados y con las instrucciones ya pensadas para la audiencia preliminar. Es que todas las reglas de admisibilidad tienen origen en el juicio por jurados populares.

Tampoco podemos naturalizar que los tribunales colegiados no deliberen porque la deliberación hace a la legitimidad de la decisión, que los jueces de tribunales colegiados actúen por separado como si fueran un juzgado unipersonal, o que las audiencias orales civiles y/o laborales, cuyo sentido es la presencia de las partes ante el juez de cuerpo entero, sean delegadas a secretarios o empleados o directamente a las propias partes o sustituidas ilegalmente por una minuta escrita; o que el juicio oral se rompa en decenas de audiencias como si no tuviésemos décadas declamando la concentración y continuidad; que haya tribunales que demoren seis o más meses para dar los fundamentos

¹² Uno de los mayores problemas de la calidad y trazabilidad del proceso, así como del problema probatorio, se centra en la audiencia preliminar o preparatoria del juicio propiamente dicho. El problema es que las partes llegan con poca información, con información de mala calidad o absolutamente innecesaria. Las partes deben concurrir a la audiencia con el caso preparado y la estrategia del juicio definida. Deben indicar por qué ofrecen tal o cual testigo, qué quieren probar y por qué debe ser admitido (incluso ello limita la producción de prueba en el juicio ya que un testigo que fue llevado para declarar sobre una cuestión determinada no puede ser interrogado sobre cualquier cosa). La pertinencia limita el interrogatorio en juicio a los hechos que motivan la admisión del testigo. Contra ello conspira la idea de amplitud probatoria distorsionada que proviene del Derecho continental europeo. Bentham decía que debía ingresar la mayor cantidad de información para que el juez en su laboratorio, a modo de un científico, pudiera desentrañar la verdad. Pero el juez no es un científico porque tiene una visión parcial del conflicto. El modelo adversarial y acusatorio exige que se pongan límites porque hay que preservar y resguardar la oralidad del juicio y para ello hay que prepararlo. En suma, la audiencia preliminar pone en escena la actividad de litigantes y de los jueces técnicos. También el problema de la prueba. Todo el desarrollo actual de la teoría probatoria pasa por la cuestión de la admisibilidad.

de sus veredictos; que los recursos de apelación se conviertan en un segundo juicio ordinario o los recursos extraordinarios en un tercero.

Menos aún admitir sentencias burocráticas o conceptualistas, de cien o hasta miles de páginas repletas de derivaciones que no guardan relación con el caso, cuando reclamamos lenguaje claro y acceso a la justicia.

Y es un problema cultural que hemos heredado del Derecho continental europeo, que nos compromete a todas y todos, y que no es exclusivo de la justicia ordinaria ya que sobran ejemplos a nivel federal y en otras provincias.

Y la cuestión no es banal, porque si no modificamos estos modos de funcionamiento, desde adentro construimos una justicia débil porque sus circuitos de trabajo y sus dinámicas de poder son las que necesitan los actores externos para influir y hacerlas funcionar al calor de las coyunturas y las políticas. He aquí una tradición que debemos revisar y varias cuestiones que debemos poner sobre la mesa de debate.

X. La independencia judicial

No puedo omitir aquí la incidencia de estas propuestas en la consolidación y fortalecimiento de la independencia judicial.

Sin embargo, tal vez no exista una consciencia clara al interior de las instituciones judiciales, aunque muchos funcionarios y jueces la tienen, y tampoco al interior de la abogacía respecto de este papel relevante donde lo que hagamos con los Poderes Judiciales no son sólo problemas procesales, sino que son problemas esencialmente políticos, institucionales, que tienen que ver con algo más profundo que es darle calidad a nuestra democracia y mejorar la calidad de vida de la sociedad.

Es que las reformas judiciales no se agotan en una cuestión normativa. No se trata de una cuestión técnica ni mucho menos procesal y por ello hay resistencias y falta de consensos. Porque lo que estamos discutiendo es poder.

Es en este marco que cobra relevancia la independencia de los jueces, la comprensión de lo que llamamos la imparcialidad y la autonomía de fiscales y defensores.

Independencia que es condición de la imparcialidad y de la garantía del debido proceso y que es consustancial a la jurisdicción porque un juez independiente es una tautología y un juez no independiente es una contradicción en los términos; no es juez sino alguien que cobra como juez, usa vestimenta de juez, pero es un inmoral, cuando no un prevaricador.

Mas la independencia no se agota en un concepto ingenuo del juez aséptico y honesto centrado en el microlitigio o en la visión corporativa donde se la invoca como pretexto para la defensa de derechos y también de privilegios; hay un concepto republicano y democrático donde destaca la responsabilidad política a través de un desempeño activo; donde la responsabilidad funcional se presenta como la contracara de la independencia y es ajena a toda concepción corporativa, en tanto el corporativismo, a partir de su aislamiento, no admite controles, ni rendición de cuentas.

Independencia e imparcialidad aun contra los intereses de toda una comunidad.

Por su parte, la independencia judicial no puede obviar lo inevitable, y es que cada juez tenga una cosmovisión que lo acerque o aleje de las corrientes de pensamiento que en cada coyuntura se disputan el poder. Los jueces no son eunucos, tienen ideología, lo que no puede hacer un juez es política partidaria, ni transmitirla en sus decisiones. De allí que es bueno saber qué piensan los jueces y esperar que obren en consecuencia.

Mas ello supone evitar ciertos riesgos. Cuidado con las patologías propias de la judicialización de la política y de la politización de la justicia, porque cuando el Poder Judicial pasa a ocupar la centralidad de lo público, cuando es más conocido el nombre de un juez que el de un ministro del Poder Ejecutivo, se corre el riesgo de que la justicia se convierta en un campo de lucha político-partidaria y con ello que la política quiera colonizar al Judicial distorsionando y pervirtiendo su verdadera función y su independencia.

XI. Conclusiones

1. La calidad de la democracia depende hoy más que ayer de dos

campos: el campo judicial y el de la comunicación. Necesitamos una justicia independiente y una prensa independiente; necesitamos democratizar la justicia y democratizar los medios de comunicación.

2. Por supuesto que todo esto no es ajeno a nuestras universidades; en última instancia, jueces, funcionarios judiciales, fiscales, defensores y muchos políticos no nacen de un repollo.

Por ello, la interpelación no es sólo a la política, que debe recuperar el Estado para la política, recuperar la democracia con partidos políticos no mediáticos, sino también es para el aparato judicial y del mismo modo para el campo académico, en tanto necesidad de repensar todos nuestros saberes y doctrinas. Las desigualdades, la degradación ambiental, la concentración de riqueza que compromete la dignidad de los pueblos y ciudadanos, son datos que nos convocan a repensar si no es tiempo de crear un cuerpo bibliográfico distinto y nuevo. Rehuir del enfoque idealista (deber ser divorciado del ser) no sólo desde el presupuesto constructivo del Derecho sino además porque es lo propio de la epistemología feminista.

3. La reforma judicial es necesaria e involucra no sólo una cuestión normativa sino esencialmente una dimensión política, organizacional y cultural. Los procesos de reformas judiciales, como parte de las políticas públicas, son un problema esencialmente político e ideológico.

No se trata de una cuestión técnica, ni mucho menos procesal, y por ello hay tantas resistencias y falta de consensos. Porque lo que estamos discutiendo es poder; una nueva concepción de ejercicio de poder hacia afuera y hacia adentro.

4. Ello nos impone la necesidad de una permanente capacitación para profundizar en clave realista la actividad de análisis jurídico, que es la herramienta central del Judicial. Pero también la necesidad de desarrollar una especial sensibilidad frente a las afectaciones a la dignidad humana, para no naturalizar situaciones inaceptables y para que la técnica jurídica, elevada a ontología, no nos lleve al lugar de aquel famoso guillotinator que todas las mañanas limpiaba su cuchilla para no ensuciar a la víctima. De allí el compromiso de pellizarnos todos los días para preguntarnos qué estamos haciendo y qué y cuánto podemos hacer para prestigiar nuestra función y servir a la comunidad.

5. Ése debe ser nuestro norte, y en ese camino lo único que no podemos hacer es perder capacidad de crítica, defender privilegios, naturalizar el statu quo y, mucho menos, las patologías institucionales que comprometen a sectores importantes del Poder Judicial. No sólo nos mueven razones jurídicas sino también éticas y políticas, en favor de la refundación de la legalidad judicial y del aparato conceptual jurídico y con ello de la protección del Estado de Derecho en la actualidad.

Tenemos un gran desafío: construir la nueva institucionalidad del siglo XXI.

Bibliografía

- ALBERDI, Juan Bautista, “El crimen de la guerra”, en *Obras selectas*, nueva ed. ordenada, *Introducción* de Joaquín V. González, Buenos Aires, Librería La Facultad de Juan Roldán, 1920, t. XVI.
- CALDERÓN, Fernando y DOS SANTOS, Mario R., “Sociedades sin atajos: cultura, política y reestructuración económica en América Latina”, Buenos Aires, Paidós, 1995.
- CHOMSKY, Noam, “¿Quién domina el mundo?”, Buenos Aires, Ediciones B, 2017.
- DESPOUY, Leandro, “Hacia una justicia independiente y eficaz”, Buenos Aires, AECID, APDH, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, “Poteri, Salvaggi. La crisi della democrazia italiana”, Roma-Bari, Laterza, 2011.
- HINKELAMMERT, Franz, “Totalitarismo del mercado. El mercado capitalista como ser supremo”, España, Akal, 2018.
- PIKETTY, Thomas, “El capital en el siglo XXI”, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica (FCE), 2014.
- STIGLITZ, Joseph, “Il prezzo de la disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro”, Torino, Einaudi, 2013.
- THERBORN, Göran, “La desigualdad mata”, Madrid, Alianza, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio R., “Colonialismo y derechos humanos”, Buenos Aires, Taurus, 2022.

¿CUÁNTAS LETRAS HACEN FALTA PARA DECIR QUE NO?

EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA UNA SEMÁNTICA DEMOCRÁTICA¹

por **FRANCO GATTI²**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. (Im)precisiones conceptuales. 3. La democracia como condición de los derechos humanos. 4. Los derechos humanos como condicionantes de la democracia. 5. La articulación entre formas y contenidos democráticos. 6. Conclusiones desde la sintaxis y la semántica democrática. Bibliografía.

Resumen

El concepto de democracia encierra complejas controversias en el terreno de la teoría política y, en nuestro caso, el Derecho ha asumido la empresa de adoptar posicionamientos en esa tensión. Sobre todo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tuvo ocasión, desde hace más de cuatro décadas, de configurar un contenido de aquello que podríamos llamar “lo democrático”.

En este trabajo adoptaremos como tesis que frente a la primacía de un análisis centrado en la sintaxis democrática, esto es, en la evaluación de las reglas de juego del sistema, corresponde poner atención en la dimensión semántica, propiciando un abordaje del contenido democrático como instancia previa para aterrizar en su faz pragmática.

¹ El contenido del presente artículo fue presentado como relato en el XXIV Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional de 2023.

² Profesor adjunto por concurso de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Unige, Italia). Especialista en Derecho Público Global (UCLM, España).

En este último sentido se demostrará cómo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha contribuido significativamente a la definición de los contornos de “lo democrático”, a partir de la distinción entre forma y sustancia que, desarrollada en la teoría política, arribó a las sentencias judiciales con la pretensión de contener, incluso, los embates de las mayorías.

Abstract

The concept of democracy encompasses complex controversies in the field of political theory and, in our case, the Law has taken on the task of adopting positions in that tension. Above all, International Human Rights Law has had the opportunity, for more than four decades, to shape the content of what we could call “the democratic”.

In this work we will adopt the thesis that in the face of the primacy of an analysis focused on democratic syntax, that is, the evaluation of the rules of the system, attention should be paid to the semantic dimension, promoting an approach to democratic content as a prior instance to land on its pragmatic aspect. In fact, we will argue that International Human Rights Law has contributed significantly to defining the contours of “the democratic”, based on the distinction between form and substance which, developed in political theory, reached judicial decisions with the aim of containing even the onslaughts of the majorities.

Palabras clave

Democracia. Derechos humanos. Semántica.

Keywords

Democracy. Human Rights. Semantic.

1. Introducción

En un nivel muy preliminar es posible arriesgar la vigencia de ciertos acuerdos en torno al significado de la democracia, es decir, existe una *doxa* de lo democrático asumida aunque no necesariamente

problematizada. La regla de la mayoría, la soberanía popular, la división de funciones, el sometimiento de los gobernantes al escrutinio público, la alternancia en el ejercicio del poder, quizás constituyan algunos de los elementos que delinean los contornos del concepto, al menos en la versión que ocupa el sentido común.

Sin embargo, provocar la revisión, en el orden de incitarla como respuesta al peligro de fosilización, convoca, cada vez más, nuevos problemas. En determinado tiempo pensar la democracia expresaba una necesidad de época frente a un “otro” muy definido, la autocracia, la violencia institucionalizada, la fuerza sin control. Por eso, en 1983 –y desde antes– la centralidad de la disputa teórica estaba ubicada en buscar las vías para volver a la democracia y darle una forma, hacerla una alternativa posible y, sobre todo, sostenible, soportable. Soportable no porque resultara asfixiante, sino porque requería, precisamente, de soportes, de apoyos, semánticos y pragmáticos. No se soporta sólo con la acción, con la ejecución; se soporta, antes que nada, con la articulación de una noción, de una idea.

En efecto, rastrear el fondo de esa idea habilita otras cosas. Y, en nuestro caso, en la democracia argentina, un rasgo que emerge con potencia está dado por el espacio que ocupan los derechos humanos en la reconstrucción semántica. Frente al lugar común que opone democracia a dictadura, esto es que en el encuentro de una oposición que sirva a la definición se recurre a un régimen político específico; en la experiencia propia, hay algo más, pues el juego de rivales comprende, casi de manera imprescindible, como antagonista de la democracia a la violación sistemática de derechos humanos. Entonces, no se trata simplemente de la continuidad o interrupción del poder elegir, sino que otras orillas hacen a una identidad del término.

En el trazado de las fronteras que distinguen lo democrático de aquello que no lo es han confluído relatos variados, en sus orígenes disciplinares y en sus matices políticos. Un asunto latente, sobre el que van y vienen infinidad de controversias, se vincula con la pregunta acerca del papel del Derecho en esta suerte de angustia conceptual: ¿puede el discurso jurídico cortar por lo sano distribuyendo los sentidos de lo democrático?

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha ofrecido algunas pautas, concretamente, la labor del Sistema Interamericano desde fines de la década de los '70 hasta el presente. Ante todo, la visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1979 fungió como una bisagra en la complejísima tarea de nombrar lo que estaba pasando, de darle estatus lingüístico a un dolor velado por la autoridad. De igual modo, las peticiones tramitadas transformaron a lo lejano y casi inaccesible en una oportunidad. La urgencia y lo palmario de las afectaciones demandaron reacciones con fuerte significado para movilizar el estado de cosas y dejaron, para más tarde, el hilado fino de lo conceptual. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) fue quien tímidamente comenzó a traer a la democracia al continente de su lenguaje.

Un primer posicionamiento se advierte en la Opinión Consultiva N° 5 de 1985, donde la Corte IDH destaca que “las justas exigencias de la democracia deben orientar la interpretación de la Convención”. En esa ocasión, el derecho a la libertad de expresión fue comprendido como parte “del orden público primario y radical de la democracia”. Posición ratificada en otras sentencias posteriores, en las que determinó que “sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece” (“Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, 2004). Luego, el tribunal se ha referido a la democracia en casos donde estaba controvertida la violación de los derechos políticos (“Caso Yatama vs. Nicaragua”, 2005; “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, 2008; “Caso Cepeda Vargas vs. Colombia”, 2010), así como en contiendas en las que se abordó el derecho de acceso a la información pública (“Caso Claude Reyes vs. Chile”, 2006; “Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil”, 2010).

Sin perjuicio de lo anterior, el precedente “Caso Gelman vs. Uruguay” ha dejado una huella en este recorrido que pretendemos reconstruir, fundamentalmente, por la escisión que marca la Corte entre una concepción formal de la democracia y una sustancial. La clave radica en establecer un límite a lo decidible por las mayorías, un límite cuyo contenido son los derechos humanos. A partir de allí se abren nuevas inquietudes, en razón de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos acabó asumiendo la riesgosa empresa de atribuirle un sustrato

a una idea que, como sugerimos, es destino e inicio de las más vehementes tradiciones y perspectivas teóricas. ¿Quién nos pone a salvo de las mayorías? ¿Dónde hunde su legitimidad lo no-mayoritario? ¿Qué es la democracia por fuera de lo que el pueblo quiere?

La historia continuó, desde luego, con un tratamiento de la democracia como condicionante y condicionada por la realización de los derechos humanos, como el único escenario factible para que éstos se desplieguen y, a su vez, como consecuencia de ellos. Por eso, la Corte IDH la conectó con la lucha contra la corrupción (“Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala”, 2018), con el derecho de consulta de las comunidades indígenas (“Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat vs. Argentina”, 2020), con las garantías del debido proceso frente a pretensiones de destitución o inhabilitación de funcionarios (“Caso Petro Urrego vs. Colombia”, 2020), y muy recientemente con la discusión acerca de las reelecciones (Opinión Consultiva N° 28, 2021).

En resumidas cuentas, los marcos de esta democracia, a cuarenta años de 1983, en ocasiones preocupantes, traen una y otra vez al lenguaje esos soportes aludidos, que están siempre después de lo primero: la memoria. Y en ese después, en este después, el Sistema Interamericano nos ha dado pistas para una semántica democrática que, como hace cuatro décadas, no son para dejarlas caer, ni para seguir las a ciegas, sino quizás para entramar, para entramarlas.

2. (Im)precisiones conceptuales

Excesivamente pretensioso e inútil sería buscar que este trabajo aclare lo que durante siglos no pudo ser aclarado y bienvenida esta limitación, esta imposibilidad. También resultaría desmesurado emprender un intento de síntesis o sistematización de las principales respuestas al problema que nos convoca, pues quedarían infinitas alternativas afuera y la elección no podría justificarse con seriedad metodológica. De tal manera, nos quedaremos con algunas porciones del debate, aquellas que permiten enmarcar los recorridos jurídicos que vendrán más adelante.

Ahora bien, sí corresponde dejar sentado que conviven enormes

desacuerdos en torno a dónde ubicar a la democracia dentro de las categorías tradicionales de la teoría política: forma de gobierno, forma de Estado o, en su caso, forma de régimen. Por nuestra parte, nos quedamos con la propuesta de Michelangelo Bovero³, que llama “régímenes” a las distintas configuraciones posibles, alternativas entre ellas, de la relación de poder político, o sea, de la relación entre gobernantes y gobernados, cuyos caracteres esenciales son definidos por las normas que regulan la titularidad y el ejercicio de los derechos políticos, entendidos éstos como aquellos derechos fundamentales que atañen precisamente a la participación individual en el poder político, es decir, a la formación de las decisiones colectivas. Siguiendo los postulados de Kelsen y de Bobbio, los tipos de régimen de gobierno son dos y sólo dos: autocracia y democracia, cada uno de los cuales incluye numerosas especies y subespecies. En cambio, para Bovero las “formas de gobierno” (aquí el término “gobierno” tiene obviamente el sentido amplio de *gubernaculum*, que quiere decir poder de dirección de la vida colectiva mediante decisiones vinculantes *erga omnes*, y no el sentido restrictivo y técnico de “ejecutivo”) aluden a las distintas variantes posibles de la arquitectura institucional en un Estado representativo con poderes divididos. Cada una de estas variantes se encuentra caracterizada por un complejo específico de relaciones entre los órganos dotados de funciones propiamente políticas, o sea, concernientes a la toma de decisiones colectivas: principalmente, el Parlamento y el gobierno. Las clasificaciones de las formas de gobierno son muchas y algunas veces complejas, pero las especies principales son el parlamentarismo y el presidencialismo. Por último, la forma de Estado, aclara Bovero, ha sido empleada como una categoría residual, que puede poner en relación distintos elementos: por ejemplo, la articulación territorial que da lugar a Estados federales, unitarios o confederales.

Partiendo de la democracia como una forma de régimen que expresa una manera particular de resolver la relación entre gobernantes y gobernados, cabe recurrir a la definición “mínima” de Norberto Bobbio, quien la considera caracterizada por un conjunto de reglas –primarias

³ BOVERO, M., “Pleonocracia: crítica de la democracia mayoritaria”, Instituto Nacional Electoral de México, México, 2018, ps. 17-21.

o fundamentales– que establecen quién está autorizado para tomar decisiones colectivas y bajo qué procedimientos⁴. Dichas reglas pueden resumirse así:

1. Igualdad entendida como inclusión, es decir, todos los ciudadanos pasivos –en el sentido jurídico– sometidos a la obligación política de obedecer las normas de la colectividad deben ser también ciudadanos “activos”, titulares del derecho o el poder de participar, y ante todo, pero no sólo con el voto electoral, en el proceso de formación de las decisiones políticas sin ningún tipo de discriminación.
2. Igualdad como equivalencia: los votos de todos los ciudadanos deben tener un peso igual, ninguno debe contar más o menos que otro.
3. Libertad subjetiva: la opinión política de cada uno se debe poder formar libremente, por ende debe estar basada en un correcto conocimiento de los hechos, y estar protegida frente a interferencias o manipulaciones distorsionadoras (garantía de pluralismo en los medios de comunicación, evitando los monopolios y oligopolios).
4. Libertad objetiva: los ciudadanos deben poder escoger entre propuestas y programas políticos efectivamente diferentes entre sí, dentro de una gama de alternativas lo suficientemente amplia.
5. Regla de decisión: como condición de eficiencia para todo proceso de decisión política, las decisiones deben tomarse con base en principio de la mayoría, entendida como una técnica idónea para superar la heterogeneidad, el contraste o el conflicto de las opiniones particulares.
6. La sexta regla formulada por Bobbio no se refiere ni al *quién* ni al *cómo* de las decisiones políticas, sino a su sustancia: al *qué*. Las decisiones no pueden traducirse en normas que estén en contradicción con los principios democráticos de igualdad y libertad⁵.

⁴ BOBBIO, N., “El futuro de la democracia”, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 24.

⁵ BOBBIO, N., “Teoría general de la política”, Trotta, Madrid, 2003, p. 460.

La última de las reglas está planteada en una formulación muy corta, por lo que Bovero propone especificarla. Según él, comprende los siguientes puntos: a) se prohíbe cualquier decisión que esté orientada a alterar o abolir las otras reglas del juego, esto es, las condiciones formales de la democracia –aun cuando una decisión de este tenor haya sido tomada de acuerdo con las mismas–; b) se prohíbe volver vanas, es decir, vacías o inútiles las otras reglas del juego, limitando o aboliendo los derechos fundamentales de libertad individual no política pero que tienen una proyección política (libertad personal de opinión, de expresión y de conciencia, libertad de reunión y de asociación, etc.); c) garantizar las precondiciones sociales, además de las precondiciones liberales de la democracia: ello supone asegurar el derecho social a la educación pública gratuita, el derecho a la subsistencia, es decir, a gozar de condiciones materiales que vuelvan a todos los individuos capaces de ser libres y de que no los empujen a alienar su propia libertad al mejor postor; d) se prohíbe violar las precondiciones constitucionales de la democracia, específicamente el principio de separación y equilibrio de los poderes del Estado; e) se prohíbe toda forma de concentración de aquellos que Bobbio llama poderes sociales: el poder político, el poder económico y el poder ideológico (que se funda en el control de las ideas)⁶.

A esta altura del abordaje queda claro que en la concepción procedimental de Bobbio subyace el interrogante por los límites que, eventualmente, pudieran trazarse a las decisiones mayoritarias. Bovero introduce a los derechos fundamentales como “precondiciones” de la democracia, mientras que, por ejemplo, Garzón Valdés⁷ acuña la idea de “coto vedado” como una barrera al “dominio de la mayoría”. Sin dudas, quien trae a los derechos fundamentales al concepto mismo de democracia, es decir, no como limitantes externos sino como parte nuclear de su contenido, es Luigi Ferrajoli. Ante todo, reconoce que el discurso de las reglas del juego es extremadamente importante, y no puede ser eliminado, aunque su carácter necesario no lo torna suficiente.

⁶ BOVERO, M., “La democracia y sus condiciones”, UNAM, México, 2019, ps. 13-16.

⁷ GARZÓN VALDÉS, E., “Representación y democracia”, en *Doxa*, núm. 6, 1989, ps. 143-163.

Para Ferrajoli, la verdadera democracia es la democracia constitucional, la que incorpora su dimensión sustancial. Según el autor, “la democracia sustancial se refiere a qué es lo que puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones, vinculándolas al respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos por aquélla”⁸. En su versión de la democracia, las normas que sirven como criterios de validez no sólo incluyen criterios formales, sino que suman pautas sustanciales consistentes en expectativas positivas y negativas. Estas expectativas determinan el “qué” de la democracia y conforman las llamadas esferas de lo indecible. Los derechos fundamentales inciden sobre el cómo y sobre el qué de la democracia; en el primer caso, el límite lo fijan los derechos de autonomía pública, mientras que en el segundo los derechos de libertad y los derechos sociales⁹.

3. La democracia como condición de los derechos humanos

El Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1948 introduce un posicionamiento en relación con el papel que desempeña la democracia en la vida de los pueblos, pues sostiene que “la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”. Inmediatamente agrega que es únicamente en el contexto de las instituciones democráticas en el que se puede consolidar un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Luego, la democracia aparece tanto en la definición de propósitos (artículo 2º) como en la consagración de principios (artículo 3º), con una alusión específica a la democracia representativa. En esa línea, la Carta prevé sanciones frente a casos de interrupciones en la vigencia del sistema democrático. El artículo 9º dispone que “Un miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido

⁸ FERRAJOLI, L., “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Trotta, Madrid, 2010, ps. 23 y 24.

⁹ FERRAJOLI, L., “*Principia iuris*. Teoría del Derecho y de la democracia”, Trotta, Madrid, 2011, ps. 21-26.

sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado”.

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Asamblea de la OEA en abril de 1948, al definir los alcances de los derechos (artículo XXVIII), indica que se encuentran limitados “...por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

Once años después, en la Quinta Reunión de Cancilleres de 1959 se resolvió crear la CIDH y, en el mismo documento, se instruyó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos para la elaboración de una Convención sobre Derechos Humanos –mandato que acabó cumpliéndose en 1969, con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–. Un aspecto adicional sobre el que vale la pena detenerse es la preocupación constatada en la Declaración de Santiago respecto de los gobiernos autoritarios y de la relación entre las violaciones de derechos humanos y la falta de ejercicio de la democracia representativa¹⁰.

En efecto, luce evidente en los primeros pasos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) un horizonte de sentido, en virtud del cual la democracia, como régimen político, configura una condición necesaria para la realización de los derechos humanos. Es decir, los documentos basales incluyen una toma de posición: existe un único marco para los derechos humanos, y es la democracia representativa. Por eso, la primera gran empresa del Sistema radicó en llamar la atención, en poner el foco en las señales antidemocráticas, ya sea por el reconocimiento de casos donde efectivamente existía una alteración o en los supuestos en los que aparecían sutiles pero relevantes síntomas de preocupación.

Los informes sobre la situación de los derechos humanos en los

¹⁰ OEA, Acta Final de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Santiago de Chile, 1959.

países miembros estuvieron dedicados, inicialmente, al abordaje de problemas en los que la democracia ocupaba un sitio preferente. Fueron los casos de Cuba (Informes de 1962, 1963, 1967, 1970, 1976 y 1979), República Dominicana (Informes de 1965 y 1966), Haití (Informes de 1969 y 1979), El Salvador y Honduras (Informe de 1970), Chile (Informe de 1976), Nicaragua (Informe de 1978), Panamá (Informe de 1978), Paraguay (Informe de 1978), El Salvador (Informe de 1978), Uruguay (Informe de 1978), entre otros.

De esa manera, puede aterrizar a, si se quiere, la contribución inaugural más relevante del Sistema Interamericano para el Estado argentino: la visita de la Comisión Interamericana en 1979 y el posterior Informe con sus recomendaciones (1980). La CIDH concretó su visita *in loco* a la República Argentina entre el 6 y el 20 de septiembre de 1979. Allí, se entrevistó con autoridades públicas –entre ellas, con el propio Jorge Rafael Videla y la Junta Militar de Gobierno–, con ex-presidentes, personalidades de entidades religiosas, entidades de derechos humanos, representantes de organizaciones políticas, asociaciones profesionales, organizaciones gremiales y sindicales, entidades comerciales, entre otros actores. Además, concurrió a centros de detención de diferentes ciudades del país y recibió denuncias, pues atendió al público en la Ciudad de Buenos Aires, así como en las Provincias de Córdoba y Tucumán. Como resultado de este trabajo, la CIDH emitió un Informe en 1980, en el que constan una serie de recomendaciones referidas a la situación de las personas desaparecidas, a las detenidas y puestas a disposición del Poder Ejecutivo nacional, a los métodos de investigación empleados respecto de las denuncias de torturas y apremios ilegales, al régimen carcelario, a la jurisdicción militar y a las garantías procesales y de defensa en juicio¹¹.

Cabe subrayar que desde 1965 la CIDH estaba autorizada para recibir denuncias por presuntas violaciones de derechos humanos y tramitarlas, tarea que se estructuró definitivamente con la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, donde se le reconoce su competencia como puerta de entrada al sistema de peticiones y comunicaciones.

¹¹ CIDH, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina”, 1980.

En consecuencia, el tratamiento de “lo democrático” en el Sistema Interamericano registra un capítulo original, tributario de una época en la que, sobre todo en el Cono Sur, la democracia había sido asaltada por golpes de Estado –militares con aquiescencia y/o participación de sectores de la sociedad civil–. Así, la interacción entre los órdenes internos y el internacional transitó un momento inédito, puesto que si bien el análisis de las democracias y los intentos de fortalecerlas permanece hasta la actualidad, el escenario es completamente diverso. Entrada la década de los ’80, con la Corte Interamericana en funciones se trazaron nuevas líneas en la materia, y en 2001 la Carta Democrática Interamericana positivizó parte de la experiencia y expectativas del Sistema.

Sucintamente, entender a la democracia como condición de los derechos humanos implica determinar un ambiente propio para su afirmación y extensión, esto es, asegurar que los derechos humanos necesitan de ciertos marcos de posibilidad.

4. Los derechos humanos como condicionantes de la democracia

Los primeros abordajes del concepto de democracia en la jurisprudencia de la Corte IDH se encuentran en el ejercicio de su competencia consultiva. Específicamente, a partir de la Opinión Consultiva N° 5 (1985), solicitada por Costa Rica y referida a las posibles tensiones entre la colegiación obligatoria de periodistas y la libertad de expresión. Allí, sostuvo que “el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”¹². Agregó que “la libertad de expresión es una piedra angular en la exis-

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva N° 5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, 1985, párr. 69.

tencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente”¹³.

Un año después el tribunal tuvo ocasión de pronunciarse acerca de los alcances del término “leyes”¹⁴, contenido en el artículo 30 de la Convención. Y, para hacerlo, volvió a trazar un enlace con las características del sistema democrático. Determinó que “no es posible desvincular el significado de la expresión ‘leyes’ en el artículo 30 del propósito de todos los Estados americanos expresado en el Preámbulo de la Convención ‘...de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre...’ La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”¹⁵. Por eso, concluyó que las leyes a las que se refiere la Convención son aquellos actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo. Esto es, sólo la ley formal, con estos recaudos, posee aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por el tratado.

En 1987, mediante la Opinión Consultiva N° 7, la Corte IDH expuso su interpretación del derecho a réplica, consagrado en el artículo 14 de la Convención. Lo entendió como aquel que permite “el restablecimiento del equilibrio en la información, elemento necesario para la adecuada y veraz formación de la opinión pública, extremo indispensable para que pueda existir vitalmente una sociedad democrática”¹⁶. Quizás lo más relevante del pronunciamiento radica en que se ofreció

¹³ Íd., párr. 70.

¹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 6/86, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, 1986.

¹⁵ Íd., párr. 34.

¹⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, 1986, párr. 5°.

un concepto de democracia en los siguientes términos: “la democracia, a la que la Convención se refiere, es la democracia pluralista y representativa, que supone un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, remitiendo al Preámbulo de la Convención¹⁷.

La línea jurisprudencial que trazó el enlace entre democracia y libertad de expresión es quizás la más contundente y reiterada si se pretende encontrar ejemplos en los que las exigencias en materia de derechos humanos configuran condiciones para la afirmación de un auténtico régimen democrático.

En la órbita de su competencia contenciosa, la Corte IDH sostuvo las pautas hermenéuticas desarrolladas en las Opiniones Consultivas reseñadas y avanzó sobre otros estándares. Da cuenta de esta premisa lo dicho en el “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, donde concluyó que “sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”¹⁸. Esta posición fue reiterada en el “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”¹⁹.

Por otra parte, la democracia es definida en dependencia de la satisfacción verídica, como se exhibe, obvio, de los derechos políticos. Si bien este aspecto es mucho más notorio, la Corte IDH lo comenzó a trabajar a partir de dos casos muy trascendentes sobre partidos políticos: “Caso Yatama vs. Nicaragua”²⁰ (2005) y “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”²¹ (2008). En el primero expresó que “la democracia representativa es determinante en todo el sistema del

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2004, párr. 116.

¹⁹ Corte IDH, “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2004, párrs. 82-86.

²⁰ Corte IDH, “Caso Yatama vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2005.

²¹ Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2008.

que la Convención forma parte, y constituye un ‘principio’ reafirmado por los Estados Americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”. En ese contexto, “los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político”²². El estándar normativo concreto que fijó el tribunal es el siguiente: “Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6º de la Carta Democrática Interamericana, promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas”²³.

En “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos” el tribunal insistió en que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención”²⁴. Además, se refirió a la discusión planteada en torno a si debían preferirse sistemas que admitan candidaturas independientes o no y la repercusión que ello tenía en el régimen democrático. La Corte entendió que “Los sistemas que admiten las candidaturas independientes se pueden basar en la necesidad de ampliar o mejorar la participación y representación en la dirección de los asuntos públicos y posibilitar un mayor acercamiento entre los ciudadanos y las instituciones democráticas; por su parte, los sistemas que optan por la exclusividad de las candidaturas por partidos políticos

²² Corte IDH, “Caso Yatama vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2005, párr. 192.

²³ *Id.*, párr. 207.

²⁴ Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2008, párr. 143.

se pueden basar en diversas necesidades tales como fortalecer dichas organizaciones como instrumentos fundamentales de la democracia u organizar de una manera eficaz el proceso electoral, entre otras. Estas necesidades deben obedecer, en última instancia, a un fin legítimo conforme a la Convención Americana”²⁵.

No responde a los objetivos de esta investigación detenerse en las distinciones entre los dos casos anteriores, en lo que hace a las candidaturas independientes, pero sí es preciso considerar que a los fines del sistema democrático la Corte IDH admitió que, según las necesidades históricas, políticas y sociales, los Estados pueden regular la forma en que se articula la postulación de candidatos, en la medida en que no viole el artículo 23 de la Convención.

El ejercicio de los derechos políticos, y dentro de ellos el de acceso al poder, ha sido colocado por el tribunal como uno de los elementos esenciales de la democracia. Por tanto, el derecho a ser elegido supone que el titular de los derechos tenga la oportunidad real de ejercerlos, para lo cual los Estados deben adoptar medidas efectivas. Así se ha explicado, entre otros, en el “Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”²⁶. Allí, además, es valiosa la apreciación hecha sobre el rol que desempeñan las oposiciones: “Las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición debe ser garantizada, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios”²⁷.

Más cerca en el tiempo, aparecieron pronunciamientos alrededor de las posibles limitaciones al derecho de acceder a los cargos públicos, por ejemplo, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, donde la Corte IDH sostuvo que “en relación con personas elegidas por voto popular o que pretenden postular a ello, las restricciones al sufragio pasivo

²⁵ Íd., párr. 192.

²⁶ Corte IDH, “Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2010, párr. 172.

²⁷ Íd., párr. 173.

sólo se pueden ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”²⁸. Esto responde a que no sólo está en juego la afectación de los derechos de quienes buscan postular sino también los intereses colectivos de los electores. Ello exige que la restricción deba analizarse con un rigor más estricto cuando se trata de funcionarios elegidos, a diferencia de funcionarios designados en la administración, en cuyo caso no hay intervención de los ciudadanos en la selección de un funcionario²⁹. En consecuencia, una sanción en este tipo de circunstancias debería tratarse de una “condena impuesta por un juez competente, en un proceso penal”, estándar sobre el que se sustentó el muy cercano “Caso Petro Urrego vs. Colombia”³⁰.

Otro derecho que actúa como condicionante del régimen democrático, conforme a la interpretación de la Corte IDH, es el de acceso a la información pública. En el “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”³¹, para fundamentar este enlace, el tribunal recurrió, en primer lugar, a la Carta Democrática Interamericana, que postula en su artículo 4º la importancia de “...la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”. Asimismo, el artículo 6º afirma que la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia, por lo que invita a los Estados Parte a promover y fomentar diversas formas de participación³². El estándar concreto que surge del caso sostiene la obligación de los Estados de permitir el control democrático garantizando el acceso a la información de interés público bajo su control³³. Esto se fundamenta en que “El actuar del Estado debe en-

²⁸ Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, 2011, párr. 27.

²⁹ Íd., párr. 26.

³⁰ Corte IDH, “Caso Petro Urrego vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2020, párr. 95.

³¹ Corte IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 2006.

³² Íd., párr. 79.

³³ Íd., párr. 87.

contrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”³⁴.

De tal modo, la democracia necesita del acceso a la información pública para realizarse y ello comprende el respeto del principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones. Este criterio fue reafirmado en el “Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil”³⁵.

Un eje nada despreciable de análisis está dado por los modos de comprender las conexiones entre democracia y Poderes Judiciales. La polémica incesante se ha desatado a partir de la definición del carácter “contramayoritario” que distingue a las y los jueces, lo que les restaría legitimidad democrática. Sin embargo, lejos de identificar democracia con mayorías, la Corte IDH se ha expedido interpretando a la independencia judicial desde la perspectiva democrática. En 2013, en razón de la destitución de todos los jueces de la Corte Suprema de Ecuador, el tribunal interamericano, recuperando el contenido de la Carta Democrática Interamericana, destacó que, tal como surge de su artículo 3º, son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho, y la separación e independencia de los poderes públicos. Por eso, lo ocurrido en Ecuador constituía una desestabilización del orden democrático existente. La Corte resaltó que “la separación de poderes guarda una estrecha relación, no sólo con la consolidación del régimen de-

³⁴ Íd., párr. 86.

³⁵ Corte IDH, “Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha Do Araguaia) vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2010, párr. 107.

mocrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos”³⁶.

Paralelamente, en el año 2015 se delimitaron las fronteras entre las limitaciones que pesan sobre las y los magistrados para llevar a cabo actividad política partidaria y su derecho a la participación política en general. En el “Caso López Lone y otros vs. Honduras” el tribunal destacó que el artículo 3º de la Carta Democrática Interamericana dispone que “la participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa o, en general, para intervenir en asuntos de interés público, como por ejemplo la defensa de la democracia”³⁷. El derecho de defender la democracia constituye una específica concretización del derecho a participar en los asuntos públicos y comprende a su vez el ejercicio conjunto de otros derechos, como la libertad de expresión y la libertad de reunión³⁸. En efecto, “la restricción de participación en actividades de tipo partidista a los jueces no debe ser interpretada de manera amplia, de forma tal que impida que los jueces participen en cualquier discusión de índole política”³⁹.

En 2021, en ocasión de otra controversia sobre la remoción de jueces de la Corte Suprema de Paraguay, la Corte IDH insistió en “el importante rol que las juezas y los jueces desempeñan en una democracia, en tanto se constituyen en garantes de los derechos humanos, lo que exige reconocer y salvaguardar su independencia, especialmente frente a los demás poderes estatales”⁴⁰. En definitiva, según la sentencia, “sin independencia judicial no existe Estado de Derecho ni es posible la democracia (artículo 3º de la Carta Democrática Interamericana),

³⁶ Corte IDH, “Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2013, párr. 179.

³⁷ Corte IDH, “Caso López Lone y otros vs. Honduras”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2015, párr. 163.

³⁸ Íd., párr. 164.

³⁹ Íd., párr. 172.

⁴⁰ Corte IDH, “Caso Ríos Ávalos y otros vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, 2021, párr. 89.

toda vez que juezas y jueces deben contar con las garantías adecuadas y suficientes para ejercer su función de resolver conforme al orden jurídico los conflictos que se producen en la sociedad. La falta de independencia y de respeto a su autoridad es sinónimo de arbitrariedad”⁴¹.

Finalmente, en aras de dotar de contenido a la noción de democracia, la Corte IDH señaló los peligros que encierran los hechos de corrupción, tanto para la vigencia de los derechos humanos como para el sostenimiento del régimen democrático. En el “Caso Ramírez Escobar vs. Guatemala” subrayó “las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables”⁴². En la misma sentencia determinó que “la corrupción no sólo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el Estado de Derecho”⁴³.

5. La articulación entre formas y contenidos democráticos

En los apartados previos se resumieron dos grandes órbitas de abordaje de “lo democrático” en el Sistema Interamericano: una vinculada con la afirmación de que el régimen democrático es imprescindible para la satisfacción de los derechos humanos y otra relacionada con el modo en que los derechos humanos atribuyen significación a la democracia, es decir, le fijan ciertas fronteras.

Existe un caso en la historia jurisprudencial de la Corte IDH que trabaja directamente el asunto que nos convoca, puesto que contiene una definición de democracia, casi como asaltando la discusión eterna de la teoría política y escogiendo una alternativa. Dicho de otro modo,

⁴¹ Íd., párr. 91.

⁴² Corte IDH, “Caso Ramírez Escobar vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas, 2018, párr. 241.

⁴³ Ibíd.

el propio tribunal perfila una manera específica de resolver la articulación entre democracia y derechos humanos.

Se trata del “Caso Gelman vs. Uruguay”⁴⁴, ampliamente conocido en la cultura jurídica latinoamericana, sobre todo por cómo se expandieron allí las fronteras del control de convencionalidad, alcanzando, en cuando a los sujetos que deben llevarlo a cabo, a todos los órganos del Estado. No obstante, la huella que nos interesa enfocar aquí es la concerniente a la distinción entre democracia formal o procedimental y democracia sustancial, obtenida a partir de la noción de lo “decidible” por las mayorías. Dicho desarrollo surge en virtud de una controversia originada por la aprobación en la República Oriental del Uruguay de la denominada “Ley de Caducidad”⁴⁵, que, en los hechos, comprendía una amnistía para militares y policías acusados de cometer violaciones de derechos humanos durante la última dictadura (1973-1985). La particularidad de la ley residía en que, además de haber resultado aprobada por un Parlamento elegido democráticamente, fue respalda por la ciudadanía en dos ocasiones –un referéndum en 1989 y un plebiscito en 2009–. Sobre este punto, la Corte IDH manifestó lo siguiente: “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘con-

⁴⁴ Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, 2011.

⁴⁵ Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado 15.848.

trol de convencionalidad’ que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”⁴⁶.

Surge así una escisión que ya contaba con recorrido teórico –en el ámbito de la ciencia y de la filosofía política, fundamentalmente– y que ahora es trasladada al discurso jurídico, esto es, la diferencia entre democracia formal y democracia sustancial. La sentencia plantea que la mera vigencia de procedimientos democráticos, como en el caso estudiado, fueron las decisiones parlamentarias y la intervención de la ciudadanía mediante un mecanismo de participación directa, integran una de las dimensiones de la democracia, aquella vinculada con la regla de la mayoría –democracia formal–. Sin embargo, ello no es condición suficiente para afirmar la existencia de un verdadero régimen democrático, pues deben respetarse en todo momento las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En otras palabras, la regla de mayorías constituye una condición necesaria pero no suficiente para la democracia.

Este estándar no ha merecido revisiones ni complementos significativos en decisiones posteriores, aunque en el contexto de la muy controversial Opinión Consultiva N° 24 –“Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”–, dos jueces retomaron parte de estas ideas. Por un lado, el magistrado Vio Grossi objetó las interpretaciones de la mayoría del tribunal, deteniéndose en el factor de la legitimidad: “La legitimidad y eficacia de transformaciones de tales envergaduras precisarían de una fuente, no auxiliar como la jurisprudencia, que, en los términos del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, únicamente ‘determina las reglas de derecho’, sino una que sirva o baste por sí sola para, conforme al mismo artículo, ‘decidir conforme al Derecho Internacional’ las pertinentes controversias, esto es, tal como se expresó, de una fuente autónoma de Derecho Internacional”⁴⁷.

Y agregó: “Dicho condicionamiento es más evidente aun tratándose de Estados obligados a ejercer efectivamente la democracia, como acon-

⁴⁶ Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Fondo y Reparaciones, 2011, párr. 239.

⁴⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 24/2017, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, solicitada por la República de Costa Rica, 2017, voto individual del juez Eduardo Vio Grossi, párr. 176.

tece con los Estados Americanos, de acuerdo con lo dispuesto en la Carta Democrática Interamericana, que interpreta lo previsto en la Carta de la OEA y en la Convención. No resultaría lo más apropiado, por lo tanto, que, en asuntos de cambios tan profundos como los aludidos, la función jurisdiccional reemplace a la normativa, expresamente asignada por la Convención a sus Estados Partes”⁴⁸.

En efecto, en la posición de Vio Grossi subyace un cuestionamiento al carácter democrático de la sentencia de la Corte IDH que, según el juez, avanza sobre determinaciones que deberían quedar reservadas a cambios legislativos y, por tanto, respaldados por la regla de la mayoría.

Por su parte, el magistrado Sierra Porto hizo alusión, para argumentar su voto, a la “lógica de legitimidad democrática de los derechos y libertades reconocidos en la Convención”⁴⁹, afirmando que ella reside en “el principio democrático y en los valores propios del Estado de Derecho”⁵⁰. Según el juez: “en una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. Así, ratificó el criterio del “Caso Gelman”, en los siguientes términos: “Considero oportuno recordar que el tribunal ha señalado que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto los derechos humanos. En ese sentido, la Corte ha sido de la opinión que «la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales. Es una realidad histórica que los derechos y en particular de sectores minoritarios o sujetos a estereotipos

⁴⁸ *Íd.*, párr. 177.

⁴⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 24/2017, “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”, solicitada por la República de Costa Rica, 2017, voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, párr. 9°.

⁵⁰ *Ibíd.*

discriminatorios arraigados en la sociedad pueden ser objeto de abusos por las mayorías parlamentarias»⁵¹.

En efecto, Sierra Porto ubicó a los derechos humanos, consagrados en instrumentos internacionales, como un coto ante el avance de las mayorías, poniendo el acento en aquellas circunstancias en que pudiesen lesionarse derechos de grupos en situación de vulnerabilidad mediante decisiones formalmente democráticas. Así, se separa del razonamiento de Vio Grossi y coloca en el centro la noción de democracia sustancial.

Las diferencias entre los magistrados actúan como síntesis de perspectivas que conviven en torno a la definición de “lo democrático”. Por una parte, una tendencia a dejar en manos de las mayorías ciertas decisiones, por entender que allí descansa la única legitimidad posible; y, por otra, posicionar a los Poderes Judiciales –del orden interno o internacional– como guardianes no sólo de las Constituciones sino también de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluso contra las mayorías. La Corte IDH parece haber fijado una posición, la que consta en el “Caso Gelman”, aunque no se trata de una marca absolutamente indeleble.

6. Conclusiones desde la sintaxis y la semántica democrática

Es cierto, en sintonía con las observaciones de Ferrajoli⁵², que la democracia reconoce una gramática suficientemente desarrollada. Se trata de un conjunto de reglas morfológicas, ortográficas y sintácticas, acerca de las fuentes del poder y de las formas correctas de su ejercicio, es decir, referidas al método con el cual son tomadas las decisiones colectivas. Un modelo de presentación de estas reglas es el que ha formulado Norberto Bobbio, y al que pueden adicionársele los comentarios de Bovero. Sin dudas, son imprescindibles, pues su ausencia o violación no permite hablar ciertamente de democracia.

En el recorrido que propusimos, concentrado de los estándares del Sistema Interamericano, las pautas estructurales, vinculadas con el “quién”

⁵¹ Íd., párr. 10.

⁵² BOVERO, M. y FERRAJOLI, L., “Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas”, INE, México, 2020, p. 25.

y el “cómo” de la democracia, están presentes en las afirmaciones de la Corte IDH respecto de los alcances de los derechos políticos. Entre ellos, además de la obligación de los Estados de garantizar elecciones periódicas y transparentes, con voto libre, igual, secreto y universal, es fundamental que exista auténtica competencia y pluralidad de voces. De hecho, como reflejamos, se ha insistido en la trascendencia que adquieren las oposiciones en el juego democrático.

Pero la democracia, o al menos esa específica forma de democracia que es la democracia constitucional, tiene también, además de una sintaxis, una semántica. Con ello aludimos a un conjunto de reglas que disciplinan ya no los procedimientos sino los significados normativos que en las formas admitidas no pueden ser (o no ser) expresados, que se refieren, como se ha dicho, no al “quién” y al “cómo”, sino al “qué cosa” es lícito o ilícito decir o no decir en democracia.

La semántica democrática encuentra un lugar en los bordes que delinea el tribunal regional al expedirse sobre aquello que es decidible o no decidible por las mayorías. Esto se traduce en que la democracia requiere, además de reglas procedimentales, de un contenido que no puede estar dado sino por los derechos humanos. En el plano teórico se registran disputas vinculadas con cuáles son esos derechos que condicionan la existencia de un régimen democrático, pero lo que es cierto es que algún límite de sustancia –cuando menos la prohibición de suprimir democráticamente el método democrático mismo– es constitutivo de la democracia.

En esta línea, Ferrajoli⁵³ explica que literalmente “democracia” quiere decir “poder del pueblo”. Es, precisamente, la semántica de la palabra “democracia” la que nos impone el análisis del significado de estas palabras. Ante todo, ¿de qué poder estamos hablando? ¿De un poder *legibus solutus* o, más bien, de un poder jurídico, o sea, sujeto a derecho? En rigor, sin derechos una democracia no nace, o no sobrevive o es pura apariencia, por lo que el poder del pueblo no es absoluto sino jurídico, o sea, sometido al –y limitado por el– Derecho, según el modelo de gobierno no “de los hombres” sino “de las leyes”.

⁵³ Íd., p. 27.

Y todavía más, dice Ferrajoli, ¿qué significa “pueblo”? ¿Es posible, en concreto, un poder del pueblo entero?⁵⁴ Afortunadamente no. Sabemos bien que si un pueblo fuese unánime, ello sería la señal más elocuente de la degeneración totalitaria de la democracia, y que hablar de “poder del pueblo” sirve para ocultar el pluralismo político y los conflictos de clase que atraviesan las sociedades. Entonces, “poder del pueblo” o “democracia” quiere decir, en realidad, el poder de una parte del pueblo, que sea también mayoritaria, sobre el pueblo entero y, por lo tanto, también sobre esa parte que no es la mayoría y que, incluso, se encuentra en oposición y en conflicto respecto de ella. Y es justamente impedir que ese poder sea absoluto, que la democracia política, para no contradecirse a sí misma, debe incorporar “contrapoderes” de todos, incluso de la minoría, idóneos para limitar los poderes de la mayoría. Estos contrapoderes, que no se advierte por qué no deben ser configurados también como “poderes del pueblo” (o “democráticos”), son precisamente los derechos humanos, gracias a los cuales todos y cada uno están tutelados de las invasiones y de los arbitrios de una parte del pueblo sobre las otras.

El Sistema Interamericano, fundamentalmente a través de los criterios de la Corte IDH, ha contribuido a la conformación de una semántica democrática, atribuyendo significados a las disposiciones de la Convención y, con ello, estructurando un sentido de la democracia, como régimen y como forma de vida. Por supuesto que no está suturado el asunto, es pertinente y necesario mantener abiertos ciertos interrogantes. Podemos acordar que aunque toda decisión democrática es mayoritaria –o, en otras palabras, debe adoptarse conforme a las reglas de la mayoría–, no toda decisión mayoritaria es necesariamente democrática. Pero, entonces, ¿de dónde surge la legitimidad?, ¿es la mera fuerza normativa de las Constituciones o de los instrumentos internacionales la fuente de legitimidad para ponerle un freno a decisiones mayoritarias?

No es novedoso el intento de volver, una y otra vez, a este lugar, posiblemente sea el punto de partida de todos los otros lugares. Por eso, una semántica de lo democrático es el comienzo de otra cosa, de

⁵⁴ *Ibíd.*

una pragmática democrática, de un recorrido desde el lenguaje hacia la realidad. Es el intento de un tono performativo, quizás de aquello que nos falta.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto, “El futuro de la democracia”, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- “Teoría general de la política”, Madrid, Trotta, 2003.
- BOVERO, Michelangelo, “La democracia y sus condiciones”, México, UNAM, 2019.
- “Pleonocracia: crítica de la democracia mayoritaria”, México, Instituto Nacional Electoral de México, 2018.
- BOVERO, Michelangelo y FERRAJOLI, Luigi, “Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas”, México, INE, 2020.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos y garantías. La ley del más débil”, Madrid, Trotta, 2010.
- “*Principia iuris*. Teoría del Derecho y de la democracia”, Madrid, Trotta, 2011.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Representación y democracia”, en Doxa (núm. 6), 1989.

LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL CAPITALISMO DIGITAL: A 40 AÑOS DEL RETORNO DE LA DEMOCRACIA ARGENTINA

por NICOLÁS ALEJANDRO OCCHI¹

SUMARIO: Introducción. A. Asunción del capitalismo. a) Tercera Revolución Industrial (TRI). b) Capitalismo digital: ¿fin del asalariado? B. El principio protectorio: ¿“El trabajo es mercancía”? C. Propuestas protectorias en el capitalismo digital. a) “Transición justa”. b) Formación continua en competencias tecnológicas. c) Teletrabajo transfronterizo. d) “Monotributo *tech*”. e) Portabilidad de las vacaciones”. f) Inclusión de autónomos en la LRT. Conclusiones provisorias. Bibliografía.

Resumen

El artículo parte del pensamiento socialdemócrata comprensivo de las políticas distributivas de la riqueza pero ponderando la cuestión de la “creación de la riqueza” en un contexto de capitalismo globalizado. Desde esta perspectiva, la cuestión jurídica del trabajo tiene un alcance político y civilizatorio decisivo para la humanización del capitalismo digital. Los próximos renglones están dedicados a repensar

¹ Doctorado en Derecho (UNR). Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales (UNTREF). Maestría en Derecho Procesal (UNR). Especialista en Derechos Humanos Laborales y Derecho Transnacional del Trabajo (Universidad de Castilla-La Mancha, España, becado por la UNR). Profesor titular –por concurso– de “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” (FDER-UNR). Codirector de la Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo (UNR). Docente responsable de la Especialización en Derecho de la Seguridad Social (UNR). Exprosecretario de la sala III de la Cámara de Apelación en lo Laboral de Rosario. Abogado relator de laboral número 10 de Rosario. Medios de contacto: nicolas.occhi@fder.unr.edu.ar y <https://bdp.academia.edu/nicolasocchi>.

el Derecho del Trabajo como un Derecho estatutario expansivo a todas las formas de trabajo (criterio objetivo) en lugar de circunscribir el “principio protectorio” al criterio puramente subjetivo del trabajador dependiente, sin perjuicio de la regulación diferencial de los derechos en cada caso. La metodología primaria es descriptiva ya que busca analizar acumulativamente las modificaciones teóricas que implican la “transición justa” para la modelación de la justicia social en la Tercera Revolución Industrial (TRI), marcada por la creciente desmaterialización del trabajo humano. Secuencialmente, se adopta un enfoque exploratorio para elaborar conceptualmente políticas de empleo y seguridad social tendientes no sólo al crecimiento económico sino también al desarrollo humano tanto de los trabajadores dependientes como de los autónomos. La conclusión central es que el Derecho del Trabajo debe expandir el “principio protectorio” a toda persona que trabaje porque la TRI ha desmaterializado el trabajo, reduciendo el campo de protección para un grupo creciente de trabajo, y consigo la pérdida del contrato social que requiere la democracia.

Abstract

The article is based on social democratic thought that understands wealth distribution policies but ponders the issue of “wealth creation” in a context of globalized capitalism. From this perspective, the legal question of work has a decisive political and civilizational scope for the humanization of digital capitalism. The next lines are dedicated to rethinking Labor Law as a statutory Right expansive to all forms of work (objective criterion) instead of limiting the “protective principle” to the purely subjective criterion of the dependent worker, without prejudice to the differential regulation of the rights in each case. The primary methodology is descriptive since it seeks to cumulatively analyze the theoretical modifications that the “just transition” implies for the modeling of social justice in the Third Industrial Revolution (TIR), marked by the growing dematerialization of human work. Sequentially, an exploratory approach is adopted to conceptually develop employment and social security policies aimed not only at economic growth but also at the human development of both dependent and self-employed workers. The central conclusion is that Labor Law must

extend the protection to all working people because the TIR has dematerialized labor, reducing the scope of protection for a growing workforce, and with it the loss of the social contract required by democracy.

Palabras clave

Trabajo autónomo. Principio protectorio. Capitalismo.

Keywords

Employment. Protective Principle. Capitalism.

Introducción

Es 2024 en la República Argentina y, superado el cuadragésimo aniversario de la democracia argentina, el Estado Social de Derecho se encuentra en crisis frente a la “modernización laboral” del DNU 70/2023 y la “Ley Bases” 27.742. El presidente doctor Raúl Alfonsín inauguró la nueva democracia afirmando que “Con la democracia se come, se cura y se educa”. Hoy, su sentencia es susceptible –tristemente– de ser enjuiciada. Podría predicarse que la democracia es la condición necesaria pero no suficiente para la progresión del desarrollo humano. Argentina ha llegado a ser “Un país de iguales en desigualdad constante”.

Dentro de esos mismos 40 años, el trabajo humano ha sufrido una metamorfosis en todas las altitudes y longitudes del globo, mientras que el Derecho del Trabajo argentino no alcanza siquiera el estado de crisálida. Mi objetivo es provocar la polémica para romper la inercia de una disciplina jurídica que se está quedando sin sujetos pero que es imprescindible para consolidar la democracia social.

A. Asunción del capitalismo

En economías estructuralmente inflacionarias como la Argentina, los abogados de todas las disciplinas se han acostumbrado a las nociones de deuda dineraria (nominalismo)², deuda de valor (valorismo)

² Justamente, una de las razones más invocadas en favor del nominalismo es que hace a la estabilidad monetaria, pues dejar en manos de jueces la apreciación del

o la utilización de tasas bancarias u otros coeficientes para “actualizar el capital histórico” (indexación)³. Cuando el fenómeno se acerca a la hiperinflación, la discusión se agudiza hasta el punto de que los letrados solicitan la aplicación del anatocismo, es decir, la capitalización de los intereses para que el capital se mantenga incólume y reporte alguna ganancia para el deudor laboral que ha atravesado un litigio: se pasa de pedir “tasa nominal anual” (TNA) a la “tasa efectiva anual” (TEA). En el fondo, los letrados discuten lo que en matemática financiera es “interés simple” (tasa sumada) o “interés compuesto” (tasa capitalizada).

Pido paciencia porque esta digresión de la litigiosidad argentina es el ejemplo perfecto para introducir la noción del capitalismo en el Derecho argentino. Se atribuye a Einstein que “el interés compuesto es la fuerza más poderosa del universo”. Ciertamente, la función exponencial de la “capitalización de intereses” es la muestra preclara de que este sistema económico tiende a la concentración ya que, conceptualmente, la privación de capital sin interés compensatorio es una donación. Por ello, el capitalismo tiende a la “desigualdad económica” entre sociedades y dentro de una misma sociedad. Por la misma razón se teoriza, a título ilustrativo, la diferencia entre medir el “crecimiento económico” (PBI) y utilizar otros índices que contemplen el desarrollo humano (el “coeficiente de Gini”, por ejemplo)⁴. Una prueba muy concreta de estos conceptos elementales es que el origen de la humanidad se sitúa en una o dos comunidades del continente de África, de modo que lo único viejo que tiene el “Viejo Continente” es la acumulación secular o milenaria de activos inmobiliarios (desde el Coliseo hasta la Torre Eiffel). Cada vez más, la “riqueza de las naciones” es la consecuencia de la capitalización de intereses después de siglos de “división internacional del trabajo”.

valor actual de la moneda importa introducir un factor de desorden, lo que no se aviene con el dinero, cuya característica esencial es ser una medida de valor constante y uniforme (BORDA, G. A., “Manual de obligaciones”, 11ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 197).

³ TRIGO REPRESAS, F., “Obligaciones de dinero y depreciación monetaria”, Platense, La Plata, 1978.

⁴ World Bank, “The Changing Wealth of Nations 2021: Managing Assets for the Future”, World Bank, Washington D. C., 2021; doi: 10.1596/978-1-4648-1590-4.

Esa realidad empíricamente irrefragable durante el liberalismo decimonónico lleva a la “cuestión social” como causa del constitucionalismo social de los Estados del Bienestar (*Welfare States*), que aplican “políticas sociales” de distribución de la riqueza para compensar los efectos no deseados del capitalismo. Se puede afirmar que los gobiernos argentinos, en mayor o menor medida, se enfocaron en las medidas de “distribución de riqueza” y no tanto en las de “creación de la riqueza”⁵. Tal estado de cosas me convence de remarcar que las primeras son imprescindibles para la socialdemocracia, pero las segundas no lo son menos para una Argentina que debe volver a acumular la riqueza a distribuir. En síntesis, no sólo me asumo capitalista, sino que dedico esta contribución a discutir las reformas necesarias para la generación de recursos aptos para la protección de todos los trabajadores en el capitalismo digital.

a) *Tercera Revolución Industrial (TRI)*

Rifkin me convenció de que todavía nos encontramos en la TRI y no en la Revolución 4.0 –como difunde la Organización Internacional del Trabajo (OIT)– porque toda revolución económica requiere tres factores que todavía ni siquiera ha completado la Tercera. Al igual que en la Primera y la Segunda (la del “carbón” y el “petróleo”), deben converger nuevas *tecnologías de comunicación* con un nuevo *régimen energético* junto a innovadores *sistemas de transporte*: “Los nuevos regímenes energéticos posibilitan la generación de una mayor actividad económica interdependiente y la expansión de los intercambios comerciales, al tiempo que facilitan unas relaciones sociales más densas e inclusivas. Las revoluciones comunicativas que los acompañan se convierten en los medios a través de los que se organizan y se gestionan las nuevas dinámicas temporales y especiales que surgen de los nuevos sistemas energéticos”⁶.

Argentina ya no es un país “en vías de desarrollo” sino que la nueva democracia no ha logrado impedir su decadencia económica,

⁵ TORRE, J. C., “Diario de una temporada en el quinto piso: Episodios de política económica en los años de Alfonsín”, Edhasa, Buenos Aires, 2021.

⁶ RIFKIN, J., “La Tercera Revolución Industrial”, Paidós, Barcelona, 2012, p. 14.

educativa y social. En este sentido, la TRI es una oportunidad porque todavía no tenemos perfeccionada la infraestructura carbónica de suficiente dimensión que lleve a que grandes actores económicos impidan la consolidación de la TRI, basada en la transición a una “economía verde y poscarbónica”. Es necesario desarrollar un suministro eléctrico que garantice Internet para que la población más pobre acceda al poder. Ningún desarrollo económico es posible sin ese acceso. Como dice el sociólogo Rifkin: “La democratización de la energía y la universalización del acceso a la electricidad constituyen el punto de partida indispensable para mejorar las vidas de las poblaciones más pobres del mundo”⁷.

El Derecho tiene su responsabilidad ética en el desarrollo de la TRI y el capitalismo digital. Gil Domínguez postula que el presente y futuro demandan una conectividad permanente que nos permita transitar por el ciberespacio: “Si la conectividad es esencial, entonces el acceso a Internet se configura como derecho fundamental y un derecho humano cuyos contenidos son el acceso ubicuo, equitativo, asequible y de calidad adecuada, y con la garantía de la neutralidad de la red”⁸. El constitucionalista –siguiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del sistema regional de la OEA– afirma que los Estados deben adoptar políticas públicas para que todas las personas puedan alcanzar el acceso universal a la infraestructura, a la tecnología necesaria para su uso y a la mayor cantidad posible de información disponible en la red con medidas como: precios inclusivos y conectividad territorial extendida sin ninguna clase de discriminación, cierre de la “brecha digital” –entre quienes tienen acceso y los que carecen parcial o totalmente de aquél– y promoción de la alfabetización digital (uso autónomo, independiente, responsable y efectivo de Internet)⁹. En fin, la TRI y el capitalismo digital imponen el derecho fundamental de “acceso a Internet” como precondition de la democracia. Es nece-

⁷ Íd., ps. 95/96.

⁸ GIL DOMÍNGUEZ, A., “Inteligencia artificial y Derecho”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 49.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, 2017.

sario una política de Estado que impulse el desarrollo de redes de fibra óptica u otras tecnologías para resguardar el interés público en personas humanas alfabetizadas digitalmente¹⁰.

b) *Capitalismo digital: ¿fin del asalariado?*

La “Ley de Say”, cuyo nombre se debe al economista clásico francés del siglo XIX, se hizo eco de Adam Smith y sostuvo que la oferta genera continuamente su propia demanda. Según el argumento de Say, cada nueva tecnología ahorra mano de obra e incrementa la productividad, lo que permite que los proveedores de la oferta produzcan más bienes a un coste por unidad más barato. Al ser más baratos los bienes se genera su propia demanda. Y, a su vez, la mayor demanda estimula producción adicional y así en un ciclo interminable de expansión de producción y del consumo. Esto garantiza que cualquier pérdida de empleos provocada inicialmente por las mejoras tecnológicas se vea rápidamente compensada por posteriores contrataciones adicionales para satisfacer los niveles de producción aumentados. El corolario es que los trabajadores desplazados por nuevas tecnologías serán absorbidos y el problema del “desempleo friccional” se soluciona indefectiblemente por sí solo. Este supuesto central de la teoría económica clásica –que la oferta genera su propia demanda– quedó refutado en las postrimerías de la “Segunda Revolución Industrial”, donde los incrementos de productividad no se tradujeron automáticamente en más demanda de consumidores o de empleo, sino que ha llegado al efecto contrario: pérdida de puestos de trabajo y de poder adquisitivo.

Rifkin explica que los economistas ya hablan de “recuperación sin empleo” y –a contramano de los lugares comunes del laboralismo jurídico– no puede echarse la culpa a la deslocalización del empleo en países extranjeros con “legislación laboral a la baja” (*dumping* social), sino que la productividad misma es la mayor culpable: desde la producción fabril hasta los servicios bancarios reportan aumentos espectaculares de productividad con menos trabajadores. Todo se resumiría a que las nuevas eficiencias obtenidas en la gestión de la cadena de suministros explican buena parte del incremento de productividad sin

¹⁰ GIL DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 68.

contratación de trabajadores¹¹. Precisamente, la mayor desconexión entre avances de productividad y pérdidas de empleo es en la producción industrial, y no tanto en el “sector de servicios”. Ni siquiera en los países más pobres los trabajadores resultan tan baratos o eficientes como las tecnologías inteligentes con las que se los sustituye¹².

Por supuesto, los estudios de Rifkin no pudieron prever el impacto de que una década después apareciera una inteligencia artificial (IA) tan poderosa como ChatGPT. Pero ya había intuido la función exponencial de la IA: “De igual manera que la era industrial puso fin a la mano de obra esclava, es muy probable que la era colaborativa termine con la mano de obra asalariada masiva”. En su pensamiento, la TRI es la última oportunidad de crear millones de puestos de trabajo asalariados convencionales en masa para el despliegue de la infraestructura crítica a lo largo de los próximos 40 años: transformar el sistema energético global hacia la electricidad renovable¹³.

B. El principio protectorio: ¿“El trabajo es mercancía”?

El primer diputado socialista de América, Alfredo L. Palacios, recordó en su obra “El nuevo Derecho” que la proclama “El trabajo humano no es una mercancía” fue hecha por primera vez en la ley de 15 de octubre de 1914 de Estados Unidos. Tuvo que pasar la Primera Guerra Mundial para que la Conferencia de París la incluyera en el

¹¹ La “exponencialidad” del capitalismo digital ha impactado de lleno en la industria editorial, especialmente en la jurídica, a punto de que casi han desaparecido los doctrinarios consagrados que escribían tratados por sí solos. El papel es un *commodity* que al ser prescindido implicó una economía de escala que permite tiradas de imprenta infinita (*e-book*). Así, se han multiplicado los medios de comunicación y lo trascendente ahora es el “contenido jurídico” y no tanto el “medio editorial”. Luego, el abaratamiento llevó a que el propio capitalismo digital cobije el acceso abierto (AA) para que los autores se vuelvan más conocidos sin la necesidad de vender sus derechos a editoriales. En suma, la infraestructura electrónica ha expandido el fenómeno del “blog jurídico” relativizando el peso de las editoriales científicas y jurídicas. Pero, a su vez, esta amenaza representa una oportunidad para la “educación a distancia”, que nunca ha estado tan al alcance de la mano de las personas. Literalmente, en la palma de sus manos.

¹² RIFKIN, op. cit., ps. 352-356.

¹³ Íd., p. 357.

“Tratado de Paz de Versalles”, dando nacimiento a la Constitución de la OIT. El origen histórico, entonces, era que no pudiera imputarse a los sindicatos competencia desleal ya que el trabajo no era una mercancía por el que se coaligaban personas (sindicatos) para impedir la libre competencia en el comercio. Desde dicha Conferencia se trataría de un reconocimiento “a la personalidad moral del obrero expoliado por el capitalista”, que no tenía ningún cuidado, como si se tratase de una máquina¹⁴.

Ese majestuoso axioma se entiende porque coronó la renovación jurídica de un “Nuevo Derecho” que sacrificó vidas por principios humanos que no fueron otorgados generosamente. Pero pocas veces ha habido una máxima más refutable en el sentido de la comprobación empírica. Lo único inalienable es la personalidad humana, de ahí que “trabajo decente” (o el “trabajo digno”) sea la nueva mejor forma de describir los requisitos de que la persona que trabaja se vea custodiada en su niñez, integridad psicofísica, libertad sindical, igualdad y salario mínimo. Una aspiración que ya estaba en la Carta de Trabajo de Berna, antecesora de la creación de la OIT. Resulta trágico que se haya tardado más de un siglo en dar universalidad a los mencionados derechos fundamentales por la Declaración de la OIT de 1998.

De nuevo, cuando la ley argentina concibe que el principal objeto del contrato de trabajo es “...la actividad productiva y creadora del hombre en sí. *Sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico...*” (art. 4º, LCT), sólo estatuye una sana declaración axiológica. El antropocentrismo es innegable desde la instauración del racionalismo humanista de la Iluminación. Pero lo primordial es consagrar reglas para la protección de toda aquella persona que trabaja, y no sólo al “obrero” que se ve desdibujado en el capitalismo digital, donde es cada vez más sustituido por trabajadores más calificados que brindan “tiempo de trabajo” y no “fuerza de trabajo”. Por antonomasia, la puesta a disposición del trabajo es la moneda de intercambio de la remuneración. El trabajo es la mercancía vital para la protección constitucional centrada en la persona humana.

Sanguineti Raymond –catedrático de Salamanca– instruye que la

¹⁴ PALACIOS, A. L., “El nuevo Derecho”, 5ª ed., Claridad, Buenos Aires, 1960, p. 309.

razón histórica de que el “principio protectorio” se enmarque en un contrato individual es una invención del civilismo decimonónico, no de los laboristas. Advierte que surgió como la respuesta de juristas de tradición civilista –Barassi como exponente principal– opuestos al “socialismo jurídico” que, en cambio, sustentaban que la condición social proletaria era la “llave de acceso” a la protección jurídica. Para los primeros, el Derecho Romano constituía la fuente principal de inspiración de los Códigos vigentes, por lo que adaptaron la romana *locatio conductio operarum* (“locación de servicios”, antiguo trabajo subordinado) a la situación creada por la Revolución Industrial. Para ello, el maestro italiano Barassi contraponía el anterior a la *locatio conductio operis* (“locación de obra”, trabajo autónomo). Con ese sentido distintivo, se transformó a la subordinación jurídica en el elemento clave para la calificación del contrato de trabajo. Así, la tutela no dependería de la situación económica del sujeto, sino que la tutela se dispensaría a la parte que se encuentra sometida al abuso, debido a la posición contractual de quien subordina su propio trabajo a las directrices del otro¹⁵. La subordinación laboral no se explica por sí misma, sino que se legisló para funcionar como selector de las potencias normativas para trabajadores “de cuello azul” (obreros) por sobre el autónomo (antes “de cuello blanco”). Justamente, porque obligarse a prestar servicios no es sinónimo de obligarse a trabajar en forma dependiente.

Frente a la irrupción del capitalismo digital, el Derecho del Trabajo debería evolucionar para volver a expandirse, tal como lo hizo inicialmente el Derecho Comercial. En efecto, el Derecho Comercial, como rama autónoma del Derecho, es fruto de la legislación estatutaria y la jurisdicción consular de los mercaderes italianos de la Edad Media. Surgió para suplir la insuficiencia del Derecho Privado (Civil) y Judicial común. Tal ley sustancial como jurisdiccional se aplicó, al principio, únicamente a los comerciantes por su carácter esencialmente profesional. No se extendía a quienes no formaban parte de las corporaciones de mercaderes (antiguos gremios que se volvieron las cámaras patronales de la Edad Moderna). Sin embargo, apareció la tendencia natural

¹⁵ SANGUINETI RAYMOND, W., “Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos”, ARA Editores, Lima, 1997, p. 28.

de toda institución a ampliar su campo de acción, de forma que los tribunales comenzaron a entender paulatinamente en asuntos en los que intervenían personas que no eran comerciantes, y que ocasionalmente habían contraído vínculos comerciales con mercaderes. Gradualmente, las legislaciones fueron sometiendo a sus disposiciones diversas instituciones como las letras de cambio, los cheques, los seguros, en los que intervenían personas civiles. Se inició el tránsito de los “criterios subjetivos hacia los criterios objetivos”, cuyo ejemplar máximo fue el Código de Comercio francés de 1808. Finalmente, los países unificaron las legislaciones civil y comercial, suprimiendo a la legislación comercial como rama legislativa autónoma¹⁶.

Con este pasaje quiero exhumar la perfecta analogía de “derechos estatutarios”, por distintas justificaciones históricas. El Derecho del Trabajo nace como Derecho subjetivo a través de la “relación de dependencia jurídica” para abarcar a los trabajadores fabriles, pero siguió la tendencia expansiva a todas las agremiaciones a punto que la ley 11.729 (B. O. del 25-9-34) introduce las primeras normas laborales –justamente– en el Código de Comercio argentino para todos los dependientes de empresarios. Para mayor alcance y protección, la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744, B. O. del 27-9-74) derogó a la última pero excluyendo todo trabajo autónomo (art. 2º). Así, está claro que al “criterio subjetivo” de la LCT le debe seguir el equivalente del Código Comercial napoleónico para proteger tanto al “trabajo independiente” como al “trabajo autogestionado” de las cooperativas del trabajo. La encrucijada es mantener la autonomía del “Derecho estatutario” de los trabajadores, impidiendo su fusión con el “Derecho común”, pero no a costa de librar al abandono el resto del trabajo humano (criterio objetivo) al “igualitarismo abstracto” del Derecho común. Desgraciadamente, el espíritu de la “Ley Bases” va a contramano de la expansión del “Derecho estatutario” porque destina todo el “trabajo autónomo” a la desregulación de la falsa “autonomía contractual”¹⁷.

¹⁶ FONTANARROSA, R., “Derecho Comercial argentino. Parte general”, Zavalía, Buenos Aires, 1997, Cap. 5.

¹⁷ El art. 97 crea una figura jurídica inexistente en el Derecho Comparado: el trabajador independiente “con colaboradores” en “...relación autónoma, sin que exista vínculo de dependencia entre ellos...”

En síntesis, al capitalismo industrial le correspondió un principio protectorio engarzado en contratos individuales de trabajo, mientras que al capitalismo digital le corresponde un Derecho protectorio expansivo donde, en todo caso, las reglas legales difieran en intensidad según las necesidades de compensación de trabajadores asimétricos, con trayectorias educativas dispares¹⁸. En el capitalismo digital, toda persona, en tanto consumidora, requiere que su trabajo sea una mercancía de alta transaccionalidad en el mercado nacional e internacional, máxime con el advenimiento del teletrabajo transfronterizo, sea en su versión de asalariado o autónomo (*freelancer*).

El capitalismo digital reclama desenterrar el verdadero constitucionalismo social que exige un Derecho estatutario para todo el “trabajo humano”, aunque difiera la protección entre dependientes e independientes. Jaureguiberry –miembro informante de los derechos sociales en la Convención Constituyente de 1957– da fiel testimonio de que la universidad argentina cambió la nomenclatura de “legislación del trabajo” por “Derecho Social” y esa reestructuración de la cátedra dio a la asignatura su nueva denominación de “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. El dictamen que aquél defendió para lo que hoy llamamos el “artículo 14 bis” (en comienzo, “artículo 14 nuevo”) supone que ese nuevo sintagma comprende “...tanto *al trabajo manual como al intelectual, al dependiente o al independiente, al practicado por los trabajadores libres o por los trabajadores del Estado* y de las distintas empresas y asociaciones [...] *Los derechos sociales no deben ser derechos de clase, ‘sino derechos objetivos’ y subjetivos* referentes a individuos o entidades de cualquier clase social”¹⁹. La igualación entre trabajo dependiente e independiente –testimonia– fue tomada de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre suscripta en Bogotá. Por supuesto, la seguridad social del capitalismo digital también abraza a todos los trabajadores. Jaureguiberry reconoce que el constituyente no encontró mejor criterio realista para estructurar

¹⁸ ALIFANO, F., “Una conversación con José Luis Gil y Gil. El Derecho Laboral como un Derecho estatutario”, en *Noticias CIELO*, ADAPT University Press, vol. 2, 2024.

¹⁹ JAUREGUIBERRY, L. M.^a, “El artículo nuevo: constitucionalismo social”, Castelví, Santa Fe, 1957, p. 32.

la protección social que la fórmula adoptada por la primera conferencia interamericana sobre el tema (Santiago de Chile, 1942): “Todo hombre y mujer debe estar biológica y económicamente protegido frente a los riesgos sociales y profesionales, en función de la Seguridad Social”²⁰.

Así las cosas, el principio protectorio “debe derramarse” tanto en el trabajo dependiente como en el autónomo, sin consideración decisiva de la figura antiquísima de un contrato que ya no tiene causa sociológica²¹. La asimetría económica entre dependientes y autónomos se acrecienta cada día más por la “proletarización de las profesiones universitarias”²². Esta realidad fue apodíctica en la pandemia de COVID-19, donde enfermeros precarizados, médicos, contadores o abogados fallecieron sin más paliaciones que las dispensadas por algunos colegios profesionales; mientras que los dependientes gozaban –afortunadamente– de la cobertura de las ART. O nada o el todo. Después de todo, Goldin desarrolla la paradoja de que fue el Derecho del Trabajo el que generó conciencia acerca del desamparo de las personas autónomas que sufren “contingencias sociales” (modernamente, “necesidades sociales”)²³ y no pueden subvenir a sus necesidades más que con sus ahorros, lo que no está garantizado ni siquiera en “países ricos”²⁴.

La secuencia para crear y distribuir riqueza en el capitalismo digital podría ser la siguiente: “Se puede vivir sin trabajar, pero no sin consumir; para consumir –sosteniblemente– se necesita formación continua a fin de trabajar adaptativamente en un mercado de trabajo vertiginoso”. Digo “sosteniblemente” para no caer en el actual lugar común de un “ingreso universal” que todavía no se ha probado plausible. Esta última apreciación no es anecdótica. El advenimiento de democracias occi-

²⁰ Íd., p. 130.

²¹ La ficción de la autonomía de la voluntad de las partes ha quedado desterrada hasta del Derecho Civil y Comercial, donde el Derecho del Consumidor y los abusos de la realidad económica opacaron a los “contratos discrecionales” (arts. 957 y ss., CCCN).

²² CSJ de Santa Fe, “Serrichio”, *Avisos y Sentencias* 205-493.

²³ El embarazo o la adopción no suelen ser contingencias, pero genera una necesidad económica que requiere de una asistencia adicional. Por eso es más exacto el nuevo concepto de “necesidad social”.

²⁴ GOLDIN, A. O. *et al.*, “Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2013, p. 843.

dentales absolutamente ingobernables es consecuencia de la ruptura del contrato social que daba esperanzas a las personas que trabajan por un futuro idealizado. Y renunciando a toda autoría creativa, transcribo al sociólogo francés al que le debo el descubrimiento de reconversión del principio protectorio: “Para lograr que un grupo amplio de personas permanezca unido no basta con un único aparato de normas y obligaciones. Los seres humanos, para fundirse en situaciones colectivas sin oponer demasiadas resistencias, tienen necesidad de bosquejar la perspectiva de un horizonte radiante sólido en potencia movilizadora. Es el horizonte por el cual, consciente o inconscientemente, nos decimos que vale la pena desplegar nuestros esfuerzos a lo largo de los días o de la vida. Toda sociedad se debe dar a sí misma el presagio de una esperanza, a falta de lo cual todos terminaríamos por perder el apetito y podríamos vernos invadidos por el rencor o las ganas eventuales de cortar todo lazo. Es entonces cuando los dispositivos jurídico-políticos responden a la función de dar cuerpo a la creencia de un mundo mejor por venir. Permiten plantear bases sólidas y poner en marcha la acción de todos”²⁵.

C. Propuestas protectorias en el capitalismo digital

A continuación, me limito a enumerar los temas de actualidad que me llevan a sugerir propuestas abstractas de medidas legislativas perentorias. Son líneas de investigación para la modelación de los nuevos conjuntos normativos.

a) “Transición justa”

El 5 de noviembre de 2015, el Consejo de Administración de la OIT adoptó las “Directrices para una *transición justa* hacia economías y sociedades ambientalmente sostenibles para todos”²⁶. En las antípodas, la economía argentina vivió y vive del “oro verde” de una economía primaria y sin sostenibilidad ambiental de los suelos o bosques nativos. Es decir, el país se sustenta en lo que el Banco Mundial llama el

²⁵ SADIN, É., “La era del individuo tirano: el fin de un mundo común”, Caja Negra, Buenos Aires, 2022, p. 51.

²⁶ Ilo, https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS_423458/lang-es/index.htm.

“capital natural” y esa dependencia del sector primario, sumada a incorrectas medidas económicas, ha sumido en la pobreza a casi la mitad de la población económica activa (PEA)²⁷. La “transición justa” hacia una economía verde –no primaria– de Argentina requiere más de las unidades de negocio “YPF Agro” e “YPF Luz” (parques de energía renovable) que de YPF en la explotación de “Vaca Muerta”, sin perjuicio de su compatibilidad porque el gas tiene una menor emisión de gases de efecto invernadero (en comparación al petróleo y otros derivados).

b) *Formación continua en competencias tecnológicas*

La gobernanza del trabajo argentino da sus primeros pasos con proyectos para que los más vulnerables accedan a la alfabetización digital e inserción en la tecnología, la ingeniería y las matemáticas (STEM). El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS) ha creado el “Programa Mujeres y Personas Travestis, Transexuales y Transgénero en la Industria 4.0”²⁸ para su formación profesional e inclusión laboral en esta exponencial actividad económica. Los objetivos no necesitan explicación: a) incentivar la participación en cursos de “formación profesional y trayectos formativos en el sector de las TIC; b) prestaciones para la mejora de “competencias laborales”; c) coordinar la oferta laboral y la formación de profesionales entre las empresas tecnológicas y los actores vinculados a la problemática de género (art. 2º, resolución 597/2023).

c) *Teletrabajo transfronterizo*

La Recomendación OIT N° 198 (2006) sobre la “Relación de Trabajo” evidencia el conflicto de Derecho Internacional Privado que implica todo “servicio transnacional”, encomendando mecanismos nacionales para determinar quién es el empleador y quién el trabajador dependiente, creando sistemas de intercambio de información porque la creciente interdependencia ha hecho que las decisiones más relevantes no correspondan a poderes democráticos²⁹.

²⁷ Indec, <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-46>.

²⁸ Resolución MTESS 597/2023.

²⁹ FERRAJOLI, L., “Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada”, trad. de P. A. Ibáñez, Trotta, Madrid, 2022, p. 60.

d) “*Monotributo «tech»*”

En estricta correlación al fenómeno del teletrabajo transnacional, las políticas de restricción cambiaria han llevado a que el Estado quede privado de los “impuestos del trabajo” (aportes y contribuciones a la seguridad social), tanto de los *freelancer* como de los dependientes sin registro por parte de empresas internacionales. El paliativo gubernamental ha sido una política de simplificación tributaria que se muestra insuficiente porque se limita a la cotización preferencial de las divisas para los profesionales de hasta “US\$ 3.000 mensuales”. Sin embargo, el imperativo debe ser la convergencia entre políticas de empleo, de seguridad social y financieras que impidan las distorsiones de tipos de cambio, a fin de desincentivar la evasión tributaria³⁰.

e) *Portabilidad de las vacaciones*

Se estima que una porción importante de los contratos de trabajos registrados dura poco más de 2 años. Incluso, los contratos clandestinos no suelen sobrepasar los 5 años. El régimen general de la LCT traduce estos indicadores en que la mayoría de los asalariados no goza de más de 14 días de vacaciones anuales. Y aunque los CCT podrían contener cláusulas normativas más favorables, no hay solución legal para el caso del pluriempleo que hasta podría comportar la aplicación de dos CCT diferentes. Peor, en caso de pluriempleo hay dos o más empleadores que gozan de la facultad de organización (arts. 61 y 62, LCT) para determinar los períodos de descanso anual en distintos momentos, incluso por razones productivas y previa consulta al trabajador desde la buena fe (arts. 61/63, LCT y art. 10.1, Convenio OIT N° 132 sobre las vacaciones pagas, de 1970). El descanso anual es un pilar de la integridad psicofísica del trabajador, de los trabajadores con responsabilidad familiar y, desde lo crematístico, sostén de una actividad económica de servicios como el turismo.

Por este conjunto de razones se vuelve necesario reflexionar sobre la necesidad de pasar el instituto desde el Derecho Laboral a la “Se-

³⁰ Ámbito, <https://www.ambito.com/economia/dolar-techo-que-se-trata-el-monotributo-tech-freelancers-y-cuales-son-los-beneficios-n5788756>, consultado el 9-7-2024.

guridad Social”³¹. Que estén constituidas por contribuciones patronales para que sea la antigüedad en el SIPA la que fije la extensión del descanso de cada trabajador. Así como el Sistema Único de Asignaciones Familiares (SUAF) no mide las contribuciones patronales según la carga de familia de cada empleado, y así como la Anses se hace cargo de la asignación por maternidad, este último organismo debería cargar con el costo de las vacaciones anuales. Para que tal medida no sea contraproducente y genere la práctica discriminatoria del edadismo, ya que el empleador podría estar tentado a rechazar personas adultas –presumiblemente con más días de vacaciones–, la legislación debería contemplar una escala decreciente de contribuciones según los años de servicios de las personas en el sistema previsional. Sería una medida análoga a la ya aplicada por la Ley 27.426 de “Reforma Previsional”³².

f) *Inclusión de autónomos en la LRT*

De conformidad al artículo 2.2.c, de la LRT, el decreto 651/2022 incluyó a los cooperativistas (trabajo autogestionado) dentro del ámbito del subsistema de riesgos del trabajo a los asociados autónomos “sin relación laboral”, condicionada a que la cooperativa de trabajo la peticione previa asamblea de socios (art. 2º del decreto). Esta sana medida en favor de la “economía social” conformada, en particular, por las “empresas recuperadas” de quiebras hace más notoria la necesidad de cerrar la brecha

³¹ El instituto de las “licencias” merece ser repensado en todos sus matices si se proyecta el descanso e integridad psicofísica para todos los trabajadores autónomos o dependientes. La ley 10.745 de la Provincia de Entre Ríos es una preclara manifestación de dicha necesidad al normar “Licencias especiales a favor de abogados y procuradores”: “Los profesionales matriculados podrán hacer uso en los juicios en que actúen, en forma continua o alternada, de una licencia no superior a quince (15) días hábiles por año calendario, por las causales de *accidente, enfermedad inhabilitante*, fallecimiento del cónyuge, conviviente, padres, hijos o hermanos, *casos fortuitos o fuerza mayor*. En el caso de fallecimiento de las personas precedentemente enunciadas, la licencia no podrá exceder del término de tres (3) días hábiles por cada suceso” (art. 2º).

³² “A partir de que el trabajador reúna los requisitos necesarios para acceder a la Prestación Básica Universal (PBU) establecida en el artículo 17, inciso a) de la ley 24.241 y sus modificaciones, *el empleador deberá ingresar los aportes del trabajador y con respecto a las contribuciones patronales, únicamente aquellas con destino al Régimen Nacional de Obras Sociales* de la ley 23.660 y sus modificaciones y las cuotas del Régimen de Riesgos del Trabajo de la ley 24.557 y sus modificaciones” (art. 8º).

con todos los trabajadores autónomos que están expuestos a contingencias laborales, tal como surge de los propios considerandos³³.

Conclusiones provisorias

El capitalismo industrial ingenió el “principio protectorio” dentro de los contratos individuales y colectivos que tuvieron por función la cohesión de clases, conteniendo la conflictividad propia del intercambio transaccional entre capital y trabajo humano. La TRI reemplaza el modelo de negocios del capitalismo carbónico y, por consiguiente, al Derecho del Trabajo no le queda más que evolucionar para extenderse desde “criterios subjetivos” al “criterio objetivo” del trabajo humano, cada vez más virtual y desmaterializado. No hay pronósticos certeros. Pero sí la certeza de que si el principio protectorio no rompe sus cadenas y se proyecta sobre todas las personas que trabajan, el contrato social quedará roto y las democracias occidentales –no sólo la argentina– correrán hacia la “ingobernabilidad absoluta”.

En síntesis, el principio protectorio fue pensado y montado para un contrato de la Segunda Revolución Industrial, anclado en la ficción de la “autonomía bilateral”. El principio protectorio del siglo XXI deberá ser pensado orgánicamente para la gobernanza de entes estatales y supraestatales. Será eso o no será más que la segmentación de medidas legislativas para una población decreciente, cuya estabilidad laboral será cada vez más vista como un privilegio de clase, tal y como viene ocurriendo con el recelo al empleo público.

Bibliografía

BORDA, Guillermo A., “Manual de obligaciones”, 11ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.

³³ La inacción estatal ha llevado a que caiga en la mercantilización de su salud porque, sea laboral o no, el infortunio sólo podrá estar cubierto por un “contrato de seguros de accidentes personales” regulado por el Capítulo III (*Seguros de personas*) de la ley 17.418. Ello, por supuesto, si tuviera cómo afrontarlo y con prestaciones infinitamente inferiores a un trabajador dependiente cubierto por una ART. Imaginen cuántos trabajadores informales de la construcción han quedado desamparados de tal cobertura pese a los riesgos de las labores.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi, “Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada”, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2022.
- FONTANARROSA, Roberto, “Derecho Comercial argentino. Parte general”, 9ª ed., Buenos Aires, Zavallá, 1997.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Inteligencia artificial y Derecho”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2019.
- GOLDIN, Adrián O. *et al.*, “Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2013.
- JAUREGUIBERRY, Luis María, El artículo nuevo: constitucionalismo social”, Santa Fe, Castelví, 1957.
- PALACIOS, Alfredo L., “El nuevo Derecho”, 5ª ed., Buenos Aires, Claridad, 1960.
- RIFKIN, Jeremy, “La Tercera Revolución Industrial”, Barcelona, Paidós, 2012.
- RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge *et al.*, “Derecho del Empleo”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2013.
- SADIN, Éric, “La era del individuo tirano: el fin de un mundo común”, Buenos Aires, Caja Negra, 2022.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos”, Lima, ARA Editores, 1997.
- TORRE, Juan Carlos, “Diario de una temporada en el quinto piso: Episodios de política económica en los años de Alfonsín”, Buenos Aires, Edhasa, 2021.
- TRIGO REPRESAS, Félix, “Obligaciones de dinero y depreciación monetaria”, 2ª ed., La Plata, Platense, 1978.
- World Bank, “The Changing Wealth of Nations 2021: Managing Assets for the Future”, Washington D. C., World Bank, 2021; doi: 10.1596/978-1-4648-1590-4.

EL PODER LEGISLATIVO SANTAFESINO ANTE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL

por CARLOS ESTEBAN SISIANI¹

SUMARIO: I. Introducción. II. La necesaria reforma del Poder Legislativo provincial. III. La elección de legisladores en la Constitución Provincial. IV. La irrupción de la boleta única. V. La inconstitucionalidad de la cláusula de gobernabilidad. VI. La ausencia de minorías y mujeres en la Cámara de Senadores. VII. La actualización del sistema republicano. VIII. La necesidad de la representación de las minorías. IX. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

La Constitución de la Provincia de Santa Fe lleva más de 60 años sin ser reformada. En este tiempo, han surgido nuevos paradigmas, derechos y realidades que no están contemplados en sus páginas. El modo de elección de diputados y senadores provinciales tiene deficiencias que vulneran los valores de proporcionalidad, representatividad e igualdad, por lo que deben adaptarse a los tiempos actuales y urge que sean subsanados mediante una reforma constitucional. La cláusula de gobernabilidad para la elección de representantes de la Cámara baja, donde la primera mayoría se lleva la mayoría absoluta de las bancas, es un ejemplo de un mecanismo concebido para otros tiempos donde la inestabilidad política era la

¹ Abogado, recibido en la Universidad Nacional de Rosario. Licenciado en Periodismo y, actualmente, cursando la Especialización en Derecho del Trabajo. Socio del Estudio Paz & Sisiani.

protagonista, pero que hoy vulnera valores que la tornan inconstitucional. Por su parte, la Cámara alta provincial no cuenta con representación de minorías y, en el período 2023-2027, no contará con legisladoras mujeres. Así como la sociedad argentina no es la misma que la de 1853, ni la de 1860, y transitó procesos de reformas constitucionales que modernizaron su Carta Magna, la sociedad santafesina no es la misma que la de 1962. A cuarenta años de la recuperación de la democracia, se torna necesario retomar este debate y saldar las deudas pendientes.

Abstract

The Constitution of the Province of Santa Fe has not been amended for more than 60 years. During this time, new paradigms, rights, and realities have emerged that are not addressed in its pages. The method of electing provincial deputies and senators has deficiencies that undermine the values of proportionality, representativeness and equality, so they must be adapted to current times and urgently addressed through a constitutional reform. The Governance Clause for the election of representatives in the Chamber of Deputies, where the first majority takes the absolute majority of seats, is an example of a mechanism conceived for other times when political instability was the protagonist, but today it violates values that render it unconstitutional. In contrast, the provincial Chamber of Senators lacks representation of minorities, and in the 2023-2027 period, it will not have female legislators. Just as Argentine society is not the same as in 1853, or 1860, and has undergone constitutional reform processes that modernized its Constitution, Santa Fe society is not the same as in 1962. Forty years after the recovery of democracy, it becomes necessary to resume this debate and settle outstanding issues.

Palabras clave

Reforma. Constitución. Legislativo.

Keywords

Reform. Constitution. Legislative.

I. Introducción

La reforma constitucional en la Provincia de Santa Fe es un tema recurrente. Desde hace unos años a esta parte las gestiones de Carlos Alberto Reutemann, Jorge Obeid, Hermes Binner, Antonio Bonfatti, Miguel Lifschitz, Omar Perotti y, recientemente, Maximiliano Pullaro, todos han intentado o, al menos, planteado la necesidad de una reforma de nuestra Carta Magna provincial.

Uno de los principales argumentos es la lejanía temporal de su última reforma: el 14 de abril de 1962 durante el gobierno de Carlos Sylvestre Begnis. En más de sesenta años el país y el mundo cambiaron y la sociedad avanzó conquistando nuevos derechos y garantías.

La Constitución santafesina es una de las más antiguas del país junto a la de la Provincia de Mendoza (1916) y la de Misiones (1958). Ninguna de las tres fue reformada en la década de los 80, ni con posterioridad a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, cuando la mayoría de las provincias lo hizo.

De la primera oleada de reformas, que va desde 1980 hasta principios de los años 90, fueron parte Jujuy (1986), Salta (1986), Catamarca (1988), San Juan (1986), San Luis (1987), Río Negro (1988), Formosa (1991) y Buenos Aires (1993). En una segunda etapa posterior a la reforma de la CN de 1994 fueron parte Tucumán (2006), Santiago del Estero (2005), Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1994), Tierra del Fuego (1994), Córdoba (2001), Entre Ríos (2008), Chaco (1994), Corrientes (2007), Neuquén (2006), La Rioja (2002), Santa Cruz (1998), Chubut (1994), Tierra del Fuego (1994) y La Pampa (1994).

Así como la sociedad argentina no es la misma de 1853 luego de la Batalla de Caseros, ni la de 1860 pos-Batalla de Pavón, la sociedad santafesina no es la misma de 1962. Hoy hay tratados con organismos internacionales, de integración con países latinoamericanos y de derechos humanos con jerarquía constitucional que han ampliado los derechos y garantías de las personas.

Juan Bautista Alberdi ha expresado esta necesidad de una Constitución que se adapte a sus tiempos en su clásico libro “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Ar-

gentina”: “Éstas son las necesidades de hoy, y las Constituciones no deben expresar las de ayer ni las de mañana, sino las del día presente. No se ha de aspirar a que las Constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos. Como los andamios de que se vale el arquitecto para construir los edificios, ellas deben servirnos en la obra interminable de nuestro edificio político, para colocarlas hoy de un modo y mañana de otro, según las necesidades de transición y creación”².

A cuarenta años de la recuperación de la democracia, es indispensable avanzar hacia una Constitución Provincial moderna y, en el caso que nos convoca, un Poder Legislativo que consagre los valores de representatividad, proporcionalidad e igualdad.

II. La necesaria reforma del Poder Legislativo provincial

Si bien la Constitución Provincial tiene varios puntos que necesitan ser reformados, dentro del presente artículo acotaremos el objeto a un análisis de los puntos débiles del sistema legislativo y el modo de elección de legisladores de ambas Cámaras, obviando el debate en torno a si conviene un sistema unicameral o bicameral.

Con respecto a la Cámara de Diputados, una cuestión importante a analizar es la “cláusula de garantía” que le otorga la mayoría automática al partido que gane las elecciones en esta categoría, sistema abiertamente inconstitucional que atenta contra la igualdad del voto y, por otra parte, con la irrupción de la boleta única perdió su razón de ser.

Por parte de la Cámara de Senadores, la misma contiene dos déficits que vulneran derechos conquistados en estos últimos años: no existe una representación de las minorías departamentales, ya que sólo se elige un único senador por departamento, y hay una mínima representación femenina en su composición.

Estas dos problemáticas del Poder Legislativo son centrales si pre-

² ALBERDI, J. B., “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, Biblioteca del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 2017, p. 80.

tendemos iniciar el camino hacia una reforma que desemboque en una Constitución moderna y respetuosa de los derechos conquistados en los últimos años.

Hoy, la bicameralidad representa, por un lado, a los habitantes del territorio en la Cámara baja y en la Cámara alta al territorio provincial materializados en los distintos departamentos. Si bien se ha debatido ampliamente sobre si es conveniente mutar de un sistema bicameral hacia uno unicameral, esta discusión excede el objeto del presente artículo. Así, es necesario poner el foco en los sistemas electorales de ambas: el sistema de mayoría automática de diputados donde el ganador se lleva 28 bancas, en detrimento de los valores de representatividad, proporcionalidad e igualdad; y por otro lado, el sistema de elección de senadores provinciales que, para su composición 2023-2027, no resultaron electas mujeres (con la salvedad que mencionaremos) y la imposibilidad de las minorías para acceder a una banca.

III. La elección de legisladores en la Constitución Provincial

La Constitución de la Provincia de Santa Fe regula y organiza el Poder Legislativo en su Sección Tercera, a su vez dividida en cinco capítulos: *Cámara de Diputados* (artículos 32 al 35), *Cámara de Senadores* (artículos 36 al 39), *Normas comunes a ambas Cámaras* (artículos 40 al 53), *Atribuciones del Poder Legislativo* (artículos 54 al 55), y *Formación y sanción de las leyes* (artículos 56 al 61).

Los artículos 32 y 36 establecen el modo de elección de los legisladores. El primero dice que la Cámara baja se compone de cincuenta miembros, conformando todo el territorio provincial un solo distrito, “...correspondiendo veintiocho diputados al partido que obtenga mayor número de votos y veintidós a los demás partidos, en proporción de los sufragios que hubieren logrado. Los partidos políticos incluirán en sus listas de candidatos por lo menos uno con residencia en cada departamento”.

En el caso de la Cámara alta, se compone de “...un senador por

cada departamento de la Provincia, elegido directamente por el pueblo, a simple pluralidad de sufragios”.

Estas disposiciones son objeto de análisis en el presente artículo: el sistema de distribución de bancas de diputados que otorga mayoría automática, desvirtuando así el valor del voto, repetitividad y proporcionalidad; y, en cuanto a senadores, la elección de sólo un representante por departamento.

Como se citó *ut supra*, la elección de los diputados se realiza a través del sistema de lista plurinominal cerrada para la mayoría, y para las minorías se distribuye el resto de las bancas según el sistema proporcional D'Hont con una base del 3% de los votos válidos emitidos que debe ser superada. Esto establece un sistema de mayoría automática donde el que gana se lleva casi el 56% de las bancas, sin importar la diferencia de votos con la segunda fuerza.

Este sistema de mayoría automática se lo denomina “cláusula de gobernabilidad” y es necesario contextualizarlo históricamente para dilucidar su razón de ser. Oscar Blando, exdirector provincial de Reforma Política y Constitucional y docente de la Universidad Nacional de Rosario, contextualiza el proceso donde se incluyó este sistema: “Es una Constitución cuya reforma está en el contexto de mediados del siglo XX, con una estructura pensada en la inestabilidad política. En aquel tiempo Frondizi estaba destituido. Roberto Rosúa cuenta una anécdota y dice que había tanto temor de que la Constitución de 1962 no fuese sancionada, que la publicaron en el diario *El Litoral*. El ruido de las armas estaba presente y eso prefiguró una estructura de gobierno. Eso privilegió la cláusula de gobernabilidad en el Poder Legislativo, a semejanza de la italiana de 1947”³.

En el año 1962, luego de los golpes de Estado a los gobiernos de Perón y Frondizi, y a pocos años del golpe contra Illia, lo que se plateaba en ese momento en la sociedad era la necesidad de gobernar garantizando al Poder Ejecutivo mayoría y concentración de poder, que es lo que caracteriza a la parte orgánica, persiguiendo la finalidad

³ BLANDO, O., “No hay reforma política si no se cambia la Constitución provincial”, en La Capital, <https://www.lacapital.com.ar/edicion-impresa/no-hay-reforma-politica-si-no-se-cambia-la-constitucion-provincial-n520944.html>, consultado el 13-11-2023.

de “garantizar la gobernabilidad en un período histórico en el que imperaba la inestabilidad institucional”⁴.

En la actualidad, esta cláusula ha perdido su razón de ser. Lejos quedaron los tiempos en que la estabilidad política vivía en jaque por la amenaza de golpes de Estado a manos del poder militar, por lo que se torna imprescindible reformar este sistema para asegurar una apropiada representación proporcional a las minorías políticas santafesinas, desvirtuadas por el sistema de mayoría automática.

IV. La irrupción de la boleta única

Como mencionábamos, esta “cláusula de gobernabilidad” fue pensada para los tiempos de inestabilidad y esto, unido a la antigua lista sábana y el bajo nivel de corte de boleta por parte de los electores, aseguraba la mayoría de la Cámara baja a quien resultare gobernador. Todo esto, hoy, ha quedado desvirtuado por la boleta única implementada por la ley 13.156 que permite elegir un candidato por categoría de manera independiente. Tal es así que desde la implementación de este mecanismo han transcurrido 4 elecciones generales donde, en sólo dos oportunidades, el mismo partido del gobernador electo ha logrado imponerse en la categoría de diputados provinciales y contar con mayoría en la Cámara baja.

En el año 2011 se consagró como gobernador Antonio Bonfatti (Frente Progresista Cívico y Social) y, a contramano de lo que pretendía garantizar la cláusula, la mayoría en Diputados fue para el Frente Santa Fe para Todos encabezado por María Eugenia Bielsa. En el año 2015, el Frente Progresista Cívico y Social ganó en ambas categorías pero, en 2019, el Frente Juntos logró la gobernación con la fórmula Omar Perotti-Alejandra Rodenas, mientras que en la categoría de diputados el exgobernador Miguel Lifschitz logró la mayoría de la Cámara para el Frente Progresista Cívico y Social.

En el año 2023, el gobernador Maximiliano Pullaro del Frente Uni-

⁴ STRAPPA, A. D., “Algunas notas sobre un nuevo intento de reforma a la Constitución de la Provincia de Santa Fe”, en CABRAL, P. (dir. ejecutivo), *Derechos en acción*, Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2018, p. 235.

dos para Cambiar Santa Fe logró la mayoría en la Cámara baja con la victoria de Clara García del mismo frente electoral.

Tal como se puede apreciar, bajo el sistema de boleta única, la llamada “cláusula de gobernabilidad” ha quedado desvirtuada y anacrónica ya que ha dejado de garantizar la mayoría al gobernador electo, amén de que el contexto histórico actual dista mucho del que motivó su redacción.

V. La inconstitucionalidad de la cláusula de gobernabilidad

Tal como veremos a continuación, el sistema de mayoría automática que garantiza la “cláusula de gobernabilidad” no respeta el principio de proporcionalidad con respecto a las segundas fuerzas y, además, se da un fenómeno de sobrerrepresentación en torno a la primera fuerza al llevarse la mayoría por el simple hecho de vencer en las elecciones, sin tomar en cuenta si ganó por un voto o por más, en desmedro de las minorías.

A esto se le suma la desnaturalización del valor del voto de cada habitante. Un simple ejemplo aritmético nos esclarecerá este tema. Para esto, tomaremos los resultados de las últimas elecciones legislativas.

Partido	Cantidad de votos	% sobre votos válidos emitidos	Cantidad de bancas
Unidos para Cambiar Santa Fe	573.635	31,3%	28 (56% de las bancas)
Juntos Avancemos	484.161	26,2%	10 (20% de las bancas)
Unite	345.551	18,75%	7 (14% de las bancas)
Frente Amplio por la Soberanía	132.278	7,1%	2 (4% de las bancas)
Viva la Libertad	128.884	6,99%	2 (4% de las bancas)
Igualdad y Participación	70.980	3,8%	1 (2% de las bancas)

En la primera columna podemos observar el partido, seguido de la cantidad de votos obtenidos, la proporción de votos obtenidos sobre los votos válidos emitidos y, luego, la cantidad de bancas asignadas y su porcentaje sobre los 50 escaños disponibles. Ahora, si tomamos la cantidad de votos obtenidos por cada fuerza y la dividimos por el número de bancas obtenidas, la operación nos arroja los siguientes promedios:

Partido	Promedio de votos por diputado electo
Unidos para Cambiar Santa Fe	20.486,96
Juntos Avancemos	48.416,1
Unite	47.950,83
Frente Amplio por la Soberanía	49.364,4
Viva la Libertad	64.442
Igualdad y Participación	70.980

De esta manera queda en evidencia la desproporción y sobrerrepresentación de la primera fuerza beneficiada por la “cláusula de gobernabilidad” en desmedro del resto de los partidos que se distribuyen sus bancas de acuerdo al sistema D’Hont. Sobre los votos válidos emitidos la primera fuerza obtuvo el 31,3% de los mismos, pero se lleva el 56% de las bancas disponibles en la Cámara baja. Como se puede apreciar en los cuadros precedentes, a la primera fuerza le bastaron 20.486 votos para obtener un diputado, mientras que el resto de las fuerzas necesitó más del doble para obtener un escaño. Esto se traduce en que el voto de quienes voten a las fuerzas minoritarias vale un 55% menos que el del votante al partido ganador, desvirtuando la igualdad del voto entre los ciudadanos.

Este sistema contradice al artículo 37 de la Constitución Nacional, que garantiza que el sufragio es “...universal, igual, secreto y obligatorio”, y su artículo 5º, que ordena a cada provincia dictar para sí “...una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías...” contenidos en ella. En consecuencia, el sistema representativo queda desproporcionado en favor de una sobrerrepresentación de la lista que más votos obtenga y

en detrimento de las minorías, dejando de lado la distribución proporcional y afectando esto la igualdad del voto de cada persona. Por lo tanto, queda concluir que la “cláusula de gobernabilidad” es abiertamente inconstitucional.

En cambio, si las últimas elecciones se hubieran llevado adelante bajo el sistema de representación proporcional D’Hont las bancas se habrían distribuido de la siguiente manera:

Partido	Bancas según sistema D’Hont	Votos obtenidos sobre votos válidos	Promedio de votos por diputado electo
Unidos para Cambiar Santa Fe	17 (34%)	31,3%	33.743,47
Juntos Avancemos	14 (28%)	26,2%	34.582,92
Unite	10 (20%)	18,75%	34.555,1
Frente Amplio por la Soberanía	4 (8%)	7,1%	33.069,5
Viva la Libertad	3 (6%)	6,99%	42.961,3
Igualdad y Participación	2 (4%)	3,8%	35.491,5

Así, más allá de las diferencias aritméticas y naturales de los promedios y divisiones que puedan surgir, queda en evidencia que aplicar el sistema D’Hont para la distribución de la totalidad de las bancas se acerca mucho más a la realidad de los resultados electorales e iguala los promedios de votos por diputados electos, consagrando los valores de la representatividad, proporcionalidad e igualdad del voto.

VI. La ausencia de minorías y mujeres en la Cámara de Senadores

La Cámara de Senadores tiene como principal característica representar a los distintos departamentos. La Constitución Provincial, en su artículo 36, establece que “La Cámara de Senadores se compone de un senador por cada departamento de la Provincia, elegido directamente por el pueblo, a simple pluralidad de sufragios”.

Diego Giuliano sostiene que “el quid del sistema político consiste en brindar un método que asegure la representación proporcionada del territorio y la población”⁵, algo que se logra con el sistema bicameral, garantizando al menos un representante departamental (del territorio) en la Legislatura.

No obstante la igual representación territorial, el sistema de circunscripción uninominal implementado por la Constitución Provincial adolece de dos grandes déficits: la falta de representación de las minorías políticas y, al disponer de sólo una banca por departamento, no es posible cumplir con el cupo femenino.

Tal es así que, entre los 19 senadores electos para el período 2023-2027 en las elecciones generales del 10 de septiembre de 2023, los resultados arrojaron que ninguna banca sería ocupada por mujeres. Posteriormente, el senador electo del Departamento General López Lisandro Enrico asumió como ministro de Obras Públicas, dejándole su lugar a Leticia Di Gregorio. Por otra parte, no existe una representación de las minorías políticas departamentales.

Sartori afirma que el problema de mayoría trae aparejado el problema de la protección de las minorías. Aquí no se respeta el principio de mayoría limitada que plantea el autor; muy por el contrario, se verifica que existe un principio de mayoría ilimitado o absoluto⁶.

Con respecto al cupo femenino, existe una evidente imposibilidad de cumplirlo con el actual sistema uninominal donde sólo se elige un representante por cada distrito. En este punto se torna necesario buscar mecanismos que posibiliten que las mujeres accedan a la Cámara alta provincial.

La reforma constitucional de 1994 avaló en su artículo 37 la “...igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios...” y, agrega, que se garantizará a través de “...acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Todo esto complementado por la cláusula transitoria 2ª que dice que “Las acciones positivas a que alude el Ar-

⁵ GIULIANO, D., “Acerca de la composición de las Legislaturas provinciales”, en *Revista Científica de la UCES*, vol. V, núm. 1, 2006, ps. 75 a 98.

⁶ SARTORI, G., “Teoría de la democracia. El debate contemporáneo”, Alianza, Madrid, 2000, p. 182.

título 37 en sus últimos párrafos no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine”.

A nivel convencional, los derechos políticos universales y específicos se encuentran consagrados en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, a los que se les ha reconocido jerarquía constitucional al ser incorporados en el artículo 75, inciso 22, de nuestra Constitución. Según la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 23), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 25) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 7°), el ejercicio de estos derechos tiene “tres manifestaciones sustanciales: el derecho a votar y a ser elegido o elegida, el derecho de toda persona a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, y el derecho a tener acceso, en condiciones de igualdad, a la función pública”⁷.

Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en sus Recomendaciones Generales N° 5, 8 y 23, ha considerado la participación de la mujer en el gobierno como un tema de especial importancia. Esta última recomienda que los Estados Parte “...deben garantizar que sus constituciones y su legislación se ajusten a los principios de la Convención, en particular, a los artículos 7° y 8°”. A mayor abundamiento, el inciso b, del artículo 7° menciona explícitamente que se debe garantizar a las mujeres, en igualdad de condiciones, a participar de la formulación de políticas gubernamentales. Sin dudas, la Cámara de Senadores es una de las instancias donde se analizan, debaten, votan y aprueban leyes claves para las políticas públicas de la provincia.

Mariana Caminotti y Flavia Freidenberg destacan la importancia de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing) y su Plataforma de Acción donde se reconoció que “las modalidades tradicionales de muchos partidos políticos y estructuras gubernamentales siguen siendo un obstáculo para la participación de la mujer” (artículo 182), y planteó

⁷ TORRES GARCÍA, I., “Promoviendo la igualdad: cuotas y paridad en América Latina”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2014, p. 134.

el objetivo de garantizar la igualdad de acceso, así como la plena participación de las mujeres en las estructuras de poder (Objetivo Estratégico G1)⁸, a la vez que recomienda la adopción de medidas especiales para incrementar y asegurar la presencia de mujeres en la política institucional⁹.

Las autoras, luego de un repaso y análisis de las distintas reformas legales e institucionales de América Latina, concluyen que, más allá de los promedios regionales, “la efectividad tanto de las cuotas como de la paridad ha variado entre países y a lo largo del tiempo dentro de cada país”, y que esta variación se explica, fundamentalmente, “por el diseño legal de las medidas de igualdad, el tipo de sistema electoral y las características de la competencia política”. Así, afirman que una “primera lección de la experiencia latinoamericana es que el diseño institucional importa [...] Cuando las reglas son robustas y claras pueden reducir las desventajas que experimentan las mujeres y promover exitosamente su incorporación en ámbitos de decisión”¹⁰.

El sistema uninominal para la elección de senadores provinciales no permite, por sus limitaciones en cuanto a número de escaños, que se torne operativa la Ley de Cupo Femenino y la representación de las minorías políticas. En la práctica, todas las listas departamentales ganadoras en las últimas elecciones han cumplido con el cupo cediendo el lugar de senador suplente a la mujer, la que asume en caso de que el titular deje vacante su lugar, como es el caso mencionado ut supra del Departamento General López.

Así, el desafío es pensar un sistema electoral y un diseño institucional de la Legislatura que permita el efectivo acceso de las minorías y mujeres en los ámbitos de discusión de políticas gubernamentales, adecuando nuestra Constitución Provincial a los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

⁸ CAMINOTTI, M. y FREIDENBERG, F., “Reformas electorales inclusivas en América Latina y retos para la igualdad real de las mujeres en la política”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2018, p. 9.

⁹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “Más allá de los números: las mujeres transforman el Poder Legislativo en América Latina y el Caribe”, 2015, p. 12.

¹⁰ CAMINOTTI y FREIDENBERG, op. cit., ps. 12-13.

VII. La actualización del sistema republicano

Como venimos mencionando, la Constitución Nacional en su artículo 5° dice que cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías contenidas en ella. La forma republicana, tradicionalmente, se ha caracterizado por incluir: a) división de poderes; b) elección popular de los gobernantes; c) temporalidad del ejercicio del poder; d) publicidad de los actos de gobierno; e) responsabilidad de los gobernantes; f) igualdad ante la ley¹¹.

En la actualidad, algunos autores sostienen que las notas de la república moderna no desdicen el alma de la antigua, sino que se ven actualizadas por el constitucionalismo contemporáneo que necesita expresarse reconociendo la complejidad de la sociedad política de nuestros días. El gobierno de todos y para todos no puede ignorar las distintas expresiones sociales que, actualmente, han tomado gran protagonismo en la sociedad. Así, esta “actualización” del pensamiento republicano, poco a poco y mediante las sucesivas reformas constitucionales, comenzó a verse plasmada en las Constituciones Provinciales: “Así, cada vez se afirma más el reconocimiento de las minorías políticas y sociales. Prácticamente, no existe sistema electoral que solamente acepte los representantes de las mayorías. Socialmente se ha dado paso a la consideración de múltiples sectores que por sí son minoritarios pero que sumados son un tema insoslayable de su inclusión en los fines del bien común”¹².

VIII. La necesidad de la representación de las minorías

Al mencionar las características del republicanismo, también mencionamos que uno de sus principios es la división de poderes que, para la doctrina constitucionalista clásica, consiste en la división del

¹¹ BIDART CAMPOS, G., “Manual de la Constitución reformada”, Editora Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2006, ps. 428-429.

¹² PÉREZ GUILHOU, D., “Forma de gobierno y sistema político”, en ÁBALOS, M.^a G. (coord.), *Derecho Público provincial y municipal*, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 526.

poder estatal entre organismos que colaboran entre sí y se controlan mutuamente constituyendo el pilar fundamental de toda organización política¹³.

El Poder Legislativo, de esta manera, se erige como órgano deliberativo y cumple la misión trascendental de “representar la participación de los gobernados en las tareas del Estado”¹⁴. Esta participación involucra la discusión y expresión de las posiciones políticas de cada sector que en ocasiones son antagonistas, por lo que siempre existe la posibilidad de un conflicto. De esta manera, se torna indispensable que la representación dentro de la asamblea sea lo más proporcional y fiel posible a la voluntad popular, garantizando la participación de las minorías de cualquier tipo. Sobre este tema, Chantal Mouffe afirma el hecho de que en una sociedad democrática “que reconoce la posibilidad siempre presente del antagonismo [...] las instituciones representativas –al dar forma a la división de la sociedad– desempeñan un papel crucial porque permiten la institucionalización de esa dimensión conflictual”¹⁵.

En el mismo sentido, Giovanni Sartori introduce la necesidad de la protección de las minorías como productos de procesos democráticos, definiéndolas como el sector de la población que ha sido derrotado en elecciones o la porción menor de un Parlamento¹⁶: “El problema de mayoría plantea el problema de la protección de las minorías. Esto es, ante todo y sobre todo, un problema constitucional. En este contexto buscamos, por lo tanto, un principio de mayoría limitada, o sea, tratamos de delimitar y temperar su aplicación. Si el principio de mayoría es ilimitado o absoluto, tenemos una tiranía de la mayoría”¹⁷.

Por su parte, Paloma Requejo afirma: “En un Estado Democrático, un principio mayoritario que hace que los más sean quienes sean, decidan, resulta insuficiente y se hace entonces imprescindible un prin-

¹³ ZARZA MENSAQUE, A., “El Poder Legislativo provincial”, en HERNÁNDEZ, A. (coord.), *Derecho Público provincial*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, p. 362.

¹⁴ *Íd.*, p. 362.

¹⁵ MOUFFE, C., “El reto populista”, en Open Democracy, <https://www.opendemocracy.net/es/democraciaabierta-es/el-reto-populista/>, consultado el 13-11-2023.

¹⁶ SARTORI, op. cit., ps. 173-174.

¹⁷ *Íd.*, p. 182.

cipio minoritario que involucre a los menos en un proceso de adopción de decisiones, donde si bien no van a resolver, al menos, sí deben intervenir en la deliberación como una exigencia del valor de igualdad y de libertad, garantizando entonces que en los procesos deliberativos puedan manifestarse las diversas opiniones en atención a la diferente adscripción política de aquellos que las mantienen, de tal modo que el principio más elemental en cuanto a la esencia del debate no es el de la mayoría, sino el del pluralismo y, por tanto, el de minoría”¹⁸.

Esta concepción se ve reflejada en nuestra Constitución Nacional cuando, en su artículo 78, resalta que “Aprobado un proyecto de ley por la Cámara de su origen, pasa para su discusión a la otra Cámara”. Esta idea de “discutir un proyecto” lleva implícita la idea de una o varias minorías que aporten su visión. Así, tal como entienden los teóricos de la democracia, entre ellos John Dewey, Alexander D. Lindsay y Ernest Becker al decir que la discusión pública es un elemento esencial de la democracia¹⁹ y, tomando en cuenta que para lograr discusión de un proyecto necesariamente se necesita una contraparte, garantizar la representación de las minorías políticas se vuelve esencial para una democracia.

Tal como se mencionó más arriba, se trata de garantizar una discusión plural, por medio del sistema democrático y republicano donde los partidos minoritarios puedan canalizar sus posiciones a través de la posibilidad de acceder a las bancas legislativas, luego de una competencia democrática como son las elecciones. Esto solo no basta, es necesario que el régimen electoral establecido por sus respectivas leyes, Códigos y Constituciones, como así también las estructuras orgánicas establecidas constitucionalmente, garanticen, razonablemente, la posibilidad de acceso a las Cámaras de Diputados y Senadores a las fuerzas políticas participantes. De esta manera, el compromiso institucional aparece entonces como un elemento de enlace entre la soberanía popular y el pluralismo²⁰.

¹⁸ REQUEJO, P., cit. por ESCOBAR MARTÍNEZ, L. M., “Las minorías en la democracia constitucional: el caso español”, en *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 54, núm. 109, 2005, ps. 594-595.

¹⁹ ELSTUB, S., “Deliberative Democracy: Issues and Cases”, Edinburgh University Press, Scotland, 2014, p. 4.

²⁰ ESCOBAR MARTÍNEZ, op. cit., ps. 594-595.

Así las cosas, las minorías políticas son necesarias para un sano debate legislativo que aporte una mirada distinta a la mayoría, en virtud de los valores que integran una democracia moderna. Como mencionamos, el desafío es pensar un sistema electoral acorde a los tiempos que corren y compatible con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

IX. Conclusiones

A cuarenta años de la recuperación de la democracia en nuestro país corresponde poner en discusión los sistemas que aún no se han reformado ni se han puesto a tono con los tiempos que corren, consagrando los valores, derechos y garantías reconocidos en nuestra Constitución Nacional reformada en el año 1994.

El Poder Legislativo santafesino es el órgano representativo y de debate por excelencia, por lo que es necesario maximizar y lograr una representación proporcional adecuada, acorde a los tiempos que corren. Reformar el modo de elección de los diputados y avanzar en el cumplimiento del cupo femenino y representación de minorías en la Cámara de Senadores no sólo son reformas necesarias, sino que también son urgentes, tal como queda demostrado en estas páginas.

Nuestra Constitución Provincial tiene más de 60 años y en el medio han pasado gobiernos, distintos períodos políticos, dictaduras, hemos recuperado nuestra democracia, nuestro Derecho incorporó tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, con organismos internacionales y de integración con países latinoamericanos. Toda esta impronta y los derechos conquistados en este largo recorrido, sin duda, deben tener un lugar en una nueva y moderna Constitución santafesina.

Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, Buenos Aires, Biblioteca del Congreso de la Nación, 2017.

- BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución reformada”, Buenos Aires, Editora Comercial, Industrial y Financiera, 2006.
- BLANDO, Oscar, “No hay reforma política si no se cambia la Constitución Provincial”, en *La Capital*, <https://www.lacapital.com.ar/edicion-impressa/no-hay-reforma-politica-si-no-se-cambia-la-constitucion-provincial-n520944.html>, consultado el 13-11-2023.
- CAMINOTTI, Mariana y FREIDENBERG, Flavia, “Reformas electorales inclusivas en América Latina y retos para la igualdad real de las mujeres en la política”, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, p. 9.
- ELSTUB, Stephen, “Deliberative Democracy: Issues and Cases”, Scotland, Edinburgh University Press, 2014.
- ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Micaela, “Las minorías en la democracia constitucional: el caso español”, en *Revista Universitas*, Pontificia Universidad Javeriana, vol. 54 (núm. 109), 2005.
- GIULIANO, Diego, “Acerca de la composición de las Legislaturas provinciales”, en *Revista Científica de la UCES*, vol. V (núm. 1), 2006.
- MOUFFE, Chantal, “El reto populista”, en *Open Democracy*, <https://www.opendemocracy.net/es/democraciaabierta-es/el-reto-populista/>, consultado el 13-11-2023.
- PÉREZ GUILHOU, Dardo, “Forma de gobierno y sistema político”, en ÁBALOS, María G. (coord.), *Derecho Público provincial y municipal*, Buenos Aires, La Ley, 2002.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, “Más allá de los números: Las mujeres transforman el Poder Legislativo en América Latina y el Caribe”, 2015.
- SARTORI, Giovanni, “Teoría de la democracia. El debate contemporáneo”, Madrid, Alianza, 2000.
- STRAPPA, Ariel Damián, “Algunas notas sobre un nuevo intento de reforma a la Constitución de la Provincia de Santa Fe”, en CABRAL, Pablo (dir. ejecutivo), *Derechos en acción*, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 2018.
- ZARZA MENSAQUE, Alberto, “El Poder Legislativo provincial”, en HERNÁNDEZ, Antonio (coord.), *Derecho Público provincial*, Buenos Aires, LexisNexis, 2008.

SECCIÓN LIBRE

PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO CONCURSAL ARGENTINO

CONSECUENCIAS DE LA PANDEMIA EN EL SISTEMA CONCURSAL, UN DERECHO DE EXCEPCIÓN FRENTE A UN MOMENTO EXCEPCIONAL

por AGUSTÍN ALCAIN¹

SUMARIO: Introducción. 1. Marco regulatorio ante la crisis económica en la emergencia. 2. Soluciones en la práctica. 3. La doctrina y las reformas del régimen concursal. Presente y futuro. 4. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

Las crisis en general han dejado un legado en la legislación concursal, y ejemplo de ello es la ley 24.522, mostrando un efecto reformador en la Ciencia del Derecho. La última de ellas, ocurrida entre los años 2020-2022 producto de la pandemia de COVID-19, tuvo en Argentina diversas consecuencias para la sociedad, principalmente respecto a la salud e indirectamente en materia económica, teniendo como resultado un escenario de dificultades sociales con situaciones de insolvencia generalizada en la población, producto de las necesarias medidas destinadas a preservar la salud de los habitantes. En ese contexto surgieron interrogantes respecto a la vigencia del sistema concursal argentino, la Ley de Concursos y Quiebras, y sobre la necesidad de modificar el texto legal: ¿Es nuestra legislación concursal un remedio suficiente para afrontar las necesidades económicas urgentes de la po-

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (2023), nacido en Monte Caseros, Corrientes.

blación, ante la ruptura en la cadena de pagos?, ¿nuestro sistema concursal está preparado para afrontar un trance similar, con efectos a escala global, como el transitado durante la pandemia? Estas preguntas serán respondidas en el presente trabajo, o al menos razonablemente abordadas con la finalidad de considerar diversas hipótesis que nos permitan comprender la importancia del asunto, y plantear posibles soluciones ante circunstancias relativas a la insolvencia de personas humanas y empresas de aquí en adelante.

Abstract

Crises in general have left a legacy in bankruptcy legislation, and an example of this is Law 24,522, showing a reforming effect on the Science of Law. The last crisis, which occurred between the years 2020-2022 as a result of the COVID-19 pandemic, had various consequences for society in Argentina, mainly with respect to health and indirectly in economic matters, resulting in a social crisis with situations of widespread insolvency in the population, as a result of the necessary measures aimed at preserving the health of the people. In this context, questions arose regarding the validity of the Argentine bankruptcy system, the Bankruptcy Law, and about the need to modify the legal text: Is our bankruptcy legislation a sufficient remedy to address the urgent economic needs of the population, in the face of the break in the payment chain?, is our bankruptcy system prepared for another global crisis like the one experienced during the pandemic? These questions will be answered in this work, or at least reasonably addressed in order to consider various hypotheses that allow us to understand the importance of the matter and propose possible solutions to circumstances of human and business insolvency from now on.

Palabras clave

Concurso preventivo. Pandemia. Reformas a la ley 24.522.

Keywords

Preventive bankruptcy. Pandemic. Reforms to Law 24,522.

Introducción

El Derecho Concursal, como herramienta jurídica destinada al saneamiento de los patrimonios que se encuentran en estado de impotencia económica, donde el cumplimiento de las obligaciones se torna imposible, generando el quiebre en la cadena de pagos a los acreedores, se encuentra en constante movimiento, adaptándose a los contextos económicos adversos que son fuente indudable de esta rama del Derecho. En efecto, se trata de un instrumento legal que evoluciona a partir de las experiencias sociales, de las enseñanzas que dejan éstas y también de los errores del pasado.

Esta investigación tiene por objeto indagar en las eventuales soluciones para dicha problemática y considerar con qué medios cuenta el sistema concursal argentino para acercar a aquellos que se encuentran en estado de insolvencia, o están rumbo a ello, a una situación de mayor estabilidad, generando un terreno con mejores posibilidades sin que su único destino sea la quiebra y la liquidación de su patrimonio.

El abordaje de esta problemática se presenta a partir de tres puntos de vista, buscando en primer lugar contextualizar las experiencias y los escenarios planteados e intentados tanto en Argentina, principalmente, como en el resto del mundo y los proyectos surgidos en el ámbito legislativo. En segundo lugar, revelar las novedosas soluciones tecnológicas aplicadas al servicio de justicia en los procesos propios de la insolvencia y los cambios de paradigma en materia de comunicaciones, sin soslayar el rol de la justicia y sus auxiliares en este camino. Por último, tomando como base la normativa de la ley vigente, exponer las posibles soluciones propuestas por la doctrina para el futuro del sistema concursal argentino, y su aplicabilidad.

1. Marco regulatorio ante la crisis económica en la emergencia

El mundo, atravesado por una situación sanitaria crítica y la incertidumbre que ésta aparejó, afrontó ese escenario de diferentes maneras en el aspecto económico y de la insolvencia. Si bien en materia sanitaria los países fueron efectivos en las medidas adoptadas para hacer frente al avance del coronavirus, previniendo un mayor número de fallecidos, o bien frenando la ola de contagios, ante la emergencia económica, y

particularmente en lo relativo a los pasivos de las personas y las limitaciones propias de la situación para desenvolverse en sus negocios y obligaciones contraídas, se vieron soluciones de diversa índole y eficacia, siendo en algunos casos más expeditivos, y no así en otros tantos.

Es cierto que la crisis no ha sido igual en todos los países, aquellos que para marzo de 2020 contaban con economías más sólidas se encontraban con mayores facilidades para contrarrestar rápidamente sus consecuencias, siendo más dificultoso en aquellos con una situación económica más endeble².

En Argentina la situación sanitaria se trató mediante una serie de decretos de necesidad y urgencia. En primer lugar, ampliando la emergencia pública establecida en 2019 por la ley 27.541, incorporando la emergencia en materia sanitaria en virtud de la pandemia por coronavirus COVID-19, prolongando el plazo por un año a partir de su entrada en vigencia. No obstante, esta norma fue modificada en el mes de agosto de 2020 por medio de la ley 27.562, destinada a la ampliación del régimen de moratoria para la regularización de obligaciones tributarias, de seguridad social y aduanera con el objeto de paliar los efectos de la pandemia. Luego, el decreto 297/2020 dispuso la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, estableciendo sanciones a quienes realizaren actividades fuera de su residencia, tales como ir a trabajar o circular en espacios públicos, entre otros. Dicha conducta resultaba contraria a la ley y susceptible de encuadrar en una acción típica del Código Penal, exceptuando a aquellas personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia.

En ese contexto, con el objeto de establecer un marco legal, existieron diversos proyectos de ley³ presentados en el Congreso de la Nación, entre ellos el único proyecto con media sanción, denominado “Ley de sostenimiento de la actividad económica en el marco de

² LORENTE, J. A., “Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis”, Tirant, Colombia, 2020, p. 508.

³ Presidencia del Senado de la Nación, Buenos Aires, 15-10-2020, 1771-D-2020, en HCDN, <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP-2020/1771-D-2020%20Y%20OTROS.pdf>, visitado el 12-11-2023.

la emergencia sanitaria pública coronavirus –COVID-19–, emergencia para procesos de concursos preventivos y quiebras”, que entre otras cuestiones propuso: declarar la emergencia de los sujetos comprendidos en procesos de concursos preventivos y acuerdos extrajudiciales, como aquellos comprendidos en concursos preventivos y trámites de quiebra, iniciados desde la declaración de emergencia; suspender el cómputo de plazos procesales para todos los procesos regidos por la ley 24.522; establecer que las cuotas impagas se tornaren exigibles a partir del día que cesara el estado de emergencia, etcétera. Resulta destacable del proyecto que en los casos de procesos donde se encuentran involucradas personas humanas que no desarrollen actividad comercial ni empresaria y que carecen de actividad económica organizada se le otorga la facultad al juez del concurso de adoptar las medidas conducentes a la rehabilitación de la persona humana y protección de su dignidad y de su grupo familiar. Se trata de una cuestión novedosa que venía a reivindicar la esencia del proceso concursal, demostrando que existieron proyectos acordes, los cuales no prosperaron en el Congreso.

Si bien los proyectos fueron necesarios, éstos no llegaron a ser texto vigente, siendo un aspecto deficitario en el abordaje de la pandemia y de sus efectos: “...el intento por atemperar una crisis que se presume la mayor que pueda registrar la historia de la Nación hasta el momento se circunscribe a determinados sujetos concursales, dejando fuera la casi totalidad del resto de las relaciones negociales. Y aun en los concursos, las medidas que se presuponen de emergencia tampoco son del todo eficientes”⁴.

Esto deja en claro que para un sector de la doctrina especializada las expectativas previas fueron más altas que las chances reales de implementar una reforma acorde a las necesidades de la sociedad. No menos cierto es que los proyectos existieron pero los mismos no cumplieron con las necesidades de la agenda política de ese momento.

Cabe mencionar que la postura de la doctrina no fue uniforme en ese sentido, en cuanto al tipo de reformas necesarias a la legislación

⁴ VAISER, L., “Un proyecto de ley tardío, fallido casi inocuo”, en Microjuris, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/09/09/doctrina-un-proyecto-de-ley-tardio-fallido-casi-inocuo/>, del 8-9-2020, visitado el 10-11-2023, ps. 4 y 5.

concursal para afrontar los efectos derivados de la pandemia, y de las crisis económicas en general, que cíclicamente enfrenta nuestro país.

En España se adoptaron en diferentes ámbitos normas temporales y excepcionales⁵, dirigidas a reducir los efectos derivados de la situación de emergencia. Las mismas han tenido que coordinarse con el resto de las previsiones de la legislación concursal ordinaria⁶, incluyendo disposiciones de carácter sanitario; seguridad laboral para jueces, funcionarios y litigantes; la necesaria digitalización de los sistemas procesales; la readecuación de los plazos; y medidas de emergencia en materia societaria y concursal⁷. Este proceso reformador, que resultó en la sanción de la Ley 16/2022, tuvo en miras la simplificación de los procesos concursales, tanto para grandes como para microempresas, propiciando un terreno de facilidades destinadas a la reestructuración patrimonial, como para el financiamiento orientado al cumplimiento de los acuerdos, con la posibilidad de obtener ciertas exenciones fiscales.

En Alemania el Parlamento aprobó una “Ley para suspender temporalmente la obligación de solicitar la declaración de insolvencia y limitar la responsabilidad de los administradores en caso de insolvencia causada por la pandemia de COVID-19” (*Insolvenzaussetzungsgesetz COVInsAG*). La misma buscaba mitigar sus consecuencias en el Derecho Civil, Penal y de la Insolvencia⁸, con el objeto de proteger a las empresas que se encontraban en dificultades financieras originadas en la pandemia. Dicha norma se aplicó retroactivamente al 1º de marzo de 2020, y comenzaba tratando los principales aspectos relativos al Derecho Concursal, entre los que se destacó la suspensión temporal tanto de la obligación legal del deudor de declararse insolvente, como

⁵ Real Decreto-Ley 7/2020 de 12 de marzo, 8/2020 de 17 de marzo, y 16/2020 de 28 de abril, entre otros.

⁶ CAMPUZANO, A. B., “La legislación concursal española de emergencia derivada del COVID-19”, en *Revista Deconomi*, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial (Número Extraordinario), Facultad de Derecho, UBA, Año III, núm. 2, p. 156.

⁷ VÍTOLO, D. R., “Crisis empresaria mundial por COVID-19, ¿en qué están pensando otros países?”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 5.

⁸ Ver Gesetze, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_covinsag/englisch_covinsag.html.

del derecho del acreedor a solicitar la insolvencia por razones que se produjeran con posterioridad al 1º de marzo hasta el 30 de septiembre de 2020, con la posibilidad de una prórroga por decisión del Ministerio de Justicia y Protección del Consumidor. Para que fuera efectiva la suspensión, la Ley de Insolvencia COVID-19 exigía que las causales de la insolvencia sean una consecuencia de los efectos de la pandemia, siendo inaplicable en caso contrario.

Por su parte, en Colombia el gobierno decidió no modificar la legislación concursal ordinaria, y en su lugar emitió reglas excepcionales de Derecho temporal⁹ con procedimientos específicos y diversificados según la dimensión de las empresas y de los emprendimientos vinculados¹⁰. Las reformas incorporadas han sido aplicadas exclusivamente a los nuevos concursos y a aquellos iniciados con anterioridad a la sanción de los mencionados decretos¹¹, en este último caso siempre y cuando los deudores manifestaran en la solicitud del concurso o durante el proceso que se vieron afectados por la situación de emergencia. Es rescatable la innovación en algunos institutos incorporados al ámbito de los mecanismos recuperatorios que, si bien exceden en la aplicabilidad al proceso ordinario concursal, paralelamente lo toman como base legislativa. Se pueden mencionar entonces el proceso de reorganización empresarial abreviada y la negociación de emergencia de acuerdo de reorganización (NEAR), ambos dirigidos a los mismos sujetos, aunque el último refiere a los afectados por la causa de la emergencia. Existe un consenso generalizado sobre las innegables ventajas que tuvo la legislación de emergencia en Colombia, a pesar de haber perdido vigencia casi en su totalidad¹². Tal es así que en su momento se desarrollaron extensos debates en el Congreso de la República sobre la permanencia de las medidas dispuestas.

De esta manera se puede apreciar la diversidad de las decisiones tomadas, en torno a una misma problemática global, desde la óptica

⁹ Ley 2277 de 2022.

¹⁰ VÍTOLO, op. cit., p. 8.

¹¹ Decretos 560 y 772 de 2020.

¹² La ley 2277 del 2022 dispuso que los decretos legislativos 560 y 772 de 2020 y sus decretos reglamentarios tengan vigencia hasta el 31 de diciembre de 2023, con excepción de algunos artículos en particular.

de las necesidades de cada país y sus gobiernos. En algunos casos sin modificar la Ley Concursal (China y Estados Unidos)¹³, tomando medidas transitorias o de emergencia (Colombia y Alemania) y en otros realizando reformas considerables, tomando la enseñanza de este momento histórico con miras de prevenir ese tipo de crisis en el futuro (España).

2. Soluciones en la práctica

La falta de soluciones de índole legislativo, ubicada principalmente en el fracaso de los proyectos de ley en el Congreso, y en contrapunto con el análisis realizado del Derecho Comparado, demostró que la doctrina nacional y algunos representantes legislativos estuvieron a la altura de lo que requería el momento, la urgencia y la necesidad propias una crisis sanitaria y económica. Paralelamente, las soluciones de la jurisprudencia y el criterio de muchos jueces resultaron fundamentales a la hora de interpretar y aplicar las leyes vigentes a la excepcionalidad propia de ese tipo de contexto.

Si bien en un primer momento la actividad en los juzgados se paralizó, rápidamente con la implementación de herramientas tecnológicas y las comunicaciones remotas se encontraron respuestas y soluciones desde ese lugar. La justicia argentina fue incorporando algunos de los beneficios propios de los avances en materia de tecnologías de la información y la comunicación que tuvieron lugar en la última década, promoviendo su aplicación a los procesos judiciales, precipitando un proceso que inició en el año 2001 con la Ley de Firma Digital. Idéntica situación se dio en la Provincia de Santa Fe en el marco del proceso de informatización del Poder Judicial, que tuvo como resultado la implementación del sistema denominado “SISFE” en los distintos órganos jurisdiccionales y dependencias judiciales. La totalidad de los juzgados y tribunales que componen la primera y segunda instancias en las materias Civil y Comercial, Laboral, de Familia, Extracontractual, de Circuito, Menores y Contencioso Administrativo, sumados a

¹³ HESSLER, U., “Coronavirus: así luchan las cuatro mayores economías del mundo para que sus empresas no vayan a quiebra”, en Deutsche Welle en español, <https://p.dw.com/p/3gP1Z>, del 7-8-2020, visitado el 30-10-2023.

la Corte Suprema de Justicia de la provincia, los Registros Públicos y Mesas de Entradas Únicas de expedientes, se encuentran desde entonces operando con un mismo sistema, haciendo una cuestión que hasta ese momento había sido tímidamente encauzada una realidad tangible. Y no fue ajena a los procesos concursales, donde uno de los aspectos más destacados en esta materia fue la implementación del instituto denominado verificación no presencial (VNP de aquí en más), que surgió ante la imposibilidad de cumplirse en modo presencial y ante el síndico (tal como lo expresa el art. 32, Ley de Concursos y Quiebras [LCQ]), como consecuencia de las medidas sanitarias y las restricciones a la circulación. En este sentido, existe un caso paradigmático, el concurso preventivo del grupo agroindustrial Vicentin SAIC¹⁴, que tomó relevancia tanto por la magnitud de la empresa involucrada como por el momento en el que tuvo lugar. Este concurso representa en materia de VNP un verdadero *leading case*, iniciando así el camino de la digitalización de la etapa informativa del concurso preventivo¹⁵. Si bien la verificación se convirtió en no presencial, toda la documentación original deberá estar a disposición de la Sindicatura y del juzgado, recayendo en cada acreedor la obligación de presentarlo en original por ante el síndico y/o juez ante su simple requerimiento¹⁶. Ésa fue la solución adoptada el 18 de agosto del 2020, en autos “Berries del Plata SA s/Concurso preventivo”, en cuyo punto IV del resolutorio el a quo resolvió que los pedidos verificatorios sean enviados a una dirección de correo electrónico, debiendo cumplimentar todos los requisitos del artículo 32 de la LCQ y que fuera informada por la sin-

¹⁴ JCCom. 2ª Nom. de Reconquista, 12-5-2020, autos “Vicentin SAIC s/Concurso preventivo”, resolución 145, Fº 5, t. 46; MJJ127174.

¹⁵ MICELLI, M.ª I., “Las verificaciones no presenciales. Una herramienta concursal necesaria en tiempos de pandemia”, en Microjuris, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/09/30/doctrina-las-verificaciones-no-presenciales-una-herramienta-concursal-necesaria-en-tiempos-de-pandemia/>, del 29-9-2020, p. 2, MJ-DOC-15558-AR, MJJ15558.

¹⁶ ROGGERO, F. y TORRE, A., “Verificaciones no presenciales (VNP) en tiempos de COVID: un procedimiento novedoso que merece celebrarse”, en Abogados, <https://abogados.com.ar/verificaciones-no-presenciales-vnp-en-tiempos-de-covid-un-procedimiento-novedoso-que-merece-celebrarse/26096>, del 11-6-2020, visitado el 12-11-2023.

dicatura dentro del propio expediente¹⁷. En cambio, en “Sapori e Tradizioni SRL s/Quiebra”, en fecha 24 de septiembre del 2020, al referirse a la insinuación tempestiva, el juez resolvió formar un incidente especial destinado a servir como receptor de solicitudes de verificación que se vinculó exclusivamente a la Sindicatura y a los acreedores que contaran con asistencia letrada, a los acreedores que carecían de patrocinio se les permitió insinuar el crédito vía email, constituido por la Sindicatura y con el requisito excluyente de verificación de firma como forma de acreditar su identidad¹⁸.

La diversidad de mecanismos implementados demostró en cada uno de los casos la efectividad y agilización del proceso concursal, dejando en evidencia que no resulta necesario que exista un solo sistema de verificación de créditos, como así también que no necesariamente éste debe ser rígido y único para todos los concursos. Por el contrario, la LCQ merece una reforma integral en lo que respecta a las verificaciones de los créditos, que contemple la posibilidad de que los jueces y síndicos tengan la facultad de crear un proceso de verificación acorde a las particularidades que presente cada caso¹⁹.

Otro de los institutos propios del concurso preventivo, originados en la ley 24.522, que mutó transitoriamente para encontrarse acorde a las necesidades de la población, fue la prórroga del período de exclusividad.

Existió parte de la doctrina y jurisprudencia que entendió el deber de prorrogar este período de exclusividad, por considerar que, de lo contrario, muchos de aquellos procesos hubiesen fracasado en dicha instancia, aconteciendo, consecuentemente, la quiebra²⁰. Como antecedente directo, en un precedente fundamental del año 2003, que sentó las bases interpretativas para el ejercicio de la jurisdicción en este tipo de contextos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación realizó una

¹⁷ JNCom. N° 1, Secretaría N° 2, autos caratulados “Berries del Plata SA s/Concurso preventivo”, expte. 30.528/2019.

¹⁸ JNCom. N° 10, Secretaría N° 20, autos caratulados “Sapori e Tradizioni SRL s/Quiebra”, expte. 3875/2019.

¹⁹ PALESTINI, A., “Impacto del COVID-19 en el proceso de verificación de créditos”, en *Revista Argentina de Derecho Concursal*, núm. 32, del 12-8-2022.

²⁰ GERBAUDO, G. E., “Pensar el Derecho Concursal frente a la pandemia por COVID-19”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1731/2020, del 10-6-2020, p. 7.

interpretación de la normativa para los casos de procesos concursales en situaciones generalizadas de emergencia, disponiendo la suspensión del período de exclusividad²¹. De esa manera nuestro máximo tribunal consideró que la flexibilización de la norma concursal ante situaciones excepcionales permite evitar un daño mayor que se ocasionaría con la declaración de quiebra. En ese orden de ideas, y ante las medidas dispuestas por el Gobierno Nacional, sobre todo respecto del ASPO, que consecuentemente paralizaron gran parte de las actividades económicas y que provocaron un menoscabo a los ingresos de las personas que se encontraban abarcadas por estas medidas, se presentó la posibilidad de prorrogar los períodos de exclusividad por 180 días, resultando ello una medida necesaria aplicable a los diversos procesos concursales que se encontraban en curso. Ello toda vez que resultaba de cumplimiento imposible para el concursado concretar las negociaciones con sus acreedores y formalizar las propuestas que exige la norma en los plazos que ésta prevé²².

En ese sentido, existe numerosa jurisprudencia que entendió a la prórroga del período de exclusividad como una herramienta adecuada “para proteger los intereses involucrados en este proceso y evitar así un posible decreto de falencia, con las consecuencias que ello traería aparejado para el concursado, sus acreedores y la economía general”²³. En “Vicentin SAIC s/Concurso preventivo”²⁴, ante la magnitud de ese proceso concursal y de todos los actores involucrados en su desarrollo, se tuvo en cuenta una serie de factores a la hora de considerar la prórroga del plazo máximo de la ley. En una de sus resoluciones²⁵, el magistrado a cargo explicó en los considerandos los fundamentos que motivan la aplicación de esta eventual circunstancia, partiendo de la base de que se trata de un privilegio temporal otorgado por la ley para que el deudor reorganice su pasivo y se reencuentre con los acreedores,

²¹ CSJN, 25-2-2003, autos “Supercanal Holding SA s/Concurso preventivo”.

²² GERBAUDO, op. cit., p. 7.

²³ CNCom., sala B, 16-10-2020, autos “Diego Deportes SA s/Concurso preventivo”.

²⁴ JCCom. 2º Nom. de Reconquista, autos “Vicentin SAIC s/Concurso preventivo”, resolución del 24-8-2021.

²⁵ JCCom. 2º Nom. de Reconquista, autos “Vicentin SAIC s/Concurso preventivo”, resolución del 24-8-2021.

siempre en pos de sanear los vínculos afectados por la presentación al concurso. En esa línea, revivió el debate doctrinal y jurisprudencial diciendo: “Una de las pautas rectoras para dirimir esta disyuntiva ha sido el interés común entre los acreedores y el deudor. Ello ha dado lugar a una importante casuística, tanto para su admisión como para el rechazo”²⁶.

Consideramos necesario, por lo tanto, distinguir el principio de preteritoriedad de los plazos (art. 273, inc. 1º, LCQ), de su prorrogabilidad, fundado en razones fácticas y jurídicas debidamente explicitadas (art. 3º, CCC)²⁷. En el concurso del Grupo Guardati Torti el magistrado tuvo en consideración la opinión de la doctrina concursalista: “el artículo 43 de la ley 24.522 dispone los plazos máximos para el período de exclusividad. Sin perjuicio de ello, parte de la doctrina entiende posible la extensión del mismo más allá de lo receptado, siempre teniendo presente que el apartamiento de la norma debe reunir características de excepcionalidad e interpretación restrictiva”²⁸.

Por otro lado, el caso “Empresa San José SA s/Concurso preventivo” tuvo como deudor concursado a una empresa dedicada al transporte de pasajeros, rubro de los más afectados por el aislamiento y las limitaciones en la actividad. Este proceso tuvo la particularidad de una empresa concursada que solicitó de manera subsidiaria, en atención a la situación de las empresas de transporte que estuvieron sin poder prestar servicios por aproximadamente nueve meses, la posibilidad de “concurzar el concurso”, esto es, incluir los pasivos posconcursoales, junto con la suspensión y prórroga del período de exclusividad que permitiría proceder a la reestructuración de pasivos. Una estrategia a

²⁶ CNCom., sala E, 19-4-2004, “Nueva Farmacia del Fósforo s/Concurso preventivo”; CCCom. de Tucumán, sala III, “Frigorífico Velardez s/Concurso”, *La Ley NOA* 2005-605; CNCom., sala C, 12-9-2003, “Remediar SA s/Quiebra”, *La Ley* 2004-C-885, entre otros. Citado en JCCom. 2º Nom. de Reconquista, autos “Vicentin SAIC s/Concurso preventivo”, resolución del 24-8-2021.

²⁷ JCCom. 2º Nom. de Reconquista, autos “Vicentin SAIC s/Concurso preventivo”, resolución del 24-8-2021.

²⁸ RIVERA, J. C.; ROITMAN, H. y VÍTOLO, D. R., “Ley de Concursos y Quiebras”, 4ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. II, p. 264, citado en JCCom. 3º Nom. de Rosario, 25-11-2021, autos “Guardati Torti SA s/Concurso preventivo”, t. 139, f. 314, resolución 792.

priori novedosa por parte de la concursada, solicitando la aplicación de institutos propios del concurso preventivo a uno ya en trámite, junto a una extensión de un año del período de exclusividad²⁹. El juez interviniente, al exponer sobre ese requerimiento, dejó en claro que “la posibilidad de extender pretorianamente los efectos de la concursalidad más allá de las previsiones legales resulta una situación de suyo excepcional, sólo considerable en el marco de una carencia absoluta de alternativas razonables”. Asimismo, la LCQ, en el artículo 59, limita la sucesión de concursos posibles, aunque en torno al contexto agregó: “...podrá decirse que esta disposición fue pensada para tiempos de normalidad, pero que en la hora actual resulta un arnés insostenible”³⁰. Tomando en cuenta lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto a que las sentencias deben expresarse conforme a las circunstancias fácticas y jurídicas existentes en el momento, de los cambios sustanciales en dichas circunstancias en relación con el momento de plantearlas, y las proyecciones sobre la actividad de la concursada, se decidió desestimar la posibilidad del reconvencimiento³¹. Se trata de dos herramientas que contemplan situaciones absolutamente diferentes habida cuenta que la primera supone incluir los pasivos posconcursoales en la negociación del acuerdo preventivo que se encuentra homologado³², y la segunda implica una renegociación del concurso en trámite cuyo acuerdo aún no fue homologado, lo que provocaría una prórroga del período de exclusividad³³. Por otra parte, alude el magistrado que este tipo de suspensión contraría el principio procesal consagrado en el artículo 273 de la LCQ, que reza: “Todos los términos son perentorios”, sumado a la responsabilidad del juez por la prolongación del trámite. Finalmente, el magistrado concedió

²⁹ MICELLI, M.^a I., “El reconvencimiento del concurso preventivo. El lecho de Procusto”, en *La Ley Litoral* 2021 (noviembre), vol. 6, p. 9.

³⁰ JCCom. N° 9 de Paraná, autos “Empresa San José s/Pedido de concurso preventivo s/Concurso preventivo”, resolución del 25-8-2021, consids. 3° y 4°.

³¹ JCCom. N° 9 de Paraná, “Empresa San José s/Pedido de concurso preventivo s/Concurso preventivo”, resolución del 25-8-2021, consid. 11.

³² MICELLI, op. cit., p. 9.

³³ TRUFFAT, D., “Algunas líneas sobre el concurso del concurso”, en Abogados, <https://abogados.com.ar/index.php/algunas-lineas-sobre-el-concurso-del-concurso/29357>, del 4-11-2021, visitado el 9-11-2023.

la prórroga del período de exclusividad requerida, por el plazo de doce meses, siendo éste un criterio que se volvió corriente en tiempos de pandemia: “...es claro que no puede tomarse a la ley como el lecho de Procusto, para ajustar la realidad a sus premisas, pero tampoco se la puede adecuar sin la verificación de situaciones que exijan su ajustamiento en justicia y equidad en un acto prudencial concreto”³⁴.

3. La doctrina y las reformas del régimen concursal. Presente y futuro

A propósito de las eventuales maneras de sentar las bases para un régimen jurídico superador, originado en un contexto sistémico de crisis, como el que envuelve al objeto de este trabajo, el profesor Adolfo Rouillon ofrece un puntapié inicial en forma de pregunta: “¿Conviene aprovechar algunas lecciones de crisis pasadas que, aunque diferentes en su origen y extensión, tuvieron rasgos sistémicos como la actual?”³⁵ Ante este tipo de preguntas resulta insoslayable que en este punto no existen fórmulas infalibles o verdades absolutas al respecto, sino un abanico de enfoques y propuestas destinados a dejar de repetir soluciones insuficientes que confunden practicidad con buenas intenciones legislativas. Dando así lugar a preguntarnos: “...a la Ley de Concursos y Quiebras ¿se le puede pedir un nuevo esfuerzo?, y en su caso, ¿cuál?”³⁶

En general, la doctrina nacional se mostró conteste al criterio según el cual las normas de Derecho Concursal vigentes resultaron ineficaces para evitar la insolvencia o tratar oportunamente los indicios de ésta, que concurren en la realidad cotidiana de los sujetos que intervienen en la economía, y que lo hicieron en tiempos de apremio en materia económica y sanitaria. Dice Richard: “...lo que era excepcional se con-

³⁴ JCom. N° 9 de Paraná, “Empresa San José s/Pedido de concurso preventivo s/Concurso preventivo”, resolución del 25-8-2021, consid. 4°, cit. en MICELLI, op. cit., p. 10.

³⁵ ROUILLON, A. A. N., “El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial”, en *La Ley*, Año LXXXIV, núm. 106, del 9-6-2020, p. 2.

³⁶ ANTONELLI MICHUDIS, G., “El día después de la emergencia. Una oportunidad para el Derecho Concursal”, en *Revista Deonomi*, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial (Número Extraordinario), Facultad de Derecho, UBA, Año III, núm. 3, p. 13.

virtió en generalidad, facilitando en muchos casos la acción depredadora de los concursados en perjuicio de la empresa, los trabajadores y los acreedores, como sujetos pasivos de acuerdos concursales de quitas y esperas que lindan la expropiación, generando el riesgo de producir una cadena de cesaciones de pagos de los acreedores de un concursado...”³⁷ Vítolo propuso la sanción de un “verdadero Código de Bancarrotas”, el cual estaría dividido en tres tipos de procesos concursales: el primero referido al régimen de las pequeñas y medianas empresas, como también a las personas humanas que desarrollen una actividad económica con estructura empresarial; el segundo con un plexo normativo complejo aplicable a las grandes empresas; y por último un sistema dedicado a las personas humanas, que no desarrollen una actividad organizada como empresa, quedando comprendidas las deudas de consumo³⁸. Para Pereyra, “la solución más adecuada frente a la crisis de la insolvencia será la aplicación de una nueva Ley de Concursos y Quiebras”³⁹.

Otros autores creen que tal vez no sea necesario el cambio completo del texto legal, sino que buscan alternativas que complementen el texto vigente, haciéndolo extensivo a las situaciones de crisis en general. El grupo de juristas denominado “El Arca”⁴⁰ (Truffat, Vaiser, Favier Dubois, García, Junyent Bas, entre tantos/as otros y otras), entre otros proyectos, redactaron uno para una ley especial que sea complementaria de la 24.522, y que se integra por dos secciones: la primera abarca tres procesos simplificados y un último apartado dedicado a normas transitorias de emergencia, en tanto la segunda sección plantea una serie de reformas al régimen del concurso preventivo. “Si bien es cierto

³⁷ RICHARD, E. H., “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2010, p. 30.

³⁸ VÍTOLO, D. R., “La reforma de la Ley de Quiebras en la pospandemia y la necesidad de sancionar un Código de Bancarrotas, a 25 años de vigencia de la ley 24.522”, en Errepar, <https://blog.errepar.com/reforma-quiebras-pospandemia/>, del 4-8-2020, visitado el 5-11-2023.

³⁹ PEREYRA, A. S., “Por una nueva y útil Ley de Concursos y Quiebras donde cada deudor tenga la solución adecuada a su crisis de la insolvencia y a su realidad económica”, en El Arca, <https://elarcapress.files.wordpress.com/2020/05/por-una-nueva-y-c39atil-ley-de-concursos-y-quiebras-1.pdf>, visitado el 10-11-2023.

⁴⁰ En El Arca, <https://elarcapress.wordpress.com/>.

que las soluciones para la gran escala cubren rápidamente las necesidades de una parte mayor de la economía en general, lo cierto es que, visto desde la política legislativa, la menor escala –que no necesariamente es menor complejidad– abarca a la mayor parte del abanico social”⁴¹. Para Antonelli Michudis, se vuelve a plantear la necesidad de realizar reformas a la Ley Concursal, considerando que la normativa vigente dio todo lo que tenía para dar, y aquí se presenta el dilema entre incorporar normas de emergencia, como ya ocurrió en otras ocasiones, o si, en cambio, es momento de analizar una reforma integral del texto legal. La autora contempla, ante la crisis, aquella dicotomía entre la eventualidad de ésta y la viabilidad de un emprendimiento, expresando: “...que la industria del espectáculo sea menos rentable que la de fabricación de indumentaria médica sólo es consecuencia de un evento desafortunado. Y respecto de ello, nada podrá modificar la Ley de Concursos [...] Si se espera que ella resulte una herramienta útil y moderna para tiempos venideros, pero no tendrá incidencia decisiva, cualquiera sea su redacción final, para alterar el destino de empresas inviables”⁴². Botteri (h), ante la necesidad de soluciones novedosas, expresó: “...quizás se pueda modificar nuestra Ley de Concursos y Quiebras pensando en algo mejor que seguir probando con remedios cuyos resultados ya se han vistos reflejados en la ley y que son conocidos”⁴³.

En general, los autores no están de acuerdo con el régimen actual y sus herramientas al servicio de la última crisis conocida globalmente que fue la ocasionada por la pandemia de COVID-19. Frente a esto, la doctrina elaboró un sinnúmero de propuestas y soluciones, muchas de ellas fuera del esquema normativo actual de la ley 24.522, algunas fueron actuales en su momento y otras tantas que consideran que deben

⁴¹ MALLO, R., “Propuestas desde El Arca para el régimen de los concursos y para la insolvencia en la emergencia”, en *Revista Deconomi*, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial, Facultad de Derecho, UBA, Año IV, núm. 11, abril de 2021, p. 82.

⁴² ANTONELLI MICHUDIS, op. cit., p. 18.

⁴³ BOTTERI (h), J. D., “Pandemia COVID-19 y Derecho Concursal. ¿Qué puede mejorarse de la ley 24.522 para superar la crisis?”, en LÓPEZ MESA, M., *La reconstrucción del Derecho argentino pos crisis*, IJ Editores, Buenos Aires, 2020, p. 2.

ser modificadas en sus efectos a lo normado en el precepto legal. Para Figuerola y Vaiser, una buena herramienta para acompañar y alivianar el camino de la crisis económica sería la implementación de una ley general de moratorias, un instituto harto familiar en materia fiscal y previsional. Esta herramienta se encuentra regulada en la Ley 27.562 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la Emergencia Pública, que permitió a los sujetos comprendidos en la misma acceder a ese mecanismo durante la pandemia. Para esta parte de la doctrina concursal significó una herramienta válida y necesaria a la hora de repensar una Ley Concursal, tomando como posibilidad su incorporación a la misma.

Un tema que desde hace mucho tiempo se encuentra en debate en los Congresos de Derecho Concursal⁴⁴, universidades y en todos los ámbitos académicos que versan sobre la materia es el régimen para el sobreendeudamiento de los consumidores. Bresca considera que el procedimiento actual no es contemplativo de las familias, de los trabajadores autónomos, personas que trabajan en relación de dependencia y consumidores, resaltando la importancia de equiparar a todas las personas como eventuales deudores y acreedores de manera simultánea: “Estamos ante un juego de dominó, donde se cae una ficha y se caen todas”⁴⁵. Es evidente la necesidad de regular, ante la carga excesiva de los tribunales y la situación de vulnerabilidad constante de los consumidores, un proceso propio para aquellos activos insuficientes o nulos, simplificado, que valore el esfuerzo del deudor y que permita ejercer la tutela de los derechos que le asisten como tal⁴⁶.

Dentro del proyecto de ley de “El Arca”⁴⁷ se incorpora un novedoso

⁴⁴ DE CESARIS, M.^a C., “Nuevamente sobre la crisis de la economía familiar y la respuesta del Derecho Concursal: negociación, liquidación...”, en *Revista Deconomi*, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial (Número Extraordinario), Facultad de Derecho, UBA, Año III, núm. 3, p. 82.

⁴⁵ BRESKA, K. A., “La pandemia y las deudas de las personas humanas. ¿El concurso es la solución?”, en *elDial*, www.elDial.com, DC2C7F, del 20-10-2020, p. 2.

⁴⁶ GARCÍA, S. M., “Volver a empezar... sin el peso de las deudas”, en *Revista Deconomi*, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial (Número Extraordinario), Facultad de Derecho, UBA, Año III, núm. 3, p. 97.

⁴⁷ En El Arca, <https://elarcapress.wordpress.com/proyecto-ley-de-sostenimiento-de-la-actividad-economica/>.

apartado destinado al “saneamiento de deudas de consumo”⁴⁸ que tiene por finalidad negociar obligaciones nacidas en relaciones de consumo propias de la vida cotidiana de las familias, donde todos los integrantes consumen y se encuentran afectados por las consecuencias de la insolvencia, es decir, personas humanas sobreendeudadas ante un estado de necesidad. Se propone un proceso único para personas físicas que atraviesan crisis económicas que cuenten con patrimonios escasos, sin titularidad de bienes. El mismo podrá ser iniciado tanto por el deudor como por el acreedor, contando con una instancia de mediación previa a la etapa judicial que, en caso de no tener como resultado un acuerdo, quedará habilitada aquella instancia. La misma consistiría en una serie de audiencias donde el deudor podrá presentar una propuesta de pago consistente en quita y/o espera, que para ser aprobada debe contar con el apoyo de la mayoría absoluta de acreedores cuando representen dos terceras partes del pasivo. En caso de no lograr un acuerdo el juez tendrá facultades para imponerlo de manera obligatoria para las partes, pudiendo ser modificado atento a la mejoría en la situación del deudor.

4. Conclusión

Este trabajo propone indagar los modos de afrontar las dificultades económicas de las personas y empresas en momentos de crisis, sobre todo cuando somos un país que desafortunadamente suele encontrarse, por diversísimos factores (en este caso una pandemia), en situaciones de depresión económica y crisis social. La experiencia mostró que nuestro sistema concursal fue exitoso en el momento histórico para el que fue planeado y llevado a cabo, luego la realidad de nuestro país, siempre vertiginosa, hizo que el mismo quede desfasado, generando una vez más que la legislación corra desde atrás a los hechos.

Las soluciones pretorianas de la jurisprudencia y los criterios sentados en ella resultaron un elemento fundamental a la hora de interpretar y aplicar las leyes vigentes a la excepcionalidad propia de una crisis de ese tipo, y si bien se suspendió la actividad en los juzgados, rápidamente con la implementación de herramientas tecnológicas comenzaron a surgir respuestas.

⁴⁸ MALLO, op. cit., p. 86.

La ley se debe interpretar en pos del bien común, sin dejarse llevar por ritualismos extremos que contrarían a los principios del Derecho y de la vida en comunidad. Del análisis de la LCQ se puede concluir que el texto vigente contiene un sistema que desde la teoría resulta útil para la insolvencia en general, que puede ser aplicado tanto a las personas humanas como a las grandes empresas. Sin embargo, se está utilizando una idéntica herramienta, obviamente con sus matices, para tramitar un megaconcurso como el que transita Vicentin SAIC, que para el concurso de una persona que trabaja informalmente y ante la crisis económica está en riesgo constante de entrar en estado de cesación de pagos.

Sería útil una reforma en las modalidades de los procesos concursales, donde se haga hincapié en los acuerdos extrajudiciales, en las posibilidades del deudor, y se ofrezca una salida más veloz para los consumidores sobreendeudados, con plazos legales más breves. También, adoptar las posibilidades y facilidades que brinda la tecnología en el desarrollo de las diferentes etapas del proceso, adaptando en tal sentido los plazos legales; poner en consideración los diversos tipos de sujetos susceptibles de ingresar a un concurso y la innumerable cantidad de situaciones que los colocan en esa posición; sumar aspectos relativos a la volatilidad de la moneda y sus efectos en el concurso a través del factor inflacionario; poner a disposición de los deudores mayores opciones que surjan desde aspectos cuantitativos y cualitativos que definan sus categorías y, en base a ello, las posibilidades con las que cuentan a la hora de determinar cuál es la alternativa más adecuada para su situación; incorporar opciones crediticias coordinadas y supervisadas por la autoridad competente, que permitan mediante un proyecto consensuado y planificado con los involucrados garantizar cierto grado de liquidez para afrontar seriamente las obligaciones comprendidas en el concurso y las posteriores.

Si bien es cierto que la LCQ resultó una herramienta de mucha utilidad y funcionalidad a lo largo de su vigencia, la realidad actual hace concluir que la misma requiere una reforma que busque acondicionar su correcta estructura y metodología a las realidades de la sociedad actual.

Bibliografía

- ANTONELLI MICHUDIS, Gabriela, “El día después de la emergencia. Una oportunidad para el Derecho Concursal”, en Revista Deonomi, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial (Número Extraordinario), Facultad de Derecho, UBA, Año III (núm. 3).
- BARREIRO, Marcelo G., “La crisis del Derecho de la crisis”, Colombia, Legis, 2014.
- BORINSKY, Mariano y LEAL DE IBARRA, Javier, “La tecnología aplicada a la gestión judicial: génesis del expediente digital y la firma electrónica”, en Infobae, del 12-5-2020.
- BOTTERI (h), José David, “Pandemia COVID-19 y Derecho Concursal. ¿Qué puede mejorarse de la ley 24.522 para superar la crisis?”, en LÓPEZ MESA, Marcelo, *La reconstrucción del Derecho argentino pos crisis*, Buenos Aires, IJ Editores, 2020.
- BRESCA, Karina A., “La pandemia y las deudas de las personas humanas. ¿El concurso es la solución?”, en elDial, www.elDial.com, DC2C7F, del 20-10-2020.
- CAMPUZANO, Ana Belén, “La legislación concursal española de emergencia derivada del COVID-19”, en Revista Deonomi, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial (Número Extraordinario), Facultad de Derecho, UBA, Año III (núm. 2).
- CUENA CASAS, Matilde, “Reforma concursal y segunda oportunidad. ¿Avance o retroceso?”, en Blog Hay Derecho, del 14-2-2022.
- DE CESARIS, María Cristina, “Nuevamente sobre la crisis de la economía familiar y la respuesta del Derecho Concursal: negociación, liquidación...”, en Revista Deonomi, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial (Número Extraordinario), Facultad de Derecho, UBA, Año III (núm. 3).
- FELLNER, Alejandra, “E-justicia: la digitalización de los procesos en el ámbito judicial argentino”, en Revista Enfoques, Contabilidad y Auditoría (núm. 10), 2016.
- FRICK, Pablo D. y ANAYA, Gonzalo, “Manual de concursos, quiebras y otros procesos liquidatorios”, 1ª ed., Buenos Aires, Albremática, 2016.
- GARCÍA, Silvana Mabel, “Volver a empezar... sin el peso de las deudas”, en Revista Deonomi, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial (Número Extraordinario), Facultad de Derecho, UBA, Año III (núm. 3).

- GERBAUDO, Germán E., “Pensar el Derecho Concursal frente a la pandemia por COVID-19”, en La Ley Online, AR/DOC/1731/2020, del 10-6-2020.
- HESSLER, Uwe, “Coronavirus: así luchan las cuatro mayores economías del mundo para que sus empresas no vayan a quiebra”, en Deutsche Welle en español, <https://p.dw.com/p/3gP1Z>, del 7-8-2020, visitado el 30-10-2023.
- JUNYENT BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Ley de Concursos y Quiebras comentada”, Córdoba, Abeledo-Perrot, 2009, t. I.
- LORENTE, Javier Armando, “Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis”, Colombia, Tirant, 2020.
- MALLO, Rafael, “Propuestas desde El Arca para el régimen de los concursos y para la insolvencia en la emergencia”, en Revista Deonomi, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial, Facultad de Derecho, UBA, Año IV (núm. 11), abril de 2021.
- MICELLI, María Indiana, “El re concursamiento del concurso preventivo. El lecho de Procusto”, en La Ley Litoral 2021 (noviembre), vol. 6.
- “Las verificaciones no presenciales. Una herramienta concursal necesaria en tiempos de pandemia”, en Microjuris, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/09/30/doctrina-las-verificaciones-no-presenciales-una-herramienta-concursal-necesaria-en-tiempos-de-pandemia/>, del 29-9-2020, MJ-DOC-15558-AR, MJD15558.
- PALESTINI, Antonio, “Impacto del COVID-19 en el proceso de verificación de créditos”, en Revista Argentina de Derecho Concursal (núm. 32), del 12-8-2022.
- PEREYRA, Alicia Susana, “Por una nueva y útil Ley de Concursos y Quiebras donde cada deudor tenga la solución adecuada a su crisis de la insolvencia y a su realidad económica”, en El Arca, <https://elarcapress.files.wordpress.com/2020/05/por-una-nueva-y-c39atil-ley-de-concursos-y-quiebras-1.pdf>, visitado el 10-11-2023.
- RICHARD, Efraín Hugo, “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010.
- RIVERA, Julio César, “Derecho Concursal”, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. I.
- RIVERA, Julio César; ROITMAN, Horacio y VÍTOLO, Daniel Roque, “Ley de Concursos y Quiebras”, 4ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. II.

- RIVERA ANDRADE, Diana, “Esquemas concursales recuperatorios en la legislación colombiana pos-COVID-19”, en Revista Deonomi, Revista electrónica del Departamento de Derecho Económico y Empresarial, Facultad de Derecho, UBA, Año III (núm. 3).
- ROGGERO, Francisco y TORRE, Agustina, “Verificaciones no presenciales (VNP) en tiempos de COVID: un procedimiento novedoso que merece celebrarse”, en Abogados, <https://abogados.com.ar/verificaciones-no-presenciales-vnp-en-tiempos-de-covid-un-procedimiento-novedoso-que-merece-celebrarse/26096>, del 11-6-2020, visitado el 12-11-2023.
- ROUILLON, Adolfo A. N., “El primer pilar legal para enfrentar una pandemia de insolvencia empresarial”, en La Ley, Año LXXXIV (núm. 106), del 9-6-2020.
- “Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522. Complementaria del Código Civil y Comercial”, 17ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2015.
- TRUFFAT, Daniel, “Algunas líneas sobre el concurso del concurso”, en Abogados, <https://abogados.com.ar/index.php/algunas-lineas-sobre-el-concurso-del-concurso/29357>, del 4-11-2021, visitado el 9-11-2023.
- VAISER, Lidia, “Un proyecto de ley tardío, fallido casi inocuo”, en Microjuris, <https://aldiaargentina.microjuris.com/2020/09/09/doctrina-un-proyecto-de-ley-tardio-fallido-casi-inocuo/>, del 8-9-2020, visitado el 10-11-2023.
- VÍTOLO, Daniel Roque, “Crisis empresarial mundial por COVID-19, ¿en qué están pensando otros países?”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2020.
- “La reforma de la Ley de Quiebras en la pospandemia y la necesidad de sancionar un Código de Bancarrotas, a 25 años de vigencia de la ley 24.522”, en Errepar, <https://blog.errepar.com/reforma-quiebras-pospandemia/>, del 4-8-2020, visitado el 5-11-2023.

EL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN, LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA Y LA JUSTICIA

por HORACIO L. ALLENDE RUBINO¹

SUMARIO: I. Ambiente. 1. El ambiente sano en la cláusula constitucional ambiental. 2. La naturaleza de bien colectivo del ambiente conforme al artículo 41 de la Constitución Nacional. 3. El ambiente, donde vivirá y morirá el *homo*, y las normas de protección. II. Una salud (*one health*). 1. Salud. 2. Una salud. III. Despliegue de “una salud”. 1. La interconexión global. 2. Zoonosis. 3. Seguridad alimentaria. 4. Inocuidad alimentaria. 5. Resistencia antimicrobiana (RAM). 6. Ecosistema. IV. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

El derecho humano a un ambiente sano interacciona, en virtud de la requerida sanidad del mismo, con el derecho humano a la salud. Este último, a su vez, requiere que la salud humana sea considerada de manera holística, desde la perspectiva de la pertenencia del humano

¹ Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual de la 6ª Nominación de Rosario. Doctor en Derecho. Magíster en Sistemas Ambientales Humanos. Abogado especializado en Derecho Agrario. Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Profesor titular de Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor titular de Derecho Agrario en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor regular de Posgrado en la Especialización en Derecho de la Salud, dictado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Profesor regular de Posgrado en la Especialización en Ingeniería Ambiental dictado por la Facultad Regional Rosario de la Universidad Tecnológica Nacional. Profesor regular de Posgrado en la Maestría en Sistemas Ambientales Humanos, dictada por el CEI, UNR.

al ambiente y su relación con las demás especies. Una salud representa el cuidado del humano teniendo en cuenta los impactos de las zoonosis, la seguridad e inocuidad alimentarias, y la resistencia antimicrobiana, en clave de interconexión ecosistémica. La sanidad del ambiente, en cuanto bien jurídico protegido, está plasmada en el artículo 41 de la Constitución Nacional. Se trata de un bien jurídico de incidencia colectiva, integrado por diversos elementos. Constituye un elemento esencial para la existencia física, intelectual y cultural del humano. La salud se conforma en la manera mediante la cual el humano vive en equilibrio estable con el ambiente y así logra estar plenamente integrado en él. Para comprender el concepto de salud debemos tener una mirada holística, intersectorial y transdisciplinaria, trabajando por la unificación del estudio de la salud de los animales humanos y los no humanos, insertados indisolublemente en el ambiente. El enfoque de “una salud” tiene relevancia con relación al control de zoonosis, la lucha contra la resistencia a los antibióticos (RAM), la seguridad alimentaria y como denominador común el ecosistema; las actividades agrícolas-ganaderas no deben limitarse a su faz productiva, deben contemplar la inocuidad alimentaria, que integra el concepto de seguridad alimentaria.

Abstract

The Human Right to a healthy environment interacts, by virtue of its required health, with the Human Right to Health. The latter, in turn, requires that human health be considered holistically, from the perspective of the human belonging to the environment and its relationship with other species. One health represents human care taking into account the impacts of zoonoses, food safety and security, and antimicrobial resistance, in terms of ecosystem interconnection. The health of the environment, as a protected legal good, is reflected in article 41 of the National Constitution. It is a legal good of collective impact, made up of various elements. It constitutes an essential element for the physical, intellectual and cultural existence of humans. Health is shaped by the way in which humans live in stable balance with the environment and thus manage to be fully integrated into it. To understand the concept of health we must have a holistic, intersectoral and transdisciplinary view, working towards the unification of the study

of the health of human and non-human animals, inextricably inserted in the environment. The “One Health” approach is relevant in relation to the control of zoonoses, the fight against antibiotic resistance (AMR), food security and, as a common denominator, the ecosystem; Agricultural and livestock activities should not be limited to their productive side, they must consider food safety, which integrates the concept of food security.

Palabras clave

Ambiente y salud. Ecosistema.

Keywords

Environment and Health. Ecosystem.

I. Ambiente

1. El ambiente sano en la cláusula constitucional ambiental

La protección constitucional otorgada al ambiente en el artículo 41 de nuestra Carta Magna², en tanto bien colectivo o de incidencia colectiva, genera el derecho humano a un ambiente sano y apto para el desarrollo.

El concepto constitucional de ambiente se halla adjetivado por la calidad de “sano”: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente *sano*, equilibrado, apto para el desarrollo humano...”

² El artículo 41 de la CN dispone: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente *sano*, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”.

2. La naturaleza de bien colectivo del ambiente conforme al artículo 41 de la Constitución Nacional

El bien jurídico protegido ambiente es un bien del tipo complejo, integrado por diversos elementos, pero que, a su vez, dimana como generador de derechos.

Así, a partir de su protección, como elemento esencial para la existencia física, intelectual y cultural del humano, se genera el derecho a un ambiente sano, como derecho humano. Este derecho humano al ambiente es comprensivo del acceso a los recursos elementales para la vida, y se constituye, sin lugar a dudas, en un bien de incidencia colectiva.

Su protección se enmarca, entonces, dentro de la relevancia que cobra en la posmodernidad la protección de los “bienes colectivos”, en un retorno a la revitalización de la protección de intereses “supra-individuales”, frente a la nueva visión de lo complejo, que nos presenta una interrelación ineludible entre los “bienes individuales” y los “colectivos”.

Ambas categorías de bienes se interrelacionan en su actuar, de manera tal que la protección de unos implica la de los otros, comprendiendo siempre que en la interpretación de la protección dada por el Derecho deberá de ponderarse la primacía protectiva, en función del juego de distintos principios, equivalentes, pero que habrán de enlazarse en una función jerárquica, conforme el caso ante el cual deban ser aplicados.

La finalidad del Derecho Ambiental, en orden al artículo 41 de la Constitución, es la protección, la cual se desarrolla en base a la prevención y a la precaución.

La sanción al daño llega tarde, y si bien este análisis puede aplicarse a todos los bienes jurídicos protegidos, la realidad es que los daños a los bienes colectivos entrañan un perjuicio mayor que aquel que impacta sobre un bien individual, en razón de la implicancia en el espectro de los complejos temporal, personal, territorial y material. Va de suyo que en muchos casos el daño sobre el bien colectivo supondrá asimismo daños sobre diversos bienes individuales.

Entonces, el bien jurídico protegido ambiente es un bien del tipo

complejo, integrado por diversos elementos, pero que a su vez dimana como generador de derechos; por ello, como dije, constituye un bien jurídico de incidencia colectiva, el cual, afectado que resulte, en la mayoría de los casos impactará sobre los bienes individuales con los cuales interacciona.

3. *El ambiente, donde vivirá y morirá el “homo”, y las normas de protección*

El *homo sapiens* es una especie, la única especie, que ha tomado decisiones políticas que lo llevan a su destrucción. En el marco de esta inviabilidad de la especie han comenzado a dictarse normas protectoras del ambiente.

La subsistencia del ambiente es esencial a los fines de la preservación de la sociedad humana.

El poder vivir en un ambiente no contaminado, beber agua limpia, cultivar alimentos que no afecten a la salud, el acceso a dichos alimentos en cantidad y calidad adecuadas, y, en fin, el disfrutar de una vida sana han devenido en la construcción del derecho al ambiente en un derecho humano, tal como he señalado anteriormente.

Al actual estado de las cosas hemos llegado merced al paradigma de la simplificación. Se simplificaron problemas estructurales, las diferencias culturales y la historia, a la que se negaba y niega en pos de una realidad global que se pretende imponer; realidad cuasivirtual, ideada por los dispensadores de bienes donde el utilitarismo, valor preponderante, de manera brutal en la posmodernidad, niega al humano y sus valores. La ética pareció diluirse y convertirse en una afirmación a contramarcha de la política, del comercio, de la educación.

A partir de la toma de conciencia del problema ambiental comienzan a dictarse, en consecuencia, normas ambientales, que captan la realidad social.

Estas normas revisten dos características totalmente novedosas para el Derecho. La primera, que son normas dictadas por el ser humano para protegerse de sí mismo. La segunda consiste en que se trata de normas que otorgan obligaciones a sujetos presentes y actuales (las

generaciones presentes), para preservar derechos de sujetos no presentes ni actuales, inexistentes (las generaciones futuras).

El derecho al ambiente presenta un despliegue correlativo a su carácter transversal. Como derecho humano adquiere una calidad y jerarquía especial, al punto de obtener raigambre constitucional (artículos 41 y 43, CN, y pactos internacionales con jerarquía constitucional).

Este derecho lleva ínsito el derecho a la salud, cuestiones bioéticas, derechos relacionados con la necesidad de superar niveles de indigencia y pobreza, el derecho a la vivienda, el derecho a la educación, etcétera, todo ello enmarcado en el concepto de calidad de vida.

II. Una salud (*one health*)

1. Salud

La salud se constituye en la manera mediante la cual el humano vive en equilibrio estable con el ambiente y así logra estar plenamente integrado en él.

Para dar un significado completo al concepto de salud debemos tener una mirada holística, intersectorial y transdisciplinaria, trabajando por la unificación del estudio de la salud de los animales humanos y los no humanos, insertados indisolublemente en el ambiente.

La Organización Mundial de la Salud (OMS), en el Preámbulo de su Constitución, ha definido el concepto de salud humana, indicando: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”³.

2. Una salud

La Organización Panamericana de la Salud (OPS) dice, con relación a “una salud”: “El propósito de esta política sobre ‘una salud’ es fomentar la coordinación y la colaboración entre los diferentes marcos

³ Organización Mundial de la Salud, “Preguntas más frecuentes”, en WHO, <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions#:~:text=%C2%BFC%C3%B3mo%20define%20la%20OMS%20el,ausencia%20de%20afecciones%20o%20enfermedades>, fecha de consulta: 25-11-2025.

de gobernanza de los programas de salud humana, animal, vegetal y medioambiental con el propósito de mejorar la prevención y la preparación para los retos actuales y futuros a la salud en la interfaz entre los seres humanos, los animales y el medioambiente. Una de las preocupaciones prioritarias en el enfoque de ‘una salud’ son los riesgos que afectan a los sistemas de los que depende la sociedad: salud, agricultura y ganadería, y medioambiente. La política comprende seis líneas de acción estratégica que pueden aportar orientación valiosa para las actividades de las autoridades nacionales de salud y las de prestación de cooperación técnica por la Oficina Sanitaria Panamericana (la Oficina)”⁴.

La Organización Mundial de Sanidad Animal (OMSA), por su parte, indica: “«Una salud» resume un concepto que conocemos desde hace más de un siglo: la sanidad animal, la salud de los seres humanos y de las plantas son interdependientes y se vinculan con los ecosistemas en los que viven. Se trata de un concepto que hemos diseñado e implementado como un enfoque de colaboración en el que participan la sociedad y los gobiernos, destinado a comprender, anticipar y abordar los riesgos para la salud mundial”⁵.

Al reconocer que las personas, los animales y el ambiente están interconectados, se plantea “un mundo”, “una salud”, como una es-

⁴ Organización Panamericana de la Salud, CD59/9, “Una salud: un enfoque integral para abordar las amenazas para la salud en la interfaz entre los seres humanos, los animales y el medioambiente”, en PAHO, <https://www.paho.org/sites/default/files/2023-06/cd59-9-s-salud.pdf>, fecha de consulta: 20-8-2023.

⁵ Organización Mundial de Salud Animal, “Riesgos sanitarios mundiales y desafíos del mañana”, en WOAH, <https://www.woah.org/es/que-hacemos/iniciativas-mundiales/una-sola-salud/#:~:text=60%20%25%20de%20los%20agentes%20pat%C3%B3genos,se%20originan%20en%20los%20animales.%20>, fecha de consulta: 25-11-2025.

Aduna: “A la vez que se registra un aumento de los riesgos sanitarios, factores como el cambio climático y el uso de los suelos, las prácticas agrícolas insostenibles, la globalización y el comercio de animales silvestres constituyen múltiples oportunidades para que los patógenos evolucionen hacia nuevas formas, aumentando la frecuencia y la intensidad de los eventos de propagación de enfermedades de los animales a los humanos. Vale destacar que el riesgo no es sólo para los humanos. Si bien la mayoría de las evaluaciones del riesgo se focalizan en la transmisión de patógenos de los animales a los seres humanos, las enfermedades también pueden transmitirse de los humanos a los animales y generar un gran impacto en la sanidad de los animales, ya sean domésticos o silvestres. La COVID-19, la tuberculosis y la influenza, entre

trategia que encare soluciones a través de una estrategia coordinada, multidisciplinar, interdisciplinar, e incluso transdisciplinar. De ese modo se abordan los riesgos originados en la interfaz animales-humanos-ecosistema que impactan sobre la salud.

“Una salud” es un enfoque concebido para que dentro del paradigma multidisciplinar, transdisciplinar, democrático y comunicacional, diversos sectores de la sociedad se relacionen y colaboren para diseñar investigaciones, aplicar programas, generar políticas y sancionar leyes con el objetivo de lograr mejores resultados para la salud pública.

En la 59ª Sesión del Consejo Directivo y la 73ª Sesión del Comité Regional para las Américas, de la Organización Mundial de la Salud (OMS), desarrollada del 20 al 24 de septiembre del año 2021, se estableció que “una salud” constituye “un enfoque colaborativo, multidisciplinario y multisectorial que permite abordar las amenazas para la salud en la interfaz entre los seres humanos, los animales y el medioambiente, a nivel subnacional, nacional e internacional, con el fin último de lograr resultados óptimos para la salud al reconocer las interconexiones entre las personas, los animales, las plantas y su entorno común. Esa interfaz, una de las características definitorias del enfoque de ‘una salud’, consiste en el conjunto de interacciones entre las personas, los animales y su entorno, que permite la transmisión entre las especies de los agentes patógenos zoonóticos y emergentes”⁶.

En dicha oportunidad se destacó: “los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la Agenda de Salud Sostenible para las Américas 2018-2030 (ASSA2030) promueven un enfoque integrado de la salud y el desarrollo, enfatizan la equidad y la sostenibilidad, y son pertinentes para todos los países de la Región de las Américas. Un enfoque multisectorial de ‘una salud’ que aborde la interconexión entre los deter-

otras, pueden infectar o ser mortales para diferentes especies de animales. Los gorilas y los chimpancés, debido a su composición genética cercana a la de los seres humanos, son particularmente susceptibles a las enfermedades de los humanos. Al igual que otras especies en peligro de extinción, deben ser objeto de gran atención por parte de los Servicios Veterinarios, las autoridades de gestión de la fauna silvestre y los investigadores. En el marco de la gestión de estos riesgos sanitarios mundiales, es indispensable la plena cooperación de los sectores de la sanidad animal, la salud humana, de las plantas y el medio ambiente”.

⁶ Organización Panamericana de la Salud, op. cit.

minantes sociales, medioambientales y económicos de la salud está en consonancia con los marcos de los ODS y la ASSA2030”⁷.

En virtud de todo ello se resolvió: “Aprobar la política sobre una salud: un enfoque integral para abordar las amenazas para la salud en la interfaz entre los seres humanos, los animales y el medioambiente (documento CD59/9)”⁸.

III. Despliegue de “una salud”

El enfoque de “una salud” adquiere particular relevancia en relación con cuestiones primordiales como el control de zoonosis, la lucha contra la resistencia a los antibióticos (RAM), la seguridad alimentaria y como denominador común el ecosistema.

1. *La interconexión global*

Los logros tecnológicos, la expansión sustancial en la cantidad de los animales de cría (bovinos, porcinos, aves de corral, ovejas y cabras) y los cambios ambientales derivados de la acción humana ejercen profundos efectos sobre la epidemiología, como así también respecto del curso de enfermedades infecciosas y otras no transmisibles, en muchísimas especies de hospederos.

La fluidez de este mundo interconectado globalmente se torna amenazante para la salud de todas las especies del planeta. No obstante los avances tecnológicos para la detección de nuevas entidades nosológicas⁹ de alto impacto, existen, empero, importantes brechas en la implementación de tales desarrollos. En este sentido, podemos decir que se verifica una falta de acciones centralizadas en la *interface* crítica de animales-humanos-ambiente.

Si bien el abordaje del estudio complejo de tales factores interrelacionados constituye un enorme desafío, los hechos acaecidos en los años recientes demuestran que tal tarea no puede esperar. El curso de

⁷ Organización Panamericana de la Salud, op. cit.

⁸ Organización Panamericana de la Salud, op. cit.

⁹ El *Diccionario de la lengua española* de la RAE define *nosología* como “Parte de la medicina que tiene por objeto describir, diferenciar y clasificar las enfermedades” (en DLE, <https://dle.rae.es/nosolog%C3%ADa>, fecha de consulta: 28-4-2025).

la pandemia de COVID-19 ha evidenciado claramente cómo el surgimiento de un patógeno de probable origen animal llega a impactar de un modo hasta hace poco impensado.

Surge así la iniciativa “una salud” con una impronta tanto multi, inter como transdisciplinaria, con la convicción de que los esfuerzos tendientes a obtener efectos beneficiosos en el eje humanos-animal-ambiente no alcanzarán su cometido si los diferentes sectores involucrados no trabajan en forma conjunta.

Dado que el futuro saludable depende de una acción conjunta, coordinada e imbricada desde la academia y la sociedad, parece adecuado recordar los conceptos relacionados con las distintas vertientes disciplinares referidas.

Creo indispensable esta amplitud de visión para poder comprender el fenómeno ambiental y el fenómeno jurídico. Éste ha de ser interpretado en su verdadera dimensión compleja desde cualquiera de las ramas del mundo jurídico.

La *multidisciplinariedad* contrasta las perspectivas disciplinares de manera aditiva, esto es, dos o más campos del conocimiento proporcionan cada uno su punto de vista sobre un problema desde las posiciones particulares. Ello implica poca interacción entre ellas.

La *interdisciplinariedad* combina dos o más disciplinas en un nuevo nivel de integración, donde los límites entre ellas comienzan a resquebrajarse. Ya no será una simple suma de partes, sino el reconocimiento de que cada una puede afectar el resultado de la otra.

La *transdisciplinariedad* procede cuando dos o más perspectivas disciplinares se compenetran entre sí para conformar un nuevo rumbo. El resultado será completamente diferente de lo que cabría esperarse de la suma de las partes puesto que constituye una integración de disciplinas para convertirse en algo nuevo y original.

La Carta de la Transdisciplinariedad, firmada en el Convento de Arrábida en noviembre de 1994, en su Preámbulo formula una descripción totalmente acabada de la necesidad de su implementación: “La proliferación actual de las disciplinas académicas y no-académicas conducen a un crecimiento exponencial del saber que hace imposible toda mirada global del ser humano. Sólo una inteligencia que dé cuenta

de la dimensión planetaria de los conflictos actuales podrá hacer frente a la complejidad de nuestro mundo y al desafío contemporáneo de la autodestrucción material y espiritual de nuestra especie. La vida está seriamente amenazada por una tecnociencia triunfante, que sólo obedece a la lógica horrorosa de la eficacia por la eficacia. La ruptura contemporánea entre un saber cada vez más acumulativo y un ser interior cada vez más empobrecido conduce a un ascenso de un nuevo oscurantismo, cuyas consecuencias en el plano individual y social son incalculables. El crecimiento de los saberes, sin precedente en la historia, aumenta la desigualdad entre aquellos que los poseen y los que carecen de ellos, engendrando así desigualdades crecientes en el seno de los pueblos y entre las naciones de nuestro planeta. Al mismo tiempo que todos los desafíos enunciados tienen su contraparte de esperanza y que el crecimiento extraordinario de los saberes puede conducir, a largo plazo, a una mutación comparable al pasaje de los homínidos a la especie humana”¹⁰.

En este sentido la referida Carta de la Transdisciplinariedad aborda las diferencias con la multidisciplinariedad e interdisciplinariedad e indica: “En relación a la interdisciplinariedad y a la multidisciplinariedad, la transdisciplinariedad es multirreferencial y multidimensional. Tomando en cuenta las concepciones de tiempo y de historia, la transdisciplinariedad no excluye la existencia de un horizonte transhistórico”¹¹.

En definitiva, la transdisciplinariedad se presenta como una expresión del pensamiento complejo, de la epistemología de la complejidad, indispensable para la solución del problema ambiental.

2. *Zoonosis*

Indica la OMSA¹² que un 60% de las enfermedades infecciosas humanas conocidas provienen de animales domésticos o silvestres, al igual que un 75% de las enfermedades humanas emergentes y también un 80% de los agentes patógenos que pueden ser utilizados por el bioterrorismo.

¹⁰ Carta de la Transdisciplinariedad, Convento de Arrábida, noviembre de 1994, en Edgar Morin, https://cursoenlineasincostoedgarmorin.org/images/descargables/carta_transdisciplinariedad.pdf.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Organización Mundial de Salud Animal, *op. cit.*

Así, podemos mencionar como ejemplos la COVID-19, la fiebre del Nilo Occidental y la viruela del mono, como también la rabia, la gripe aviar, la brucelosis o la tuberculosis.

Vivimos la multiplicación espacial de las zoonosis como consecuencia directa de la globalización del transporte de pasajeros y del comercio.

El 57% de los hogares tienen animales de compañía y son más que aquellos que tienen niños. En la salud de estos animales intervienen los veterinarios, formando una primera barrera epidemiológica.

Ha de tenerse en cuenta que la zoonosis conforma una vía de doble sentido: con los animales infectando a los seres humanos y a la inversa.

La fauna silvestre es un reservorio de cepas de virus y bacterias, incluso algunas de estas últimas resistentes a antibióticos. Las aves tienen gran capacidad de dispersarlas por el ambiente, a través de sus movimientos locales o migratorios.

Existen una serie de enfermedades compartidas en las cuales al menos una especie silvestre y una doméstica pueden actuar como reservorio y mantener la circulación del patógeno, como la tuberculosis o la rabia.

La mayoría de las personas no cuentan con una protección inmunitaria contra aquellos virus que provienen de los animales. Luego, si se contagian y además se transmiten eficazmente de persona a persona, surge con grandes probabilidades la posibilidad de una pandemia.

3. *Seguridad alimentaria*

La seguridad alimentaria evidencia la transversalidad del Derecho Ambiental, y la íntima relación con el Derecho Agrario.

Desde una moderna perspectiva del Derecho Agrario, hoy en franca concepción como Derecho Agroalimentario, las actividades agrícolas-ganaderas no deben limitarse a su faz productiva, sino que reviste cabal importancia la inocuidad alimentaria, que integra asimismo la perspectiva de la salud pública.

Según datos relevados por la OMSA: “cada noche, unos 811 millones de personas se acuestan teniendo hambre. Se necesitará un aumento del 70% de proteína animal para alimentar al mundo en 2050.

Mientras tanto, más del 20% de las pérdidas de la producción animal mundial están relacionadas con las enfermedades animales”¹³.

4. *Inocuidad alimentaria*

Integra el concepto de seguridad alimentaria la inocuidad de los alimentos destinados al consumo humano.

En este sentido, el mundo, sobre todo el desarrollado, luego de haber pasado años de carencia de alimentos, como consecuencia de guerras y otros avatares, empieza a cambiar su mirada sobre las actividades agropecuarias, teniendo un enfoque con una orientación ambientalista.

Así se cuestiona el uso de agrotóxicos, de antibióticos en la producción de animales para consumo, los niveles de consumo de carne animal, las condiciones de vida de los animales criados para consumo humano, etcétera.

5. *Resistencia antimicrobiana (RAM)*

Conforme la OPS: “La resistencia antimicrobiana pone en peligro la eficacia de la prevención y el tratamiento de una serie cada vez mayor de infecciones por virus, bacterias, hongos y parásitos. La RAM se produce cuando los microorganismos (bacterias, hongos, virus y parásitos) sufren cambios al verse expuestos a los antimicrobianos (antibióticos, antifúngicos, antivíricos, antipalúdicos o antihelmínticos, por ejemplo). Los microorganismos resistentes a la mayoría de los antimicrobianos se conocen como ultrarresistentes. Como resultado, los medicamentos se vuelven ineficaces y las infecciones persisten en el organismo, lo que incrementa el riesgo de propagación a otras personas. La resistencia a los antimicrobianos supone una amenaza cada vez mayor para la salud pública mundial y requiere medidas por parte de todos los sectores del gobierno y la sociedad”¹⁴.

Vemos entonces que la resistencia antimicrobiana avanza rápidamente y muy pronto no tendremos antibióticos capaces de tratar las infecciones más comunes.

¹³ Organización Mundial de Salud Animal, op. cit.

¹⁴ Organización Panamericana de la Salud, “Resistencia a los antimicrobianos”, en PAHO, <https://www.paho.org/es/temas/resistencia-antimicrobianos>, fecha de consulta: 20-8-2023.

Debe insistirse en el uso racional de los antibióticos, en la supresión de los antibióticos usados como estimulantes del crecimiento, o preventivos en los desplazamientos de ganado, y evitar el contagio de bacterias resistentes por parte del contacto cercano con los animales de compañía o los de producción.

6. *Ecosistema*

Destaca la OMSA¹⁵ que los seres humanos y el ganado tienen más probabilidades de cruzarse con los animales silvestres cuando se pierde más del 25% de la cubierta forestal original. Algunos de estos contactos pueden aumentar la probabilidad de transmisión de enfermedades. La acción humana ha alterado gravemente el 75% de los entornos terrestres y el 66% de los entornos marinos.

Va de suyo que el impacto negativo sobre el ambiente afecta a la salud humana no sólo por la generación de enfermedades sino, en general, como consecuencia de la desmejora de la calidad de vida.

Tanto los humanos como los animales o sujetos no humanos comparten y se interrelacionan con el ambiente, toda vez que comparten los ecosistemas terrestres, y conforman un solo sistema, en nuestra casa común: *Gaia*.

Por ende, todas las cuestiones referidas al fin se subsumen en la agresión humana sobre el ambiente.

Se ha incorporado el concepto de desarrollo sostenible, y en dicho marco, ante las demandas de los consumidores y un mercado versátil y variable, se van teniendo en cuenta el cambio climático y las demás agresiones ambientales.

Sucede que el humano, como indiqué, ha alterado el ecosistema global y como consecuencia uno de los efectos adversos más graves y peligrosos para la subsistencia de la vida en y de *Gaia* lo constituye el cambio climático, el cual se forma en bucle causal con la deforestación, la pérdida de biodiversidad y la globalización.

¹⁵ Glosario Ciencias, “¿Qué es *One health*?”, en Ambiente Tech, https://ambiente-tech.org/one-health-una-sola-salud?gad_source=1&gad_campaignid=18144806568&gbraid=0AAAAADFKDYyy3hld33RZq-aWQOnCoRCr&gclid=Cj0KCQjwIMfABhCWARIsADGXdy9KKAXBe9Xus8XXXh1d-hQgywrhu3J1qXCEh5WGudmMqIkX-wx2vtoaAilLhEALw_wcB, fecha de consulta: 30-4-2025.

Fruto del cambio climático se generan las emergencias y catástrofes ambientales, todo lo cual impacta sobre los humanos, dando palmaria claridad a la dependencia directa de éstos con el ambiente, lo cual incluye, obviamente, a todos los factores bióticos del mismo, en interdependencia.

A ello se suma la guerra como acción directamente humana de agresión ambiental.

IV. Conclusión

Vemos entonces que “una salud” constituye uno de los enfoques de protección ambiental, en el marco de la consideración holística del ambiente.

Resulta, entonces, necesario que el tema sea incorporado en todos los ámbitos de acción del Estado, como asimismo en las currículas educativas en todos los niveles, desde la escuela primaria hasta la universidad.

También debe desarrollarse en el marco de la educación no formal, a fin de que el concepto de “una salud” pueda ser socialmente internalizado, debiendo imbricarse con las cuestiones relativas al género, y ser adquirido para la buena gobernanza, dentro del sistema democrático y participativo en el cual sea escuchada la sociedad civil.

La salud pública constituye uno de los medios de protección ambiental, e incluye la inmunización, la observación permanente a fin de efectivizar la prevención, el control de las infecciones, y, en fin, la promoción de la salud mediante la educación continua.

En definitiva, el derecho humano a la salud se halla íntimamente ligado con el derecho humano al ambiente, y la posibilidad de mejorar la salud humana depende de que se aborde la íntima relación entre los seres humanos y los animales, en tanto son parte de los elementos bióticos que junto con los abióticos constituyen el ambiente constitucionalmente protegido.

Así, la salud pública involucra no sólo la salud humana sino también, y en interacción, la salud animal, el control de los vectores, la mejora del agua y el saneamiento. Por ende, implica el desarrollo concreto y urgente de políticas sociales, económicas y ambientales.

Resulta por demás claro que la salud humana se halla amenazada por la espada de Damocles que constituye el cambio climático, que

amenaza igualmente la sobrevida de nuestro ecosistema global, conocido como el planeta vivo que denominamos “Tierra”. Sucede que las personas se enferman y mueren, por el aire que respiran (contaminación ambiental), por el agua que beben (contaminación por efluentes, mal uso de agroquímicos, etc.), por las enfermedades zoonóticas, por los alimentos que comen (inocuidad de los alimentos) y por las condiciones en las que viven y trabajan.

El Derecho no puede ser, entonces, indiferente, porque la descripción realizada denota la evidente afectación a derechos humanos fundamentales, con reconocimiento en los pactos internacionales.

Bibliografía

Glosario Ciencias, “¿Qué es *one health*?”, en Ambiente Tech, https://ambiente-tech.org/one-health-una-sola-salud?gad_source=1&gad_campaignid=1814-4806568&gbraid=0AAAAADFKDYyy3hld33RZq-aWQOnCoRCr&gclid=Cj0KCQjwIMfABhCWARIsADGXdy9KKAXBe9Xus8XXXh1d-hQgywrhu3J1qXCEXh5WGudmMqIkXwx2vtoaAILhEALw_wcB, fecha de consulta: 30-4-2025.

Organización Mundial de la Salud, “Preguntas más frecuentes”, en WHO, <https://www.who.int/es/about/frequently-asked-questions#:~:text=%C2%BFC%C3%B3mo%20define%20la%20OMS%20el,ausencia%20de%20afecciones%20o%20enfermedades>, fecha de consulta: 25-11-2025.

Organización Mundial de Salud Animal, “Riesgos sanitarios mundiales y desafíos del mañana”, en WOAH, <https://www.woah.org/es/que-hacemos/iniiciativas-mundiales/una-sola-salud/#:~:text=60%20%25%20de%20los%20agentes%20pat%C3%B3genos,se%20originan%20en%20los%20animales.%20>, fecha de consulta: 25-11-2025.

Organización Panamericana de la Salud, CD59/9, “Una salud: un enfoque integral para abordar las amenazas para la salud en la interfaz entre los seres humanos, los animales y el medioambiente”, en PAHO, <https://www.paho.org/sites/default/files/2023-06/cd59-9-s-salud.pdf>, fecha de consulta: 20-8-2023.

— “Resistencia a los antimicrobianos”, en PAHO, <https://www.paho.org/es/temas/resistencia-antimicrobianos>, fecha de consulta: 20-8-2023.

Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, en DLE, <https://dle.rae.es/nosolog%C3%ADa>, fecha de consulta: 28-4-2025.

EL ECOFEMINISMO FRENTE A LA CRISIS AMBIENTAL. ANDAMIAJE NORMATIVO

por HORACIO L. ALLENDE RUBINO¹
y ELIANA G. PRIVITERA² (*ex æquo*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La especial interacción entre la mujer y el ambiente. 2.1. El papel de la mujer en torno a la protección ambiental. 2.2. Las dinámicas de género en el acceso a los recursos. 2.3. Ontologías poshumanistas, cuerpos y materia. 2.4. Los bienes comunes y ética feminista del cuidado. 3. Mapeo socio-jurídico. 3.1. Algunas luchas socioambientales ecofeministas en Argentina. 3.2. Mapeo normativo. 4. Reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad analizar las intersecciones entre lo ambiental y las corrientes feministas. Dada la interdisciplinariedad y transversalidad del tema que nos aboca, partimos de la consideración de numerosos estudios en base a los cuales se diseña un esquema de trabajo en el que se manifiestan firmemente y entrelazan

¹ Abogado; profesor titular de las materias Derecho Ambiental y Derecho Agrario –Cátedra B– de la Facultad de Derecho de la UNR; profesor invitado en diversas facultades y universidades del país; abogado especializado en Derecho Agrario (UNL); magíster en Sistemas Ambientales Humanos (UNR-CEI); doctor en Derecho (UNR); director del Centro de Estudios en Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable (UNR).

² Analista de Sistemas de Computación; abogada, Facultad de Derecho, UNR; profesora universitaria para la educación secundaria y superior, Facultad de Desarrollo e Investigación Educativos; diplomada en Estudios Sociales Urbanos, Facultad de Ciencias Políticas y Arquitectura de la UCC; doctoranda, elaborando la tesis, de Doctorado en Derecho, Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, UNR.

las distintas aristas involucradas en el mismo. Para ello, se acude en primer término al abordaje del ecofeminismo, atendiendo así a la construcción de su discurso como campo interdisciplinario de análisis sociojurídico. Se escudriña la interacción de las mujeres con los bienes. Luego se ubican las posturas que fundamentan la génesis y dinámica del ecofeminismo, así como su posicionamiento actual en lo que refiere a su conceptualización e integración normativa. Se visibilizan conflictos socioambientales sobrellevados por el colectivo de mujeres en diversas localidades de Argentina. Por último, se realiza un recorrido sobre la legislación internacional y nacional con implicancias en la materia teniendo como eje rector las posibilidades de articulación y factibilidad. Con ello queremos presentar una guía –meramente orientativa– que resulte útil en la labor de las y los operadores del Derecho, y que desde luego posibilite la comprensión de los postulados teóricos del ecofeminismo en el mundo jurídico.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the intersections between the environmental and feminist currents. Given the interdisciplinarity and transversality of the topic at hand, we start from the consideration of numerous studies based on which a work scheme is designed in which the different aspects involved in it are firmly manifested and intertwined. To do this, we first approach ecofeminism, thus attending to the construction of its discourse as an interdisciplinary field of socio-legal analysis. The interaction of women with goods is scrutinized. Then the positions that underpin the genesis and dynamics of ecofeminism are located, as well as its current positioning with regard to its conceptualization and normative integration. Socio-environmental conflicts endured by the women's group in various locations in Argentina are made visible. Finally, a review is made of international and national legislation with implications on the matter, with the possibilities of articulation and feasibility as the guiding axis. With this we want to present a guide –merely indicative– that is useful in the work of legal operators, and that of course makes it possible to understand the theoretical postulates of ecofeminism in the legal world.

Palabras clave

Ambiente. Género. Integración.

Keywords

Environment. Gender. Integration.

1. Introducción

El término “ecofeminismo” refleja la sinergia entre el feminismo y la ecología. El ecofeminismo, como movimiento, surgió en los años 70, conformándose como una corriente de pensamiento y un movimiento social que indaga sobre las intersecciones entre el ecologismo y el feminismo. Asume así las reivindicaciones de las mujeres en estrecha interacción con las metas del naciente movimiento ecologista. Más aún, al focalizarse sobre la crisis socioecológica en clave de feminismo, las pensadoras tomaron conciencia de que esa crisis estaba íntimamente ligada a la de cuidados. Se genera, entonces, un ámbito abierto y permeable que abarca heterogéneas teorizaciones acerca de las relaciones de poder asociadas con la naturaleza, la cultura y la economía³.

Autoras como Simone de Beauvoir han estudiado detalladamente la asignación del sexo femenino al mundo natural frente al concepto de progreso de la civilización. La reivindicación de Simone de Beauvoir se basaba en el dualismo cultura-naturaleza mediante el cual, analizando críticamente la identificación patriarcal de mujer y naturaleza, reivindicó el acceso de las mujeres al mundo de la cultura.

Entre las investigaciones antropológicas destaca la efectuada por Sherry Ortner⁴ sobre la relación de las mujeres con la naturaleza. Planteó la hipótesis de que la concepción universal de la mujer como me-

³ Bustillos Durán dice: “El ecofeminismo como propuesta reúne en su seno las aportaciones de las dos corrientes críticas mencionadas antes: el feminismo y el ambientalismo, en su oposición a un enemigo común: el capitalismo patriarcal” (BUSTILLOS DURÁN, S., “Mujeres de tierra. Ambientalismo, feminismo y ecofeminismo”, en *Nóesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 15, núm. 28, 2005, ps. 59-77).

⁴ ORTNER, S., “¿Es la mujer con respecto al hombre lo que la naturaleza con respecto a la cultura?”, en *Feminist Studies*, núm. 1, 1972, p. 31.

diadora entre hombres y naturaleza podía explicar el origen y la lógica del orden patriarcal. En otras palabras, su teoría afirma que se devela la existencia, en el imaginario de todas las culturas, de la relación entre la feminidad y la naturaleza. Para explicar este hecho pone los ejemplos de la crianza de niños y la cocción de alimentos. Así, entiende cómo se han conformado dos órdenes de relaciones: las relaciones de dominación de lo cultural, propia del varón, y la relación sobre la naturaleza, propia de la mujer (asumiendo de alguna forma la dualidad platónica). Esta dualidad ontológica es uno de los elementos que nos ha conducido a este modelo de “guerra suicida contra la naturaleza”, fomentando una visión androcéntrica y patriarcal de las estructuras sociales.

Castells reconoce la multiplicidad de movimientos sociales observados mundialmente, pero reserva su valoración como proactivos sólo a algunas modalidades de feminismo y ecologismo. El autor conceptualiza al ambientalismo como “...formas de conducta colectiva que en discurso y en práctica pretenden corregir las formas de relación destructiva entre la acción humana y su entorno natural, en oposición a la lógica estructural e institucional dominantes”⁵. Entiende al feminismo como “lo relativo a todas aquellas personas y grupos, reflexiones y actuaciones orientadas a acabar con la subordinación, desigualdad y opresión de las mujeres y lograr, por tanto, su emancipación y la construcción de una sociedad en la que ya no tengan cabida las discriminaciones por razón de sexo y género”⁶.

Por su parte, Beck, al ahondar sobre los riesgos ambientales, considera que al materializarse en “desastres”, manifiestan tanto las condiciones de precariedad social de la población como del entorno que habitan. Dice que el riesgo ambiental es algo latente, de efectos socioambientales negativos, pero al mismo tiempo de percepciones sociales distintas; pese a que no profundiza en cómo los actores sociales a nivel local viven una situación de riesgo, sí afirma que existe una relatividad cultural de la percepción social del mismo⁷.

⁵ CASTELLS, M., “La era de la información”, Siglo XXI, México, 1999, vol. II, ps. 137 y ss.

⁶ CASTELLS, M., “Perspectivas feministas en teoría política”, Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, 1996, p. 10.

⁷ BECK, U., “Modernización reflexiva”, Alianza, Madrid, 1997, p. 320.

También, como expresa Puleo, el ecofeminismo sólo es entendible si analizamos la corriente de pensamiento occidental hegemónica que estructura la sociedad occidental desde la Antigüedad grecorromana. Enraizada en filósofos como Platón o Aristóteles, atraviesa por la Ilustración, con Kant o Rousseau, y llega a nuestros días a través de las estructuras sociales y económicas que ordenan hoy el mundo.

El feminismo ha sido llamado por Amelia Valcárcel el “hijo no querido de la Ilustración”. Se reprocha a la Ilustración el olvidar a la mujer, y cabe recordar que simplemente se defendía la igualdad de todos los hombres. La cuestión está en quién es el “hombre” en la frase anterior. La crítica feminista ha destacado que en realidad sólo el hombre, varón, es el “hombre” supuestamente genérico; es decir, la norma implícita considera verdaderamente humano sólo lo masculino. La masculinidad es, en el imaginario de estas sociedades, lo propiamente humano, “como razón, mente, espíritu y cultura”. En cambio, la femineidad se ha ligado a la naturaleza, es decir, ha sido excluida de lo propiamente humano: “La esencia femenina ha sido definida como lo otro frente a lo plenamente humano, como la alteridad [...] como naturaleza, vida cíclica casi inconsciente”⁸.

2. La especial interacción entre la mujer y el ambiente

2.1. *El papel de la mujer en torno a la protección ambiental*

La igualdad de género supone que los diferentes comportamientos, aspiraciones y necesidades de las mujeres y los hombres se consideren, valoren y promuevan de igual manera. Ello no significa que mujeres y hombres deben entenderse como iguales, sino que sus derechos, responsabilidades y oportunidades no dependen meramente de su configuración biológica. El instrumento para lograr la igualdad es la equidad de género, entendida como la justicia en el tratamiento a mujeres y hombres de acuerdo a sus respectivas necesidades⁹. Por ello la equidad de género implica la posibilidad de *tratamientos diferenciales* para corregir desigualdades: medidas no necesariamente iguales pero que

⁸ PULEO, A., “Claves ecofeministas: para rebeldes que aman a la Tierra y a los animales”, Plaza y Valdés, España, 2019, p. 26.

⁹ Conf.: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005.

conducen a la igualdad en términos de derechos, beneficios, obligaciones y oportunidades. Dicho criterio fue receptado a partir de la reforma constitucional argentina al incorporar en el artículo 75, inciso 23, de nuestra Carta Magna medidas de acción positiva, que buscan garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato para los más débiles, junto al pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales, que al decir de Facco: “no son otra cosa que leyes civiles de contenido protectorio y cuya efectividad requiere de instancias procesales y administrativas eficaces”¹⁰.

Por otra parte, la mujer administra y gestiona bienes ambientales, lo que conlleva la exigencia de posibilitar su acceso a la información e inclusión en áreas decisorias y de educación ambiental, atendiendo a su perspectiva, diferenciada del varón. Sucede que las mujeres cumplen un papel primordial en la conservación de los recursos naturales¹¹. Las mujeres proponen una visión integral en el diseño de políticas públicas, que cambie el modelo “extractivista” de los bienes ambientales (hasta agotarlos), por otro que permita conservarlos “produciendo”. Sin embargo y como contracara de la misma moneda, hay una victimización particular en las mujeres, junto a otros grupos vulnerables, en la asignación de los recursos. La “discriminación socioterritorial” y la “desigualdad ambiental” suelen maridarse en aquellas comunidades más pobres o minorías raciales que están asentadas en localidades contaminadas, o trabajan en sitios de baja calidad ambiental o riesgosos, con afectación de su salud. En estos casos, el contexto adverso sumado a asimetrías de poder suelen desembocar en injusticias ambientales para los grupos más pobres, vulnerables o minorías raciales¹².

2.2. Las dinámicas de género en el acceso a los recursos

Gran parte del ecofeminismo se ha centrado en cuestiones de acceso

¹⁰ FACCO, J., “Tutelas especiales en el Derecho Privado argentino”, en *Revista Jurídica Digital, Uandes*, núm. 5/1 (2021), ps. 140-164.

¹¹ Así, por ejemplo, la mujer, al encontrarse generalmente a cargo de la satisfacción de las necesidades básicas de la familia, determina tendencias en el consumo.

¹² CATALANO, M. (jueza de la Cámara Federal de Salta, miembro de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina [AMJA]), “Género y ambiente”, en *Ahora*, <https://ahora.com.ar/opinion/genero-y-ambiente-n4255485>.

y control de recursos, apoyándose en el legado marxista de la ecología política y ampliándolo para considerar escalas políticas más cercanas, es decir, la política de los hogares y las comunidades. Así, se concede importancia conceptual a las formas en que el capitalismo transforma y produce la naturaleza, y puesto que estos procesos de transformación se cruzan con las jerarquías de género a diferentes escalas, se considera que los patrones de privatización y comercialización tienen importantes efectos de género. Tales estudios buscan destacar “el papel crucial de las relaciones de autoridad familiar y las relaciones de propiedad en la estructuración de la división sexual del trabajo y el acceso a los recursos rurales”¹³ como la tierra y el trabajo. Estos trabajos han detallado los impactos específicos de género en relación con cambios o intervenciones ambientales, y cómo éstos se configuran por las divisiones existentes de trabajo del hogar y los derechos diferenciales a los recursos entre hombres y mujeres. Más recientemente, este enfoque se ha aplicado en estudios sobre los impactos de la neoliberalización en la naturaleza en relación con el género, y se le ha dado un mayor énfasis al analizar los impactos de género relacionados con el despojo y el acaparamiento de tierras y aguas en el Sur global¹⁴. Además, se destaca como tema común que hombres y mujeres tienen intereses diferenciados por género en relación con el medio ambiente y los recursos naturales, derivados de sus diferentes roles, responsabilidades y conocimientos por la división del trabajo en los hogares y las familias. Por lo tanto, el género se entiende como una variable crítica en la configuración de procesos de cambio ecológico y la búsqueda de formas de vida viables¹⁵.

En sentido similar, en el abordaje de los impactos del cambio climático se estudian no sólo los impactos específicos de género del

¹³ ELIAS, M. y CARNEY, J., “La cadena de producción femenina: productores *burkineses*, consumidores verdes occidentales y comercio justo”, en *Cahiers de Géographie du Québec*, vol. 48, núm. 133, 2004, ps. 71-88.

¹⁴ BEHRMAN, J.; MEINZEN-DICK, R. y QUISUMBING, A., “Las implicaciones de género de acuerdos de tierras a gran escala”, en *Revista de campesinos. Estudios*, núm. 39 (2), 2012, ps. 49-79.

¹⁵ RESURRECCIÓN, B. P. y ELMHIRST, R. (eds.), “Género y gestión de recursos naturales: medios de vida, movilidad e intervenciones”, Earthscan, Londres; IDRC, Ottawa, e ISEAS, Singapur, 2008, p. 5.

cambio climático, sino también las implicancias de género en los conocimientos, políticas y prácticas relacionados con la adaptación al cambio climático¹⁶.

En tal tesitura, ONU Mujeres (2022) enfatiza: “La crisis climática no es imparcial en cuanto al género”. Las mujeres y las niñas sufren los peores efectos del cambio climático, lo que agrava la desigualdad de género existente y plantea amenazas únicas a sus medios de vida, salud y seguridad. En todo el mundo, las mujeres dependen más de los recursos naturales, pero tienen menos acceso a ellos. En muchas regiones, las mujeres cargan con una responsabilidad desproporcionada cuando se trata de garantizar alimentos, agua y combustible. La agricultura es el sector laboral más importante para las mujeres de los países de ingreso bajo y mediano. Durante las épocas de sequía y precipitaciones irregulares, las mujeres, como trabajadoras agrícolas y productoras primarias, trabajan más arduamente para obtener los ingresos y recursos para sus familias. Ello representa una mayor presión para las niñas, quienes a menudo deben abandonar la escuela para ayudar a sus madres a sobrellevar la carga adicional. El cambio climático multiplica las amenazas, puesto que aumenta las tensiones sociales, políticas y económicas en los países frágiles y afectados por conflictos: “Como el cambio climático agrava los conflictos en todo el mundo, las mujeres y las niñas son más vulnerables a todas las formas de violencia de género, incluidas la violencia sexual relacionada con los conflictos, la trata de personas, el matrimonio infantil y otras formas de violencia. Cuando ocurren desastres, las mujeres tienen menos probabilidades de sobrevivir y suelen ser las más perjudicadas debido a las prolongadas desigualdades de género que han creado disparidades en la información, la circulación, la toma de decisiones y el acceso a los recursos y la formación”¹⁷. En Argentina, afirman Svampa y Viale: “Si se analizan las características del modelo de desarrollo

¹⁶ ARORA-JONSSON, S., “Virtud y vulnerabilidad: discursos sobre mujeres, género y cambio climático”, en *Medio ambiente mundial. Cambio*, núm. 21 (2), 2011, ps. 744-751.

¹⁷ En Unwomen, <https://www.unwomen.org/es/noticias/articulo-explicativo/2022/03/articulo-explicativo-como-la-desigualdad-de-genero-y-el-cambio-climatico-estan-relacionados-entre-si>.

argentino y los modelos que el capitalismo adoptó en nuestro país, se observa que están conduciendo a un ‘maldesarrollo’, a la vez que alimentan una dinámica de despojo o desposesión de bienes naturales, de territorios y, por ende, de derechos individuales y colectivos”¹⁸.

2.3. *Ontologías poshumanistas, cuerpos y materia*

En líneas generales, la corriente teórica denominada poshumanismo, que surge de renovadas expectativas sobre la prosperidad, el bienestar y el florecimiento de un futuro promisorio, se caracteriza por el rechazo a la violencia humana que somete la naturaleza a través del despotismo de la ciencia y la tecnología. Esta violencia posee un origen en los ideales de la Ilustración. El saber y el poder experimentan en la Modernidad una disociación en el juego de las interacciones y del diseño de estrategias múltiples. “El proceso civilizatorio extendió el dominio de la naturaleza al dominio del mismo hombre [...] El progreso humano se ha entendido en su relación con la dominación, y en una decisión asumida de no ser gobernado. Desde esta actitud es posible que las interacciones den lugar a procesos de entrecruzamientos heterogéneos. En el poshumanismo la liberación de la naturaleza viene unida al destino del hombre. La relación entre lo humano, lo natural y lo tecnológico (o lo racional) se distingue como una forma distinta y necesaria de encadenamiento que hace visible una positividad singular”¹⁹. También Foucault ha insistido en la actitud general de rechazo al poder o de rechazo a un régimen reglamentario del pensamiento ilustrado que termina en la crítica de las conexiones entre la técnica, el poder y el saber²⁰. Para el poshumanismo, los errores modernos tienen un origen claro en el abuso del poder que la razón consumió a través de imperativos políticos, sociales y religiosos.

En el *poshumanismo crítico*, Braidotti se configura como reencuen-

¹⁸ SVAMPA, M. y VIALE, E., “Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo”, Katz, Buenos Aires, 2014; disponible en Enrique Viale, <http://enrique-viale.blogspot.com.ar/2017/05/pdf-libro-maldesarrollo-la-argentina.html?m=1>.

¹⁹ MAC CORMACK, P., “Posthuman ethics: embodiment and cultural theory”, Routledge, London, 2016.

²⁰ FOUCAULT, M., “Sobre la Ilustración”, 1ª ed., 2ª reimp. (2006), Tecnos, Madrid, 2017.

tro reconciliador entre el sujeto humano y la humanidad en su totalidad. La importancia de la espiritualidad en defensa de la sostenibilidad de la vida será una cuestión central²¹.

Haney en similar visión expresa: “El poshumanismo, sin embargo, como expresión de la conciencia instrumental, no tiene la paciencia para desarrollar esta capacidad por medios naturales. Prefiere el desafío de la experiencia extendida, de proyectar físicamente la mente como una entidad consciente a través de la continuidad del pensamiento y el mundo material”²².

Enfocándonos en la interrelación entre ambiente y género, vemos que se ha esgrimido que el dualismo moderno naturaleza-sociedad es reemplazado por ontologías que reconceptualizan la naturaleza y cuestionan el dominio humano sobre naturalezas no humanas o más que humanas. A medida que estas ideas arraigan se establece el “reconocimiento de las conexiones corporales y materiales con el entorno”²³. Se ha ampliado un enfoque teórico de la interseccionalidad para examinar cómo las experiencias de género, raza, etnia, clase, edad, etcétera, a menudo toman forma a través de ideas especistas acerca de las relaciones entre humanidad y animalidad²⁴. Donna Haraway aborda las especies compañeras, focalizándose en el hacer y devenir de las identidades sociales a través de las fronteras entre las especies²⁵. En tal sentido, el pensamiento feminista poshumanista se utiliza para considerar las formas en que las organizaciones jerárquicas de género y especie funcionan materialmente, simbólicamente y a través de tecnologías de seguridad, desarrollo y conservación en una diversidad de entornos.

En relación con el cuerpo, deja de considerárselo acotadamente y

²¹ BRAIDOTTI, R., “Lo poshumano”, Gedisa, Barcelona, 2015.

²² HANEY, W., “Cibercultura, cyborgs y conciencia de ciencia ficción y lo poshumano”, Rodopi, Ámsterdam, 2006.

²³ GAARD, G., “El ecofeminismo revisado: rechazar el esencialismo y reemplazar las especies en un ambientalismo feminista material”, en *Formaciones feministas*, núm. 23 (2), 2011, ps. 26-53.

²⁴ HOVORKA, A., “Women/chickens vs. men/cattle: insights on gender-species intersectionality”, en *Geoforum*, núm. 43, 2012, ps. 875-884.

²⁵ HARAWAY, D. J., “When species meet”, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2008.

se puntualiza sobre los flujos entre los organismos y a través de ellos, y entre las naturalezas humana y no humana. Este enfoque resulta útil para analizar los flujos metabólicos asociados a la comida, y se establecen vínculos importantes entre las ecologías que sustentan los sistemas alimentarios a nivel global, las prácticas de producción y consumo y el terreno feminista más tradicional de los cuerpos y el género²⁶. Las filtraciones de contaminantes y sustancias cancerígenas en y entre las naturalezas humanas y no humanas son consideradas como espacialmente desiguales, asociadas con procesos de raza y de género de marginación tanto social como espacial²⁷. En esta ontología relacional se procura mostrar las relaciones entre los sistemas sociales y ambientales y cómo éstos se materializan en las dinámicas afectivas y emocionales de la vida cotidiana, atendiendo a la comida y alimentación, “como procesos en y a través de los cuales las fuerzas políticas y económicas más amplias toman forma y se constituyen”²⁸.

2.4. *Los bienes comunes y ética feminista del cuidado*

El ecofeminismo trata de deconstruir los dualismos jerarquizados, revalorizando la parte considerada inferior, distinguiendo un concepto de diferencia que no está basado en la dominación: “Uno de los dualismos en los que resulta más claro el sesgo de género es el par razón/emoción. La razón se asocia a los hombres y la emoción a las mujeres. Así, las emociones, consideradas femeninas e inferiores, han sido sacadas del ámbito de la moralidad. La concepción tradicional de la ética ha considerado la empatía y el resto de virtudes relacionadas con la atención a los otros como formas elementales e inferiores de moralidad. Se puede afirmar, por tanto, que la filosofía moral muestra un sesgo de género, pues únicamente considera dignos de estima los

²⁶ HAYES-CONROY, J. y HAYES-CONROY, A., “Verduras y visceralidades: una ecología política de la comida y el sentimiento”, en *Emoción, Espacio y Sociedad*, núm. 6, 2013, ps. 81-90.

²⁷ GUTHMAN, J. y MANSFIELD, B., “Las implicaciones de la epigenética ambiental: una nueva dirección para la investigación geográfica sobre salud, espacio y relaciones naturaleza-sociedad”, en *Progreso en Geografía Humana*, núm. 37 (4), 2013, ps. 486-504.

²⁸ HAYES-CONROY y HAYES-CONROY, op. cit., p. 88.

valores relacionados con la experiencia masculina del ámbito público, ignorando o despreciando las virtudes que surgen de las prácticas desarrolladas por las mujeres en el ámbito doméstico, a saber, las tareas del cuidado de las personas dependientes. Dada esta situación, en los años 80 del siglo XX numerosas pensadoras iniciaron una crítica a la jerarquización tradicional de la ética, afirmando que las virtudes relacionadas con el cuidado a los otros no tenían por qué ser formas inferiores de moralidad”²⁹. Desde el ecofeminismo, se interroga de qué manera una ética feminista del cuidado puede reimaginar una alternativa poscapitalista al actual desarrollo basado en la extracción y el consumo de los recursos naturales. En tal sentido, una ética ecofeminista promueve teorías y prácticas igualitarias y respetuosas tanto con los humanos como con los no humanos. Con una perspectiva transnacional sobre el medio ambiente, el desarrollo y los vínculos entre la producción y el consumo en todo el mundo, se analizan prácticas de consumo ético y marketing social para problematizar las formas en que tales prácticas constituyen las subjetividades de las consumidoras (mujeres). Entre los cuestionamientos, se atiende a la naturalización y animalización de las mujeres y los procesos conceptuales que se han empleado para subordinar a la población femenina, considerando que son los mismos que se han utilizado para dominar a todos aquellos considerados los otros, humanos y no humanos, motivando visiones emancipadoras. También, se interpela el axioma por el que el mercado se presenta como el único camino posible para el cuidado y las acciones ambientalmente responsables, nociones que están, sin duda, relacionadas con el género. Asimismo, resultan interesantes las reflexiones de Merlinsky en relación con las asimetrías urbano-ambientales, en cuanto señala: “los integrantes de estos movimientos (ecofeministas) exigen políticas de reparación a los cuerpos afectados y a los ambientes degradados; no se trata apenas de formas de compensación monetaria, por el contrario, el lenguaje al que se apela refiere al derecho a ser escuchado en los términos que dicta la propia cultura y al reconoci-

²⁹ VELASCO SESMA, A., “Ética del cuidado para la superación del androcen-trismo: hacia una ética y una política ecofeministas”, en *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad-CTS*, vol. 11, núm. 31, 2016, ps. 195-216; disponible en Redalyc, <https://www.redalyc.org/journal/924/92443623009/html/>.

miento como sujetos de derechos [...] El medio ambiente característico de estos sectores (expulsados de la formalidad) no constituye, de por sí, un ambiente saludable y su degradación revela la reproducción espacial de asimetrías socioeconómicas y políticas entre estratos sociales. En las grandes metrópolis de América Latina, la segregación y separación de los grupos sociales en la ciudad se expresa en una distribución diferencial de los riesgos ambientales...”³⁰

3. Mapeo sociojurídico

Las distintas miradas ecofeministas reclaman la integración de teoría y acción, basándose en la crítica a la dominación de los individuos y la naturaleza, postulando tanto el análisis teórico como el activismo orientado a la transformación de las relaciones sociales. A nivel epistemológico, los ecofeminismos asumen la necesidad de conocer las diversas perspectivas teóricas a fin de someterlas a análisis deconstructivos-reconstructivos; a nivel metodológico implican el saber cómo hacer las cosas, y a nivel ético implican compromisos sociales para la práctica política, que conduzcan al logro de los objetivos planteados³¹.

3.1. *Algunas luchas socioambientales ecofeministas en Argentina*

Al interesarnos no sólo las conceptualizaciones construidas hasta el momento en la temática en análisis, nos permitimos esbozar algunas de los conflictos en los que se interceptan las categorías de ambiente y de género en nuestro país.

Las Asambleas de Nonogasta en La Rioja (1990). Contaminación de curtiembres. Clara Olmedo fue una de las primeras en denunciar la contaminación generada por las curtiembres a causa de la liberación de efluentes en piletones en el suelo o al aire libre. Las consecuencias fueron malformaciones, abortos espontáneos y hasta muertes en la po-

³⁰ MERLINSKY, G., “Toda ecología es política: Las luchas por el derecho al ambiente en busca de alternativas de mundos”, Siglo XXI, Buenos Aires, 2021, Cap. 4, p. 257.

³¹ BUSTILLOS DURÁN, op. cit., ps. 59-77.

blación de Nonogasta. Actualmente, más de 30 años después, la lucha continúa: hay olor, pero es mucho menos y es porque la curtiembre no está trabajando.

Madres de Ituzaingó, Córdoba (2002). Sofía Gatica, Marcela Ferrera, Norma Herrera, Vita Ayllon y Julia Lindon son algunas de las mujeres que conforman Madres de Ituzaingó en la Provincia de Córdoba. Desde 2002, denuncian la contaminación por agrotóxicos en la producción sojera. En aquel año aún no había pandemia y, sin embargo, vecinos y vecinas de ese barrio de 5.000 habitantes ya salían a las calles con barbijo. Fueron las madres quienes preocupadas hicieron su propio sondeo epidemiológico: hasta 2012, en el barrio Ituzaingó Anexo murieron por cáncer 142 personas. Ellas, antes de que la ciencia lo probara, sabían que tenía que existir una vinculación entre las fumigaciones directas de glifosato y la salud de las personas. Finalmente, tal como lo señalaban, sus investigaciones fueron luego avaladas científicamente. Como resultado de la lucha constante de las madres, se logró, finalmente, que fueran condenados a tres años de prisión en forma de ejecución condicional, como autor del delito de contaminación ambiental al propietario de un campo y como coautor al piloto aeroaplicador, por las fumigaciones ilegales realizadas con productos químicos prohibidos por la autoridad de aplicación³²: “Pudo haber ocurrido en cualquier lugar de la Pampa húmeda [...] ocurre aún hoy. La diferencia la hacen un grupo de vecinas de un barrio cordobés [...] las «Madres del Barrio Ituzaingó»”³³.

Beatriz Mendoza (2004). Causa Matanza-Riachuelo. En el año 2000, Beatriz Mendoza trabajaba como psicóloga social en la unidad sanitaria de Villa Inflamable e intuía que la salud de quienes vivían ahí estaba expuesta a la contaminación del Polo Petroquímico. La Corte Suprema de Justicia emitió en 2008 el fallo histórico que lleva su nombre, donde exigió el saneamiento y la recomposición de la cuenca al Estado nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad. A partir de

³² CCrim. de Córdoba, 4-9-2012, “Gabrielli, Jorge Alberto y otros s/p.s.a. infracción ley 24.051”, MJ-JU-M-74262-AR, MJJ74262, confirmada por el TSJ mediante sentencia 421 del 17-9-2015.

³³ GÓMEZ, A., “Agrotóxicos y delitos ambientales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* del 1-12-2012, p. 199; *La Ley Online*, AR/DOC/4989/2012.

esa decisión se conformó la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo (Acumar). Su denuncia involucró al Estado nacional, 44 empresas, a la Provincia de Buenos Aires y al Gobierno de la Ciudad. Se trata del primer caso de gestión ambiental interjurisdiccional para la protección de un recurso natural y la recomposición de los daños ambientales. En toda la Cuenca, unas 502.398 personas viven en zonas urbanas de riesgo alto debido a los déficits socioambientales, mientras que 700 familias aún viven en las márgenes del Riachuelo. Con el fin de avanzar en soluciones por el daño ambiental en la Cuenca Matanza-Riachuelo se creó el Plan Integral de Saneamiento Ambiental (Pisa).

Madres del Agua, en Mendoza (2019). Restitución de la ley 7722. En diciembre de 2019, frente al intento de reforma de la “Ley protectora del agua”, las luchadoras ambientales mendocinas alzaron la voz bajo las consignas “El agua no se toca” y “La 7722 no se toca”. Durante una semana entera, más de 50 mil vecinos y vecinas de todas las edades, orígenes y colores políticos salieron a defender la ley. Entre las miles de voluntades destaca un grupo de mujeres que participó activamente de esas marchas: docentes, jóvenes y hasta reinas de la Vendimia que el 23 de diciembre de 2019 fueron reprimidas como parte de un operativo provincial que incluyó gases lacrimógenos, balas de goma, persecuciones en moto y detenciones.

3.2. *Mapeo normativo*

Creemos que pueden encontrarse las primeras líneas argumentales sobre la temática abordada, en diciembre de 1979, al adoptarse la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés como Cedaw, por Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la que se promueve la adopción de medidas legislativas, administrativas y judiciales para combatir las iniquidades, la desigualdad, la discriminación y la violencia. Argentina la aprobó mediante ley 23.179 (1985) y desde el año 1994 goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN).

En el ámbito internacional, fue a partir de las *Estrategias de Nairobi* en el año 1985 que se introdujo la cuestión del género en el medio

ambiente. En 1987, Naciones Unidas publicó el informe “Nuestro Futuro Común”, conocido como Informe Brundtland, en que hay constancia por primera vez del concepto “desarrollo sostenible”. A pesar de la amplitud de temas que trata el Informe Brundtland, es especialmente conocido por su definición de desarrollo sostenible: “Aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de satisfacción de las necesidades de las futuras generaciones”. En el Informe se menciona los roles de las mujeres en atención a la población y alimentos. Por más que no se trataron temas de género-ambiente, se comenzó a debatir. Luego, la Conferencia de Río de 1992 en el Principio 10 busca asegurar que toda persona tenga acceso a la información, participe en la toma de decisiones y acceda a la justicia en asuntos ambientales, con el fin de garantizar el derecho a un medio ambiente sano y sostenible de las generaciones presentes y futuras, y el Principio 20 reconoce expresamente que “Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible”.

No podemos dejar de mencionar que la Agenda 21 constituye un programa de acción amplio que se presentó a los gobiernos para que la adopten en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), conocida como la Cumbre para la Tierra, al contener las medidas que se han de adoptar en todas las áreas relacionadas con el desarrollo sostenible del planeta desde ese momento hasta el siglo XXI. Está implícita la necesidad de modificar las actividades económicas de todos los seres humanos y efectuar cambios basados en una nueva comprensión de las repercusiones que tiene el comportamiento humano sobre el medio ambiente. Entre las Medidas Mundiales en favor de la Mujer Para Lograr un Desarrollo Sostenible y Equitativo indica: “Para garantizar la participación plena y en pie de igualdad de la mujer en todas las actividades de desarrollo y particularmente en la administración del medio ambiente, la Agenda 21 propone que los Gobiernos hagan suya una serie de objetivos vinculados al progreso y educación de la mujer”. Entre los objetivos promovidos se destaca el rol de la mujer, su participación, no discriminación

y equidad de género, haciendo hincapié en que la equidad de género es fundamental a la hora de planificar y ejecutar políticas ambientales³⁴.

Trascendente es que en la *Convención de Belém do Pará* (1994) se establece por primera vez el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia. Este tratado interamericano de derechos humanos, que huelga decir expresa la preocupación en la región por la materia en análisis, ha dado pauta para la adopción progresiva de leyes y políticas sobre prevención, erradicación y sanción de la violencia contra las mujeres en los Estados Parte de la Convención, formulación de planes nacionales, organización de campañas e implementación de protocolos y de servicios de atención, entre otras iniciativas; y que sin lugar a dudas ha sido un aporte significativo al fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Desde el diseño e implementación de políticas públicas es relevante la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing* (1995), que destaca el rol de la mujer en la toma de decisiones y propone medidas para integrar la perspectiva de género en las políticas y programas para el desarrollo sostenible.

Además, cabe resaltar que en la *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible* (2002) se define a la igualdad entre géneros como elemento necesario del desarrollo sostenible, al declararse en el punto 20: “Nos comprometemos a asegurar que la potenciación y emancipación de la mujer y la igualdad de género se integren en todas las actividades que abarca el Programa 21, los objetivos de desarrollo del Milenio y el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre”.

Por su parte, en el *Acuerdo de París* sobre cambio climático (2015) se reconoce la adopción de medidas con componentes de igualdad de género, empoderamiento de la mujer y equidad intergeneracional, aprobado en Argentina por la ley 27.270. La *Agenda 2030* –adoptada en 2015– para el cumplimiento de los “Objetivos de Desarrollo Sostenible” (ODS) de las Naciones Unidas plantea que la igualdad de género “no sólo es un derecho humano fundamental, sino que es uno de los fun-

³⁴ A mayor abundamiento véase IRI, https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/IRI%20COMPLETO%20-%20Publicaciones-V05/Publicaciones/D01/ECO9207.html.

damentos esenciales para construir un mundo pacífico, próspero y sostenible”³⁵. El *Convenio de Minamata* (2017) tiene como objetivo proteger la salud humana y al ambiente de las emisiones y liberaciones antropogénicas de mercurio y compuestos de mercurio. Incluye orientaciones sobre la inclusión de la perspectiva de género en la gestión del producto químico. Para la Cepal (2017): “Los planes de igualdad de género elaborados por los países de la región constituyen instrumentos de política y planificación relevantes que, impulsados por los mecanismos para el adelanto de las mujeres, dan cuenta tanto de los retos vigentes como de los compromisos de los Estados en la materia [...] estos instrumentos se han constituido en verdaderos mapas de ruta de los Estados hacia la igualdad de género y la garantía de los derechos humanos de las mujeres en la región...”³⁶ El *Acuerdo de Escazú* (2018), tratado a nivel regional, busca garantizar el acceso a la información pública, el acceso a la justicia y la participación comunitaria en asuntos ambientales y comprende una agenda de temas transversales que incluyen la perspectiva de género, el desarrollo sostenible y cuestiones vinculadas a sectores vulnerables. Argentina lo aprobó en 2020 mediante la ley 27.566.

En Argentina (1994) se sancionaron la *Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar* y la *ley 24.632* (1996) que ratifica la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”³⁷. En su desarrollo aspira a eliminar la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida, afirmando el derecho de las mujeres a una vida sin violencia. También, la *ley 26.485*, sancionada en 2009, que de forma integral se orienta a *prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*. Para llevarla a la práctica, se creó el Consejo

³⁵ Naciones Unidas, “Objetivos de Desarrollo Sostenible”, Objetivo 5: lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas, en UN, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>.

³⁶ Cepal, “Planes de Igualdad de Género en América Latina y el Caribe. Mapas de ruta para el desarrollo”, Observatorio de Igualdad de Género en América Latina y el Caribe, 2017.

³⁷ En Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/36208/norma.htm>.

Nacional de la Mujer –ahora Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad– como la institución encargada de diseñar las políticas públicas³⁸.

La ley 27.499, conocida como Ley Micaela, establece la capacitación obligatoria en perspectiva de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. La ley 27.520 (2019) establece los *presupuestos mínimos de protección ambiental para garantizar acciones, instrumentos y estrategias adecuados de adaptación y mitigación al cambio climático*, conforme al artículo 41 de la CN. Interesa en cuanto señala como vulnerabilidad (art. 3º) “Sensibilidad o susceptibilidad del medio físico, de los sistemas naturales y de los diversos grupos sociales a sufrir modificaciones negativas que puedan producirse por los efectos del cambio climático, incluida la variabilidad climática y los fenómenos extremos”. Asimismo, el artículo 4º determina que las políticas públicas en materia de adaptación y mitigación al cambio climático deben tener en cuenta los siguientes principios: “...b) *Transversalidad del Cambio Climático en las políticas de Estado*: Deberá considerar e integrar todas las acciones públicas y privadas, así como contemplar y contabilizar el impacto que provocan las acciones, medidas, programas y emprendimientos en el Cambio Climático. c) *Prioridad*: Las políticas de adaptación y mitigación deberán priorizar las necesidades de los grupos sociales en condiciones de mayor vulnerabilidad al Cambio Climático”. Hemos de mencionar que entre las medidas y acciones mínimas de adaptación (Capítulo IV) y de mitigación (Capítulo V) no se menciona la perspectiva de género en lo que hace a la temática en desarrollo.

La Ley 27.621 para la Implementación de la Educación Ambiental Integral en la República Argentina (2021) en su artículo 3º sienta a la educación ambiental como proceso permanente, integral y transver-

³⁸ La ley 27.501 permitió modificar la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres. Esta ampliación, del año 2019, incorporó a la violencia en el espacio público –conocida como acoso callejero– como una modalidad de violencia y la incluyó como delito dentro del Código Penal. Esta normativa atañe a la violencia contra las mujeres en los espacios públicos y de acceso público, transportes y centros comerciales. Entiende que este tipo de acoso sexual ataca la dignidad, la libertad, la integridad y el derecho de libre tránsito de las personas.

sal; ha de estar fundamentada en los siguientes *principios*: a) Abordaje interpretativo y holístico; b) respeto y valor de la biodiversidad; c) principio de equidad; d) *principio de igualdad desde el enfoque de género*; e) reconocimiento de la diversidad cultural; f) participación y formación ciudadana; g) el cuidado del patrimonio natural y cultural; h) la problemática ambiental y los procesos sociohistóricos: debe considerar el abordaje de las problemáticas ambientales en tanto procesos sociohistóricos que integran factores económicos, políticos, culturales, sociales, ecológicos, tecnológicos y éticos y sus interrelaciones; las causas y consecuencias, las implicancias locales y globales y su conflictividad, para que resulten oportunidades de enseñanza, de aprendizaje y de construcción de nuevas lógicas en el hacer; i) educación en valores: debe estar fundada en una ética educacional que permita a quien propicia el aprendizaje y a quien lo recibe la construcción de un pensamiento basado en valores de cuidado y justicia; j) pensamiento crítico e innovador; k) *el ejercicio ciudadano del derecho a un ambiente sano*.

A nivel administrativo nacional podemos señalar la iniciativa de Cofema, Comisión de Género y Ambiente del Consejo Federal de Medio Ambiente. En el año 2020 se realiza la primera reunión de género con participación de representantes de todas las provincias de Argentina. Asimismo, la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género (DNEIG) creó su primera *Mesa Federal de Políticas Económicas con Perspectiva de Género*³⁹, dispositivo que reúne territorialidad, temática de género y transversalidad política. Es la primera vez que esta cartera posee una dependencia específica que trabaja sobre las brechas de género en materia económica y que reúne a representantes provinciales de las más diversas fuerzas políticas⁴⁰.

³⁹ La Mesa quedó constituida por resolución 704/2020 del Ministerio de Economía del 23-12-2020, cuyo objetivo es “...generar un espacio de debate federal para la construcción de vínculos entre representantes mujeres y diversidades de los diferentes órdenes de gobierno federal, y la generación de herramientas de análisis y diseño de políticas económicas con perspectiva de género que contribuyan a impulsar sectores económicos y productivos más igualitarios en cada provincia y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

⁴⁰ En 2022, 18 provincias habían incorporado alguna iniciativa de Presupuestos con Perspectiva de Género, y 19 habían avanzado en el desarrollo de indicadores con

4. Reflexiones finales

En este breve análisis sobre la vinculación entre ambiente y género hemos pretendido realizar un breve recorrido de la imbricación entre ambos componentes, los cuales se implican transversal y holísticamente, abordándose la normativa vinculada a la materia, que sienta las bases en la construcción de categorías que fortalecen el análisis, su alcance y factibilidad. Al analizar el orden social e intelectual, el ecofeminismo postula la necesidad de una profunda transformación en los modos dominantes de pensamiento, para la preservación ecológica no sólo del planeta, sino de la misma especie humana, lo que al decir de Howell supone eliminar los sesgos dualísticos y jerarquizados en función de género que prevalecen hoy día en todas las sociedades⁴¹.

Creemos que nos encontramos ante el desafío que Facio ha llamado “el androcentrismo del Derecho”⁴², es decir, superar una construcción jurídica que, como producto de sociedades patriarcales, ha sido configurada desde el punto de vista masculino, reflejando esos valores, necesidades e intereses, porque, al decir de Jaramillo: “incluso en aquellos casos en que se pretenda proteger los intereses y necesidades de las mujeres, el problema radica en que la aplicación del Derecho queda a cargo de instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, todo lo cual tiende a desfavorecer a las mujeres”⁴³. Ante dicho desafío, reivindicamos los valores axiológicos que asoman en instrumentos jurídicos tanto a nivel internacional como nacional, que permiten reconocer y concretar las aspiraciones ecofeministas.

Tras la sanción del Código Civil y Comercial, las normas y la jurisprudencia del Derecho Privado sostienen los imperativos constitucionales y convencionales internacionales en materia de derechos humanos. Asimismo, desde el Derecho Constitucional se enfatiza en

enfoque de género. En el plano productivo, se desarrollaron 28 políticas de promoción laboral y productiva de las mujeres en 17 provincias argentinas (DNEIG, 2023).

⁴¹ HOWELL, N., “Ecofeminism, Whats we need to know”, en *Zygon, Journal of Religion and Science*, vol. 32, núm. 2, 1997, p. 231.

⁴² FACIO, A., “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en Patricia Magno, <https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/04/FACIO11.pdf>.

⁴³ JARAMILLO, I. C., “La crítica feminista al Derecho”, en *Género y teoría del Derecho*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2000, ps. 13 y ss.

la protección de los derechos humanos de las poblaciones vulneradas, todo lo cual implica la anhelada convergencia de principios e intereses entre ambas esferas del sistema jurídico⁴⁴. Estamos convencidos de que la colaboración intra e interdisciplinar permite adoptar una perspectiva ambiental integral y transversal que posibilite la participación pública en los procesos de decisión, respondiendo a la necesidad de visibilizar los efectos del cambio climático desde una perspectiva de género con el fin de fomentar el empoderamiento y la igualdad.

Bibliografía

- ARORA-JONSSON, Seema, “Virtud y vulnerabilidad: discursos sobre mujeres, género y cambio climático”, en Medio ambiente mundial. Cambio (núm. 21 [2]), 2011, ps. 744-751.
- BECK, Ulrich, “Modernización reflexiva”, Madrid, Alianza, 1997.
- BEHRMAN, Julia; MEINZEN-DICK, Ruth y QUISUMBING, Agnes, “Las implicaciones de género de acuerdos de tierras a gran escala”, en Revista de campesinos. Estudios (núm. 39 [2]), 2012, ps. 49-79.
- BRAIDOTTI, Rossi, “Lo poshumano”, Barcelona, Gedisa, 2015.
- “On putting the active back in to activism”, en New Formations (núm. 68 [3]), 2009, ps. 42-57.
- BUSTILLOS DURÁN, Sandra, “Mujeres de tierra. Ambientalismo, feminismo y ecofeminismo”, en Nóesis. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, Instituto de Ciencias Sociales y Administración, México, vol. 15 (núm. 28), 2005, ps. 59- 77.
- CASTELLS, Manuel, “La era de la información”, México, Siglo XXI, 1999, vol. II.
- CERRA, María Emilia; PUGLIA, María de las Nieves; MORENO, Aluminé y JUSTO VON LURZER, Carolina, “Federalizar la perspectiva de género en la política económica: el caso de la Mesa Federal de Políticas Económicas con perspectiva de Género”, Buenos Aires, Fundar, 2023; disponible en Fund.ar, <https://www.fund.ar>.
- El País, “América Latina, la región más letal para las mujeres”, recuperado de El País, https://elpais.com/sociedad/2018/11/24/actualidad/15430750-49_751281.html, del 25-11-2018.

⁴⁴ Conf.: LORENZETTI, R. L., “El Derecho Privado como protección del individuo particular”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, núm. 7, 1994, p. 77.

- ELIAS, Marlène y CARNEY, Judith, “La cadena de producción femenina: productores *burkineses*, consumidores verdes occidentales y comercio justo”, en *Cahiers de Géographie du Québec*, vol. 48 (núm. 133), 2004.
- ELMHIRST, Rebecca; SISCOWATI, Mia; SIJAPATI BASNETT, Bimbika y EKOWATI, Dian, “Gender and generation in engagements with oil palm in East Kalimantan, Indonesia: insights from feminist political ecology”, en *The Journal of Peasant Studies*, 2017.
- FACIO, Alda, “Hacia otra teoría crítica del Derecho”, en Patricia Magno, <https://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2021/04/FACIO11.pdf>.
- “Repensarnos como mujeres para reconceptualizar los derechos humanos”, en *Género y Sociedad*, Santo Domingo, vol. 3 (núm. 1), mayo-agosto de 1995, ps. 1-55.
- Foro Económico Mundial, “Informe Global sobre la Brecha de Género”, 2018.
- FOUCAULT, Michel, “Sobre la Ilustración”, 1ª ed., 2ª imp. (2006), Madrid, Tecnos, 2017.
- GUDYNAS, Eduardo, “Desarrollo, extractivismo y buen vivir. Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa”, en Grupo Permanente de Trabajo sobre Alternativas al Desarrollo, *Más allá del desarrollo*, Quito, Fundación Rosa Luxemburgo, 2012.
- “Ecología social, manual de metodologías para educadores populares”, Madrid, Popular, 1993.
- HANEY, William, “Cibercultura, cyborgs y conciencia de ciencia ficción y lo poshumano”, Ámsterdam, Rodopi, 2006.
- HARAWAY, Donna J., “When species meet”, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2008.
- HAYES-CONROY, Jessica y HAYES-CONROY, Allison, “Verduras y visceralidades: una ecología política de la comida y el sentimiento”, en *Emoción, Espacio y Sociedad* (núm. 6), 2013, ps. 81-90.
- HOVORKA, Alice, “Women/chickens vs. men/cattle: insights on gender-species intersectionality”, en *Geoforum* (núm. 43), 2012, ps. 875-884.
- HOWELL, Nancy, “Ecofeminism, Whats we need to know”, en *Zygon, Journal of Religion and Science*, vol. 32 (núm. 2), 1997, ps. 231-241.
- JARAMILLO, Isabel Cristina, “La crítica feminista al Derecho”, en *Género y teoría del Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2000.

- JAROSZ, Luzy, “Nourishing women: toward a feminist political ecology of community supported agriculture in the United States”, en Gender, Place and Culture (núm. 18 [3]), 2011, ps. 307-326.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, “El Derecho Privado como protección del individuo particular”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni (núm. 7), 1994, ps. 54-86.
- MAC CORMACK, Patricia, “Posthuman ethics: embodiment and cultural theory”, London, Routledge, 2016.
- MELLOR, Mary, “Feminism and Ecology”, Cambridge, Polity Press, New York University Press, 1997.
- MERLINSKY, Gabriela (comp.), “Cartografías del conflicto ambiental en Argentina”, Buenos Aires, Fundación Ciccus, 2013.
- ONU Mujeres, “El progreso en el cumplimiento de los ODS. Panorama de género 2021”, en Unwomen, <https://www.unwomen.org/sites/default/files/2021-12/Progress-on-the-sustainable-development-goals-the-gender-snapshot-2021-es.pdf>.
- PULEO, Alicia, “Claves ecofeministas: para rebeldes que aman a la Tierra y a los animales”, España, Plaza y Valdés, 2019.
- “Libertad, igualdad, sostenibilidad. Por un ecofeminismo ilustrado”, en Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (núm. 38), 2008, ps. 39-59.
- RADCLIFFE, Sarah A., “Decolonising geographical knowledges”, en Transactions of the Institute of British Geographers (núm. 42 [3]), 2017, ps. 329-333.
- RESURRECCIÓN, Bernadette P. y ELMHIRST, Rebecca (eds.), “Género y gestión de recursos naturales: medios de vida, movilidad e intervenciones”, Londres, Earthscan; Ottawa, IDRC, y Singapur, ISEAS, 2008, p. 5.
- SMART, Carol, cit. en ZAIKOSKI, Daniela, *Género y Derecho Penal: tensiones al interior de sus discursos*, en La Aljaba (núm. 12), 2008.
- SVAMPA, Maristella, “Ecofeminismos y feminismos populares”, en Canal Encuentro, YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=TveVMH3Y4-YI-&t=397s>, del 26-11-2018.
- SVAMPA, Maristella y VIALE, Enrique, “Maldesarrollo. La Argentina del extractivismo y el despojo”, Buenos Aires, Katz, 2014; disponible en Enrique Viale, <http://enriqueviale.blogspot.com.ar/2017/05/pdf-libro-mal-desarrollo-la-argentina.html?m=1>.

VELASCO SESMA, Angélica, “Ética del cuidado para la superación del androcentrismo: hacia una ética y una política ecofeministas”, en Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad-CTS, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, vol. 11 (núm. 31), 2016, ps. 195-216; disponible en Redalyc, <https://www.redalyc.org/journal/924/92-443623009/html/>.

INNOVACIÓN EN LA REGULACIÓN: LAS LEYES LEGIBLES POR MÁQUINAS

por ANALÍA ANTIK¹ y FRANCO GRITTI²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Resignificando el concepto de regulación. 3. ¿Pueden las máquinas leer? ¿Qué es leer? 4. Regulación legible por máquinas. 5. *Blockchain* (BC) aplicada a la resignificación de la regulación. 6. *Real-time data* y *near real-time data*. 7. Casos de uso. 8. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El artículo explora el concepto de crear leyes que sean legibles por máquinas, con el objetivo de mejorar la calidad y efectividad de la regulación. Profundiza en el uso de tecnologías tales como XML (lenguaje de marcado extensible) para estructurar datos en un formato legible por máquinas, permitiendo una mayor flexibilidad y adaptabilidad en los marcos regulatorios. También a la posible utilización de la tecnología *blockchain* como garantía *ex ante* de la manera en que deben aplicarse estas leyes. Al redefinir el enfoque tradicional de la regulación se propone la utilización de leyes legibles por má-

¹ Doctora en Derecho; profesora asociada ordinaria de Derecho Administrativo; directora de la Maestría en Derecho Público, Facultad de Derecho, UNR; investigadora independiente del Consejo de Investigaciones de la UNR; presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (AADA); coordinadora del Eje Investigación de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo (Redoeda); miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA).

² Abogado; especialista en Derecho Administrativo y Doctorando en Derecho; docente en las asignaturas de Derecho Administrativo y Prácticas Profesionales Comunitarias Supervisadas, Facultad de Derecho, UNR; secretario del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Rosario.

quinas para agilizar procesos y mejorar el cumplimiento. A través de ejemplos concretos y un análisis crítico de la interacción entre humanos y máquinas en la interpretación de leyes, este artículo arroja luz sobre los posibles beneficios y desafíos de este enfoque regulatorio innovador.

Abstract

The article explores the concept of creating laws that are readable by machines, with the aim of improving the quality and effectiveness of regulation. It delves into the use of technologies such as XML (Extensible Markup Language) to structure data in a machine-readable format, allowing for greater flexibility and adaptability in regulatory frameworks. It also considers the potential use of blockchain technology as a pre-existing guarantee of how these laws should be applied. By redefining the traditional approach to regulation, the use of machine-readable laws is proposed to streamline processes and enhance compliance. Through concrete examples and a critical analysis of the interaction between humans and machines in law interpretation, this article sheds light on the potential benefits and challenges of this innovative regulatory approach.

Palabras clave

Innovación. XML. Cadena de bloques.

Keywords

Innovation. XML. Blockchain.

1. Introducción

Hacer efectiva una regulación de calidad nos lleva a pensar en el diseño de dispositivos diferentes a los que venimos trabajando tradicionalmente.

A fin de formular una propuesta superadora de los enfoques clásicos nos adentramos en la temática de las leyes de código o las leyes legibles por máquinas. Debemos analizar de qué manera este fenómeno

enlaza al *soft law* con el *hard law*, entendiendo que aquél juega un papel en la formación de las normas generales y en la elaboración de estándares uniformes para hacer frente a la defensa de intereses particulares junto con la imposibilidad de adoptar una regulación vinculante y universal³.

Las cuestiones a tener en cuenta tienden a simplificar, clarificar, ordenar y consolidar un sistema jurídico que respete la jerarquía del ordenamiento que emana del texto constitucional y de igual forma dar sentido de cumplimiento cabal al principio de inexcusabilidad⁴ contenido en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) argentino, que genera la necesidad de que quien debe cumplir la ley, debe tener la certeza de qué es lo que hay que respetar.

Sin embargo, día a día nos encontramos con excesos y lagunas que nos ponen frente a una regulación inadecuada y obstaculizan el cumplimiento de estos principios y objetivos.

Queremos aclarar desde el principio que sabemos bien que no todas las normas pueden ser receptadas en el sistema bajo estudio, sin perjuicio de lo cual muchas de ellas pueden superar el esquema tradicional convirtiéndose en herramientas de optimización del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, consolidando sistemas de cumplimiento normativo en tiempo real.

Como afirma Fredi Vivas: “Alguien podría decir que hay pocas definiciones tan claras y a la vez ambiguas como la idea de ‘en tiempo real’ [...] En pleno 2023, la ilusión de tener información en tiempo real para tomar decisiones se va haciendo cada vez más fuerte [...] Para lograr una gestión efectiva y oportuna de la información, se utilizan

³ Cfr. ABBOTT, K. y SNIDAL, D., “Hard and Soft Law in International Governance”, en *International Organization*, Cambridge University Press, vol. 54, núm. 3, 2000, p. 421; disponible en Cambridge, <https://www.cambridge.org/core/journals/internationalorganization/issue/91651FF9943519B65E87A83B2F591E>, consultado el 21-8-2021.

⁴ Artículo 8º: “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico”. ZANNONI, E.; MARIANI DE VIDAL, M.; ZUNINO, J.; SHINA, F. y RAMOS, G. (coords.), “Código Civil y Comercial revisado, ordenado y concordado”, y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Pautas para interpretar el Código”, 2ª reimp., Astrea/FDER-UNR, Buenos Aires, 2015, p. 27.

expresiones como *real-time data* (datos en tiempo real) y *near real-time data* (datos casi en tiempo real)”⁵.

Veremos más adelante la diferencia entre ambos conceptos.

Lo cierto es que obtener una autorización para ejercer derechos, como los de comerciar, usar de modo especial el dominio público, acceder a servicios públicos esenciales o ser elegible para un cargo público o algún beneficio de la seguridad social, nos coloca ante la necesidad de llevar adelante tramitaciones basadas en leyes o en actos administrativos, que deben ser “interpretados” a menudo con resultados dispares para el tratamiento de soluciones semejantes.

Vaya este aporte dirigido a resignificar el concepto de regulación a fin de adaptar conductas y soluciones normativas al más pleno ejercicio de deberes y derechos.

2. Resignificando el concepto de regulación

El término “regulación” no significa siempre lo mismo, e incluso se podría argumentar que sus inciertos bordes semánticos permiten hablar de diversos conceptos de regulación, e incluso de diversas clases, sea la misma más o menos general, o más o menos intensa: no es lo mismo normativizar que uniformar o reglamentar. Estas vertientes diversas del plano del significado podrían implicar distintos roles para el término y, en especial, diferentes modos de dar sentido a su pretendida vocación de servir como fundamento de medidas oficiales⁶.

Así, el regular ya no se limitará al control sostenido y concentrado ejercido por el órgano o ente estatal sobre actividades que son consideradas valiosas por una parte de la comunidad, donde la coacción parece dividir a unos contra otros, sino que, como coordinación, incluirá ordenar (y controlar ese orden) en vistas al bien de la comunidad total en una suerte de ejercicio que realiza el bien de todos. En el plano formal, ese formidable ordenador halla apoyo o sustento en, al menos,

⁵ VIVAS, F., “Invisible. La inteligencia artificial en nuestra vida”, Penguin Random House, Buenos Aires, 2023, ps. 182-183.

⁶ SACRISTÁN, E., “Teoría de la regulación (en especial, acerca de los fundamentos de la regulación)”, en *Revista Derecho PUCP*, núm. 75, 2015, p. 78; disponible en Doi, <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.003>.

alguna clase de explicitación lingüística –textual, gestual o conductual– para poder llegar a ser cognoscible y poder ser incentivo, molde u objeto de valoración, según el punto de vista que se adopte⁷.

Ahora bien, cuando hablamos de una regulación para la innovación, nos estamos refiriendo a algo que supera al concepto tradicional de regulación –en todos sus matices–, en tanto “no se trata de regular más, sino de hacerlo justamente de manera más inteligente”, lo que significa trabajar para disminuir el fenómeno de la hiperregulación y para hacer efectivo el principio de buena regulación y los subprincipios que se encuentran plasmados, verbigracia, en el artículo 129 de la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo española⁸.

Para analizar un caso concreto y dentro de los “matices” que podemos abordar, nos adentraremos en el concepto de las leyes de código y en una de las disciplinas que aborda el tema: el Derecho Computacional o Algorítmico.

Esta rama de la informática jurídica se ocupa de la codificación precisa y computable de los reglamentos y la automatización del razonamiento jurídico. Comporta varios enfoques, con el fin de aumentar la interacción de los ordenadores y las personas con el contenido o la expresión de normas en formato ejecutable por máquina (verbigracia, mediante métodos de programación tradicional, tratamiento de lenguaje natural o programación lógica), con miras a la automatización de los procesos jurídicos sobre la base de códigos y datos⁹.

⁷ Íd., p. 83.

⁸ Para ampliar véase la página web del Foro de Regulación Inteligente español, <https://regulacioninteligente.org>. El concepto de *smart regulation* se enclava en cuatro principios: 1. *Simplificación*: de la relación entre los ciudadanos y la administración pública, reduciendo la burocracia. 2. *Seguridad jurídica*: aporta un marco jurídico estable, con reglas de juego claras para todos. 3. *Coherencia*: armoniza los derechos de los usuarios, consumidores, poderes públicos y empresas. 4. *Utilidad*: aporta un verdadero valor añadido al sector que regula.

⁹ Para ampliar véase GENESERETH, M., “What Is Computational Law?”, *Complaw Corner*, Codex, The Stanford Center for Legal Informatics, Stanford, 2021; disponible en Stanford, <https://law.stanford.edu/2021/03/10/what-is-computational-law/>, consultado el 23-12-2023; HILDEBRANDT, M., “Algorithmic regulation and the rule of Law”, en *Phil. Trans. R. Soc. A.*, 2018; disponible en Doi, <http://doi.org/10.1098/rsta.2017.0355>, consultado el 23-12-2023.

Asimismo, resulta de interés analizar si puede ser aplicable la tecnología *blockchain* para aportar a la resignificación del concepto de regulación.

Dicha resignificación –que no pretende agotarse en una sola dirección– será para el sistema bajo análisis la que pueda adaptarse a lo que se denomina “*Rules as Code*” o reglas como código (RaC, por sus siglas en inglés).

Como punto de partida intentaremos responder los interrogantes expuestos en el acápite siguiente.

3. ¿Pueden las máquinas leer? ¿Qué es leer?

Hace ya varios años, en un mundo que al contemplarlo hoy día parece ajeno al nuestro, el matemático Alan Turing se planteó si las máquinas podían pensar¹⁰. Esta pregunta resultó ser tan compleja para Turing que comprendió la dificultad de definir de manera precisa y unívoca la palabra “pensar”. Por ello, reformuló el interrogante, preguntándose si las máquinas podían imitar conductas humanas con tanta fidelidad como para engañar a un humano. Estas cuestiones marcaron el inicio de un vasto campo de investigaciones y desarrollos informáticos que hoy conocemos como inteligencia artificial¹¹.

¹⁰ TURING, A., “Computing Machinery and Intelligence”, en *Mind*, vol. LIX, núm. 236, 1950, p. 433; disponible en Doi, <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>, consultado el 13-12-2021.

¹¹ El famoso test de Turing o “tesis de Church-Turing” consistió en la respuesta a la pregunta: ¿pueden pensar las máquinas? Para ello, parte de la delimitación de dos términos: máquina e inteligencia. La máquina imita a la inteligencia humana, gracias a las máquinas de Turing: “En una máquina de Turing hay celdas con un símbolo. Entonces un dispositivo de control lee el contenido y en base a éste escribe o se mueve”. En cuanto a la inteligencia, si uno la ve como la capacidad de manipular símbolos, Turing creyó que el proceso de manipulación simbólica que se utilizaba para evaluar funciones también se podía usar para crear los procesos del pensamiento, el lenguaje y el aprendizaje. ¿Pero cómo sabemos que una máquina es inteligente? Para determinarlo, Turing propone su famoso test. Si una máquina interactúa con un ser humano y es capaz de engañarlo sobre su naturaleza mecánica haciéndolo creer que es una persona, entonces habrá pasado la prueba (GARCÍA, L., “Inteligencia artificial, la herencia de Alan Turing”, en Ciencia UNAM, <https://ciencia.unam.mx/leer/631/inteligencia-artificial-la-herencia-de-alan-turing>, consultado el 21-2-2021).

No obstante, vale aclarar que el término tal como lo conocemos ahora fue acuñado en 1956, durante la Conferencia de Dartmouth, organizada por Marvin Minsky, John McCarthy y Claude Shannon¹².

La pregunta que planteamos en la actualidad parece ser mucho más simple en comparación. Nos preguntamos si las máquinas pueden leer. Sin embargo, aunque a primera vista podríamos responder afirmativamente, invitamos a quienes leen estas palabras a considerar verdaderamente: ¿Qué implica leer?

Para sintetizar y evidenciar la complejidad de esta actividad humana, Ramírez Leyva, analizando el pensamiento de Paulo Freire, Roland Barthes, Michel de Certeau, Robert Escarpit, Noé Jitrik, Roger Chartier y Jorge Larrosa, explica que leer es una actividad sumamente compleja que va más allá de la simple decodificación de signos en un texto; que implica una interacción activa entre el lector y el texto, donde se involucran diversos lenguajes y significados que se entrelazan para crear una experiencia enriquecedora; que no sólo conlleva la comprensión superficial de las palabras, sino que también involucra la interpretación, la reflexión, la memoria y la creatividad del lector¹³.

En este espacio, el lector no sólo decodifica las palabras impresas, sino que también interactúa con las ideas y los conceptos presentados; no sólo se limita a comprender el texto tal como está escrito, sino que también lo transforma con sus propias experiencias, creencias y emociones. Además, el acto de leer no sólo implica recordar lo que se ha leído, sino también la capacidad de olvidar ciertos detalles o de crear lagunas intencionales en la memoria para dar lugar a nuevas interpretaciones o reflexiones¹⁴.

¹² Algunos de los problemas de inteligencia artificial que buscaron resolver en la conferencia fueron: computadoras automáticas, cómo se puede programar una computadora para que use un lenguaje, redes neuronales, teoría de la dimensión del cálculo, autoperfeccionamiento, abstracciones, aleatoriedad y creatividad. LIPS fue el primer lenguaje diseñado para la IA, creado por John McCarthy. Para ampliar véase Dartmouth Conference, <https://dartmouthconference.wordpress.com/>, consultado el 7-2-2021.

¹³ RAMÍREZ LEYVA, E., “¿Qué es leer? ¿Qué es la lectura?”, en *Investigación Bibliotecológica*, México, vol. 23, núm. 47, enero/abril de 2009, ps. 161-188.

¹⁴ DE CERTEAU, M., “La invención de lo cotidiano”, Universidad Iberoamericana, México, 1996, p. LII.

Entonces, ¿pueden las máquinas leer? No. Al menos no de la misma manera que lo hacen los humanos. Incluso las inteligencias artificiales actuales que procesan lenguaje natural¹⁵ como ChatGPT, Siri, Alexa o Google Translate no llevan a cabo la profunda actividad que acabamos de describir. No consideran diversas posibilidades ni resignifican palabras según su postura ideológica o el contexto en el que “leen”, por ejemplo, la palabra “regulación”.

Sin embargo, esto no significa que las máquinas están completamente excluidas del acto de leer; y si bien su enfoque difiere del proceso humano de lectura en muchos aspectos, tienen la capacidad de decodificar símbolos y analizar extensas cantidades de datos estructurados con una eficiencia notable.

Esta capacidad de procesamiento de datos por parte de las máquinas nos lleva a reflexionar sobre cómo las máquinas pueden contribuir al procesamiento de información y cómo podemos aprovechar su capacidad para mejorar nuestras propias capacidades, lo que nos conduce naturalmente al siguiente punto.

4. Regulación legible por máquinas

Como mencionamos anteriormente, las máquinas pueden “leer” de cierta manera, y de hecho son muy eficientes en ello, aunque lo hacen de manera distinta a la nuestra. No debemos equiparar su método de interpretación con el de los humanos.

Para ilustrar lo dicho con un ejemplo sencillo, para una máquina interpretar un código de barras –o su versión moderna, un QR– es sumamente simple y lo hace rápidamente, procesando una enorme cantidad de datos casi al instante. Para un ser humano, resulta prácticamente imposible llevar a cabo la misma tarea.

En contraposición, el material que no se encuentra en formato digital –por ejemplo, un documento impreso o escrito a mano– es naturalmente

¹⁵ CORTEZ VÁSQUEZ, A.; VEGA HUERTA, H.; PARIONA QUISPE, J. y HUAYNA, A., “Procesamiento de lenguaje natural”, en *Revista de Investigación de Sistemas e Informática*, núm. 6; disponible en *Revistas Investigación*, <https://revistas-investigacion.unmsm.edu.pe/index.php/sistem/article/view/5923/5121>, consultado el 7-2-2021.

ilegible para la máquina. Incluso el material digital no necesariamente es legible por las máquinas¹⁶.

Éstas son particularmente buenas leyendo, procesando y analizando datos estructurados, es decir, aquellos que utilizan un formato predefinido y esperado. Pueden provenir de muchas fuentes diferentes, pero el factor común es que los campos son fijos. Por oposición, los datos no estructurados pueden tener todas las formas y tamaños y pueden aparecer en muchos formatos para almacenarse. El hilo conductor con todos los datos no estructurados es una falta de definición¹⁷.

Partiendo de estas premisas, destacamos la importancia de que las normas estén especialmente diseñadas para ser interpretadas por máquinas. Las máquinas son altamente competentes en la lectura de datos de manera estructurada y ordenada. Por lo tanto, si deseamos crear regulaciones que sean comprensibles –y aplicables– para las máquinas, debemos concebir formatos normativos diferentes a los que son de uso tradicional para los seres humanos.

Cuando los operadores jurídicos humanos leemos una norma, la analizamos y la interpretamos considerando numerosas variables que no están explícitamente establecidas en su texto. Sin embargo, surge un desafío significativo: cada operador introduce sus propias variables,

¹⁶ A modo de ejemplos, un documento escrito a mano y escaneado o impreso y luego escaneado, una tabla inserta en un documento pdf, pueden ser datos muy difíciles de leer para una máquina. Mientras que, para este último caso, un archivo de valores separados por comas (<https://www.creativyst.com/Doc/Articles/CSV/CSV01.shtml>) debidamente estructurado y con la misma información es sumamente sencillo de leer para la máquina y muy difícil para el ser humano.

¹⁷ Piénsese, por ejemplo, en un *podcast* de audio. Su título, autor, duración, fecha de publicación, etiquetas y calificaciones son datos estructurados, que se esperan en ciertos campos y que pueden utilizarse para recomendar otros similares al usuario, determinar la popularidad del *podcast* o en qué segmento debe aparecer, etc. Por el contrario, el contenido de audio en sí mismo son datos no estructurados cuyo procesamiento por la máquina es muchísimo más complejo. Puede ampliarse en “Tipos de datos estructurados frente a no estructurados”, en Oracle, <https://www.oracle.com/ar/big-data/structured-vs-unstructured-data/>, consultado el 21-2-2024. Y lo cierto es que si bien estas definiciones se ven predominantemente en materia de *Big Data*, es importante tenerlas en consideración en cualquier ámbito en el que estemos tratando el análisis y procesamiento de datos.

generando interpretaciones individuales de la norma y definiendo los términos regulados de manera sutil o, en ocasiones, notablemente diferente¹⁸.

Por otro lado, las máquinas no tienen en cuenta estas variables adicionales y se limitan a analizar los elementos estructurales presentes en la norma.

Entonces, el formato legible por máquina se refiere a la representación de datos en un formato estructurado que permite a las aplicaciones informáticas identificar, reconocer y extraer con facilidad datos específicos, incluidas las declaraciones fácticas y su estructura interna. En similar sentido lo ha definido la Oficina de Administración y Presupuesto (OMB) de los Estados Unidos en la Circular N° A-11¹⁹.

En la mencionada norma se señala expresamente el que quizás sea el lenguaje de marcado más estandarizado de la época, aunque ya cuenta con varios años de existencia. Nos referimos al lenguaje XML (por sus siglas en inglés de *Extensible Markup Language*), traducido generalmente como lenguaje de marcado extensible. Es un lenguaje de marcado diseñado para almacenar y transportar datos de forma legible por máquinas, desarrollado en la década de 1990 por el *World Wide Web Consortium* (W3C)²⁰.

Este lenguaje permite definir etiquetas personalizadas para estructurar la información de manera jerárquica, lo que lo hace muy flexible y adaptable a una amplia variedad de necesidades.

En el XML, los datos se organizan en elementos, que están delimitados por etiquetas de apertura y cierre. Cada elemento puede contener datos y/u otros elementos anidados, lo que permite estructurar

¹⁸ DARABI, A., “Nueva Zelanda explora leyes legibles por máquinas para transformar el gobierno. La legislación como código podría ser la clave para iniciar la reforma digital”, en Apolitical, <https://apolitical.co/solution-articles/es/nueva-zelanda-explora-leyes-legibles-por-maquina-para-transformar-el-gobierno>, consultado el 30-1-2023.

¹⁹ Circular No. A-11, “Preparation, submission and execution of the budget (Section 200)”, disponible en White House, <https://www.whitehouse.gov/wpcontent/uploads/2018/06/a11.pdf>.

²⁰ Para ampliar véase la página web oficial de W3C sobre XML, <http://www.w3.org/XML/>.

la información en forma de árbol. El XML se utiliza en una amplia gama de aplicaciones, en diversas áreas donde se requiere una forma estandarizada de representar información.

Consecuente y lógicamente, estas leyes de código no serán ni más ni menos que normas elaboradas en un formato legible por una máquina. Y el XML aparece como una interesante posibilidad a los fines de su implementación.

Como un ejemplo sencillo para entender estas leyes de código, piénsese que podría elaborarse una norma sancionatoria que determine la conducta sancionable con la consecuente sanción, sus eximentes, atenuantes y agravantes.

En primer lugar, se define la estructura XML que se utilizará para representar la norma sancionatoria. Esto incluye etiquetas para identificar distintos elementos como la conducta punible, la sanción, los eximentes, atenuantes y agravantes. Cada conducta punible se describe dentro de una etiqueta específica en el XML, que puede contener detalles como la descripción de la conducta y las circunstancias en las que se aplica. Para cada conducta punible, se establecen las sanciones correspondientes.

Esto se realiza mediante la definición de una estructura que incluye el tipo de sanción (por ejemplo, multa, inhabilitación, apercibimiento), el monto o duración de la sanción y la unidad correspondiente (por ejemplo, pesos, meses, días).

Se contemplan las circunstancias que pueden eximir, atenuar o agravar la sanción aplicable a una conducta punible. Estos factores se describen dentro de etiquetas específicas en el XML y se asocian a las conductas punibles correspondientes. La norma sancionatoria se presenta en un formato legible por máquinas utilizando el XML, lo que permite que las aplicaciones informáticas puedan identificar y procesar fácilmente la información contenida en la norma.

El mismo procedimiento puede utilizarse para elaborar la normativa a aplicar cuando se solicita una autorización para construir, para verificar si una persona es elegible para el cobro de un beneficio o un subsidio o para valorar los antecedentes en un concurso para cubrir un cargo público.

Como podemos advertir desde el inicio, este tipo de norma no sería por su mera naturaleza algo bueno, sino que su utilidad dependerá de qué tipo de normas desarrollemos para que las máquinas lean, pero sin duda configurarían un Derecho distinto, en el cual la sintaxis será mucho más rígida y al mismo tiempo más compleja.

De la misma manera en que el código informático puede utilizarse para recoger todos o parte de los términos de un contrato, dando origen a los *smart contracts* que mencionaremos en el punto siguiente, los gobiernos tienen la capacidad de modelar las leyes y la normativa (especialmente aquellas con requisitos, límites y parámetros objetivamente verificables) de tal forma que sean susceptibles de incorporarse a una estructura de código de programación. El código informático ya se está utilizando cada vez más por gobiernos y administraciones públicas para incorporar e implementar las leyes y normativas existentes, principalmente aquellas de naturaleza administrativa.

5. *Blockchain* (BC) aplicada a la resignificación de la regulación

Blockchain es una tecnología inicialmente propuesta por los físicos Stuart Haber y W. Scott Stornetta, con la idea de tener un registro digital, inmutable y descentralizado de archivos de audio, imagen, video o texto ordenado cronológicamente.

Es una cadena de bloques de datos vinculados²¹ que se organizan en orden cronológico y se aseguran mediante pruebas criptográficas²². Esta tecnología es ampliamente utilizada en diversas aplicaciones, destacándose su uso en contratos inteligentes, entre otras áreas.

²¹ Para ampliar véase la revista especializada en tecnología en Wired, <https://www.wired.com/story/guide-blockchain/>.

²² Como ejemplo de este aseguramiento mediante pruebas criptográficas, el Protocolo de Prueba de Trabajo o *Proof of Work* (PoW) es un protocolo de consenso que funciona bajo el concepto de requerir un trabajo computacionalmente complejo que luego es verificado por la red e incluido en la *blockchain* que usa este protocolo. Con todo este trabajo se busca impedir que actores maliciosos puedan consumir o atacar la red de forma peligrosa.

Estos contratos inteligentes o *smarts contracts* son uno de los importantes enfoques del Derecho Computacional antes mencionado y configuran otra de las posibilidades de traducir el Derecho al código. En este caso, y valiéndose de la tecnología de la cadena de bloques, el *software* vive en un sistema no controlado por ninguna de las partes o sus agentes y ejecuta un contrato de manera automática.

El mismo funciona mediante la fórmula condicional de estructura “si, entonces” (*if, then*) de cualquier otro programa de ordenador, interactuando con activos reales. Si opera la condición preprogramada, no sujeta a ningún tipo de valoración humana, el contrato inteligente ejecuta la cláusula contractual correspondiente²³.

¿Será de utilidad la *blockchain* para almacenar de manera distribuida las leyes de código?

La respuesta es afirmativa. Como señalamos en los puntos anteriores, la normativa puede moldearse de modo que sea susceptible de incorporarse a una estructura de código de programación y de ese modo deja nulo espacio para la interpretación y, por lo tanto, puede implementarse de manera más predecible y uniforme²⁴ y sobre todo automática, entonces –basados sobre el antecedente de los *smart contracts*– estos protocolos de almacenamiento en una cadena de bloques (*blockchain*) se pueden utilizar para garantizar la ejecución automática y el cumplimiento *ex ante* de estas reglas.

Al mismo tiempo, la posibilidad de incorporar las leyes de código a un *smart contract* y exigir que las partes que interactúen con estos *smart contracts* las incorporen directamente a sus sistemas de información permite que los gobiernos puedan automatizar el cumplimiento de reglas o normativas específicas sin necesidad de monitorizar activamente cada transacción²⁵.

²³ BRUN, E., “*Blockchain*, firma digital y contratos inteligentes”, en WEINGARTEN, C. (dir.), *La disrupción digital y sus impactos en el ser humano*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2023, ps. 281-282.

²⁴ “*Code is Law: ¿es Derecho un código de programación?*”, en The Technolawgist, <https://www.thetechlawgist.com/2019/06/11/code-is-law-es-derecho-un-codigo-de-programacion/>, consultado el 23-1-2024.

²⁵ *Ibíd.*

La característica fundamental de la *blockchain* es su capacidad para garantizar que el contenido de las leyes de código no esté exclusivamente bajo el resguardo del Estado²⁶. Si esto fuera así, el Estado tendría la facultad de modificar las normas según su propio criterio. Sin embargo, el almacenamiento descentralizado proporcionado por la *blockchain* elimina por completo esta posibilidad.

Si pensamos en un modelo colaborativo entre el Estado y las personas, ingresamos a la idea de generar consensos que van más allá del uso instrumental de las tecnologías. *Blockchain* nos representa la imagen de la descentralización como modelo de vida a través de la utilización de registros basados en criptografía, con el fin de construir esos consensos²⁷.

La regulación en la era de la *blockchain* implica pensar en un giro de ciento ochenta grados. Pero el primer paso en este giro es traducir las normas a códigos informáticos, es decir, digitalizarlas a través de tecnologías que nada tienen que ver con capturar su imagen, sino su significado. De allí podemos converger en el concepto de criptorregulación²⁸.

Y ese concepto crea un marco teórico puesto a disposición de la resolución de los problemas derivados del “hacer” las normas y su cumplimiento efectivo.

6. Real-time data y near real-time data

El fin de exponer la posibilidad de diseñar un sistema jurídico

²⁶ Al igual que en los *smart contracts*, donde ni el código, ni el contrato, ni las condiciones que determinan la ejecución de las cláusulas contractuales, ni el *software* que las ejecuta se encuentran en poder exclusivo de ninguna de las partes.

²⁷ ANTIK, A., “Hacia una regulación democrática basada en *blockchain*”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Augusto Durán Martínez*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2023, p. 1219.

²⁸ Íd., p. 1222. Criptorregulación es una actividad de condicionamiento de derechos fundamentales, a fin de su armonización con otros, en un todo conforme con principios y normas de rango superior, objetiva, mensurable y sostenible, que opera a través de códigos inscriptos en sistemas informáticos, consolidados a través de consensos universales que derivan de la inteligencia colectiva. Para ampliar y acceder a su explicación véase: ANTIK, A., “Resignificando la regulación en la era del *blockchain*”, tesis doctoral, y ANTIK, “Hacia una regulación...” cit., ps. 1222-1226.

basado –en parte– por reglas de código también halla sustento en obtener soluciones a problemas relevantes en tiempos adecuados.

El tiempo juega como un factor determinante para hacer efectivo el principio de buena regulación y el ejercicio de derechos humanos básicos. También para evitar la responsabilidad del Estado al exceder, cualquiera de sus órganos, plazos razonables de resolución.

En este contexto y para direccionar hacia dónde se pretende ir con el tema de las regulaciones o leyes de código, vale traer a colación la condena a la República Argentina por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa “Furlan y Familiares vs. Argentina”²⁹.

En el caso, se alegaba la responsabilidad internacional del Estado por la falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades judiciales argentinas, quienes habrían incurrido en una demora excesiva en la resolución de una acción civil contra el Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de la presunta víctima, en su condición de niño con discapacidad: “La Corte Interamericana concluye que las autoridades judiciales a cargo del proceso civil por daños y perjuicios y del cobro de la indemnización no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba Sebastián Furlan, razón por la cual excedieron el plazo razonable...”³⁰

Consideramos que de contemplarse –aunque sea en parte– asuntos como el aludido a través de normativas legibles por máquinas, muchos de los derechos que quedaron en expectativa y originando daños a los actores hubieran permitido determinar en tiempo real la elegibilidad del menor para la obtención del tratamiento y evitar la condena por responsabilidad internacional contra Argentina, la que consistió en declarar al Estado (argentino) responsable por la vulneración del artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por haber excedido el plazo razonable, en perjuicio de Sebastián Claus Furlan.

²⁹ CorteIDH, sentencia de 31-8-2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en CorteIDH, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf.

³⁰ Consid. 204, p. 66.

El factor tiempo nos lleva a la toma de decisiones que en el sistema de reglas de código podrían llegar a tomarse en tiempo real.

Como adelantamos en la introducción, aparecen aquí las alocuciones *real-time data* (datos en tiempo real) y *near real-time data* (datos casi en tiempo real).

Estos conceptos se encuentran vinculados con la velocidad en el procesamiento de datos, pero existen entre ellos diferencias claves. Cuando hablamos de *real-time data*, se hace referencia al procesamiento, análisis y entrega de datos de manera instantánea, en el mismo momento en que se generan –verbigracia, si una persona es elegible para la obtención de un beneficio–, lo que reduce al mínimo la latencia. Pero no siempre necesitamos los datos en tiempo real para resolver un problema, y en ese caso se hace alusión al *near real-time data*, donde entra en juego la información histórica que se entrega y produce soluciones con una pequeña demora, lo que en definitiva puede resultar más adecuado para la toma de decisiones³¹.

Nada obsta a incorporar estos conceptos cuando pretendemos resignificar la regulación a fin de hacer de ella algo útil para los seres humanos, las empresas y las organizaciones públicas.

7. Casos de uso

Un trabajo, que podemos traducir como “Descifrando el código: regulación para humanos y máquinas”³², refiere a la generación automatizada de normas jurídicas, sean éstas leyes o actos administrativos, movimiento que se ha dado en llamar *Rules as Code*.

Reglas como código (RaC) es un concepto que propone que los gobiernos creen una versión oficial de las reglas (por ejemplo, leyes y reglamentos) en una forma consumible por máquina, que se integraría en el proceso de elaboración de normas y complementaría la forma

³¹ VIVAS, ob. cit., ps. 183-184.

³² MOHUN, J. y ROBERTS, A., “Cracking the code: Rulemaking for humans and machines”, en *OECD Working Papers on Public Governance*, OECD Publishing, Paris, núm. 42; disponible en OECD, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/3afe6ba5-en.pdf?expires=1708622983&id=id&accname=guest&checksum=9B49234409A-250D0194E1666F5AAA752>, consultado el 22-2-2024.

existente y legible por humanos. RaC desafía los procesos establecidos desde hace mucho tiempo de la elaboración de normas gubernamentales y podría transformar tanto la formulación de políticas como la prestación de servicios públicos. Imagina y ayuda a apoyar un gobierno verdaderamente digital, con reglas creadas como un producto y servicio digital, en lugar de incorporarlas a los procesos digitales después del hecho. Crea las condiciones para que un gobierno pueda ser más ágil, más receptivo y más innovador en la navegación y la configuración de un entorno operativo impredecible, y hace que sea más fácil para aquellos fuera del gobierno comprender sus responsabilidades y obligaciones³³.

En la actualidad varios países usan plataformas en base a RaC.

Una de las más utilizadas es la plataforma OpenFisca³⁴ que opera –entre otros usos– para la elegibilidad de personas con posibilidades de recibir beneficios del gobierno, ayudando a las mismas a entender por qué son elegibles o la razón por la que no lo fueron.

El gobierno francés trabajó cinco años para perfeccionar el sistema. El camino resulta arduo atento a que a los Estados no les resulta atractiva su financiación, como ha ocurrido en el país galo³⁵, sumando a ello que el desarrollador se instaló en Nueva Zelanda para continuar con sus investigaciones y trabajo de campo.

En el caso neozelandés, por ejemplo, el Ayuntamiento de Wellington (WCC) está invirtiendo en la creación de un proceso de solicitudes de planificación basado en reglas. La ley de planificación suele ser muy detallada y difícil de entender para los legos. Es por eso que el WCC ha desarrollado un verificador de consentimiento de recursos, es decir, una interfaz web que ayuda a los residentes a determinar

³³ *Ibíd.*

³⁴ Fue reconocido como el *software* de código abierto más innovador por la Comisión Europea en el año 2019. Ver Joinup, <https://joinup.ec.europa.eu/collection/sharing-and-reuse-it-solutions/sharing-reuse-awards-2019-results>.

³⁵ En 2017, un esfuerzo conjunto de Etalab y beta.gouv.fr para mejorar la estabilidad, la reutilización y la facilidad de la plataforma. Esto dio lugar a importantes mejoras técnicas, una reescritura completa de la documentación, el lanzamiento de openfisca.org reemplazando a openfisca.fr y la incorporación de nuevos contribuyentes de otras agencias francesas, así como nuevos reutilizadores internacionales con un experimento de Italia y la ciudad de Barcelona que proporcionó una evaluación de beneficios de la herramienta. Para ampliar véase OpenFisca, <https://openfisca.org/en/>.

cuándo necesitan el consentimiento del Consejo para realizar el desarrollo residencial planificado. Los residentes pueden obtener una respuesta rápida y definitiva en lugar de leer mapas de zonificación y luego luchar para leer la compleja legislación de control del desarrollo. El código pronto estará abierto, lo que permitirá la transparencia y el desarrollo de nuevas herramientas por parte de otros³⁶.

Actualmente, la comunidad OpenFisca se distingue entre más de 1.000 candidatos seleccionados por la OCDE por su contribución en la innovación en materia regulatoria.

En 2021, miembros de la sociedad civil comenzaron a modelar la legislación británica y luego estadounidense, lo que llevó a la creación de PolicyEngine³⁷, organización que lidera un movimiento global de contribuyentes de código abierto.

Otra plataforma relevante utilizada en Australia y en Escocia es Datalex³⁸, que indica si una persona es elegible para ocupar un cargo federal en ese país, a fin de evitar el sesgo humano natural que puede ocurrir en estos casos, para consultar los acuerdos con países extranjeros que aplican las universidades públicas australianas o los recaudos para la apertura de un comercio o industria.

Asimismo, con el desarrollo de la herramienta Access2Procurement³⁹ –como una extensión de Access2Markets– la Comisión Europea ha codificado los parámetros de contratación en forma de declaraciones condicionales, lo que ha permitido establecer una única interfaz por etapas que sólo requiere que se indiquen algunos elementos de información simple para ofrecer una respuesta a los potenciales oferentes sobre si pueden o no participar en determinado procedimiento de contratación pública.

³⁶ DE SOUSA, T., “How Rules as Code can transform government”, en Apolitical, <https://apolitical.co/solution-articles/en/how-rules-as-code-can-transform-government>, consultado el 20-2-2024.

³⁷ Ver PolicyEngine, <https://policyengine.org/undefined>.

³⁸ Ver Austlii Community, <https://austlii.community/foswiki/DataLex/WebHome>.

³⁹ World Trade Organization (WTO), “La promesa de la tecnología comercial. Enfoques de política para encauzar la digitalización del comercio”, Capítulo 5, en WTO, https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/08_tradtpo_s.pdf, consultado el 23-2-2024. También se puede acceder a la noticia en Policy Trade, https://policy.trade.ec.europa.eu/news/eu-launches-new-tool-empower-smes-access2procurement-2021-09-21_en.

En Estados Unidos, estos programas de *software* cubren una amplia gama de aplicaciones, desde la evaluación de la elegibilidad de las personas y subvenciones, hasta la identificación de los padres con obligación de pagar pensiones alimenticias para sus hijos. En Estonia, el control de la identidad de sus ciudadanos está codificada y totalmente integrada en redes de *blockchain*⁴⁰ y recientemente comenzó a utilizarse la aplicación QuarkID en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴¹.

Se puede colegir, examinando los casos precedentes, la necesaria colaboración público-privada en los desarrollos relativos a RaC o leyes legibles o consumibles por máquinas y la natural apertura de estos sistemas a la participación ciudadana.

8. Conclusiones

Las RaC o leyes de código emergen como una tecnología viable para la innovación legal, tal como hemos destacado en acápites anteriores, enumerando diversas aplicaciones concretas.

Debemos hacer hincapié en que no se trata de un *software* de apoyo que asista al humano en la interpretación y aplicación de la norma, sino que es la misma norma la que está escrita en un lenguaje que la máquina interpreta de forma autónoma.

Es por ello que su efectividad práctica está estrechamente ligada al diseño de las normas en cuestión, en el que deberán tenerse en cuenta las limitaciones y las virtudes de la forma de “leer” de las máquinas.

Lo que no puede pasarse por alto es que su potencial es inmenso.

Imaginemos, por ejemplo, la capacidad de resolver la selección de la oferta más ventajosa en un proceso de licitación mediante el desarrollo de pliegos en código. Estos pliegos podrían analizar todas las condiciones de admisibilidad de las ofertas y objetivar los parámetros a valorar, ponderando su incidencia de manera transparente. Esto no

⁴⁰ “*Code is Law...*” cit.

⁴¹ QuarkID es una aplicación de identidad digital autosoberana, descentralizada, pública, no permissionada, extensible y *multichain*, capaz de operar con otros protocolos similares. Permite la interacción entre pares convalidando credenciales emitidas tanto por organismos públicos como privados. Para ampliar véase QuarkID, <https://quarkid.org/>.

sólo simplificará el procedimiento, sino que también eliminará cualquier sospecha de corrupción, impericia o negligencia en la toma de decisiones, al ser un proceso completamente algorítmico y objetivo.

También, verbigracia, en el ámbito de las sanciones disciplinarias las leyes de código podrían ofrecer ventajas significativas, atento a que en el caso la tipicidad no sólo será un requisito exigido por el ordenamiento jurídico, sino un principio de diseño fundamental, así como el cumplimiento de los plazos establecidos.

Este enfoque no busca apartarse de los principios del ordenamiento, sino que justamente viene a realizarlos a partir del desarrollo mismo de la norma.

Por su propia naturaleza y por su diseño las leyes de código realizan los principios de juridicidad, eficiencia, eficacia, transparencia y confianza legítima, fomentan la tutela efectiva de los derechos y la resolución en un plazo adecuado que no es otro que el establecido en la misma norma.

Asimismo, contribuyen a construir un Derecho más claro y previsible desde el inicio. La seguridad se ve reforzada aún más si incluimos la posibilidad de almacenar de manera distribuida estas leyes de código, utilizando *blockchain*.

Por otra parte, al encontrarse estas normas estructuradas y representadas de manera ordenada, las leyes de código permiten su procesamiento y vinculación con otras bases de datos estructuradas.

Se abre la posibilidad de realizar pruebas beta y ejecutar simulaciones para evaluar el potencial impacto de las regulaciones de código antes de su implementación definitiva.

Este enfoque proporcionará una oportunidad invaluable para identificar posibles fallos o efectos no deseados y realizar ajustes antes de que las reglas –leyes, actos administrativos, etcétera– entren en vigor.

Al realizar pruebas beta, se pueden involucrar las diferentes partes interesadas, incluidos expertos en la temática específica, representantes de la sociedad civil y ciudadanos afectados. Estas pruebas permitirán obtener retroalimentación y perspectivas variadas, lo que enriquecerá el proceso de desarrollo normativo y mejorará la calidad de las leyes de código.

Las simulaciones pueden ayudar a prever cómo se comportan las regulaciones en diferentes escenarios y condiciones, permitiendo a los responsables de la toma de decisiones ordenar medidas preventivas o correctivas según sea necesario.

En última instancia, este enfoque proactivo y participativo podría contribuir a la creación de leyes más efectivas, pertinentes y equitativas, al tiempo que se minimizan los riesgos y las consecuencias no deseadas de su implementación.

Resulta importante destacar las ventajas comparativas significativas que ofrecen las leyes de código en relación con las normas en formato tradicional. Estas cuestiones serán objeto de análisis en futuras investigaciones a partir del ensayo empírico.

Sin perjuicio de lo expuesto, no podemos ignorar las dificultades y desventajas asociadas con este tipo de regulación.

En primer lugar, no siempre será factible traducir normas jurídicas complejas al lenguaje algorítmico, ya que hacerlo implicaría simplificar en exceso la complejidad inherente a la naturaleza humana y social. En ocasiones el margen de interpretación humana es necesario para aplicar un Derecho justo.

En otros casos, la rigidez frente a situaciones específicas o contextos cambiantes o la complejidad y el volumen excesivo a medida que la legislación se acumula pueden dificultar su comprensión, cumplimiento y aplicación efectiva.

En última instancia, el verdadero reto radica en discernir el momento oportuno para emplear esta tecnología y cuándo es mejor abstenerse de hacerlo. Una vez que se decide su implementación, es crucial garantizar un diseño normativo adecuado que acompañe su uso.

Lo que no puede ponerse en duda es que de la misma manera en que el código informático puede utilizarse para recoger todos o parte de los términos de un contrato, los gobiernos tienen la capacidad de modelar las leyes y la normativa de tal forma que sean susceptibles de incorporarse a una estructura de código de programación⁴².

En este escenario, las leyes de código o RaC –con las bondades y

⁴² “Code is Law...” cit.

las limitaciones señaladas– se presentan como una herramienta adicional para construir un sistema legal más justo y eficiente, centrándose en las necesidades y derechos del ser humano mientras aprovechan el potencial de la tecnología para mejorar la administración de justicia y la aplicación de la ley.

Bibliografía

- ABBOTT, Kenneth y SNIDAL, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, en *International Organization*, Cambridge University Press, vol. 54 (núm. 3), 2000; disponible en Cambridge, <https://www.cambridge.org/core/journals/internationalorganization/issue/91651FF99-43519B65E87A83B2F591E>, consultado el 21-8-2021.
- ANTI, Analía, “Hacia una regulación democrática basada en *blockchain*”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Augusto Durán Martínez*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2023.
- BRUN, Enzo, “*Blockchain*, firma digital y contratos inteligentes”, en WEINGARTEN, Celia (dir.), *La disrupción digital y sus impactos en el ser humano*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2023.
- CORTEZ VÁSQUEZ, Augusto; VEGA HUERTA, Hugo; PARIONA QUIPE, Jaime y HUAYNA, Ana, “Procesamiento de lenguaje natural”, en *Revista de Investigación de Sistemas e Informática* (núm. 6); disponible en *Revistas Investigación*, <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/sistem/article/view/5923/5121>, consultado el 7-2-2021.
- DARABI, Anoush, “Nueva Zelanda explora leyes legibles por máquinas para transformar el gobierno. La legislación como código podría ser la clave para iniciar la reforma digital”, en *Apolitical*, <https://apolitical.co/solution-articles/es/nueva-zelanda-explora-leyes-legibles-por-maquina-para-transformar-el-gobierno>, consultado el 30-1-2023.
- DE CERTEAU, Michel, “La invención de lo cotidiano”, México, Universidad Iberoamericana, 1996.
- DE SOUSA, Tim, “How Rules as Code can transform government”, en *Apolitical*, <https://apolitical.co/solution-articles/en/how-rules-as-code-can-transform-government>, consultado el 20-2-2024.
- GARCÍA, Laura, “Inteligencia artificial, la herencia de Alan Turing”, en *Ciencia UNAM*, <https://ciencia.unam.mx/leer/631/inteligencia-artificial-la-herencia-de-alan-turing>, consultado el 21-2-2021.

- GENESERETH, Michael, “What Is Computational Law?”, Stanford, Com-law Corner, Codex, The Stanford Center for Legal Informatics, 2021; disponible en Stanford, <https://law.stanford.edu/2021/03/10/what-is-computational-law/>, consultado el 23-12-2023.
- HILDEBRANDT, Mireille, “Algorithmic regulation and the rule of Law”, en *Phil. Trans. R. Soc. A.*, 2018; disponible en Doi, <http://doi.org/10.1098/rsta.2017.0355>, consultado el 23-12-2023.
- MOHUN, James y ROBERTS, Alex, “Cracking the code: Rulemaking for humans and machines”, en *OECD Working Papers on Public Governance*, OECD Publishing, Paris (núm. 42); disponible en OECD, <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/3afe6ba5en.pdf?expires=1708622983&id=id&accname=guest&checksum=9B49234409A250D0194E1666F5AA-A752>, consultado el 22-2-2024.
- RAMÍREZ LEYVA, Elsa, “¿Qué es leer? ¿Qué es la lectura?”, en *Investigación Bibliotecológica*, México, vol. 23 (núm. 47), enero/abril de 2009.
- SACRISTÁN, Estela, “Teoría de la regulación (en especial, acerca de los fundamentos de la regulación)”, en *Revista Derecho PUCP* (núm. 75), 2015; disponible en Doi, <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.003>.
- TURING, Alan, “Computing Machinery and Intelligence”, en *Mind*, vol. LIX (núm. 236), 1950, p. 433; disponible en Doi, <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>, consultado el 13-12-2021.
- VIVAS, Fredi, “Invisible. La inteligencia artificial en nuestra vida”, Buenos Aires, Penguin Random House, 2023.
- World Trade Organization (WTO), “La promesa de la tecnología comercial. Enfoques de política para encauzar la digitalización del comercio”, Capítulo 5, en WTO, https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/08_trade_s.pdf, consultado el 23-2-2024.
- ZANNONI, Eduardo; MARIANI DE VIDAL, Marina; ZUNINO, Jorge; SHINA, Fernando y RAMOS, Gloria (coords.), “Código Civil y Comercial revisado, ordenado y concordado”, y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Pautas para interpretar el Código”, 2ª reimp., Buenos Aires, Astrea/FDER-UNR, 2015.

RECUPERO DE BIENES DEL DELITO

MECANISMOS VIGENTES Y PROPUESTAS PARA LOGRAR LA “REUTILIZACIÓN COMUNITARIA” COMO PREMISA

por **JUAN FACUNDO BESSON**¹

SUMARIO: I. Introito. II. Etapas del recupero de activos. 1. Investigación patrimonial. 2. Medidas cautelares. 3. Administración de activos cautelados. 4. Decomiso, multa, restitución e indemnización o reparación. III. A modo de conclusión. Bibliografía.

Resumen

Este artículo analiza la reutilización comunitaria de los bienes provenientes del delito, tomando como referencia diferentes modelos. Se examina el marco institucional vigente en Argentina, incluyendo el marco normativo, la investigación patrimonial realizada por los entes y órganos competentes, el régimen cautelar y la estructura encargada de la administración de estos bienes, con especial énfasis en la Provincia de Santa Fe con la ley 13.579. Se observa cómo el sistema actual prioriza la monetización de los bienes, dejando de lado estrategias con un enfoque comunitario.

Además, se estudian los modelos institucionales de los países del Mercosur e Italia, destacando los fundamentos jurídicos, las estructuras encargadas de administrar los bienes y los mecanismos implementados. A partir de este análisis comparado, se proponen elementos aplicables

¹ Abogado (UNR). Especialista en Derecho Laboral (UNR). Doctorando en Derecho. Docente de Derecho Político y Derecho de la Integración (Facultad de Derecho de la UNR). Titular de la Agencia Provincial de Registro, Administración y Destino de Bienes y Derechos Patrimoniales (Aprad) entre los años 2021 y 2023.

al contexto argentino para mejorar la eficiencia y el impacto social en el sistema de recuperación de activos.

El artículo también evalúa la viabilidad de implementar un modelo de reutilización en Argentina, considerando iniciativas legislativas recientes como el “Proyecto Bien Restituido”. Se abordan los desafíos jurídicos y administrativos de esta transformación, así como su impacto en la lucha contra la criminalidad organizada y la promoción de la justicia social. Se concluye que la recuperación de bienes no sólo contribuye a desarticular el crimen organizado, sino que también redefine la relación entre el Estado y las comunidades afectadas, promoviendo políticas públicas sostenibles que prioricen la reutilización comunitaria de estos activos.

Abstract

This article analyzes the community reuse of assets derived from crime, drawing on different models as references. It examines the current institutional framework in Argentina, including the legal framework, the asset investigation conducted by the competent authorities and bodies, the precautionary regime and the structure responsible for managing these assets, with particular emphasis on the Province of Santa Fe with Law 13,579. It highlights how the current system prioritizes the monetization of assets, overlooking strategies with a community focus.

Furthermore, the institutional models of Mercosur countries and Italy are studied, emphasizing the legal foundations, the structures responsible for managing the assets and the mechanisms implemented. Based on this comparative analysis, elements are proposed that can be applied to the Argentine context to improve the efficiency and social impact of the asset recovery system.

The article also assesses the feasibility of implementing a reuse model in Argentina, considering recent legislative initiatives such as the “Bien Restituido” Project. It addresses the legal and administrative challenges of this transformation, as well as its impact on the fight against organized crime and the promotion of social justice. The conclusion is that asset recovery not only contributes to dismantling or-

ganized crime but also redefines the relationship between the State and affected communities, promoting sustainable public policies that prioritize the community reuse of these assets.

Palabras clave

Recupero de activos del delito. Reutilización comunitaria. Criminalidad compleja.

Keywords

Criminal asset recovery. Social reuse. Complex criminality.

I. Introito

El recupero de activos se erige como un mecanismo esencial dentro de las estrategias de política criminal contemporánea, especialmente en la lucha contra la actividad delictiva compleja. Esta herramienta, que busca no sólo la sanción penal a los individuos responsables de actividades ilícitas, sino también la erradicación de los beneficios económicos obtenidos de manera ilegal, constituye un pilar fundamental en la prevención y represión de conductas criminales organizadas. La recuperación de activos no sólo se enfoca en la identificación e incautación de bienes, sino también en la gestión eficaz de esos activos para evitar su incorporación en el ciclo económico formal, lo cual puede promover la perpetuación de estructuras delictivas y la expansión de la delincuencia organizada².

El decomiso, como herramienta punitiva, se erige en el marco de la mencionada estrategia como un mecanismo punitivo esencial para la interrupción de los flujos financieros ilícitos, la neutralización de

² SORAGNI, C. B., “El recupero de activos bajo el ordenamiento jurídico argentino: ¿Debe ser considerado el decomiso necesariamente de naturaleza penal?”, Universidad de San Andrés, Maestría en Derecho Penal, Departamento de Derecho; VALDEZ, C., “Recupero de activos. El decomiso y la cooperación internacional”, en *Revista Pensamiento Penal*, núm. 494, diciembre de 2023; disponible en Pensamiento Penal, www.pensamientopenal.com.ar, consultado el 12-3-2025; BARBIER, N. F. (dir.), “Visión integral sobre el recupero de activos de origen ilícito”, 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2013.

los instrumentos delictivos y la privación de los bienes adquiridos mediante fondos de origen ilegal. Como ya se mencionó, su implementación no sólo busca la sustracción de estos activos a las organizaciones criminales, sino también la prevención de su eventual reinversión en nuevas actividades ilícitas, lo que podría fortalecer aún más su capacidad operativa y su influencia económica. De este modo, el decomiso se erige como una medida eficaz para el dismantelamiento de redes delictivas, al incidir directamente sobre su principal fuente de poder: los recursos económicos generados al margen de la legalidad. En consecuencia, resulta imperativo que los marcos normativos y las políticas públicas en esta materia sean lo suficientemente robustos y eficaces para evitar la reintroducción de estos activos en la economía formal, garantizando así una respuesta estatal coherente y efectiva frente a la criminalidad organizada³.

En orden a lo glosado, podemos observar que el recupero de activos ha emergido como una política criminal fundamental en la desarticulación de las estructuras patrimoniales que sostienen al crimen organizado, promoviendo la cooperación entre organismos de control financiero, autoridades judiciales y agencias de investigación penal. La localización, confiscación y redistribución de estos recursos resulta esencial no sólo para privar a las organizaciones delictivas de su principal fuente de poder, sino también para mitigar los efectos económicos y sociales de los delitos transnacionales, como el narcotráfico, la trata

³ Argentina, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, CHENA, M.^a del C. (dir.), “Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos”, Dirección de Comunicación Institucional, Dirección de Relaciones Institucionales, Buenos Aires, 2017; DELGADO, J. M., “La extinción de dominio en el marco del decreto 62/2019”, Instituto de Investigaciones Jurídicas Empresariales de la Bolsa de Comercio de Córdoba, Córdoba, 2019; CIRIMELE, M. y CARRARA, A., “¿Qué es la extinción de dominio y qué herramientas existen hoy?”, en Chequeado, <https://chequeado.com/el-explicador/que-es-la-extincion-de-dominio-y-que-herramientas-existen-hoy/>, del 20-5-2019, consultado el 12-3-2025; FREEDMAN, D., “Regulación del decomiso en el Derecho Comparado”, en Anticorrupción, <http://archivo.anticorruption.gob.ar/documentos/Reg.%20del%20Dec.Derecho%20Comp.PDF>, consultado el 12-3-2025; PASCUAL, J. I. y MENTA BELLINI, G. K., “El ‘decomiso’: Consecuencias ante el incumplimiento de prohibiciones a raíz del COVID-19”, en SAJJ, www.saij.gob.ar, del 11-6-2020, consultado el 12-3-2025.

de personas, la corrupción y el financiamiento del terrorismo. En este contexto, la cooperación internacional y la adopción de tecnologías avanzadas para el rastreo de activos son elementos clave para garantizar la eficacia de estas estrategias, asegurando que los procedimientos legales sean ágiles y adaptables a los nuevos desafíos económicos y tecnológicos⁴.

Más allá de su función represiva, el recupero de activos adquiere una dimensión restaurativa cuando se orienta a la reparación integral de las víctimas de delitos graves, como la trata de personas. La confiscación de bienes provenientes de estas actividades no sólo debilita las redes criminales, sino que permite destinar los recursos recuperados a la indemnización de las víctimas y al fortalecimiento de políticas de asistencia. Este enfoque, alineado con los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, refuerza el compromiso estatal con la justicia y la equidad social⁵. La reutilización de activos ilícitos, además, contribuye al desarrollo de un modelo de justicia restaurativa, en el que la coordinación entre los distintos poderes del Estado resulta esencial para garantizar una gestión transparente y eficiente de los bienes incautados. Ejemplos como el sistema de redistribución de bie-

⁴ MASSARI, L., “El recupero de activos provenientes de la trata de personas: la investigación patrimonial”, en SAIJ, <https://www.saij.gob.ar/leandro-massari-recupero-activos-provenientes-trata-personas-investigacion-patrimonial-dacf160485-2016-09-22>, del 22-9-2016, consultado el 12-3-2025; AROCENA, L. F. (coord.) y SOSA, C. A., “Recupero de activos en casos de corrupción: el decomiso de las ganancias del delito. Estado actual de la cuestión”, 1ª ed., Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2010; BARBIER (dir.), op. cit.; MAHIQUES, I., “La neutralización de las ventajas económicas del delito como estrategia de lucha contra la criminalidad organizada”, en Pensamiento Penal, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40347.pdf>, consultado el 12-3-2025; Argentina, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, CHENA (dir.), op. cit.; VALDEZ, op. cit.

⁵ MÁNGANO, M.ª A.; CHENA, M.ª del C. y SODINI, D., “Recupero de activos para la reparación económica de las víctimas de trata y explotación de personas”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, núm. 2019-7; disponible en MPF, <https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2022/06/Recupero-de-activos-para-la-reparación-económica-de-las-v%C3%ADctimas-de-trata-y-explotación-de-personas-Mar%C3%ADA-Alejandra-Mángano-Mar%C3%ADA-del-Carmen-Chena-y-Daniela-Sodini.pdf>, consultado el 12-3-2025.

nes implementado en Italia desde 1995 demuestran la viabilidad de este modelo, en el que los bienes confiscados son destinados a fines comunitarios, consolidando así una política efectiva contra la criminalidad organizada⁶.

En este marco, la participación activa de la comunidad y de las organizaciones que la integran –tales como clubes deportivos, sindicatos, cooperativas, centros vecinales, parroquias y templos– resulta fundamental en el proceso de reutilización comunitaria de los bienes provenientes del delito. Estas entidades desempeñan un papel clave en la consolidación de modelos de justicia orientados a las necesidades de los sectores en situación de vulnerabilidad. En particular, la asignación de estos activos a proyectos de inclusión laboral y apoyo productivo mediante esquemas colaborativos se ha convertido en una estrategia esencial para la reconstrucción del tejido social en territorios profundamente afectados por la criminalidad organizada. De este modo, no sólo se promueve la reparación del daño causado a las víctimas directas, sino que también se fortalece la resiliencia comunitaria, facilitando la recuperación de espacios marginados por la violencia y el delito⁷.

De este modo, la recuperación de activos ilícitos se erige como

⁶ PIQUÉ, E., “El juez Casanello analiza en Italia el modelo de reutilización social de bienes confiscados a organizaciones criminales”, en diario *La Nación*, del 5-11-2022, 18:52; disponible en *La Nación*, <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-juez-casanello-analiza-en-italia-el-modelo-de-reutilizacion-social-de-bienes-confiscados-a-nid05112022/>, consultado el 12-3-2025; TUCHIN, F., “Modelo italiano: De bienes del crimen organizado a herramientas para la inclusión”, en *Otra Economía*, <https://otraeconomia.com.ar/2025/01/28/modelo-italiano-de-bienes-del-crimen-organizado-a-herramientas-para-la-inclusion/>, del 28-1-2025, consultado el 12-3-2025; *La Nación*, “Presentan un proyecto para reutilizar con fines sociales los bienes decomisados de actividades delictivas”, en diario *La Nación*, del 6-5-2024; disponible en *La Nación*, <https://www.lanacion.com.ar/politica/presentan-un-proyecto-para-reutilizar-con-fines-sociales-los-bienes-decomisados-de-actividades-nid06052024/>, consultado el 12-3-2025; Libera. Asociaciones, nombres y números contra las mafias, Circolo Giuridico di Argentina, ACIJ, Fundación Multipolar, “Proyecto Bien Restituido. Para el desmantelamiento patrimonial del crimen organizado y el fortalecimiento de la sociedad civil”, en *Bien Restituido*, <https://bienrestituido.org.ar/pdf/Administración-y-reutilización.pdf>, consultado el 12-3-2025.

⁷ Libera. Asociaciones, nombres y números contra las mafias, Circolo Giuridico di Argentina, ACIJ, Fundación Multipolar, op. cit.; TUCHIN, op. cit.

una estrategia clave dentro de la política criminal del Estado, no sólo para dismantelar las estructuras económicas del crimen organizado, sino también para garantizar la reparación de las víctimas y la reinserción de los bienes en el ámbito comunitario mediante su afectación a políticas públicas estratégicas.

II. Etapas del recupero de activos

En términos generales, y para ordenar la exposición del tema, se pueden distinguir distintas etapas del proceso de recupero de activos. Esta síntesis del proceso se fundamenta en la “Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos”, elaborada por la Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, bajo la dirección de Carmen Chena⁸, la cual indica que las etapas son las siguientes:

1. *Investigación patrimonial*

El proceso de recuperación de activos ilícitos tiene como objetivo principal la identificación y localización de bienes susceptibles de decomiso o restitución a su titular legítimo. Estos bienes incluyen instrumentos, objetos, productos y ganancias derivados de actividades delictivas, así como activos destinados a garantizar la imposición de sanciones económicas y la compensación a las víctimas⁹. La investigación preliminar desempeña un papel crucial en este proceso, ya que permite privar rápidamente a los acusados de los beneficios ilícitos obtenidos. Para lograr este propósito no sólo es esencial la estricta aplicación de la legislación penal, sino también la implementación de estrategias coordinadas entre diversas agencias estatales. En este sentido, el diseño de una política criminal integral que establezca procedimientos eficientes para la recuperación de activos resulta imprescindible. Un marco normativo adecuado y la cooperación entre organismos especializados fortalecen la efectividad de estas medidas, asegurando su operatividad en contextos de criminalidad compleja.

⁸ Argentina, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, CHENA (dir.), op. cit.

⁹ Íd., ps. 10-11.

El éxito en la localización y decomiso de bienes ilícitos depende de la implementación de estrategias eficaces desde las primeras etapas del proceso penal. En este sentido, normativas como la resolución PGN 134/2009 instruyen a los fiscales a realizar investigaciones patrimoniales en casos de corrupción, narcotráfico, lavado de activos, trata de personas, evasión tributaria y contrabando, con el objetivo de identificar y embargar bienes vinculados a estas actividades ilícitas¹⁰. Este procedimiento no implica la apertura de una causa penal autónoma, sino que se desarrolla dentro del marco de la investigación principal. Además, la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (ley 27.148) habilita a los fiscales a solicitar cooperación e información de organismos nacionales e internacionales. En este contexto, la cooperación jurídica internacional adquiere especial relevancia, dado que los bienes producto del delito suelen encontrarse fuera de las fronteras nacionales. Instrumentos como la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y la Convención Interamericana contra la Corrupción establecen mecanismos de apoyo entre Estados para el embargo, secuestro e inmovilización de activos ilícitos. A nivel global, la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción refuerzan estas obligaciones de colaboración, promoviendo la asistencia técnica y el intercambio de información en la recuperación de activos obtenidos mediante delitos transnacionales¹¹.

En este contexto, las redes de cooperación internacional como Gafilat¹², Carin¹³ y Egmont Group¹⁴, entre otros, proporcionan plataformas

¹⁰ Íd., p. 11.

¹¹ MÁNGANO, CHENA y SODINI, op. cit.

¹² El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (Gafilat) es una organización intergubernamental regional que agrupa a 18 países de América Latina y el Caribe, con el objetivo de prevenir y combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva. Gafilat, “Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica”, en Gafilat, <https://www.gafilat.org/index.php/es/>, consultado el 12-3-2025.

¹³ Carin (Red de Contactos para la Recuperación de Activos) es una red informal de profesionales de las fuerzas del orden y del sistema judicial dedicada al rastreo, embargo preventivo, incautación y decomiso de activos ilícitos. Su propósito es aumentar la eficacia de los esfuerzos multiinstitucionales para privar a los delincuentes de sus ganancias ilícitas. Con 61 jurisdicciones miembros, incluidas 27 de la UE y

clave para el intercambio de información y la cooperación transnacional en la recuperación de activos. Estas redes contribuyen de manera significativa al fortalecimiento de las investigaciones financieras y al seguimiento de los flujos ilícitos a través de fronteras¹⁵.

En resumen, el proceso de recuperación de activos ilícitos requiere un enfoque integral y colaborativo que implique no sólo la aplicación de la ley penal nacional, sino también el uso de herramientas jurídicas internacionales y la cooperación entre distintos actores, tanto nacionales como internacionales. Este enfoque garantiza la efectividad en la lucha contra los entramados criminales complejos y la desarticulación de organizaciones delictivas transnacionales.

2. Medidas cautelares

Son mecanismos procesales diseñados para resguardar los bienes identificados, evitando que durante el desarrollo del proceso se lleven a cabo acciones que obstaculicen su ejecución. Estas medidas tienen como objetivo principal garantizar cuatro tipos de responsabilidades patrimoniales: (a) el decomiso; (b) la restitución; (c) las multas, y (d) la indemnización o reparación¹⁶.

El proceso cautelar ha sido definido como “...aquel que tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de otro proceso pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva”¹⁷. En este sentido, las medidas

13 organizaciones internacionales. Carin, “Red de Contactos para la Recuperación de Activos”, en Carin, <https://www-carin-network.translate.goog>, consultado el 12-3-2025.

¹⁴ El Egmont Group de Unidades de Inteligencia Financiera es una organización internacional que promueve la cooperación e intercambio de inteligencia entre unidades nacionales de inteligencia financiera (UIF) para investigar y prevenir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Egmont Group, “Egmont Group of Financial Intelligence Units”, en Egmont Group, <https://www.egmontgroup.org>, consultado el 12-3-2025.

¹⁵ Gafilat, op. cit.; Egmont Group, op. cit.

¹⁶ Argentina, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, CHENA (dir.), op. cit.

¹⁷ KIELMANOVICH, J. L., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, t. I, p. 451.

cautelares se establecen “para asegurar los bienes y las personas involucradas en la litis, y para [mantener o en algunos casos alterar] los Estados de hecho y de Derecho vigentes, de modo que el pronunciamiento de la sentencia definitiva [...] pueda resultar de cumplimiento posible”¹⁸.

Las medidas cautelares en el proceso penal cumplen una función esencial al garantizar la efectividad de la sentencia y la retención de bienes vinculados a ilícitos, sin implicar una atribución de responsabilidad penal. Conforme al artículo 23 del Código Penal, los jueces pueden adoptar estas medidas desde el inicio del proceso, siempre que exista una conexión concreta con los hechos investigados y se respete el derecho de defensa. Además, la jurisprudencia¹⁹ ha resaltado la necesidad de embargar bienes suficientes del imputado para asegurar la reparación de las víctimas. En este sentido, la Comisión Permanente de Supervisión de la Unidad de Bienes Incautados y Decomisados ha recomendado estrategias de administración eficiente de los activos incautados, como la venta anticipada de bienes cuyo mantenimiento resulte costoso o su deterioro inevitable. En el caso de delitos de trata y lavado de activos relacionados la custodia y conservación de los bienes se rige por normativas específicas que garantizan su destino a la restitución de derechos de las víctimas, en conformidad con la legislación vigente²⁰.

En virtud de lo expuesto, resulta claro que los bienes cautelados en el marco de delitos de trata y explotación de personas, así como aquellos provenientes del lavado de activos relacionados con estos ilícitos, poseen una asignación específica. En consecuencia, no se en-

¹⁸ Íd., p. 451.

¹⁹ Ver: Argentina, Poder Judicial de la Nación, CFed.CC, sala I, 6-11-2011, autos “Glavina, Bruno s/Denegación de medida cautelar”, e íd., 22-2-2011, “Cáceres, María Soledad y Guillemet, Gastón s/Proc. s/Prisión preventiva”, *La Ley Online*, AR/JUR/477/2011.

²⁰ Comisión Permanente de Supervisión de la Unidad de Bienes Incautados y Decomisados, “Pautas para la administración de los bienes cautelados en causas vinculadas a delitos de trata y explotación de personas y de lavado de activos provenientes de tales delitos”, en Argentina, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/03/pautas_de_administracion_consejo_federal_version_30_junio.docx, consultado el 14-3-2025.

cuentran comprendidos en el artículo 3º, inciso b, de la ley 23.853, por lo que su custodia y conservación durante el proceso se regirá por las directrices establecidas por el Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas, así como por la ley 20.785 en la medida en que resulte compatible con su destino de restitución de derechos a las víctimas.

3. *Administración de activos cautelados*

La administración de bienes cautelados es un aspecto fundamental del sistema judicial, ya que busca preservar su valor y garantizar la protección de los derechos de las partes involucradas. Esta tarea incluye la custodia, conservación y, en ciertos casos, la disposición de los bienes para evitar su deterioro o pérdida de valor, lo que podría afectar tanto al Estado como a las víctimas del delito. Para ello, es necesario que existan mecanismos ágiles, ya sea a través de decisiones judiciales o facultades administrativas que permitan una gestión eficiente, en especial cuando se trata de bienes cuya conservación resulta costosa o compleja. La normativa vigente contempla herramientas como la venta anticipada de aquellos activos cuyo valor pueda disminuir con el tiempo, siempre bajo la supervisión del Poder Judicial, tal como lo establece el artículo 3º de la ley 20.785²¹.

En este contexto, la correcta gestión de los bienes incautados debe orientarse a la justicia restaurativa, priorizando la reparación del daño a las víctimas por sobre la simple incorporación de los bienes al patrimonio estatal²². La ley 20.785 dispone que los activos líquidos sean resguardados en el Banco de la Nación Argentina o en cuentas fiduciarias para evitar su depreciación, mientras que los bienes inmuebles pueden ser alquilados bajo autorización judicial para cubrir costos de mantenimiento o reparar a las víctimas. Asimismo, la Agencia de Ad-

²¹ Argentina, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, CHENA (dir.), op. cit.; Argentina, Congreso de la Nación, ley 20.785, en Argentina, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/136925/texto>, consultado el 12-3-2025.

²² BRAITHWAITE, J., "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", en *The University of Chicago Press*, Chicago, 1999; disponible en Jstor, <https://www.jstor.org/stable/1147608>, consultado el 12-3-2025.

ministración de Bienes del Estado (AABE) organiza subastas cuando la restitución a sus dueños no es posible. En el caso de empresas vinculadas a delitos, la intervención judicial debe asegurar que su administración no continúe la explotación de personas ni viole derechos laborales. Para ello, es clave la coordinación entre el Poder Judicial y organismos especializados, garantizando que la gestión de los bienes se realice conforme a los principios de equidad y reparación social, promoviendo un enfoque participativo que involucre tanto a la ciudadanía como a las propias víctimas²³.

Al analizar los mecanismos institucionales de administración de bienes y activos cautelados por delitos a nivel nacional en Argentina, resulta pertinente ampliar la perspectiva para comprender cómo estos procedimientos se desarrollan en otros países miembros del Mercosur. Dado que Argentina forma parte de este bloque regional, cuyo objetivo es promover la integración económica y política, es esencial considerar la cooperación en áreas de seguridad, justicia e investigación. Esta colaboración es especialmente relevante debido a la naturaleza transnacional de muchos delitos que afectan a la región.

El Mercosur, integrado inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y luego ampliado con Venezuela y Bolivia, ha desarrollado un proceso de integración que incluye la cooperación en seguridad y justicia, con especial énfasis en la lucha contra el crimen organizado transnacional. A través del Sistema de Intercambio de Información de Seguridad del Mercosur (Sisme)²⁴ se facilita el intercambio de datos entre fuerzas de seguridad y organismos especializados, bajo la supervisión del Grupo de Trabajo Especializado en Informática y Comunicaciones (GTEIC), que garantiza la integridad y confidencialidad de la información. En línea con estos esfuerzos, en febrero de 2023, la Mesa Técnica de Seguridad del Mercosur²⁵ propuso la creación de

²³ Argentina, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, CHENA (dir.), op. cit.

²⁴ Mercosur, CMC N° 19/2018, “Reglamento de organización y funcionamiento del Sistema de Intercambio de Información de Seguridad del Mercosur (Sisme)”, en Mercosur, <https://www.mercosur.int>, consultado el 12-3-2025.

²⁵ Mercosur, Mesa Técnica de Seguridad del Mercosur, “Propuesta de creación de una nueva agencia contra el crimen organizado transnacional”, en Mercosur, <https://www.mercosur.int>, 2023, consultado el 12-3-2025.

una agencia específica para combatir el crimen organizado, centrada en la recuperación de activos vinculados al narcotráfico y el blanqueo de dinero. Además, la cooperación penal entre los Estados miembros se ha fortalecido mediante herramientas como los equipos conjuntos de investigación, permitiendo una coordinación más eficaz en la persecución de delitos transnacionales²⁶.

Al examinar los mecanismos de administración de bienes cautelados en los países del Mercosur, se observa que cada Estado ha desarrollado estructuras institucionales específicas para gestionar estos bienes durante la sustanciación de los procesos judiciales. Por ejemplo, en Argentina, el sistema de administración de recupero de activos provenientes del delito se encuentra estructurado principalmente en torno a la incautación, decomiso y posterior liquidación de bienes con el objetivo de ser activos que ingresen al Estado y, en ciertos casos, a las víctimas, y que puedan ser volcados a la comunidad. A nivel nacional, la Dirección de Recuperación de Activos y Decomisos de Bienes, creada dentro de la Procuración General de la Nación²⁷, cumple funciones de apoyo técnico a los fiscales en la detección, identificación y cautela de bienes de origen delictivo, en particular aquellos vinculados con la criminalidad compleja y organizada. Sin embargo, este organismo no tiene competencia para administrar ni gestionar los bienes cautelados o decomisados, lo que limita su eficacia en la reutilización de los mismos con fines comunitarios.

En el ámbito provincial, Santa Fe cuenta con la ley 13.579, que crea la Agencia Provincial de Registro, Administración y Destino de Bienes y Derechos Patrimoniales (Aprad). Esta Agencia, que opera como un ente autárquico dentro del Ministerio de Gobierno, tiene como objetivo el registro, custodia, conservación, administración y disposición de bienes secuestrados y/o decomisados en procesos judiciales. Su finalidad principal es desarticular la operatividad de organizaciones

²⁶ CASTELNUOVO, M., "Cooperación en materia penal en el Mercosur", en SAIJ, https://www.saij.gob.ar/doctrina/daca060107-castelnuovo-cooperacion_en_materia_penal.htm, 2006, consultado el 12-3-2025.

²⁷ Argentina, Poder Ejecutivo nacional, decreto 826/2011, en Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/183500/norma.htm>, consultado el 12-3-2025.

criminales mediante la inmovilización de activos. No obstante, si bien Aprad cumple una función clave en la administración de los mencionados bienes, continúa privilegiando la liquidación de activos por sobre su reutilización con propósitos comunitarios.

El actual esquema presenta varias limitaciones. En primer lugar, los bienes cautelados suelen deteriorarse mientras sigan dependiendo de la decisión de la autoridad fiscal que ordenó la medida, y que a fin de disponer de los bienes o restituirlos pueden pasar años, generando pérdidas patrimoniales significativas para el Estado y obstaculizando su eventual aprovechamiento por la comunidad. En segundo lugar, la normativa vigente no contempla mecanismos claros de participación de organizaciones de la comunidad en la administración y disposición de estos activos, lo que impide su reutilización como objetivo principal. A su vez, la falta de criterios uniformes y desconocimiento sobre la política criminal sobre recupero de activos en las distintas fiscalías y juzgados genera una administración fragmentada e ineficiente de los bienes cautelados y decomisados.

En este contexto, el Proyecto de Ley de Administración y Reutilización Social de Bienes Cautelados y Decomisados, impulsado en el marco del “Proyecto Bien Restituido”, a nivel nacional, propone un cambio de paradigma. En lugar de privilegiar la liquidación de activos, sin estrategia clara, la premisa está en crear un sistema de reutilización social que permita que estos bienes sean administrados y preservados para ser destinados a proyectos de interés comunitario. A diferencia del esquema actual, este proyecto de ley contempla la participación de organizaciones de la comunidad en la administración de los bienes, asegurando transparencia y eficiencia en su destino. Este tema será abordado con mayor detalle más adelante.

Siguiendo con los Estados miembros del bloque mercosureño, como principal socio de Argentina, Brasil cuenta con un sistema consolidado para la recuperación de activos ilícitos a través del Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional (DRCI). Creado en 2004 y actualmente regulado por el decreto 11.348 de 2023, el DRCI coordina la cooperación jurídica internacional en materias penales y civiles, facilitando la extradición, la transferencia de condenados y la restitución de bienes obtenidos de manera ilícita. Además,

el Departamento lidera la política de recuperación de activos, colaborando con organismos gubernamentales e internacionales para repatriar bienes y dinero vinculados al crimen organizado. Su labor se extiende a la negociación de acuerdos bilaterales y multilaterales, y a la coordinación de más de 80 foros internacionales para fortalecer la lucha contra el lavado de dinero y la corrupción²⁸.

En términos operativos, el DRCI ha logrado avances significativos en la recuperación de activos, con la incautación de aproximadamente 5.600 millones de reales en 2024, lo que representó un aumento del 70% respecto al año anterior. Brasil también ha recibido fondos de otros países, como los 155 millones de reales provenientes de Suiza en 2024, destinados a mejorar el sistema penitenciario. A nivel nacional, el DRCI supervisa la Red Nacional de Laboratorios de Tecnología contra el Lavado de Dinero (Red-Lab) y coordina políticas públicas en la materia, aunque la administración de bienes incautados recae en otras instituciones. El proceso de recuperación de activos sigue una estructura normativa rigurosa que abarca la identificación, incautación y disposición de los bienes, asegurando su restitución tanto a nivel nacional como internacional²⁹.

En el caso de Paraguay, cuenta con la “Secretaría Nacional de Administración de Bienes Incautados y Comisados” (Senabico)³⁰. Su misión es establecer mecanismos y procedimientos adecuados que

²⁸ Brasil, Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, DRCI, “Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional”, en Gov, <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/drci>, 2023, consultado el 14-3-2025; Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito (UNODC), “Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, en UNODC, <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/toolkit.html>, consultado el 14-3-2025.

²⁹ Brasil, Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, op. cit.; Infobae, “El patrimonio confiscado al crimen organizado en Brasil creció un 70% en 2024”, en Infobae, <https://www.infobae.com/america/agencias/2025/01/29/el-patrimonio-confiscado-al-crimen-organizado-en-brasil-crecio-un-70-en-2024/>, del 29-1-2025, consultado el 14-3-2025; Brasil, Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, “Institucional”, en Justica, <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2>, consultado el 14-3-2025.

³⁰ Para mayor abundamiento: Paraguay, Secretaría Nacional Antidroga, “Inicio”, Senabico, Secretaría Nacional Antidroga; disponible en Senabico, <https://www.senabico.gov.py/index.php>, consultado el 7-8-2024.

permitan una administración y destino eficiente y eficaz de los bienes obtenidos del crimen organizado, preservando su productividad o valor económico. Dicho organismo fue creado vía Ley 5876/2017 de “Administración de Bienes Incautados y Comisados”, y a su vez su funcionamiento se encuentra reglamentado vía Decreto 8668/2018. Esta institución destinada a la administración de bienes incautados y decomisados se encarga del gerenciamiento de éstos hasta que pese sobre ellos una decisión judicial respecto al destino final que se les dará.

En el caso de Uruguay existe el “Fondo de Bienes Decomisados”³¹, que es un órgano dependiente de la Junta Nacional de Drogas. El mismo fue creado vía Decreto 339/2010. Entre sus funciones se destacan las de realizar la recepción, inventario, administración y adjudicación de los bienes incautados y decomisados en causas por narcotráfico y lavado, orientando los recursos producidos al fortalecimiento de las políticas de drogas y lavado de activos.

En el ámbito internacional nos encontramos con la experiencia italiana en administración de bienes incautados a la criminalidad organizada, la cual ha sido un referente. Un ejemplo destacado es la “Agenzia Nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata” (ANBSC), la cual gestiona, en colaboración con gobiernos regionales, municipales e instituciones de la sociedad civil, bienes inmuebles previamente pertenecientes a organizaciones criminales³².

Desde los inicios de la lucha contra la criminalidad organizada en Italia, uno de sus pilares ha sido la estrategia de incautación y reutilización social de los bienes provenientes de actividades delictivas. En este contexto, la creación de la ANBSC en 2010 representó un hito

³¹ Para mayor abundamiento ver: Uruguay, Junta Nacional de Drogas, “Fondo de Bienes Decomisados”, en Gub, <https://www.gub.uy/junta-nacional-drogas/tematica/fondo-bienes-decomisados>, consultado el 7-8-2024.

³² Italia, Ministerio del Interior, Agenzia Nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, “Informe de gestión anual”, en Benise Questrati Confiscati, <https://benisequestraticonfiscati.it/wp-content/uploads/2023/03/BROCHURE-SPAGNOLO-1.pdf>, 2023, consultado el 19-3-2025.

en la institucionalización de esta política, con el objetivo de debilitar las estructuras económicas de las organizaciones criminales y reintegrar estos activos a la comunidad³³.

El primer gran avance legislativo en esta materia fue la Ley Rognoni-La Torre³⁴ (Ley 646/82), que introdujo el delito de asociación mafiosa en el artículo 416 bis del Código Penal italiano y estableció el decomiso obligatorio de bienes pertenecientes a individuos condenados por este delito³⁵. Esta normativa representó un cambio fundamental en la estrategia estatal, al atacar los recursos económicos de las organizaciones mafiosas. Posteriormente, con la Ley 109/96 se determinó que los bienes decomisados podían destinarse a fines sociales, fortaleciendo así el carácter preventivo y restaurador de la legislación antimafia³⁶.

La administración de estos bienes pasó por diversas instancias hasta la creación de la ANBSC mediante el Decreto-Ley 4/2010, convertido en la Ley 50/2010 e integrado posteriormente en el Código Antimafia (Decreto Legislativo 109/2011). La ANBSC, con sede en Roma y oficinas en Reggio Calabria, Palermo, Nápoles y Milán, es un organismo de derecho público supervisado por el Ministerio del Interior. Su función principal es administrar los bienes incautados y garantizar su destino en beneficio de la sociedad³⁷. Entre sus tareas destacan el registro, custodia y administración de bienes incautados, la cooperación con autoridades judiciales, la reasignación de bienes a municipios y organizaciones civiles para su uso social o institucional, y la supervisión del correcto uso de los bienes asignados³⁸.

Uno de los casos emblemáticos de reutilización social de bienes incautados es el de la cooperativa siciliana “La Placido Rizzotto Libera Terra”, que administra bodegas, olivares y una finca dedicada al agro-

³³ *Ibíd.*

³⁴ GAMBETTA, D., “La mafia siciliana: el negocio de la protección”, Fondo de Cultura Económica, 2007.

³⁵ LA TORRE, P., “Legge Rognoni-La Torre: un cambio histórico en la lucha contra la mafia”, Parlamento Italiano, Italia, 1982.

³⁶ GAMBETTA, *op. cit.*

³⁷ Italia, Ministerio del Interior, Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, *op. cit.*

³⁸ *Ibíd.*

turismo en tierras confiscadas a la mafia³⁹. Asimismo, la ANBSC ha logrado destinar más de 40.000 millones de euros recuperados del crimen organizado a la prevención y reparación del daño ocasionado⁴⁰.

A pesar de sus logros, la ANBSC enfrenta diversos desafíos. Las demoras en la reasignación de bienes afectan la eficiencia del proceso, y muchas empresas confiscadas presentan problemas de viabilidad económica, lo que dificulta su continuidad. Además, la mafia sigue intentando recuperar bienes mediante corrupción o intimidación a funcionarios y organizaciones beneficiarias, lo cual se evidencia en la obra de Saviano⁴¹. No obstante, la experiencia italiana representa un modelo innovador que ha permitido debilitar las bases económicas de la mafia y fortalecer el tejido social. La implementación de mecanismos de transparencia y eficiencia administrativa es clave para consolidar esta estrategia como un referente global en la lucha contra el crimen organizado⁴².

En este marco, el “Proyecto Bien Restituido” surge como una iniciativa innovadora para consolidar un sistema eficiente de administración y reutilización de bienes decomisados, con un enfoque centrado en el beneficio de la comunidad⁴³. La experiencia italiana ha demostrado que la reutilización social de bienes incautados tiene impactos positivos en múltiples dimensiones: en el ámbito judicial, reafirma el principio de legalidad; en el político, fortalece la confianza ciudadana en las instituciones; en el económico, permite reintegrar activos ilícitos en circuitos productivos lícitos, generando empleo y desarrollo sostenible; y en el social y educativo, contribuye a desmitificar la imagen de invulnerabilidad de las organizaciones criminales y refuerza la cultura de la legalidad⁴⁴.

³⁹ Libera. Asociaciones, nombres y números contra las mafias, Circolo Giuridico di Argentina, ACIJ, Fundación Multipolar, op. cit.

⁴⁰ ESPÓSITO, N., “«Bien restituido»: quieren usar bienes delictivos a favor de organizaciones con fines sociales”, en A24, <https://www.a24.com/politica/bien-restituido-quieren-usar-bienes-delictivos-favor-organizaciones-fines-sociales-n1366870>, del 25-10-2024, consultado el 12-3-2025.

⁴¹ SAVIANO, R., “Gomorra: Viaje al imperio económico y al sueño de poder de la mafia napolitana”, Debolsillo, 2006.

⁴² Libera. Asociaciones, nombres y números contra las mafias, Circolo Giuridico di Argentina, ACIJ, Fundación Multipolar, op. cit.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

Uno de los aspectos más innovadores del “Proyecto Bien Restituido” es la propuesta de reutilización inmediata de los bienes desde el momento de su incautación, sin necesidad de esperar una sentencia definitiva. Este mecanismo evita el deterioro y la pérdida de valor de los activos, asegurando su conservación y utilidad mientras se desarrolla el proceso judicial⁴⁵. En caso de una sentencia absolutoria, el bien sería restituido en condiciones óptimas, minimizando el impacto sobre los derechos de los afectados.

La legislación comparada demuestra la eficacia de modelos de administración de bienes con fines sociales. En Italia, la Ley Antimafia establece que los bienes decomisados pueden destinarse a organismos públicos o entidades del tercer sector para su reutilización en proyectos sociales y productivos⁴⁶. Este esquema ha sido replicado con éxito en otros países europeos y constituye la base sobre la cual se busca estructurar el marco normativo en Argentina.

Desde una perspectiva de política criminal, la recuperación de activos y su reutilización con fines sociales son estrategias fundamentales en la lucha contra el crimen organizado. No sólo permiten desarticular las estructuras económicas de las organizaciones delictivas, sino que también promueven la reparación del daño social y la construcción de una sociedad más justa e inclusiva. El “Proyecto Bien Restituido” se alinea con los estándares internacionales y representa una oportunidad para fortalecer el Estado de Derecho en Argentina⁴⁷.

La iniciativa cuenta con el respaldo de múltiples actores, incluyendo organizaciones de la sociedad civil, organismos internacionales y sectores políticos. Su financiamiento por parte de la Unión Europea y su ejecución por instituciones especializadas refuerzan su viabilidad y legitimidad. Sin embargo, su éxito dependerá de la voluntad política para consolidar un marco normativo adecuado y de la capacidad institucional para garantizar su implementación efectiva⁴⁸.

En conclusión, la reutilización comunitaria de bienes provenientes del delito emerge como una herramienta clave en la lucha contra la

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ ESPÓSITO, op. cit.

⁴⁸ *Ibíd.*

criminalidad organizada. El “Proyecto Bien Restituido” representa un avance significativo en esta materia, proponiendo un enfoque innovador que busca transformar los activos ilícitos en recursos para el desarrollo comunitario. Su implementación efectiva no sólo contribuiría a la desarticulación de las economías ilegales, sino que también fortalecería la confianza ciudadana en las instituciones y promovería la construcción de una sociedad más equitativa y democrática.

4. *Decomiso, multa, restitución e indemnización o reparación*

Etapas en la que: a) se dispone la restitución de los bienes a la víctima; b) la reparación integral de los daños ocasionados por el delito a través de la indemnización; c) se aplica la pena pecuniaria, y d) se transfiere de manera definitiva el dominio de lo decomisado en favor del Estado o de terceros⁴⁹.

El decomiso ha evolucionado en el Derecho Penal argentino desde una pena accesoria hasta una herramienta clave para la recuperación de activos ilícitos. Con la reforma del artículo 23 del Código Penal mediante la ley 25.188 en 1999, se consolidó su función como mecanismo para privar a los delincuentes de los bienes obtenidos mediante el delito, en sintonía con las tendencias internacionales contra la criminalidad organizada. Posteriormente, la ley 26.683 de 2011 introdujo el decomiso sin condena, permitiendo la confiscación de bienes cuando su origen ilícito estuviera comprobado, incluso en ausencia de una sentencia penal, reforzando su naturaleza *in rem* y ampliando su alcance a terceros beneficiarios⁵⁰.

Las modificaciones normativas establecieron que el decomiso recae sobre el producto y el provecho del delito, así como sobre bienes

⁴⁹ Argentina, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, CHENA (dir.), op. cit.

⁵⁰ JORGE, G. (comp.), “Recuperación de activos de la corrupción”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 67; Fiscales, “La Cámara Federal de La Plata confirmó el decomiso sin condena penal de más de 500 mil dólares que serán utilizados para la lucha contra la pandemia de COVID-19”, en Fiscales, <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/la-camara-federal-de-la-plata-confirmo-el-decomiso-sin-condena-penal-de-mas-de-500-mil-dolares-que-seran-utilizados-para-la-lucha-contra-la-pandemia-de-covid-19/>, 2023, consultado el 12-3-2025.

sustituídos o transformados. Además, se extendió su aplicación a personas jurídicas y terceros que se beneficiaron gratuitamente de bienes ilícitos, impidiendo que estructuras empresariales o testaferros oculten activos criminales. Asimismo, la jurisprudencia ha reforzado su carácter autónomo y reparatorio, permitiendo el decomiso incluso cuando el proceso penal no llega a una condena, garantizando que el Estado recupere bienes mal habidos en favor del interés público.

Finalmente, el decomiso se distingue de la extinción de dominio, que es una medida civil independiente del proceso penal y cuyo objetivo es la recuperación patrimonial sin necesidad de condena⁵¹. Además, el Código Penal prevé la restitución de bienes a las víctimas cuando los activos incautados les pertenecen legítimamente, asegurando que el decomiso no afecte derechos de terceros inocentes. Estas reformas han fortalecido el marco legal argentino para combatir la criminalidad económica y garantizar la reparación del daño social causado por el delito, lo cual ha quedado plasmado en pronunciamientos judiciales⁵².

III. A modo de conclusión

La recuperación de bienes provenientes del delito se ha consolidado como una estrategia clave dentro de las políticas criminales, tanto a nivel estatal, regional como internacional, especialmente frente al desafío que impone el complejo entramado de la criminalidad organizada. Su principal objetivo es dismantelar estas estructuras delictivas, impidiendo que los recursos obtenidos de manera ilícita sean reintegrados al ciclo económico, lo que perpetuaría su expansión. En este sentido, el poder punitivo del Estado no sólo busca sancionar a los responsables de delitos, sino también intervenir en las bases económicas que sostienen el crimen, debilitando su capacidad operativa.

No obstante, la recuperación de estos activos debe ir más allá de

⁵¹ GALLI BASUALDO, M., “El régimen de extinción de dominio en Argentina”, en CIJur, https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Mart%C3%ADn_Galli_Basualdo_-_El_r%C3%A9gimen_-_02-03-2019.pdf, 2019, consultado el 16-3-2025.

⁵² Para mayor abundamiento ver: Argentina, Poder Judicial de la Nación, CFed. Cas.Pen., sala IV, 18-3-2016, “Liporace, Carlos Alberto y Yoma, Guillermo Luis s/Recurso de casación”.

la penalidad y enfocarse en su reutilización comunitaria. Es fundamental que los bienes decomisados se destinen a políticas públicas que impulsen el desarrollo de las comunidades y reparen los daños causados por la criminalidad. En Argentina, el modelo vigente se ha centrado en el secuestro y decomiso para la posterior liquidación de bienes, sin una estrategia integral para su reutilización. Aunque este enfoque ha sido eficaz para dismantelar patrimonios ilícitos y generar ingresos a través de subastas, presenta limitaciones significativas, ya que no impacta directamente en el bienestar de las comunidades afectadas. En muchos casos, estos bienes son vendidos y sus ingresos se destinan a fines generales del Estado, lo cual, si bien no es negativo, resulta insuficiente. Este modelo desaprovecha el potencial de los bienes recuperados y pierde la oportunidad de transformarlos en herramientas de justicia social.

El “Proyecto Bien Restituido” surge como una iniciativa para superar estas deficiencias mediante un nuevo esquema de gestión y distribución de los bienes recuperados. La propuesta central radica en la creación de una Agencia Federal especializada en la administración de bienes cautelados y decomisados, con el objetivo de optimizar su gestión y garantizar que una parte significativa se destine a políticas públicas con impacto tangible en las comunidades con mayores situaciones de vulnerabilidad. Esta Agencia no sólo asumiría el registro y administración de los bienes, sino que también supervisaría su redistribución de manera transparente y eficiente, asegurando su utilización en proyectos vinculados a la educación, la salud, la seguridad, la inclusión social y la reparación del daño a las víctimas del delito.

El concepto de “reutilización comunitaria” de los bienes recuperados constituye un pilar fundamental en este modelo. Bajo esta lógica, los bienes confiscados dejan de ser meros recursos económicos para convertirse en activos al servicio de la reconstrucción comunitaria. La asignación de estos bienes a proyectos educativos, culturales, deportivos y laborales contribuiría a prevenir la captación de jóvenes por redes delictivas, ofreciéndoles alternativas de integración comunitaria y desarrollo personal. En este marco, es crucial implementar políticas públicas que no sólo administren estos recursos de manera eficiente,

sino que también fomenten un cambio cultural en la percepción del vínculo entre el Estado, la criminalidad y la comunidad.

Este enfoque se encuentra estrechamente ligado a la concepción de comunidad entendida como la armonización entre intereses individuales y colectivos. La comunidad debe ser el ámbito donde el individuo pueda desarrollarse plenamente, no sólo en su rol productivo, sino también como parte de un destino común basado en la justicia social y el desarrollo humano y espiritual. La reutilización de bienes recuperados en proyectos comunitarios encarna este ideal, transformando recursos antes utilizados para el crimen en herramientas para la construcción de una sociedad más justa, donde la riqueza no se concentre en unos pocos, sino que se distribuya en función del bienestar general.

En este contexto, la participación activa de las organizaciones libres del pueblo en la gestión de los bienes recuperados es esencial para garantizar su utilización efectiva y acorde con las necesidades locales. Clubes deportivos, asociaciones vecinales y otras entidades comunitarias desempeñan un rol clave, pues conocen en profundidad las problemáticas de sus comunidades y pueden asegurar que los proyectos financiados con estos recursos respondan a las prioridades de la población.

En definitiva, la recuperación y reutilización social de los bienes del delito no sólo constituye una herramienta eficaz para desarticular el crimen organizado, sino que también representa una oportunidad para redefinir el vínculo entre el Estado y las comunidades afectadas por la criminalidad. Ésta debe ser la premisa central de la política de recuperación de activos, reservando la liquidación únicamente para aquellos casos en los que la naturaleza del bien impida su reutilización. Convertir los bienes ilícitos en recursos que favorezcan a la comunidad es un paso esencial hacia un modelo de justicia social que refuerce la confianza ciudadana en las instituciones y fomente una cultura de verdadera democracia, reparación y prevención. La adopción de políticas públicas sostenibles, transparentes y coordinadas, con un enfoque prioritario en la reutilización social de estos activos, contribuirá a la construcción de una comunidad más preparada para los desafíos que plantea el crimen organizado.

Bibliografía

- Argentina, Congreso de la Nación, ley 20.785, en Argentina, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/136925/texto>, consultado el 12-3-2025.
- Argentina, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Dirección General de Recuperación de Activos y Decomiso de Bienes, CHENA, María del Carmen (dir.), “Guía de Medidas Cautelares para el Recupero de Activos”, Buenos Aires, Dirección de Comunicación Institucional, Dirección de Relaciones Institucionales, 2017.
- Argentina, Poder Ejecutivo nacional, decreto 826/2011, en Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/183500/norma.htm>, consultado el 12-3-2025.
- Argentina, Poder Judicial de la Nación, CFed.CC, sala I, 22-2-2011, “Cáceres, María Soledad y Guillemet, Gastón s/Proc. s/Prisión preventiva”, La Ley Online, AR/JUR/477/2011.
- 6-11-2011, “Glavina, Bruno s/Denegación de medida cautelar”.
- CFed.Cas.Pen., sala IV, 18-3-2016, “Liporace, Carlos Alberto y Yoma, Guillermo Luis s/Recurso de casación”.
- AROCENA, Luis F. (coord.) y SOSA, Claudia A., “Recupero de activos en casos de corrupción: el decomiso de las ganancias del delito. Estado actual de la cuestión”, 1ª ed., Buenos Aires, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2010.
- BARBIER, Nicolás Francisco (dir.), “Visión integral sobre el recupero de activos de origen ilícito”, 1ª ed., Buenos Aires, Infojus, 2013.
- BRAITHWAITE, John, “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts”, en The University of Chicago Press, Chicago, 1999; disponible en Jstor, <https://www.jstor.org/stable/1147608>, consultado el 12-3-2025.
- Brasil, Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, DRCI, “Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional”, en Gov, <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/drci>, 2023, consultado el 14-3-2025.
- “El patrimonio confiscado al crimen organizado en Brasil creció un 70% en 2024”, en Infobae, <https://www.infobae.com/america/agencias/2025/01/29/el-patrimonio-confiscado-al-crimen-organizado-en-brasil-crecio-un-70-en-2024/>, del 29-1-2025, consultado el 14-3-2025.

- “Institucional”, en Justica, <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2>, consultado el 14-3-2025.
- Carin, “Red de Contactos para la Recuperación de Activos”, en Carin, <https://www-carin-network.translate.goog>, consultado el 12-3-2025.
- CASTELNUOVO, Mabel, “Cooperación en materia penal en el Mercosur”, en SAIJ, https://www.saij.gob.ar/doctrina/daca060107-castelnuovo-cooperacion_en_materia_penal.htm, 2006, consultado el 12-3-2025.
- CIRIMELE, Martina y CARRARA, Agustín, “¿Qué es la extinción de dominio y qué herramientas existen hoy?”, en Chequeado, <https://chequeado.com/el-explicador/que-es-la-extincion-de-dominio-y-que-herramientas-existen-hoy/>, del 20-5-2019, consultado el 12-3-2025.
- Comisión Permanente de Supervisión de la Unidad de Bienes Incautados y Decomisados, “Pautas para la administración de los bienes cautelados en causas vinculadas a delitos de trata y explotación de personas y de lavado de activos provenientes de tales delitos”, en Argentina, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/03/pautas_de_administracion_consejo_federal_version_30_junio.docx, 2025, consultado el 14-3-2025.
- DELGADO, Juan Manuel, “La extinción de dominio en el marco del decreto 62/2019”, Córdoba, Instituto de Investigaciones Jurídicas Empresariales de la Bolsa de Comercio de Córdoba, 2019.
- Egmont Group, “Egmont Group of Financial Intelligence Units”, en Egmont Group, <https://www.egmontgroup.org>, consultado el 12-3-2025.
- ESPÓSITO, Nicolás, “«Bien restituido»: quieren usar bienes delictivos a favor de organizaciones con fines sociales”, en A24, <https://www.a24.com/politica/bien-restituido-quieren-usar-bienes-delictivos-favor-organizaciones-fines-sociales-n1366870>, del 25-10-2024, consultado el 12-3-2025.
- Fiscales, “La Cámara Federal de La Plata confirmó el decomiso sin condena penal de más de 500 mil dólares que serán utilizados para la lucha contra la pandemia de COVID-19”, en Fiscales, <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/la-camara-federal-de-la-plata-confirio-el-decomiso-sin-condena-penal-de-mas-de-500-mil-dolares-que-seran-utilizados-para-la-lucha-contra-la-pandemia-de-covid-19/>, 2023, consultado el 12-3-2025.
- FREEDMAN, Diego, “Regulación del decomiso en el Derecho Comparado”, en Anticorrupción, <http://archivo.anticorruptcion.gob.ar/documentos/Reg.%20del%20Dec.Derecho%20Comp.PDF>, consultado el 12-3-2025.

- Gafilat, “Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica”, en Gafilat, <https://www.gafilat.org/index.php/es/>, consultado el 12-3-2025.
- GALLI BASUALDO, Martín, “El régimen de extinción de dominio en Argentina”, en CIJur, https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Mart%C3%ADn_Galli_Basualdo_-_El_regimen-_02-03-2019.pdf, 2019, consultado el 16-3-2025.
- GAMBETTA, Diego, “La mafia siciliana: el negocio de la protección”, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Italia, Ministerio del Interior, Agenzia Nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, “Informe de gestión anual”, en Benise Questrati Confiscati, <https://benisequestraticonfiscati.it/wp-content/uploads/2023/03/BROCHURE-SPAGNOLO-1.pdf>, 2023, consultado el 19-3-2025.
- JORGE, Guillermo (comp.), “Recuperación de activos de la corrupción”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- KIELMANOVICH, Jorge L., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, t. I.
- La Nación, “Presentan un proyecto para reutilizar con fines sociales los bienes decomisados de actividades delictivas”, en diario La Nación, del 6-5-2024; disponible en La Nación, <https://www.lanacion.com.ar/politica/presentan-un-proyecto-para-reutilizar-con-fines-sociales-los-bienes-decomisados-de-actividades-nid06052024/>, consultado el 12-3-2025.
- LA TORRE, Pio, “Legge Rognoni-La Torre: un cambio histórico en la lucha contra la mafia”, Italia, Parlamento Italiano, 1982.
- Libera. Asociaciones, nombres y números contra las mafias, Circolo Giuridico di Argentina, ACIJ, Fundación Multipolar, “Proyecto Bien Restituido. Para el desmantelamiento patrimonial de la delincuencia organizada y el fortalecimiento de la sociedad civil”, en Bien Restituido, <https://bienrestituido.org.ar/pdf/Proyecto-desmantelamiento.pdf>, 2024, consultado el 12-3-2025.
- MAHIQUES, Ignacio, “La neutralización de las ventajas económicas del delito como estrategia de lucha contra la criminalidad organizada”, en Pensamiento Penal, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina40347.pdf>, consultado el 12-3-2025.
- MÁNGANO, María Alejandra; CHENA, María del Carmen y SODINI, Daniela, “Recupero de activos para la reparación económica de las víctimas

- de trata y explotación de personas”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (núm. 2019-7), p. 1313; disponible en MPF, <https://www.mpf.gob.ar/protex/files/2022/06/Recupero-de-activos-para-la-reparación-económica-de-las-v%C3%ADctimas-de-trata-y-explotación-de-personas>”-Mar%C3%ADDa-Alejandra-Mángano-Mar%C3%ADDa-del-Carmen-Chenay-Daniela-Sodini.pdf, consultado el 12-3-2025.
- MASSARI, Leandro, “El recupero de activos provenientes de la trata de personas: la investigación patrimonial”, en SAIJ, <https://www.saij.gob.ar/leandro-massari-recupero-activos-provenientes-trata-personas-investigacion-patrimonial-dacf160485-2016-09-22>, del 22-9-2016, consultado el 12-3-2025.
- Mercosur, Mesa Técnica de Seguridad del Mercosur, “Propuesta de creación de una nueva agencia contra el crimen organizado transnacional”, en Mercosur, <https://www.mercosur.int>, 2023, consultado el 12-3-2025.
- Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito (UNODC), “Guía técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, en UNODC, <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/toolkit.html>, consultado el 14-3-2025.
- Paraguay, Secretaría Nacional Antidrogas, “Inicio”, Senabico, Secretaría Nacional Antidrogas; disponible en Senabico, <https://www.senabico.gov.py/index.php>, consultado el 7-8-2024.
- PASCUAL, Juan Ignacio y MENTA BELLINI, Gastón Kevin, “El ‘decomiso’: Consecuencias ante el incumplimiento de prohibiciones a raíz del COVID-19”, en SAIJ, www.saij.gob.ar, del 11-6-2020, consultado el 12-3-2025.
- PIQUÉ, Elisabetta, “El juez Casanello analiza en Italia el modelo de reutilización social de bienes confiscados a organizaciones criminales”, en diario La Nación, del 5-11-2022, 18:52; disponible en La Nación, <https://www.lanacion.com.ar/politica/el-juez-casanello-analiza-en-italia-el-modelo-de-reutilizacion-social-de-bienes-confiscados-a-nid05112022/>, consultado el 12-3-2025.
- SORAGNI, Carolina Belén, “El recupero de activos bajo el ordenamiento jurídico argentino: ¿Debe ser considerado el decomiso necesariamente de naturaleza penal?”, Universidad de San Andrés, Maestría en Derecho Penal, Departamento de Derecho.
- Uruguay, Junta Nacional de Drogas, “Fondo de Bienes Decomisados”, en Gub, <https://www.gub.uy/junta-nacional-drogas/tematica/fondo-bienes-decomisados>, consultado el 7-8-2024.

FUENTES DEL DERECHO PRIVADO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**¿NUEVAS FUENTES O REVALORIZACIÓN
DE LAS EXISTENTES?**

por **DIEGO FABIÁN BIANCHI¹**
y **EUGENIA PONTELLO²**

SUMARIO: Introducción: contextualización. Concepto y clasificación. 1. La revalorización de la jurisprudencia. 2. La revalorización de la costumbre. 3. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El primer octenio de vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC) y su aplicación a la “realidad de los hechos” nos lleva a repensar el texto con el que inaugura su entrada y plantearnos si han nacido fuentes inéditas para el Derecho Privado o hay una revalorización de las existentes. Adelantamos al lector que nos hemos inclinado por la segunda opción más que por la primera, aunque nuestra respuesta “legal” en parte fue borrada del artículo 1° del CCC que reza sobre la materia, al eliminar el siguiente fragmento de su texto: “A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Derecho, UNR; docente de Derecho Privado, Parte General, Plan 2016, y de Derecho Civil, Plan 2012, en la Facultad de Derecho, UNR.

² Abogada, egresada de la Facultad de Derecho, UNR; aspirante adscripta de Derecho Privado, Parte General, en la Facultad de Derecho, UNR.

con las circunstancias del caso”. Bien sabemos que la ley, la costumbre y, en ciertas ocasiones, la jurisprudencia –sólo en aquellas cuyo carácter es vinculante– son las fuentes formales reconocidas en nuestro sistema normativo; y, como tales, deben hallarse en permanente movilidad o actualización siguiendo el dinamismo propio de la evolución de los grupos comunitarios en orden a los avances de la ciencia y de la técnica, al desarrollo de la economía, al constante cambio de las condiciones de la convivencia, al progreso de la educación y la cultura, a la transformación de las ideas filosóficas y del pensamiento político y social. Es por esta razón que nos proponemos en el presente trabajo señalar la revalorización que cobraron la jurisprudencia y la costumbre, atendiendo a las circunstancias del caso como modo de expresión del Derecho actual.

Abstract

The first octennial of the Civil and Commercial Code of the Nation (hereinafter CCC) and its application to the “reality of the facts” leads us to rethink the text with which it inaugurates its entry and ask ourselves if unpublished sources have been born for the Private Law or there is a revaluation of existing ones. We inform the reader that we have leaned towards the second option more than the first, although our “legal” response was partly deleted from article 1 of the CCC that reads on the matter, by eliminating the following fragment from its text: “A to this end, the jurisprudence in line with the circumstances of the case will be taken into account”. We well know that law, custom and, on certain occasions, jurisprudence –only in those whose nature is binding– are the formal sources recognized in our regulatory system; and, as such, they must be in permanent mobility or updating following the dynamism inherent to the evolution of community groups in order to advances in science and technology, the development of the economy, the constant change in the conditions of the society, coexistence, to the progress of education and culture, to the transformation of philosophical ideas and political and social thought. It is for this reason that we propose in this work to point out the revaluation that jurisprudence and custom received, taking into account the circumstances of the case as a way of expression of current Law.

Palabras clave

Fuentes. Jurisprudencia. Costumbre.

Keywords

Sources. Jurisprudence. Custom.

Introducción: contextualización. Concepto y clasificación

A priori, debemos señalar que la doctrina jurídica ha aprehendido el vocablo “fuente” entendido como el manantial de agua que brota de la tierra, conforme al “Diccionario” de la Real Academia Española, con una proyección al mundo del Derecho para manifestar de dónde surge el Derecho vigente de un Estado en un tiempo determinado, lo que conocemos como Derecho objetivo. En dicha clave, abordar las fuentes del Derecho implica remitir al “conjunto de preceptos obligatorios de los cuales habrán de surgir derechos y obligaciones para las personas”³, o siguiendo al maestro Cifuentes: “los modos que se manifiesta el Derecho; medios en virtud de los cuales se exterioriza, o se presenta revelando su contenido y sus mandatos”⁴.

Las fuentes del Derecho objetivo fueron ramificadas doctrinalmente teniendo en cuenta su carácter vinculante en fuentes formales (también denominadas directas) y fuentes materiales (también denominadas indirectas). La distinción estriba en que mientras que las primeras tienen obligatoriedad, debido a su fuerza extrínseca conforme con el órgano que las creó, dejando de lado la validez justa o racional de su contenido, las segundas carecen de carácter vinculante u obligatorio, no valen por sí mismas sino por su valor intrínseco que induce a los órganos a darle eficacia y autoridad. Así, con tal criterio, se han ubicado a la ley y a la costumbre (en los casos que aquélla es vinculante) como fuentes formales por oposición a la doctrina y a la jurisprudencia como fuentes materiales. No obstante, la clasificación entra en crisis si afirmamos que la jurisprudencia en ocasiones tiene carácter vinculante

³ BUDANO ROIG, A. R., “Lecciones de Derecho Civil. Parte general”, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 65.

⁴ CIFUENTES, S., “Elementos de Derecho Civil. Parte general”, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 4.

como en los supuestos de los fallos plenos y plenarios (arts. 28 y 29, LOPJSF)⁵ o bien para las partes involucradas en la contienda a resolver por el magistrado, lo que nos lleva a pronunciarnos por un valor de la jurisprudencia con eficacia relativa como fuente formal.

El Código de Vélez Sarsfield contemplaba, además, una fuente supletoria del Derecho: los principios generales. Así, rezaba el artículo 16: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas;

⁵ Art. 28, LOPJSF: “*Tribunal pleno*. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo siguiente, las Salas de una misma Cámara pueden, a pedido de parte o de la simple mayoría de sus jueces, reunirse en tribunal pleno a fin de unificar jurisprudencia o de evitar fallos contradictorios. En este último supuesto, pueden actuar en defecto de caso concreto para fijar la interpretación que se dará en lo sucesivo a una cuestión de derecho. Las decisiones se adoptan por mayoría absoluta de votos totalmente concordantes. De no lograrse ella, se procede a nueva votación entre las dos interpretaciones que más sufragios obtuvieran. En caso de empate se dispone la integración del tribunal con el número de jueces de otras Cámaras de la misma competencia material, que sea suficiente para obtener tal mayoría. La interpretación que se establezca mayoritariamente obliga a todos los jueces de la Cámara, aunque no hayan participado en la votación respectiva, y a los jueces inferiores con idéntica competencia material, por el lapso de cinco años. Dentro de él sólo puede ser revisada por una decisión del tribunal plenario en las condiciones previstas en el Artículo siguiente. El apartamiento de la tesis mayoritaria causa la nulidad del respectivo pronunciamiento”.

Art. 29, LOPJSF: “*Tribunal plenario*. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo anterior, las Cámaras con idéntica competencia material con asiento en las cinco Circunscripciones Judiciales a pedido de la simple mayoría del total de sus jueces, pueden reunirse en tribunal plenario a fin de unificar jurisprudencia o de evitar fallos contradictorios. En este último supuesto, pueden actuar en defecto de caso concreto para fijar la interpretación que se dará en lo sucesivo a una cuestión de derecho. Las decisiones se adoptan por mayoría absoluta de votos totalmente concordantes. De no lograrse ella, se procede a nueva votación entre las dos interpretaciones que más sufragios obtuvieron. En caso de empate, se dispone la integración del tribunal con el número de jueces de otras Cámaras con idéntica sede a la del tribunal plenario, que sea suficiente para obtener tal mayoría. La interpretación que se establezca mayoritariamente obliga a todos los jueces de todas las Cámaras, aunque no hayan participado en la votación respectiva y a los jueces inferiores con idéntica competencia material. Tal interpretación sólo puede ser sometida a revisión a pedido de la simple mayoría de todos los jueces que la componen, después de cinco años de dictado el respectivo acuerdo. El apartamiento de la tesis mayoritaria causa la nulidad del respectivo pronunciamiento”.

y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

El actual artículo 2º del Código Civil y Comercial incluye a los principios y valores como un medio de interpretación de la ley, mas no como fuente del Derecho. Consideramos que hubiese sido una oportunidad del codificador plasmarlos en el artículo 1º, cuyo epígrafe refiere a *Fuentes y aplicación*.

Pese a ello, celebramos la incorporación en el Título Preliminar de una serie de principios que actúan como pauta iluminadora de todo el sistema jurídico positivizado, por lo que estamos en condiciones de afirmar que estamos en presencia de un “Código de Principios”.

Los *Fundamentos* del Anteproyecto señalan, por su parte, que deben tenerse en cuenta los conceptos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. La solución del Código es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. De esta forma, es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores que se incorporan explícitamente en este Código⁶.

1. La revalorización de la jurisprudencia

Yendo al análisis que nos convoca, el artículo 1º del CCC proyecta con el epígrafe *Fuentes y aplicación* el siguiente texto: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se

⁶ HIGHTON DE NOLASCO, E., “Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del Derecho argentino”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Claves del Código Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (Número Extraordinario), 2015.

tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

Superada la Escuela de la Exégesis, nacida al amparo del Código napoleónico y en consecuencia la ley como única fuente del Derecho, en tanto la revolución del jurista Geny en la temática, el codificador actual fundamenta que una asimilación entre Derecho y ley no es viable en los tiempos que corren. No obstante, sus argumentos se diluyen al confrontarlos. Por oposición al Código velezano regulador por antonomasia “de las leyes”, el CCC distingue “Derecho” de la “ley”. Pues se trata de una suerte de género a especie que no se agota en una norma escrita, y ésta tampoco brota o emerge por obra divina o voluntad discrecional del legislador. Vélez Sarsfield remitió a las circunstancias del caso como fundamento del deber de resolver de la magistratura, sin borrarla con su pluma al estilo del codificador actual, como se consigna en el artículo 16 del Código velezano: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

A divergencia del Anteproyecto de CCC, la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso no aparece en el texto en vigor que fue reemplazado erróneamente⁷ por un criterio de interpretación finalista de la norma, quizás el más importante, que se reitera en el artículo 2º del CCC, que en definitiva será “el caso captado” el supuesto de hecho contemplado en aquélla.

Manifiesta, asimismo, que “Los casos que este Código rige...” serán resueltos conforme a la principal fuente (la ley) en sus diversas acepciones (formal y material). Cobran así protagonismo la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, cuyas disposiciones han sido diseminadas a lo largo de todos

⁷ ALTERINI, J., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tratado exegético”, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 10.

los institutos de nuestro digesto iusprivatista, abogando en un diálogo permanente entre el Derecho Público y el Privado.

Por su parte, la corriente tridimensional del Derecho nos ha enseñado que la forma más útil y justa de aprehenderlo es valorando sus aspectos (sociológicos, nomológicos y dikelógicos)⁸. De manera integrativa la norma es la captación neutral de un reparto proyectado, es decir, la norma capta una situación social (el caso) positivizándola a fin de dar una respuesta jurídica socialmente justa. Sin embargo, el aparato legislativo llega tarde, o no llega a brindar un Derecho positivizado socialmente justo. De allí el descrédito social generalizado hacia la bondad de las normas autoritarias. Por otro lado, la ley positivizada termina cristalizándose frente a los vertiginosos cambios de la era posmoderna. El desarrollo industrial, científico, tecnológico, al compás de un deseo del ser humano de desplegarse en su máxima expresión, hacen que las respuestas a las situaciones y relaciones jurídicas positivizadas del hoy queden petrificadas. Fiel reparo de ello lo encontramos desde la génesis de la persona, y sus dilemas bioéticos de desarrollo. La ley 26.994, en su artículo 9º, segunda disposición, como norma transitoria señala: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”, que aún guarda silencio. En este sentido, Ciuro Caldani señala que muchos esfuerzos se han hecho para purificar las normas aislándolas de la realidad social, transformándose las fuentes formales en instrumentos de propaganda o espectáculo encauzados a ocultar la realidad⁹.

En consecuencia, *¿se guarda lugar para otra fuente que no sea la ley (en sentido amplio de su acepción)?*

En suma, pareciera para el codificador que “la cuestión de las fuentes se desborda y torna muy compleja, por la crisis del modelo basado puramente en la ley, con la crisis del positivismo y la relevancia dada a la Constitución y los tratados de derechos humanos...”¹⁰

⁸ CIURO CALDANI, M., “Una teoría tridimensional del Derecho”, Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 96.

⁹ CIURO CALDANI, M., “Las fuentes de las normas en el tiempo actual”, en *La Ley Online*, 0003/007276.

¹⁰ LAFFERRIERE, J., “En torno a las fuentes del Derecho en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *La Ley Online*, AR/DOC/2364/2016.

En rigor de verdad se visualiza una aspiración de abrazar la forma de expresión del Derecho que no es nueva, sino que cobra preeminencia, aunque el miedo a desestabilizar el sistema “legalista” no le concede la entidad que aquélla se merece o al menos mencionarla para no vulnerar la división de poderes del Estado. De allí que, de modo camuflado, deja abierta la puerta para que “la realidad de los hechos” o “las circunstancias del caso” superadoras de la positivización en la norma hagan su camino al andar a través de la jurisprudencia.

En este sentido, los *Fundamentos* que sirven de base señalan:

- A) “En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez...”
- B) “En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones [...] legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en la República Argentina”.
- C) “De todos modos, queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes [...] que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla [...] la declaración de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna”.

No caben dudas que se trata de un Código casuístico, regulador de controversias y no de meras declaraciones abstractas¹¹, pues así inicia su apertura. Al ser éste un supuesto de hecho de la norma, dentro de la complejidad de hechos de la vida social, permiten al juez ampliar fronteras o cerrarlas de manera extensiva o restrictiva a fin de dar respuestas satisfactorias, bajo el mandato de razonabilidad de su fundamentación. En definitiva, a modo ejemplificador, comenzamos a vislumbrar el fenómeno de sentencias expansivas¹² en la realidad de los hechos que obligan a comulgar el control constituvencional con los artículos 1º y 2º del CCC, mientras que en casos análogos llevan a pronunciarse por la inconstitucionalidad de la norma.

¹¹ LORENZETTI, R. L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 27.

¹² HERRERA, M. y GIL DOMÍNGUEZ, A., Derecho constituvencional de las Familias y triple filiación”, en *La Ley Online*, AR/DOC/650/2020.

El rol del juez en los tiempos que corren ha cobrado, en consecuencia, vital protagonismo a la hora de expresar el Derecho. Aquél comienza a dejar de lado soluciones uniformes, universales y generales para admitir soluciones particulares-proyecciones personales o revalorización de la personalidad de las leyes¹³, atendiendo a las circunstancias del caso reivindicando los derechos de los grupos posdatados por la norma legal (niños/as, adolescentes, ancianos, consumidores, discapacitados, mujeres, comunidades étnicas, sexuales, etc.) en clave armónica con los intereses generales. En tal clave, los nuevos paradigmas hacen al abandono de un único modelo de persona, al respeto de la autonomía de la voluntad, a la primacía del ser por sobre el tener, que llevan al juez en última instancia a ser el artífice de la producción del Derecho actual.

2. La revalorización de la costumbre

Generalizada es la concepción de costumbre como la observancia constante y uniforme de un cierto comportamiento por los miembros de una comunidad social, con la convicción de que responde a una necesidad jurídica¹⁴.

De esta manera, la costumbre para reputarse tal exige la presencia de dos elementos: uno objetivo, que consiste en la existencia de un uso reiterado, uniforme, general y constante; y un elemento subjetivo o psicológico, que consiste en la convicción o creencia que tiene la comunidad de que el uso resulta jurídicamente obligatorio¹⁵.

Se sostiene la diferencia entre costumbre y uso aseverado, este último entendido como el hecho material y exterior, consistente en la repetición general, uniforme y constante de un comportamiento determinado. Es decir que el uso es tan sólo el elemento objetivo de la costumbre, completada con el componente interior, psicológico,

¹³ CIURO CALDANI, M., "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", en *Investigación y Docencia*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, núm. 37, 2004, p. 89.

¹⁴ LLAMBÍAS, J., "Tratado de Derecho Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 69.

¹⁵ RIVERA, J. y CROVI, L., "Derecho Civil y Comercial. Parte general", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 65.

consistente en la absoluta convicción de observar, obrando de esa determinada manera una norma jurídica¹⁶.

Desde la cuna romana, la costumbre ha sido el modo espontáneo y primitivo de manifestar el Derecho. Un Derecho no escrito o no legislado, regido por las costumbres de los ancestros (*mores maiorum*), transmitidas por herencia de generación en generación¹⁷. Una vez acontecida la era de la codificación moderna, se creyó que la costumbre quedaba relegada a una categoría apenas histórica, una rama muerta del Derecho, pero tal cosa no ha sucedido, muy al contrario, goza de absoluta actualidad, y observar el recorrido histórico de la valoración jurídica de la costumbre no sólo es útil a los fines de la historia del Derecho, sino a la acabada comprensión que de ella es necesario realizar en nuestra actualidad jurídica¹⁸.

Así, la costumbre materializada a través del respeto al otro, a lo diverso en una sociedad multicultural, al valor de la palabra empeñada, a la conducta de un buen hombre de negocios, vuelve a tomar protagonismo y una influencia singular a la hora de analizar el Derecho posmoderno. En contextos como los que corren donde la ley no llega frente a los acuciantes cambios socioculturales que galopan, la costumbre cobra una influencia significativa por un lado como fuente histórica del surgimiento de una norma legal, mas por el otro para dejarla sin efecto si el legislador estima que aquélla no es conveniente para la sociedad; y en general va brindando soluciones que todos conocen y aceptan, a divergencia de la ley, que no todos aceptan que sea la mejor solución aun cuando deban acatarla en algunas circunstancias contrariando la voluntad de las personas¹⁹.

De modo similar a lo establecido en el Código velezano en su artículo 17: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente”, el CCC, en su artículo 1º, *in fine*, bajo análisis refiere a la costumbres como fuente del Derecho y señala: “Los usos, prácticas

¹⁶ ALEGRIA, H., “Costumbres, usos y prácticas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley Online*, AR/DOC/5218/2015.

¹⁷ CIFUENTES, op. cit., p. 18.

¹⁸ ALEGRIA, op. cit.

¹⁹ CIFUENTES, op. cit., p. 20.

y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

De la interpretación hermenéutica del dispositivo se advierte la tripartita clasificación doctrinal y legal de la costumbre en:

1. *Secundum legem*: cuando la ley se refiere a ella.
2. *Præter legem*: en situaciones no regladas legalmente.
3. *Contra legem*: contraria a la ley.

Con impronta innovativa se agrega la posibilidad de que “los interesados” se refieran a la costumbre, lo que amplía la posibilidad de acción de esta fuente del Derecho de tanta relevancia, sobre todo en el Derecho Comercial y ante el dinamismo de su desarrollo; y se manifiesta la condición de que la costumbre no sea “contraria a derecho”, en lo que constituye una fórmula de una amplitud mayor a la mera oposición a la ley²⁰.

Mientras que las costumbres *secundum legem* y *præter legem* son vinculantes, la costumbre que se opone a la ley merece repudio. Sin embargo, manifestamos ab initio que el Derecho trasciende la ley escrita; y una ley petrificada puede llegar a limitar derechos subjetivos o no brindar una respuesta favorable para sus despliegues.

De algún modo no es lo mismo hablar de una costumbre contraria a derecho –subjetivo– que una costumbre contraria a la ley.

Así, existen circunstancias en donde la ley sigue plenamente vigente, pero la evolución social no hace que “el caso” pueda subsumirse dentro de ella desde una valoración lógica y racional. En consecuencia, la sociedad se aparta de ella y la ley conserva sólo su vida en el papel. Se produce lo que se denomina desuetudo, llevando a la costumbre en última instancia a derogar a la ley por el desuso. Lorenzetti sostiene que el límite derogatorio alcanza a las leyes dispositivas o supletorias, mas no a las imperativas donde el orden público está tutelado²¹.

Puede señalarse que una ley no puede ser derogada por la costumbre en contrario pero sí puede caer en desuso cuando la jurisprudencia admita el valor y la existencia de las costumbres que no la cumplen. Las circuns-

²⁰ LAFFERRIERE, op. cit.

²¹ LORENZETTI (dir.), op. cit., p. 30.

tancias del caso y el reconocimiento de los jueces serán quienes le confieran licitud. Ergo, enfrentadas las dos normas se da prevalencia a una que es real por sobre otra que es ficción, en donde la sociedad cumple con aquélla porque es la que mejor se adapta a las respuestas que se reclaman. En definitiva, las costumbres juegan un papel relevante a fin de encauzar los comportamientos sociales de manera comprensible, previsible y de una manera satisfactoria²². Se torna así estéril la afirmación de que los usos y costumbres cuentan en el Derecho sólo en la medida y con el alcance autorizados por las leyes. Respuestas basadas en la costumbre media dejan de lado lo prescripto por el texto legal para brindar soluciones adecuadas a los derechos emergentes en una sociedad dinámica; piénsese en el ámbito extrapatrimonial y circunscripto al Derecho de las Familias: la puesta en práctica de la gestación por sustitución más allá de su laguna legislativa o la consideración de ilicitud en el objeto del acto; el fenómeno de pluriparentalidad que pone en jaque al sistema legal del doble vínculo filial; y en el ámbito patrimonial las asimetrías negociales y la praxis con la que se actuó en consecuencia en el intento de “norma-lizar” el régimen locativo habitacional en estos tiempos por citar algunos ejemplos. En este sentido es innegable que la costumbre incide sobre la voluntad de todos los miembros del cuerpo social, incluidos los jueces y abogados²³.

3. Conclusiones

- a) No existen nuevas fuentes del Derecho a nuestro entender sino una revalorización de la jurisprudencia y la costumbre por sobre el sistema legalista.
- b) El Poder Judicial es la autoridad final en la interpretación de la Constitución Nacional y las leyes.
- c) Siendo idéntica la ley, la regla jurídica realmente vigente suele ser distinta en la Capital y en cada una de las provincias.
- d) La ley tiene naturaleza flexible adaptable a las circunstancias del caso, generando un cambio de jurisprudencia.

²² MARQUEZ, J. y CALDERÓN, M., “La costumbre: su relevancia jurídica y recepción en el Derecho Privado argentino”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1275/2011.

²³ CUETO RÚA, J., “La actitud de los jueces frente a las costumbres y las normas consuetudinarias”, en *La Ley Online*, 0003/007277.

- e) La ley prevé un pequeño cúmulo de casos para la variedad infinita que ofrece la vida del Derecho.
- f) Las costumbres juegan un papel relevante a fin de encauzar los comportamientos sociales de manera comprensible, previsible y de manera satisfactoria.
- g) Las circunstancias del caso y el reconocimiento de los jueces serán quienes les confieran licitud a las costumbres.
- h) En última instancia, la decisión razonablemente fundada del magistrado será la que encauce el caso atendiendo a sus circunstancias y particularidades por sobre una norma general y abstracta.

Bibliografía

- ALEGRIA, Héctor, “Costumbres, usos y prácticas en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en La Ley Online, AR/DOC/5218/2015.
- BORDA, Guillermo, “Manual de Derecho Civil. Parte general”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- BUDANO ROIG, Antonio R., “Lecciones de Derecho Civil. Parte general”, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- CIFUENTES, Santos, “Elementos de Derecho Civil. Parte general”, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- CIURO CALDANI, Miguel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, en Investigación y Docencia, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario (núm. 37), 2004.
- “Las fuentes de las normas en el tiempo actual”, en La Ley Online, 0003/007276.
- “Una teoría trialista del Derecho”, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- CUETO RÚA, Julio, “La actitud de los jueces frente a las costumbres y las normas consuetudinarias”, en La Ley Online, 0003/007277.
- HERRERA, Marisa y GIL DOMINGUEZ, Andrés, “Derecho constituyente de las Familias y triple filiación”, en La Ley Online, AR/DOC/650/2020.
- HIGHTON DE NOLASCO, Elena, “Título Preliminar del Código Civil y Comercial. Principios generales del Derecho argentino”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Claves del Código Civil y Comercial, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni (Número Extraordinario), 2015.

- LAFFERRIERE, Jorge, “En torno a las fuentes del Derecho en el nuevo Código Civil y Comercial”, en La Ley Online, AR/DOC/2364/2016.
- LLAMBÍAS, Jorge, “Tratado de Derecho Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- MARQUEZ, José y CALDERÓN, Maximiliano, “La costumbre: su relevancia jurídica y recepción en el Derecho Privado argentino”, en La Ley Online, AR/DOC/1275/2011.
- RIVERA, Julio y CROVI, Luis, “Derecho Civil y Comercial. Parte general”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2019.

LAS PANDEMIAS DEL SIGLO XXI, SUS ANTICUERPOS Y VACUNAS

por JOSEFINA DAL LAGO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. La biblioteca del siglo XXI: la infodemia, la desinfodemia y las *fake news*. III. Información a medias: las redes sociales, Twitter y política. IV. Soluciones, anticuerpos y vacunas democráticas: la función principal del Estado y el *fact checking*. V. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El artículo que aquí presentamos se inscribe en los caminos a los que nos arrojan dos interrogantes jurídicos y políticos modernos que se ven actualizados: ¿Han variado las formas de distribución y producción de la información? ¿Se necesitan nuevas regulaciones y controles para garantizar nuestro sistema democrático frente a fenómenos como la infodemia y la desinfodemia? Existe un hecho temporal concreto: las circunstancias fácticas cambiaron. En la sociedad posmoderna, existen nuevos instrumentos para acceder a la información que están dados por las diversas posibilidades ofrecidas por Internet y las redes sociales que se expresan a través de las TIC, con una marcada extraterritorialidad y con la aparición de audiencias planetarias que trascienden fronteras y hacen imposible el control por parte de un solo

¹ 25 años, abogada recientemente egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Actualmente cursando Profesorado en Derecho en la Facultad de Humanidades y Artes de la Universidad Nacional de Rosario. Becaria de investigación en la Facultad de Derecho y del Consejo Interuniversitario Nacional en el año 2022. Ayudante de Cátedra de Derecho Constitucional, Cátedra “A”, de la Facultad de Derecho desde el 2018 a la fecha.

Estado. Como consecuencia, surge un nuevo espacio virtual con un acceso a la información de carácter infinito, donde simultáneamente circulan información falsa y memes. Los Estados no tienen una caja de herramientas donde buscar cómo solucionar estos problemas; se trata de apostar por nuevas reflexiones, rastrear discusiones y dar debates incómodos pero necesarios, que interpelen la forma de acceder a la información, buscando anticuerpos y vacunas para las nuevas pandemias del siglo XXI.

Abstract

The article we present here is part of the paths that lead us to two modern legal and political questions that are updated: Have the forms of distribution and production of information changed? Are new regulations and controls needed to guarantee our democratic system against phenomena such as infodemic and disinfodemic? There is a specific temporal fact: the factual circumstances changed. In postmodern society there are new instruments to access information that are given by the various possibilities offered by the Internet and social networks that are expressed through the ICT, with a marked extraterritoriality and with the appearance of planetary audiences, which transcend borders and they make control by a single State impossible. Therefore, a new virtual space emerges with infinite access to information, where false information and memes simultaneously circulate. States do not have a toolbox to look for how to solve these problems, it is about betting on new reflections, tracking discussions and having uncomfortable but necessary debates that challenge the way of accessing information, searching for antibodies and vaccines for new pandemics of the 21st century.

Palabras clave

Infodemia. Desinfodemia. Acceso a la información.

Keywords

Infodemic. Desinfodemic. Acces to information.

I. Introducción

El Internet y las redes sociales se presentan, a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC), en todo el mundo gracias a la globalización, la extraterritorialidad y la aparición de audiencias planetarias que trascienden fronteras. Se trata de medios de comunicación abiertos, de acceso sin ningún tipo de límite, universales, horizontales y gratuitos.

Byung-Chul Han define a nuestra época como la época de las *no-cosas*², en la que es la información a través de dispositivos móviles, y no las cosas, la que determina el mundo en el que vivimos. El filósofo supera lo definido por Giovanni Sartori³ como el *Homo Videns* para pasar a la época del *Phono Sapiens*.

El presente artículo parte del supuesto de que las redes sociales constituyen un nuevo entorno más dinámico, participativo y abierto, que hace más fácil la interacción y el intercambio de contenidos, así como la difusión y la recepción de información, en comparación con los medios de comunicación tradicionales. Los sujetos dejaron de ser consumidores de contenidos e información para pasar a ser también creadores y cocreadores, lo que transformó a las redes sociales en un escenario sumamente horizontal.

Es por esto que demostraremos que se torna sumamente necesario un cambio de perspectiva que supere el análisis de los medios de comunicación tradicionales como la principal forma de acceso a la información de la ciudadanía.

Se desarrollarán dos de las problemáticas más trascendentes del siglo XXI: la infodemia y la desinfodemia, que surgen como consecuencia de la horizontalidad de las redes sociales. Por este motivo, ambas finalizan con el sufijo “demia”, ya que afectan al pueblo sin límites territoriales al igual que un virus.

Las pandemias informativas hacen sumamente complicado el acceso a información confiable por parte de la población y obstaculizan el control por parte de los Estados, lo que provoca colisiones entre de-

² HAN, B.-C., “No-cosas”, Taurus, Buenos Aires, 2021.

³ SARTORI, G., “*Homo Videns*. La sociedad teledirigida”, Gius. Laterza & Figli Spa, Roma-Bari, 1997.

rechos fundamentales que actúan como cimientos de los Estados Democráticos, como el derecho a la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información.

En este sentido, el interrogante que estructuró el presente artículo fue: ¿En qué medida el Estado, mediante arreglos normativos, se adaptó o se adaptará a las nuevas necesidades surgidas a partir de las pandemias del siglo XXI? De esta forma, se intentarán esbozar posibles soluciones que actúen como anticuerpos y vacunas a la infodemia y la desinformación.

II. La biblioteca del siglo XXI: la infodemia, la desinformación y las *fake news*

La biblioteca del siglo XXI poco tiene que ver con lo que fue en los siglos anteriores. La transformación en la forma de comunicarnos también implicó una mutación en la forma de informarnos, ya que las nuevas generaciones acceden a la información a través de las TIC, de Internet y, fundamentalmente, redes sociales, con nuevas formas de producción y distribución de la información.

La desinformación se encuentra ligada estrechamente a la desinformación y es utilizada por la Unesco “para referirse al contenido que es falso y tiene un impacto potencialmente negativo”⁴. Asimismo, la Organización Mundial de la Salud la define como “información falsa o incorrecta con el propósito deliberado de engañar”⁵.

A pesar de que a lo largo de la historia siempre han existido noticias falsas, en la actualidad, debido al fenómeno de la horizontalidad de las redes sociales, éstas se difunden y propagan con gran velocidad y amplitud, con las *fake news* como principal instrumento de difusión. En palabras de Julián Maradeo⁶, no sólo nos encontramos ante infor-

⁴ Organización de las Naciones Unidas, “Desinformación: Descifrando la desinformación sobre el COVID-19”, en Unesco, https://en.unesco.org/sites/default/files/disinformation_deciphering_covid19_disinformation_es.pdf, consultado el 5-7-2023.

⁵ Organización Mundial de la Salud, “Entender la infodemia y la desinformación en la lucha contra la COVID-19”, en Iris Paho, https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52053/Factsheet-Infodemic_spa.pdf, consultado el 5-7-2023.

⁶ MARADEO, J., “*Fake news*: cómo se fabrican en Argentina y en el mundo”, Ediciones B, Buenos Aires, 2021.

mación falsa difundida voluntaria e intencionalmente, sino también ante contenidos engañosos, conexiones falsas, sesgadas, contextos falsos o manipulados e incluso sátiras, parodias, memes o cuentas falsas.

Por otro lado, la “infodemia” es un concepto que fue utilizado por la Organización Mundial de la Salud y que cobra auge a partir de la pandemia del COVID-19, definido como “una cantidad excesiva de información –en algunos casos correcta, en otros no– que dificulta que las personas encuentren fuentes confiables y orientación fidedigna cuando las necesitan”⁷. Vivimos en un mundo que genera información a velocidades sorprendentes, una usina inagotable de información en la que la gran mayoría de los datos registrados a lo largo de toda la historia de la humanidad fueron generados en los últimos años. De esta manera, nos encontramos frente a una epidemia informativa que trae consigo una gran paradoja: tener disponible mucha información no significa necesariamente tener sociedades más informadas.

García Saisó⁸ expresa que el término “infodemia” deriva de la conjunción de los términos “epidemia” e “información”, y hace alusión a un exceso de información (veraz o no) que dificulta que las personas accedan a aquella proveniente de fuentes fiables y obtengan orientaciones válidas en momentos en que se hace más necesaria para la toma de decisiones. La infodemia, además, hace referencia a un gran aumento del volumen de información relativa a un tema, que puede incrementarse de forma exponencial en muy poco tiempo por un incidente determinado, como fue la pandemia del COVID-19. En esta situación, aparece una mezcla de información científica y técnica con rumores, datos manipulados, falsos expertos, información incorrecta, y noticias falsas y tendenciosas que dificultan el procesamiento y discernimiento por parte del receptor.

Se llevaron a cabo numerosos estudios e investigaciones en relación con problemáticas como la salud pública cuyos títulos son clave para ilustrar el presente artículo: “Infoxicación en salud. La sobrecarga de

⁷ Organización Mundial de la Salud, op. cit., p. 2.

⁸ GARCÍA SAISÓ, S., “Infodemia en tiempos de COVID-19”, en *Revista Panamericana de Salud Pública*, 2021; disponible en Iris Paho, <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/54453/v45e892021.pdf?sequence=5&isAllowed=y>, consultado el 5-8-2023.

información sobre salud en la web y el riesgo de que lo importante se haga invisible”⁹. A lo largo de la investigación se recopiló información de Internet sobre el volumen de contenidos existentes en herramientas web, redes sociales y fuentes de información en salud¹⁰. Como resultado, se obtuvo que, seleccionando sólo tres enfermedades de alto impacto en salud pública, por ejemplo, Dengue, Zika y Ébola, se tardaría más de 50 años seguidos sin dormir para consultar todo lo publicado en línea.

Es por este motivo que las consideramos las nuevas pandemias del siglo XXI. En el caso de la desinfodemia, se trata de información de carácter falso y difundida de manera intencional. Sin embargo, con el fenómeno de la infodemia nos encontramos frente a información que en muchos casos no se difunde con ánimos de inducir al error, pero que, a partir del exceso en la información, provoca que se torne más difícil un conocimiento confiable y fidedigno.

Entendemos que se torna menos dificultoso luchar contra la desinformación, desmintiendo la información falsa a través de, por ejemplo, medios oficiales. Sin embargo, en el caso de la infodemia, se presenta una mayor dificultad en el control de la información, ya que la propia infodemia y la abundancia en la información es la misma que permite que la desinfodemia tenga un alcance cada vez mayor.

Empero los efectos son los mismos: las personas quedan totalmente desempoderadas al no poder informarse correctamente, sumado a que prácticamente no existen regulaciones ni controles. De esta manera, la Federación Internacional de Periodistas sostiene que el derecho de los ciudadanos a informarse debidamente está sufriendo el impacto de este fenómeno que se vuelve cada vez más peligroso y que influye de distintas maneras en las prácticas democráticas¹¹.

⁹ D’AGOSTINO, M., “Infoxicación en salud. La sobrecarga de información sobre salud en la web y el riesgo de que lo importante se haga invisible”, en *Revista Panamericana de Salud Pública*, 2017; disponible en Iris Paho, <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34334/v41a1152017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultado el 5-8-2023.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Federación Internacional de Periodistas, “¿Qué son las *fake news*? Guía para combatir la desinformación en la era de posverdad”, en IFJ, https://www.ifj.org/fileadmin/user_upload/Fake_News_-_FIP_AmLat.pdf, consultado el 10-8-2023.

Se trata de medios de comunicación esenciales que ofrecen nuevas oportunidades para obtener y brindar información, pero también para difundirla, con nuevas amenazas y desafíos. Esto implica reconocer a la libertad de expresión como fundamento de los Estados Democráticos, pero también como amenaza a ellos en algunas ocasiones. Y reconocer también que actúa de forma pacífica con el derecho a la información, pero que también en determinadas ocasiones se encuentra en pugna con éste y, sobre todo, con el derecho a una información de carácter plural y a una opinión pública libre.

Si bien no podemos negar los efectos beneficiosos de las TIC, el Internet y las redes sociales, debemos reconocer que se trata de un problema contemporáneo: una usina de información infinita que en muchos casos es falsa, que no se encuentra reglada de forma suficiente y que puede tener aspectos negativos que no pueden ignorarse.

III. Información a medias: las redes sociales, Twitter y política

Como venimos sosteniendo, la fuente principal de información y de socialización de las nuevas generaciones son las redes sociales, y este fenómeno no escapa a la política. Los jóvenes crean pertenencias políticas a partir de las redes. A través de múltiples interacciones, se informan y construyen su opinión pública, lo que modifica/transforma las maneras de participar en la esfera política de un país.

Redes como Twitter, conocida actualmente como X, se convierten en escenarios políticos donde se moldea la opinión pública, y se constituyen como una de las principales fuentes informativas políticas de la población. En este sentido, Pérez Salazar¹² afirma que el *Homo Videns* mató al *Homo Sapiens* y que, a su vez, el *Homo Twitter* mató al *Homo Videns*: el tuit reemplazó a la imagen.

Simultáneamente, ante la presencia de incontable información y el fenómeno de la infodemia, se refuerzan formas de lecturas superficiales y acríticas, con lecturas de títulos y no de contenidos, que afectan la calidad informativa de los ciudadanos. Así, surge una nueva proble-

¹² PÉREZ SALAZAR, G., “El meme en Internet, su identidad y redes sociales”, Fontamara, Universidad Autónoma de Coahuila, México, 2017.

mática en la que quedamos expuestos a una atención escasa ante determinados temas que requieren de una atención y un análisis pormenorizado. Goldhaber sostiene que “una gran cantidad de información crea una pobreza de atención y una necesidad de asignar esa atención eficientemente entre la sobreabundancia de fuentes de información que podría consumirla”¹³.

Se trata de un sinfín de información acompañado de un tiempo mínimo de lectura, con respuestas simplistas y enumeradas a procesos complejos, y con numerosas aristas como la política.

En este sentido, el hecho de que Twitter se convierta en una de las mayores fuentes de información, sumado a la infodemia y la escasez en la atención, provoca un escenario propicio para el surgimiento de una nueva forma de comunicar: los memes. Autores como Pérez Salazar, en numerosas investigaciones¹⁴, analizan la figura del meme en la manera de informarnos y llegan a la conclusión de que, por debajo de los temas de ocio, diversión y entretenimiento, los temas políticos tienen la mayor cantidad de ocurrencias totales.

En “Viejas y nuevas tesis sobre el *Homo Twitter*”, Cansino sostiene que “el *Homo Twitter* ha dejado las honduras del pensamiento a los iniciados y prefiere moverse en la superficie, en el pensamiento en corto, inmediato, directo, sin florituras ni barroquismos; ahí se siente seguro, en la simplicidad encuentra su zona de confort. Si la comunicación es posible para el *Homo Twitter* es porque no exige grandes elaboraciones, el pensar en corto es lo suyo”¹⁵.

De esta manera, otro nuevo desafío con el que se topan la política en general y los partidos políticos en particular es el de llevar mensajes con contenidos ideológicos, que resultan ser justamente los de mayor complejidad y que mayor atención requieren, por lo que el fenómeno de la abundancia en la información, sumado al de una atención escasa, provoca una evidente crisis en la política.

¹³ GOLDHABER, M., “The attention economy and the net”, en *First Monday*, núm. 2(4); disponible en First Monday, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/519>, consultado el 1-8-2023, y en Doi, <https://doi.org/10.5210/fm.v2i4.519>.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ CANSINO, C., “Viejas y nuevas tesis sobre el *Homo Twitter*”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Ciudad de México, vol. 62, núm. 231, 2017.

Los mencionados fenómenos tienen como común denominador una dificultad de acceso a una información fidedigna y confiable por parte de la población en general, provocando un ambiente inseguro de posverdad. Esto se vuelve más preocupante cuando identificamos que la mayoría de la población accede a la información a través de las redes sociales, y que se trata de información pública y/o política con relevancia en la vida democrática de los países, lo que afecta a las decisiones de la población.

IV. Soluciones, anticuerpos y vacunas democráticas: la función principal del Estado y el *fact checking*

El Estado, en su carácter de garante de derechos, es uno de los responsables de garantizar el acceso a la información por parte de la población frente a un contexto global de posverdad. Por ello consideramos que se torna necesaria la sanción de normas y la creación de órganos de control que tengan como objetivo principal actuar como anticuerpo y vacuna ante los fenómenos de la infodemia y la desinfodemia, principalmente cuando se trata de información pública que tiene una fundamental relevancia para la vida democrática de los Estados. En este sentido, el presidente francés Emmanuel Macron anunció su deseo de “evolucionar nuestro sistema legal para proteger la vida democrática de las noticias falsas”¹⁶.

En Turquía, por ejemplo, se aprobó, en el año 2022, una ley anti “*fake news*” que establece penas de hasta tres años de prisión efectiva por la divulgación de noticias “falsas” o “engañosas”. Recientes legislaciones en Alemania¹⁷ y Francia¹⁸ han establecido especiales obligaciones a las plataformas de Internet como Google, Twitter y Facebook. La norma alemana, por ejemplo, pretende combatir la difusión de diversos tipos de información (discursos de odio, *fake news* y otro

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ WIDENSLAUFER, C., “La regulación de las *fake news* en el Derecho Comparado”, Biblioteca del Congreso, Asesoría Técnica Parlamentaria, Santiago de Chile, 2022; disponible en Obtiene Archivo, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26901/1/Regulacion_de_las_fake_news_2018.pdf, consultado el 10-9-2023, p. 7.

¹⁸ *Ibíd.*

tipo de material ilegal que señala), con penas de hasta 50 millones de euros. Por su parte, el presidente Lula da Silva inauguró su tercer gobierno en Brasil promoviendo una serie de medidas para regular los contenidos en redes sociales e, inclusive, creó una Fiscalía destinada a combatir la desinformación¹⁹.

Los Estados deben ser muy cautelosos al momento de legislar en este sentido. No deben, bajo ningún aspecto, corromper la libertad de expresarse, ya que, si no, se correrían riesgos similares a los sufridos durante los gobiernos de facto latinoamericanos que promovieron el silencio y la censura durante gran parte del siglo XX.

Las iniciativas de los Estados pueden encubrir detrás del propósito de combatir la desinformación distintas formas de censura y persecución a voces críticas. A lo largo de la historia, fueron numerosos los ejemplos y antecedentes en los que se reglamentaron y limitaron contenidos, pero no con el objetivo de enriquecer el debate y garantizar el derecho a la información, sino con el efecto contrario: agravando la cuestión y reduciendo las alternativas a las controladas exclusivamente por el Estado, distorsionando el debate con correcciones y reglamentaciones excesivas. Es por esto que la Unesco sostiene que “Internet es fundamentalmente un espacio social, cada vez más extendido y diversificado [...] Por eso, la preservación de la libertad de expresión y comunicación en Internet es la principal cuestión de la libertad de expresión en nuestro mundo”²⁰.

En ese sentido, entendemos que se torna necesaria una regulación de carácter legal, pero que sea sumamente cautelosa con la libertad de expresión. En nuestro país, existen diversos antecedentes parlamentarios y proyectos de ley:

- a) Campañas de concientización en noticias falsas, como la realización de una jornada de “Alfabetización Mediática e Informacional” para que en todos los establecimientos educativos públicos o privados,

¹⁹ Chequeado, “Por qué un gobierno no puede hacer *fact checking* o verificar el debate público”, en Chequeado, <https://chequeado.com/el-explicador/por-que-un-gobierno-no-puede-hacer-fact-checking-o-verificar-el-debate-publico/>, consultado el 10-9-2023.

²⁰ Unesco, “Universalidad de Internet: un medio para crear sociedades del conocimiento y la agenda de desarrollo sostenible después de 2015”, en Unesco, http://www.unesco.org/new/fileadmin/multimedia/hq/ci/ci/pdf/news/internet_universality_es_01.pdf, consultado el 25-8-2022.

de nivel inicial, primario, secundario y terciario se realice la jornada con el objetivo de que las y los estudiantes, el personal docente y no docente, así como la comunidad en general, desarrollen habilidades y aptitudes para acceder, analizar, evaluar, crear y actuar utilizando todas las formas de comunicación y las nuevas tecnologías y afiancen actitudes, saberes y prácticas que contribuyan a prevenir y erradicar la desinformación.

- b) Un proyecto de ley a partir del cual se incorpora como artículo 211 bis del Código Penal de la Nación el siguiente texto: “Artículo 211 bis – Será reprimido con prisión de dos a seis años el que creare y difundiere noticias falsas dentro del espectro digital, con el fin de, infundir pánico, desacreditar autoridades oficiales o generar desórdenes o tumultos”.
- c) Un proyecto de ley para establecer la obligatoriedad de realizar conferencias de prensa periódicas por el Poder Ejecutivo nacional y funcionarios del gobierno nacional con rango de ministro, convocadas mensualmente por la Secretaría de Comunicación y Prensa de la Presidencia de la Nación.
- d) Modificaciones al Código Nacional Electoral, ley 19.945, sobre control de noticias falsas, *fake news*, difundidas por medios de comunicación y redes sociales durante campañas electorales.
- e) La creación de una Comisión de verificación de noticias falsas difundidas en redes sociales durante las campañas electorales nacionales en el ámbito de la Cámara Nacional Electoral.
- f) Compromisos, como el “Compromiso Ético General”, que es una iniciativa impulsada para preservar el debate democrático en las redes sociales y plataformas digitales durante las elecciones nacionales. Su objetivo es construir conciencia ciudadana sobre el buen uso de las nuevas tecnologías de comunicación en el desarrollo del proceso electoral y contrarrestar la manipulación de contenido digital²¹.

En este sentido, a partir de la internacionalización de los derechos

²¹ Cámara Nacional Electoral, “Compromiso Ético Digital”, en Electoral, [https://www.electoral.gob.ar/nuevo/paginas/cne/compromiso/CED2023%20\(3\).pdf](https://www.electoral.gob.ar/nuevo/paginas/cne/compromiso/CED2023%20(3).pdf), consultado el 10-9-2023.

humanos y la aparición de organismos internacionales surgieron distintas recomendaciones para los Estados. Por ejemplo, la Unesco brinda una serie de recomendaciones, como apoyar al periodismo independiente y de calidad, empoderar a la ciudadanía mundial con alfabetización mediática e informacional y apoyar a los Estados Miembros para cumplir con las normas internacionales en materia de libertad de expresión. Considera como medios fundamentales las respuestas de monitoreo y verificación de los hechos con plataformas de *fact checking*; las respuestas investigativas; con respuestas prelegislativas, legislativas y políticas; campañas nacionales e internacionales sobre la desinformación.

Por su parte, la Unión Europea presentó su “Código (reforzado) de prácticas sobre desinformación”²², que se constituye como el primer instrumento de diálogo público-privado para avanzar en su regulación. El Código recomienda capacitar a usuarios y denunciar la desinformación; aumentar la cobertura de los servicios de *fact checking* de comprobación de hechos y darles más acceso a datos y generar un marco de monitoreo robusto, con indicadores clave y con los que las plataformas puedan reportar regularmente las medidas que implementen contra la desinformación.

La Organización de Estados Americanos (OEA) propone que las acciones estatales estén encaminadas a “concientizar a los ciudadanos sobre la existencia del fenómeno, despertar en ellos un espíritu crítico a la hora de consumir y replicar esa información y desarrollar recursos necesarios para verificar información de origen dudoso”²³.

Por otro lado, simultáneamente tenemos el papel de las organizaciones de *fact checking* que realizan un chequeo posterior o *ex post* de la información que circula en la esfera pública.

²² Observatorio Europeo de Análisis y Prevención de la Desinformación, “Código (reforzado) de prácticas sobre desinformación”, en Digital Strategy, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/code-conduct-disinformation>, y en File, file:///C:/Users/Concejo/Downloads/2022_Strengthened_Code_of_Practice_Disinformation_TeAETn-7bUPXR57PU2FsTqU8rMA_87585.pdf, consultado el 10-9-2023.

²³ Organización de Estados Americanos, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, en OAS, https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Guia_Desinformacion_VF.pdf, consultado el 10-9-2023.

Ante la infodemia y la desinfodemia, surgen organizaciones civiles independientes, como en el caso “Chequeado” en nuestro país. Sus funciones principales son la verificación del discurso público, la lucha contra la desinformación, la promoción del acceso a la información y la apertura de datos en entornos innovadores para aportar evidencia a la discusión pública y alentar el pensamiento crítico de la sociedad.

En la página web de Chequeado se expresa que la práctica de verificación de datos tiene como objetivo chequear el modo en el que los discursos públicos se condicen —o no— con los hechos y datos disponibles. A partir del análisis de fuentes y otras técnicas (como el entrecruzamiento de datos), el *fact checking* intenta dar a los ciudadanos más elementos para comprender la realidad y hacer un análisis crítico de lo que sucede. A partir de una apertura de datos y el acceso a la información, la sociedad es alentada a tomar decisiones más conscientes y es menos permeable a potenciales intentos de manipulación por parte de los líderes de los partidos políticos, las corporaciones empresarias u otras organizaciones²⁴.

Sin embargo, en el estudio “Selective Exposure to Misinformation: evidence from the consumption of fake news during the 2016 US presidential campaign”²⁵ se evalúa la utilidad de los sitios de chequeo de información y se llega a la conclusión que quienes consumen información falsa y quienes consumen chequeo de información son públicos distintos. La investigación concluye con que el consumo de chequeo de información estuvo concentrado en personas que no consumieron información falsa y que casi nunca los encuestados leyeron un chequeo de información específico derivado de un artículo de noticias falsas que habían leído.

²⁴ ECHT, I., “Periodismo de datos, *fact checking* y *open data* como herramientas para fortalecer la democracia”, Buenos Aires, 2014; disponible en KAS, https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c6a21701-5f10-84ea-397d-dbc75f1a69fe&groupId=287460, consultado el 25-9-2023.

²⁵ Departamento de Políticas de la Universidad de Princeton, “Selective Exposure to Misinformation: evidence from the consumption of fake news during the 2016 US presidential campaign”, European Research Council; disponible en About FB, <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2018/01/fake-news-2016.pdf>, consultado el 25-9-2023, y en Ask Force, <http://www.ask-force.org/web/Fundamentalists/Guess-Selective-Exposure-to-Misinformation-Evidence-Presidential-Campaign-2018.pdf>, 2017.

Entendemos que las organizaciones civiles independientes, como el caso de Chequeado, son fundamentales para la vida democrática de los Estados, para derribar mentiras y mitos, pero que deben darse de manera complementaria.

Es fundamental que el Estado sea el principal responsable de la lucha contra la infodemia y la desinfodemia, con un rol activo y protagonista, en su carácter de garante de derechos. Los gobiernos pueden y deben aumentar la transparencia a través de la información, con una posición proactiva de divulgación, respetando los límites legales de la libertad de expresión, que se constituyó a lo largo de la historia como cimiento, pilar y requisito indispensable de las democracias modernas, pero a su vez garantizando el derecho a la información.

V. Conclusiones

En un mundo en el que la mayoría de la población accede a la información a través de redes sociales, necesitamos vacunas democráticas y anticuerpos para hacer frente a las nuevas pandemias del siglo XXI.

A lo largo del presente artículo, pudimos analizar en profundidad los fenómenos de la infodemia y la desinfodemia, con sus numerosas consecuencias y daños colaterales, producto de la horizontalidad que caracteriza a las redes sociales y que las diferencia de los medios de comunicación tradicionales. En la actualidad, se nos presentan distintas problemáticas: la utilización de memes; el pensamiento en corto y la lectura superficial del *Homo Twitter* y la circulación de las *fake news*.

Concluimos que nos encontramos frente a una gran paradoja: cuanta más información tenemos, más nos exponemos a una avalancha de información que no es confiable y, en muchos casos, a información falsa. Por lo tanto es vital que como ciudadanos podamos tomar conciencia de que las pandemias de nuestro siglo tienen incidencia en nuestras percepciones, decisiones, acciones y, como consecuencia, en las políticas públicas, lo que en muchos casos afecta la integridad democrática.

Lo mencionado cobra especial relevancia cuando se trata de dar a

los ciudadanos más elementos para comprender la realidad y hacer un análisis crítico de lo que sucede, alentándolos a tomar decisiones más conscientes y menos permeables a potenciales intentos de manipulación, construyendo una conciencia ciudadana sobre el buen uso de las TIC. Se trata de una forma de fortalecer el derecho de acceso a una información confiable y fidedigna, fortaleciendo la democracia, pero sin menoscabar la libertad de expresión.

En este sentido, fueron esbozadas posibles soluciones a lo largo del presente artículo, considerando que el Estado debe tener un rol protagónico y activo para garantizar el acceso a la información de los ciudadanos, siendo cauteloso con la libertad de expresión para no caer en reglamentaciones excesivas que desnaturalizan su fin.

Sin perjuicio del trabajo que llevan a cabo organizaciones de comprobación de datos, como el caso de Chequeado en nuestro país, el Estado, en su carácter de garante de derechos, debe hacer frente a los nuevos desafíos con una arquitectura política y legal adecuada a los nuevos tiempos, repensando y reinventando teorías más complejas ante un mundo más complejo. Se trata de una problemática posmoderna que debe ser abordada con nuevos principios, derechos y regulaciones, en un mundo caracterizado por la posverdad.

Los Estados no tienen una caja de herramientas donde buscar cómo solucionar estos problemas, no existen soluciones dicotómicas o absolutas, no hay recetas. Se trata de reflexiones, discusiones y debates incómodos y para nada complacientes, que analizan el lugar nodal de la libertad de expresión en nuestra pirámide jurídica, para comenzar a evaluarla en su relación con otros derechos también esenciales para nuestra sociedad democrática, como el derecho a la información.

Bibliografía

- BENTON, Joshua, “The forces that drove this election’s media failure are likely to get worse”, en Niemanlab, <https://www.niemanlab.org/2016/11/the-forces-that-drove-this-elections-media-failure-are-likely-to-get-worse/>.
- Cámara Nacional Electoral, “Compromiso Ético Digital”, en Electoral, [https://www.electoral.gob.ar/nuevo/paginas/cne/compromiso/CED2023%20\(3\).pdf](https://www.electoral.gob.ar/nuevo/paginas/cne/compromiso/CED2023%20(3).pdf), consultado el 10-9-2023.

CANSINO, César, “Viejas y nuevas tesis sobre el *Homo Twitter*”, en Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, Ciudad de México, vol. 62 (núm. 231), 2017, ps. 389-405.

Chequeado, “Por qué un gobierno no puede hacer *fact checking* o verificar el debate público”, en Chequeado, <https://chequeado.com/el-explicador/por-que-un-gobierno-no-puede-hacer-fact-checking-o-verificar-el-debate-publico/>, consultado el 10-9-2023.

D’AGOSTINO, Marcelo, “Infoxicación en salud. La sobrecarga de información sobre salud en la web y el riesgo de que lo importante se haga invisible”, en Revista Panamericana de Salud Pública, 2017; disponible en Iris Paho, <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/34334/v41a-1152017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultado el 5-8-2023.

Departamento de Políticas de la Universidad de Princeton, “Selective Exposure to Misinformation: evidence from the consumption of fake news during the 2016 US presidential campaign”, European Research Council; disponible en About FB, <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2018/01/fake-news-2016.pdf>, consultado el 25-9-2023, y en Ask Force, <http://www.ask-force.org/web/Fundamentalists/Guess-Selective-Exposure-to-Misinformation-Evidence-Presidential-Campaign-2018.pdf>, 2017.

ECHT, Iván, “Periodismo de datos, *fact checking* y *open data* como herramientas para fortalecer la democracia”, Buenos Aires, 2014; disponible en KAS, https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=c6a-21701-5f10-84ea-397d-dbc75f1a69fe&groupId=287460, consultado el 25-9-2023.

Federación Internacional de Periodistas, “¿Qué son las *fake news*? Guía para combatir la desinformación en la era de posverdad”, en IFJ, https://www.ifj.org/fileadmin/user_upload/Fake_News_-_FIP_AmLat.pdf, consultado el 10-8-2023.

GARCÍA SAISÓ, Sebastián, “Infodemia en tiempos de COVID-19”, en Revista Panamericana de Salud Pública, 2021; disponible en Iris Paho, <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/54453/v45e892021.pdf?sequence=5&isAllowed=y>, consultado el 5-8-2023.

GOLDHABER, Michael, “The attention economy and the net”, en First Monday (núm. 2[4]); disponible en First Monday, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/519>, consultado el 1-8-2023, y en Doi, <https://doi.org/10.5210/fm.v2i4.519>.

HAN, Byung-Chul, “No-cosas”, Buenos Aires, Taurus, 2021.

- MARADEO, Julián, “*Fake News*: cómo se fabrican en Argentina y en el mundo”, Buenos Aires, Ediciones B, 2021.
- Observatorio Europeo de Análisis y Prevención de la Desinformación, “Código (reforzado) de prácticas sobre desinformación”, en Digital Strategy, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/code-conduct-disinformation>, y en File, file:///C:/Users/Concejo/Downloads/2022_Strengthened_Code_of_Practice_Disinformation_TeAETn7bUPXR57PU2FsTqU8r-MA_87585.pdf, consultado el 10-9-2023.
- Organización de Estados Americanos, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, en OAS, https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Guia_Desinformacion_VF.pdf, consultado el 10-9-2023.
- Organización de las Naciones Unidas, “Desinfodemia: Descifrando la desinformación sobre el COVID-19”, en Unesco, https://en.unesco.org/sites/default/files/disinfodemic_deciphering_covid19_disinformation_es.pdf, consultado el 5-7-2023.
- Organización Mundial de la Salud, “Entender la infodemia y la desinformación en la lucha contra la COVID-19”, en Iris Paho, https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52053/Factsheet-Infodemic_spa.pdf, consultado el 5-7-2023.
- PÉREZ SALAZAR, Gabriel, “El meme en Internet, su identidad y redes sociales”, México, Universidad Autónoma de Coahuila, Fontamara, 2017.
- SARTORI, Giovanni, “*Homo Videns*. La sociedad teledirigida”, Roma-Bari, Gius. Laterza & Figli Spa, 1997.
- Unesco, “Universalidad de Internet: un medio para crear sociedades del conocimiento y la agenda de desarrollo sostenible después de 2015”, en Unesco, http://www.unesco.org/new/fileadmin/multimedia/hq/ci/ci/pdf/news/internet_universality_es_01.pdf, consultado el 25-8-2022.
- WIDENSLAUFER, Christine, “La regulación de las *fake news* en el Derecho Comparado”, Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso, Asesoría Técnica Parlamentaria, 2022; disponible en Obtiene Archivo, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26901/1/Regulacion_de_las_fake_news_2018.pdf, consultado el 10-9-2023.

LA PREOCUPACIÓN POR LA REGULACIÓN ALGORÍTMICA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, EN APOYO DE SU TRANSPARENCIA Y SU AUDITABILIDAD

por ERNESTO EDWARDS¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Qué son los algoritmos de aprendizaje automático? 2.1. Una conceptualización del aprendizaje automático y la regulación algorítmica. 3. Una explicación sobre anteojerías y sesgos. 3.1. El sistema 1 y el sistema 2 de Kahneman. 3.2. ¿Qué son las anteojerías? 3.3. ¿Qué son los sesgos? 4. De las anteojerías y sesgos humanos a las anteojerías y sesgos algorítmicos. 4.1. Vinculación de Kahneman con el problema de la regulación algorítmica. 4.2. A favor y en contra de la transparencia en la regulación algorítmica. 5. Algoritmos auditables. 5.1. Cómo auditar a la regulación algorítmica. 5.2. Algoritmos que auditan algoritmos. 6. El elemento humano y una posible solución. 6.1. La agencia humana y lo que las máquinas (aún) no pueden hacer. 6.2. La justicia cyborg y el elemento humano. 7. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Este artículo explora la necesidad de una regulación efectiva en

¹ Actualmente Doctorando (Ph.D.) en Derecho Privado en la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa en Italia (SSSA, 2022/2025) y Doctorando en Derecho por la Universidad Católica Argentina (UCA, 2023/2024), e investigación sobre derecho de la propiedad intelectual, derecho de autor, tecnología e inteligencia artificial (IA). Abogado por la Universidad Nacional de Rosario de Argentina (UNR '12) con Diploma de Honor (*Summa Cum Laude*) y Medalla de Oro por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe. También posee un Máster en Derecho (LL.M.) con Especialización en Derecho de la Propiedad Intelectual de la London School of Economics and Political Science de Inglaterra, Reino Unido (LSE, 2020/2021). Profesor universitario en Ciencias Jurídicas por la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL '13) y Especialista en Gestión Educativa (Flacso '14). Director de Investigaciones Jurídicas de la Fundación Libertad (Argentina). Profesor adjunto de Filosofía del Derecho en la UCEL y profesor adscripto de Derecho Político en la UNR. Además, es conductor de radio y televisión, incluyendo su programa La Inquietud en CNN Radio Rosario. En ocasiones publica firmando Garret Edwards.

la inteligencia artificial (IA) y los algoritmos de aprendizaje automático, enfocándose en la transparencia y la rendición de cuentas. A partir de la literatura existente y las ideas de expertos como Citron, Crotoft, Pasquale, Zarsky y Kahneman se propone abordar los desafíos legales que plantean los sesgos algorítmicos. Se argumenta que ignorar estos sesgos puede tener consecuencias perjudiciales, y se resalta la importancia de un enfoque que combine tecnología y humanidad, como el concepto de “justicia cyborg”, para mejorar la equidad en los procesos algorítmicos. Finalmente, se discuten los desafíos para la política pública y posibles direcciones futuras para la regulación.

Abstract

This article explores the need for effective regulation in Artificial Intelligence (AI) and machine learning algorithms, focusing on transparency and accountability. Drawing from existing literature and the ideas of experts such as Citron, Crotoft, Pasquale, Zarsky and Kahneman it proposes addressing the legal challenges posed by algorithmic biases. It argues that ignoring these biases can lead to harmful consequences and highlights the importance of an approach that combines technology and humanity, like the concept of “cyborg justice,” to enhance fairness in algorithmic processes. Finally, it discusses the challenges for public policy and possible future directions for regulation.

Palabras clave

Algoritmos. Justicia. Transparencia.

Keywords

Algorithms. Justice. Transparency.

1. Introducción

Acusados no de delitos que hayan cometido, sino de delitos que cometerán. Se afir-

ma que estos hombres, si se les permite permanecer libres, en algún momento futuro cometerán delitos graves. Pero no puede haber un conocimiento válido sobre el futuro².

En este artículo, el objetivo es iluminar sobre la importancia de la transparencia y la rendición de cuentas en la regulación algorítmica, un tema legal de gran actualidad que presenta importantes consecuencias porque los algoritmos de aprendizaje automático (o algoritmos de *Machine Learning*) se han desarrollado constantemente en los últimos tiempos. Sobre la base de estudios previos y de la literatura actual, como Danielle Citron³, Rebecca Crootof⁴, Frank Pasquale⁵ y Tal Zarsky⁶, se pretende desarrollar una propuesta que vincule dicho conocimiento con el de Daniel Kahneman⁷ con el fin de ampliar la cuestión legal respecto de las nociones de anteojeas y de sesgos. Se argumentará que si se dejan desatendidos o si se atienden incorrectamente, los algoritmos de aprendizaje automático producirán más daño que bien debido a estas anteojeas y sesgos. Luego de vincular las ideas antes mencionadas, nos enfocaremos en la transparencia y rendición de cuentas de la regulación algorítmica, y sus vínculos con el debido proceso tecnológico. Los hallazgos ilustrarán la necesidad actual de un elemento humano, mejor ejemplificado por el concepto de justicia cyborg⁸, y los desafíos de política pública que ello conlleva. Por último, se propondrá lo que podría hacerse en el futuro en este ámbito.

En primer lugar, nos concentraremos en conceptualizaciones esen-

² DICK, P. K., "The Minority Report", 1956 (la traducción es propia).

³ CITRON, D. K., "Technological Due Process", en *University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper*, vol. 85, 2017, p. 66.

⁴ CROOTOF, R., "«Cyborg Justice» and the Risk of Technological-Legal Lock-In", en *Columbia Law Review Forum*, vol. 119, 2019, p. 19.

⁵ PASQUALE, F., "Restoring Transparency to Automated Authority", en *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 9, 2011, p. 22.

⁶ ZARSKY, T., "Transparent Predictions", en *University of Illinois Law Review*, 2013, p. 68.

⁷ KAHNEMAN, D., "Thinking, Fast and Slow", Penguin Books, United Kingdom, 2012.

⁸ CROOTOF, op. cit.

ciales seleccionadas con respecto al *Machine Learning* y la regulación algorítmica, y los riesgos y desafíos de dichos algoritmos. En segundo lugar, se profundizará en la obra maestra de Kahneman, “Pensar rápido, pensar despacio”⁹, y su desarrollo de las ideas del sistema 1 y sistema 2, y de anteojeras y sesgos. En tercer lugar, se intentará vincular las anteojeras y los sesgos humanos con las anteojeras y los sesgos de los algoritmos, argumentando a favor y en contra de la transparencia en la regulación algorítmica. En cuarto lugar, se dedicará tiempo a la relevancia de los algoritmos de auditoría y las ocurrencias de algoritmos que auditan algoritmos y los vínculos entre el debido proceso tecnológico y la rendición de cuentas. En quinto lugar, se agregará el elemento humano a la mezcla, mostrando brevemente la importancia de la agencia humana y lo que las máquinas aún no pueden hacer, mediante el ejemplo de la justicia cyborg y los desafíos de política pública que todo ello conlleva. Finalmente, se concluirá con una visión última sobre el tema que nos ocupa.

2. ¿Qué son los algoritmos de aprendizaje automático?

Pasquale habla de futuristas legales¹⁰, aquellos que ya están preocupados por cómo podría terminar siendo el panorama legal que tenemos por delante. Como sucedió con Internet en la década de 1990 y principios de la de los 2000¹¹, siguen apareciendo nuevas preocupaciones jurídicas con cada nueva tecnología emergente. Mientras que algunos todavía pueden argumentar que el Ciberderecho está en el reinado del ciberlibertarianismo, como lo entiende John Perry Barlow¹², debemos discutir estos acertijos legales y tecnológicos antes de que sea demasiado tarde, antes de que las regulaciones y las soluciones sean incapaces de resolver los problemas que van surgiendo. La inteligencia artificial (IA), los algoritmos y los algoritmos de aprendizaje

⁹ KAHNEMAN, op. cit.

¹⁰ PASQUALE, F., “A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation”, en *The George Washington Law Review*, vol. 87, p. 56.

¹¹ BLACK, J. y MURRAY, A., “Regulating AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda”, en *European Journal of Law and Technology*, vol. 10, 2019, p. 21.

¹² BARLOW, J. P., “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, 1996.

automático no son un problema del mañana, son un problema del presente. El futuro ha llegado hace rato. Es por eso que en esta sección se hará uso de la literatura seleccionada y actualmente disponible para conceptualizar algunas nociones esenciales con el fin de respaldar el resto del artículo.

2.1. *Una conceptualización del aprendizaje automático y la regulación algorítmica*

No existe un consenso absoluto sobre lo que es la IA. Lo mismo puede decirse de los algoritmos, el *Machine Learning* y su correspondiente regulación. Sería casi imposible en este ejercicio intelectual enumerar la miríada de posibilidades de definición que existen. Por tanto, se expondrán algunas conceptualizaciones breves que presentan los elementos esenciales que aparecen en la mayoría de definiciones de la literatura especializada vigente. Por ejemplo, Ryan Calo dice que deberíamos pensar en la IA “como un conjunto de técnicas destinadas a aproximar algún aspecto de la cognición humana o animal utilizando máquinas”¹³. El aprendizaje automático, por otro lado y por el mismo autor, se relaciona “con la capacidad de un sistema para mejorar su desempeño en una tarea a lo largo del tiempo”¹⁴. Un algoritmo, de acuerdo a una investigación realizada por el Parlamento del Reino Unido, “es un conjunto de instrucciones que generalmente se aplican para resolver un problema bien definido”¹⁵. Estos tres conceptos a menudo pueden confundirse y mezclarse cuando se utilizan. Todos están estrechamente vinculados entre sí y, a veces, se pueden utilizar en conjunto para ampliar su utilidad. “IA” sirve como un término general que abarca muchos otros términos dentro de él, mientras que los algoritmos pueden entenderse como parte de lo que comprende a la IA. Al mismo tiempo, los algoritmos de aprendizaje automático se convierten en un subconjunto de los algoritmos, aquellos que a

¹³ CALO, R., “Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap”, en *Davis Law Review*, University of California, vol. 51, 2017, ps. 399-405 (la traducción es propia).

¹⁴ Ídem, p. 405.

¹⁵ Science and Technology Committee House of Commons, “Algorithms in Decision-Making” (la traducción es propia).

través del desarrollo de la IA pueden aprender cosas nuevas que no estaban instaladas en ellos en sus inicios.

Siguiendo esa línea de pensamiento entra la regulación algorítmica, Mireille Hildebrandt expresa que es el “establecimiento de estándares, monitoreo y modificación de comportamiento por medio de algoritmos computacionales”¹⁶. Ella amplía lo antes dicho y explica que algunos algoritmos pueden ser “autoejecutables”, y llama a éstos “regulación impulsada por código”¹⁷. Mientras tanto, existe una regulación algorítmica que opera como soporte en la toma de decisiones. Este tipo de regulación es nombrada por la autora como “regulación basada en datos”¹⁸. El primer tipo de regulación algorítmica, también conocida como “regulación inteligente” o “ley criptográfica”¹⁹, preocupa a Hildebrandt y empuja a que se planteen muchas preguntas porque “estamos tratando con un sistema completamente determinista que es autoejecutable”²⁰. Es decir, sistemas que toman decisiones por sí mismos sin más aportes de los humanos. Nos debemos una discusión legal sobre estos temas y una ley que reconozca sus peculiaridades y, por tanto, Joel Reidenberg diría que estamos frente a nuestra propia *Lex Informatica*²¹.

3. Una explicación sobre anteojeras y sesgos

En esta sección nos enfocaremos brevemente en las ideas de Daniel Kahneman²², y *ut infra* se encontrarán sus conceptos más esenciales para luego vincularlos con el apartado anterior.

3.1. El sistema 1 y el sistema 2 de Kahneman

Kahneman explica que la psicología ha estado interesada durante

¹⁶ HILDEBRANDT, M., “Algorithmic Regulation and the Rule of Law”, en *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, vol. 376, 2018 (la traducción es propia).

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ REIDENBERG, J. R., “Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology”, en *Texas Law Review*, 1997, p. 43.

²² KAHNEMAN, op. cit.

mucho tiempo en investigar las diferentes formas de pensamiento humano y que la literatura especializada ha propuesto una serie de etiquetas para estos modos de pensamiento humano. Por tanto, Kahneman elige los propuestos por los psicólogos Keith Stanovich y Richard West, que son “sistema 1” y “sistema 2”²³. El sistema 1 “funciona de forma automática y rápida, con poco o ningún esfuerzo y sin sentido de control voluntario”²⁴, mientras que el sistema 2 “asigna atención a las actividades mentales que lo exigen, incluidos los cálculos complejos”²⁵.

El autor profundiza en estos dos sistemas al expresar que generalmente pensamos en nosotros mismos como personas del tipo “sistema 2”²⁶. Personas enfocadas, racionales, que toman decisiones sustentadas en evidencia empírica y no en pasiones o prejuicios. No obstante, también poseemos la versión del “sistema 1” de nosotros mismos, la que es más rápida para pensar y tomar decisiones. No se puede decir que ninguno sea mejor que el otro, resulta que son diferentes y tienen diferentes usos, pros y contras. No es la intención de este artículo profundizar más de lo necesario en esta cuestión psicológica. Lo que debe entenderse es que la mente humana es de hecho una construcción compleja, no exenta de errores, como se ampliará a continuación.

3.2. *¿Qué son las anteojerías?*

Kahneman, junto con su socio de investigación Amos Tversky²⁷, desarrolló las nociones de anteojerías y sesgos. Anteojerías cognitivas y sesgos, para ser precisos. Y junto con esos conceptos enumeraron una larga lista de tipos de anteojerías y sesgos que podrían surgir. Si bien no se enumerarán todos, son importantes al pensar en por qué las personas pueden tener prejuicios o discriminar a los demás.

Las anteojerías, como evoca la nomenclatura, ocurren cuando no somos conscientes de nuestro entorno, cuando somos incapaces de ver algo que

²³ Ibíd.

²⁴ Ibíd.

²⁵ Ibíd.

²⁶ KAHNEMAN, D. y TVERSKY, A., “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, en *Econometrica*, vol. 47, 1979, p. 263.

²⁷ KAHNEMAN, op. cit.

deberíamos estar viendo. En ese sentido, la literalidad del término utilizado asoma su cabeza. Cuando estamos frente a una anteojera es porque, de hecho, estamos ciegos a la realidad de las cosas. Cuando estamos fallando en percibir la existencia de lo que tenemos al lado. Lo cual es bastante diferente de los sesgos, que se explican en el siguiente párrafo.

3.3. *¿Qué son los sesgos?*

Los sesgos²⁸, a diferencia de las anteojeras, no nos impiden ver algo, sino todo lo contrario: percibimos lo que tenemos delante. Sin embargo, no lo percibimos de la manera en que deberíamos percibirlo. En cambio, lo apreciamos bajo una luz diferente, de una manera diferente. De alguna forma, nuestra subjetividad está modificando nuestra percepción y haciéndonos apreciar aquello que estamos apreciando de forma sesgada. En un sentido coloquial, los sesgos son la base de nuestros prejuicios, y debido a la naturaleza del sistema 1 y del sistema 2 de nuestras mentes, también podríamos estar ciegos a nuestros propios prejuicios cognitivos.

Esto conlleva el siguiente problema: es posible que ni siquiera nos demos cuenta de que estamos sesgados, que al tomar una decisión o confirmar una idea podemos estar bajo el hechizo de nuestros sesgos, de nuestros prejuicios. Podríamos tener prejuicios y ni siquiera saber que estamos siendo prejuiciosos. Ése es el peligro de los prejuicios.

La idea de los prejuicios y cómo afectan nuestras formas de pensar es fundamental para la segunda mitad de este artículo.

4. De las anteojeras y sesgos humanos a las anteojeras y sesgos algorítmicos

En los siguientes párrafos se intentará desarrollar una teoría que vincule la regulación algorítmica con las ideas planteadas por Kahneman. Para hacerlo, se hará uso de los conceptos, ideas y nociones presentados de antemano, y al vincularlos se pretende demostrar que así como la mente humana presenta anteojeras y prejuicios que impiden hacer juicios justos y sólidos sobre el entorno, así también los algo-

²⁸ WOLF, M. J.; MILLER, K. W. y GRODZINSKY, F. S., “Why We Should Have Seen That Coming”, en *The Orbit Journal*, vol. 1, 2017, p. 1.

ritmos presentan tales anteojeras y sesgos. Reconocerlos será el primer paso para encontrar soluciones a dicha problemática.

4.1. *Vinculación de Kahneman con el problema de la regulación algorítmica*

Wolf, Miller y Grodzinsky²⁹ narran lo que sucedió con Tay de Microsoft en 2016. Tay era un chatbot de IA cuya vida en línea duró menos de 24 horas porque operaba a través de algoritmos de aprendizaje automático, y en ese lapso generaba tuits que incluían comentarios racistas, sexistas y antisemitas. ¿Cómo pasó eso? Las interacciones de Tay con el público en general terminaron por captar las ideas que se le arrojaron. Se diseñó de una manera que, se podría argumentar, permitió que se “infectara” con los comentarios despectivos de otros tuiteros. La vida de este chatbot fue corta. Sin embargo, ilustra la facilidad con la que se pueden influir los algoritmos de aprendizaje automático debido a sus interacciones. ¿Qué pasa con los sesgos instalados en ellos desde su diseño?

Probablemente Batya Friedman y Helen Nissenbaum³⁰ han desarrollado una de las categorizaciones de sesgos más famosa en los sistemas informáticos. Dicen que hay sesgos preexistentes, sesgos técnicos y sesgos emergentes. El primero “tiene sus raíces en las instituciones, prácticas y actitudes sociales [...] previas a la creación del sistema”³¹. El segundo “surge de la resolución de problemas en el diseño técnico”³², donde las limitaciones de la tecnología y el diseño generan sesgos en los algoritmos. El tercero, por último, “surge sólo en un contexto de uso”³³, lo que significa que es bastante difícil identificarlos *ex ante* y, por lo general, deben resolverse *ex post*.

Nunca debemos olvidar que los algoritmos están diseñados por humanos, incluso cuando existan algoritmos que diseñan otros algoritmos, en algún momento un humano diseñó el primer motor que inició el movimiento a lo largo de toda la cadena. En ese sentido,

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ FRIEDMAN, B. y NISSENBAUM, H., “Bias in Computer Systems”, en *ACM Transactions on Information Systems*, vol. 14, 1996, ps. 333-336.

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

según lo investigado por Celso de Melo, Stacy Marsella y Jonathan Gratch³⁴, es importante comprender los mecanismos de pensamiento subyacentes que experimentan los diseñadores de algoritmos, ya que de no hacerlo se producirá una imposibilidad de comprender realmente los posibles sesgos humanos que podrían haber sido introducidos en dichos algoritmos. Al igual que con el ejemplo de Tay, los algoritmos aprenden sin interferencia humana y lo hacen de formas en las que es posible que no podamos detenerlos. Estos algoritmos, a su vez, tomarán decisiones: nos perfilarán³⁵, ellos decidirán el lugar que tenemos en una fila³⁶, nos concederán o negarán un préstamo³⁷, incluso podrían decidir si podemos ser propietarios de una casa³⁸.

Al igual que con la mente humana, los algoritmos y la regulación algorítmica operan en un contexto donde se desconocen los procesos internos que tienen lugar. Son inescrutables, aunque no inefables. El mero hecho de reconocer la existencia de sesgos de IA es el primer paso para encontrar formas de evitar que se conviertan en un problema aún mayor. Como lo explicó James Boyle³⁹ a través de su uso de la filosofía foucaultiana, no darse cuenta de la forma en que realmente se aplica el poder es perder el enfoque adecuado sobre cómo lidiar con todo el debate.

4.2. *A favor y en contra de la transparencia en la regulación algorítmica*

El primer paso para lidiar con los sesgos de los algoritmos es intentar

³⁴ DE MELO, C. M.; MARSELLA, S. y GRATCH, J., “Social Decisions and Fairness Change When People’s Interests Are Represented by Autonomous Agents”, en *Autonomous Agents and Multi-Agent Systems*, vol. 32, 2018, p. 163 (la traducción es propia).

³⁵ CITRON, D. K. y PASQUALE, F., “The Scored Society: Due Process for Automated Predictions”, en *Washington Law Review*, vol. 89, 2014, p. 34.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ BALE, J.; BENOIT, K.; PEÑA GANGARADHAN, S.; MURRAY, A.; POWELL, A. y VON STENGEL, B., “Do Algorithms Have Too Much Social Power?”, podcast mensual de la London School of Economics and Political Science, en Blogs LSE, <https://blogs.lse.ac.uk/impactofsocialsciences/2021/05/13/podcast-do-algorithms-have-too-much-social-power/>, consultado el 10-3-2024.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ BOYLE, J. (ed.), “Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-wired Censors”, en *University of Cincinnati Law Review*, vol. 66, 1997, p. 177.

volverlos menos opacos. Para ello, dedicaremos ahora unos párrafos al debate sobre la transparencia y presentaremos argumentos a favor y en contra de la misma. Irónicamente, el presidente de Estados Unidos, Richard Nixon, afirmó que los algoritmos deberían ser transparentes y rendir cuentas⁴⁰. A veces, los defensores de una posición no son los que uno hubiera pensado que serían. Por otro lado, quizás sea Zarsky⁴¹ quien mejor desarrolla ambas posturas con argumentos sólidos y razonables para cada una de ellas.

Asimismo, Black y Murray⁴² se centran en el hecho de que esta discusión no debe ser solamente ética, sino predominantemente jurídica. Dejar estos debates sin el ángulo legal adecuado generará los mismos obstáculos a la regulación que presentó Internet durante sus primeros veinte años de existencia generalizada. No se trata de cuándo, se trata de cómo. Debemos ocuparnos de la transparencia de los algoritmos ahora, no mañana, porque mañana será ya demasiado tarde. Según lo expresado por Brent Mittelstadt⁴³, que aparecerá luego en el título *Algoritmos auditables*, la auditoría para la transparencia es de suma importancia. ¿Cómo podemos saber si un algoritmo está haciendo lo que se pretendía que hiciera si no podemos verlo desde adentro?

No obstante, Kroll *et al.*⁴⁴ dicen que la transparencia puede no ser suficiente para resolver los problemas planteados por la IA, que “a menudo la entrega del código fuente no es necesario [...] ni suficiente [...] para demostrar la equidad de un proceso”⁴⁵. Hildebrandt no está de acuerdo con dicha declaración, argumentando que la minimización de datos y la transparencia del perfil son esenciales para proteger la privacidad, la no discriminación y la presunción de inocencia⁴⁶. Del

⁴⁰ ANGWIN, J., “Make Algorithms Accountable”, en The New York Times, <https://www.nytimes.com/2016/08/01/opinion/make-algorithms-accountable.html>, 2016, consultado el 10-3-2024.

⁴¹ ZARSKY, op. cit.

⁴² BLACK y MURRAY, op. cit.

⁴³ MITTELSTADT, B. D., “Auditing for Transparency in Content Personalization Systems”, en *International Journal of Communication*, vol. 10, 2016, p. 12.

⁴⁴ KROLL, J. A. y otros, “Accountable Algorithms”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, p. 74.

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ HILDEBRANDT, M., “Learning as a Machine: Crossovers Between Humans

otro lado aparece Zarsky⁴⁷, quien reúne todos estos argumentos en un orden lógico, al expresar que los partidarios de la transparencia la ven como un incentivo para una política pública justa y eficiente. ¿Cómo podemos lograr que los reguladores, legisladores y diseñadores diseñen algoritmos adecuados si ya saben que no podremos conocer su contenido? Difícilmente sería un incentivo positivo si desde el principio les hacemos saber que nosotros, como usuarios, seguiremos ignorando cómo funcionan estos algoritmos. Luego, Zarsky continúa desarrollando otros argumentos, como la conexión con el *crowdsourcing* y la innovación, la importancia de la privacidad y las preocupaciones sobre la automatización.

Sin embargo, Zarsky también presenta una posición en contra de la transparencia, similar al ejemplo que mencionáramos sobre el piloto automático en aviones: ser transparente y hacernos saber la realidad detrás de los algoritmos podría ser perjudicial para su desarrollo. Podría alentar el crimen al permitir que los delincuentes se den cuenta de cómo evitarlos o cómo llevar adelante un *cumplimiento creativo*, nuestra propiedad intelectual podría incluso ser infringida por otros que ahora pueden saber qué contienen esos algoritmos. La transparencia, al final, podría ser contraproducente, podría terminar siendo exactamente lo que sofoca la innovación y lo que genera nuevos riesgos y desafíos.

Sin embargo, puede disentirse con dicha posición. Respaldándose por los argumentos presentados anteriormente a favor de la transparencia, puede afirmarse que la transparencia es la quintaesencia característica que permite detener los efectos más dañinos de las anteojeas y los sesgos en la IA. Sin transparencia sólo hay opacidad, dejándonos sin recursos ni herramientas para protegernos.

5. Algoritmos auditables

Después de haber establecido la relevancia de la transparencia en

and Machines”, en *Journal of Learning Analytics*, vol. 4, 2017; disponible en Learning Analytics, <https://learning-analytics.info/index.php/JLA/article/view/5367>, consultado el 10-3-2024.

⁴⁷ ZARSKY, op. cit., p. 68.

la regulación algorítmica, nos centraremos ahora en la auditoría de dichos algoritmos. A continuación, desarrollaremos los aspectos acerca de cómo hacer que los algoritmos sean responsables, porque la transparencia sin responsabilidad sólo nos llevará a la mitad del camino.

5.1. *Cómo auditar a la regulación algorítmica*

No necesitamos viajar más allá de la Unión Europea (UE) para analizar el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la UE⁴⁸ donde, como explicaron Bryce Goodman y Seth Flaxman⁴⁹, la UE ha propuesto el llamado “derecho a la explicación”, “mediante el cual un usuario puede pedir una explicación de una decisión algorítmica que se tomó sobre él”⁵⁰. Este derecho vinculado al deber correspondiente de la UE generaría un contexto de rendición de cuentas que podría ser un refuerzo positivo para la mejora de la regulación algorítmica. Las auditorías periódicas “podrían desempeñar un papel fundamental para hacer que los algoritmos sean menos discriminatorios y más responsables”⁵¹.

Cada autor tiene su propia idea sobre las mejores formas de auditar algoritmos. Ronald Leenes y Federica Lucivero⁵², en el caso de los robots, proponen que los mecanismos de auditoría deben estar en el propio diseño de éstos: para regular su comportamiento deben tener ellos mecanismos de auditoría desde sus inicios. Siguiendo su ejemplo, Danah Boyd y Kate Crawford⁵³, cuando se trate de *Big Data*, retoman

⁴⁸ “General Data Protection Regulation (GDPR)”, en GDPR, <https://gdpr-info.eu>, 2016, consultado el 10-3-2024.

⁴⁹ GOODMAN, B. W. y FLAXMAN, S., “European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a «Right to Explanation»”, en *AI Magazine*, vol. 38, 2017, p. 50 (la traducción es propia).

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ GOODMAN, B. W., “A Step Towards Accountable Algorithms?: Algorithmic Discrimination and the European Union General Data Protection”, 2016 (la traducción es propia).

⁵² LEENES, R. y LUCIVERO, F., “Laws on Robots, Laws by Robots, Laws in Robots: Regulating Robot Behaviour by Design”, en *Law, Innovation and Technology*, vol. 6, 2014, p. 193.

⁵³ BOYD, D. y CRAWFORD, K., “Critical Questions for Big Data: Provocations for a Cultural, Technological, and Scholarly Phenomenon”, en *Information, Communication & Society*, vol. 15, 2012, p. 662.

la idea de que la tecnología no es buena ni mala en sí misma, ni tampoco es neutral. Más bien, la tecnología es lo que hacemos con ella y la auditoría es una gran parte de eso. Vinculado a eso, Sandvig *et al.*⁵⁴ realizaron una investigación exhaustiva sobre la detección de la discriminación en las plataformas de Internet, demostrando la utilidad de diferentes mecanismos de auditoría, como los automatizados o los dirigidos por humanos.

Calo presenta una de las principales características necesarias para promover la rendición de cuentas cuando expresa que deben eliminarse los obstáculos⁵⁵. Los incentivos deben modificarse para hacer que los sistemas de IA sean lo más abiertos posible, dejando canales disponibles para recursos y reclamos en los casos en que los usuarios y consumidores no están satisfechos con los resultados presentados. Nicholas Diakopoulos⁵⁶ demuestra a través de su investigación el impacto de los algoritmos inexplicables en el periodismo, y cómo si no se los atiende pueden moldear nuestras percepciones del mundo. Un pequeño ejemplo: las muchas formas en que los medios de comunicación deciden qué noticias mostrarnos primero y en qué orden.

5.2. *Algoritmos que auditan algoritmos*

El presente no es ciencia ficción y la verdad suele ser más extraña que la ficción. Ya nos encontramos en un mundo donde los humanos no son los únicos capaces de auditar algoritmos. Ahora estamos en presencia de algoritmos que pueden auditar otros algoritmos. Amitai Etzioni y Oren Etzioni⁵⁷ escribieron un artículo bastante interesante sobre este mismo tema, donde explican las fallas en las que los humanos pueden encontrarse cuando intentan auditar la IA, y cómo la IA en sí misma puede ser de ayuda al auditar. Cabe señalar que los algoritmos

⁵⁴ SANDVIG, C. y otros, “Auditing Algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms”, 2014.

⁵⁵ CALO, op. cit., ps. 399-405.

⁵⁶ DIAKOPOULOS, N., “Algorithmic Accountability: Journalistic Investigation of Computational Power Structures”, en *Digital Journalism*, vol. 3, 2015, p. 398.

⁵⁷ ETZIONI, A. y ETZIONI, O., “Keeping AI Legal”, en *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, vol. XIX, 2017; disponible en SSRN, <https://www.ssrn.com/abstract=2726612>, consultado el 10-3-2024.

que auditan algoritmos no son los mismos algoritmos, porque si lo fueran se frustraría por completo el propósito de que la IA ayude a los humanos con esta tarea. La supervisión de la IA debe estar separada de la IA que se audita. De lo contrario, sería lo mismo que tener al zorro al cuidado de las gallinas.

Etzioni y Etzioni⁵⁸ argumentan que los humanos pueden ser falibles al auditar algoritmos. Después de todo, no todos son sabios matemáticos o seres omniscientes capaces de percibir las cosas en fracciones de segundo. Los “Guardianes de la IA”, como los llaman los autores, se vuelven útiles cuando auditan la IA al hacer cosas en las que los humanos generalmente no son competentes, como cálculos rápidos o buscar más rápidamente la información necesaria. Sin embargo, también les preocupa dejar a los agentes humanos con una herramienta en caso de que estos algoritmos de auditoría no funcionen de la manera deseada: anulaciones. Podríamos imaginar las anulaciones como botones que permiten detener los procesos en curso de estos algoritmos, para que dejen de hacer lo que están haciendo.

Como quedará más claro en este artículo, la agencia humana y el elemento humano aparecen nuevamente como un seguro contra los errores, anteojeras, sesgos y falibilidad de los algoritmos. Los algoritmos han sido diseñados por humanos o por algoritmos que fueron diseñados por humanos en algún momento. Al igual que los humanos, no están libres de culpa.

6. El elemento humano y una posible solución

En esta última sección, sobre la base de lo que se ha desarrollado ut supra, nos centraremos por completo en el elemento humano como una posible solución a la situación actual.

6.1. *La agencia humana y lo que las máquinas (aún) no pueden hacer*

La IA y los algoritmos, incluso detrás de capas y capas de automatización⁵⁹, todavía son incapaces de hacer algunas de las cosas que

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ KARANASIOU, A. P. y PINOTSIS, D. A., “A Study into the Layers of Au-

hacen los humanos: todavía no son sensibles ni empáticos. Podemos diseñarlos para que sientan dolor, pero el dolor no será como es con nosotros: algo de lo que no puedan escapar. Si bien es cierto que la tecnología avanza a pasos agigantados, y que nadie tiene una bola de cristal que nos diga a dónde nos llevará eso, al momento de la escritura de este texto todavía no estamos viviendo con una IA omnisciente o con robots que deseen procrear y tener otros robots. Los algoritmos en 2024 todavía no muestran sentimientos ni muestran el poder de la misericordia. Pueden poseer toda la información del mundo y leerla en un nanosegundo, incluso pueden crear obras de arte que nos confundan y confundan tanto si están hechas por seres humanos como si no. Pero al final, la IA todavía no es humana.

Diseñada por humanos, programada por humanos, codificada por humanos, destinada a resolver problemas humanos. La agencia humana está ahí para corregir el rumbo de los algoritmos. En el futuro, quizás, la IA superinteligente podrá corregirse por sí misma, por ejemplo, con algoritmos de autoauditoría. Hoy en día, la agencia humana demuestra ser la mejor herramienta contra los sesgos de la IA, sin importar con qué tipo de sesgos estemos lidiando. Llegará el día en que las máquinas serán intercambiables con los humanos. Y deberíamos discutir esas cuestiones jurídicas y morales antes de que eso suceda. No hacerlo ahora resultará en un caótico mañana. Sin embargo, hoy nos exige una respuesta diferente.

6.2. *La justicia cyborg y el elemento humano*

Crootof popularizó la idea de la “justicia cyborg”⁶⁰ al demostrar las problemáticas de un sistema de administración de justicia totalmente gobernado por la IA. Hay lugares en el mundo donde la inteligencia artificial ha tomado las riendas de la justicia, como el de las multas de conducir. En estos casos, sin una opción humana disponible, las partes se encontrarían atrincheradas sin una solución legal a sus pretensiones. Después de todo, se ha demostrado que la IA puede estar

tomated Decision-Making: Emergent Normative and Legal Aspects of Deep Learning”, en *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 31, 2017, p. 170.

⁶⁰ CROOTOF, op. cit., p. 19.

sesgada y cometer errores. Los cyborgs no son completamente robóticos y tampoco son completamente humanos. Más bien, son una mezcla de ambos. En parte robots, en parte humanos, los cyborgs están a mitad de camino. La justicia cyborg, entonces, como expone Crootof, sería la posible solución para el juez de IA idealizado que, en realidad, es inviable.

Los seres humanos y las máquinas no son lo mismo, eso es cierto y obvio. Pensar en un sistema de justicia en el que la IA ayude a los jueces humanos a emitir sus fallos acabaría teniendo lo mejor de ambos mundos: la velocidad y fiabilidad de algoritmos transparentes y auditable que ayudan a los jueces a tomar sus decisiones. Los jueces, que también pueden cometer errores, serían asistidos y supervisados por algoritmos. Por otro lado, los algoritmos serían supervisados permanentemente por jueces, quienes no se atreverían a usarlos si estuvieran equivocados de alguna manera.

Todo esto se remonta a la idea tecnológica del debido proceso, mientras que el debido proceso requiere árbitros neutrales, jueces, para realizar su tarea de manera adecuada. Jueces y máquinas caminarían de la mano a la hora de dictar sentencia, arrojando luz sobre algoritmos y desmantelando su opacidad, tanto en el sentido judicial como tecnológico⁶¹.

7. Conclusiones

Siempre llama la atención lo claro que es el pasado y lo opaco que es el futuro en contraste. Sólo se puede ver con claridad una vez que ya ha sucedido. Sería propicio poder expresar que sabemos lo que nos depara el futuro, pero mentiríamos si lo dijéramos. Somos tan ajenos a ello. Lo que sí sabemos es la importancia de tener este debate jurídico ahora y no más tarde. Los sesgos han existido en los seres humanos desde el principio de los tiempos y continuarán de esa manera. Lo mismo podría pasar y ya está sucediendo con la IA y los algoritmos. Si no se hace algo ahora, se lamentará mañana. Puede que “The Minority Report” no esté tan lejos, los gobiernos y los reguladores de todo el mundo podrían incluso estar ansiosos por crearlo. Debe dete-

⁶¹ PASQUALE, F. y CASHWELL, G., “Prediction, Persuasion, and the Jurisprudence of Behaviorism”, Faculty Scholarship, p. 19.

nerse. Hasta ahora, reconocer este problema, agregar transparencia y auditabilidad, y permitir la agencia humana, parecen constituir la única forma de mitigarlo.

Bibliografía

- ANGWIN, Julia, “Make Algorithms Accountable”, en The New York Times, <https://www.nytimes.com/2016/08/01/opinion/make-algorithms-accountable.html>, 2016, consultado el 10-3-2024.
- BALE, Joanna; BENOIT, Ken; PEÑA GANGARADHAN, Seeta; MURRAY, Andrew; POWELL, Allison y VON STENGEL, Bernhard, “Do Algorithms Have Too Much Social Power?”, podcast mensual de la London School of Economics and Political Science, en Blogs LSE, <https://blogs.lse.ac.uk/impactofsocialsciences/2021/05/13/podcast-do-algorithms-have-too-much-social-power/>, consultado el 10-3-2024.
- BARLOW, John P., “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, 1996. “Battlestar Galactica”, 1978.
- BLACK, Julia y MURRAY, Andrew, “Regulating AI and Machine Learning: Setting the Regulatory Agenda”, en European Journal of Law and Technology, vol. 10, 2019, p. 21.
- “Black Mirror”, 2011.
- BOSTROM, Nick; DAFOE, Allan y FLYNN, Carrick, “Public Policy and Superintelligent AI: A Vector Field Approach”, en *Ethics of Artificial Intelligence*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- BOYD, Danah y CRAWFORD, Kate, “Critical Questions for Big Data: Provocations for a Cultural, Technological, and Scholarly Phenomenon”, en Information, Communication & Society, vol. 15, 2012, p. 662.
- BOYLE, James (ed.), “Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors”, en University of Cincinnati Law Review, vol. 66, 1977, p. 177.
- BROWN, Ian y MARSDEN, Christopher T., “Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age”, United States, The MIT Press, 2013.
- CALO, Ryan, “Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap”, en Davis Law Review, University of California, vol. 51, 2017.

- CALO, Ryan, "Robotics and the Lessons of Cyberlaw", en California Law Review, 2015, p. 103.
- CALO, Ryan; FROOMKIN, Michael y KERR, Ian (eds.), "Robot Law", Edward Elgar Publishing, 2016.
- CASEY, Bryan, "Amoral Machines, Or: How Roboticians Can Learn to Stop Worrying and Love the Law", en SSRN Electronic Journal, <https://www.ssrn.com/abstract=2923040>, 2017, consultado el 10-3-2024.
- CITRON, Danielle K., "Technological Due Process", en University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper, vol. 85, 2017, p. 66.
- CITRON, Danielle K. y PASQUALE, Frank, "The Scored Society: Due Process for Automated Predictions", en Washington Law Review, vol. 89, 2014, p. 34.
- COHEN, Roy A., "Self-Driving Technology and Autonomous Vehicles: A Whole New World for Potential Product Liability Discussion".
- Committee on Legal Affairs, "Motion for a European Parliament Resolution with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103[INL])".
- CRAWFORD, Kate y SCHULTZ, Jason, "Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms", en Boston College Law Review, vol. 55, 2014, p. 37.
- CROTOFF, Rebecca, "«Cyborg Justice» and the Risk of Technological-Legal Lock-In", en Columbia Law Review Forum, vol. 119, 2019, p. 19.
- "The Killer Robots Are Here: Legal and Policy Implications", en Cardozo Law Review, vol. 36, 2014, p. 79.
- DANAHER, John, "Robots, Law and the Retribution Gap", en Ethics and Information Technology, vol. 18, 2016, p. 299.
- DE MELO, Celso M.; MARSELLA, Stacy y GRATCH, Jonathan, "Social Decisions and Fairness Change When People's Interests Are Represented by Autonomous Agents", en Autonomous Agents and Multi-Agent Systems, vol. 32, 2018, p. 163.
- DIAKOPOULOS, Nicholas, "Accountability in Algorithmic Decision Making", en Communications of the ACM, vol. 59, 2016, p. 56.
- "Algorithmic Accountability: Journalistic Investigation of Computational Power Structures", en Digital Journalism, vol. 3, 2015, p. 398.
- "Towards a Standard for Algorithmic Transparency in the Media", en Medium, <https://medium.com/tow-center/towards-a-standard-for-algorithmic-transparency-in-the-media-81c7b68c3391>, 2015, consultado el 10-3-2024.

- DICK, Philip K., "The Minority Report", 1956.
- EIDENMÜLLER, Horst, "The Rise of Robots and the Law of Humans", en Oxford Legal Studies Research Paper, vol. 27, 2017, p. 15.
- ELISH, Madeleine C., "Moral Crumple Zones Cautionary Tales in Human-Robot Interaction", en Engaging Science, Technology, and Society, 2018.
- ETZIONI, Amitai y ETZIONI, Oren, "Keeping AI Legal", en Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law, vol. XIX, 2017; disponible en SSRN, <https://www.ssrn.com/abstract=2726612>, consultado el 10-3-2024.
- "Ex Machina", 2014.
- FRIEDMAN, Batya y NISSENBAUM, Helen, "Bias in Computer Systems", en ACM Transactions on Information Systems, vol. 14, 1996, p. 330.
- FROOMKIN, A. Michael y COLANGELO, Zak, "Self-Defense Against Robots and Drones", en Connecticut Law Review, vol. 48, 2015, p. 70.
- GAL, Michal S., "Algorithmic Challenges to Autonomous Choice", en Michigan Technology Law Review, vol. 25, 2018, p. 47.
- "General Data Protection Regulation (GDPR)", en GDPR, <https://gdpr-info.eu>, 2016, consultado el 10-3-2024.
- GILLESPIE, Tartelon; BOCZKOWSKI, Pablo J. y FOOT, Kirsten A. (eds.), "Media Technologies: Essays on Communication, Materiality, and Society", United States, The MIT Press, 2014.
- GLESS, Sabine; SILVERMAN, Emily y WEIGEND, Thomas, "If Robots Cause Harm, Who Is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability", en New Criminal Law Review, vol. 19, 2016, p. 25.
- GOLDSMITH, Jack L., "Against Cyberanarchy", en The University of Chicago Law Review, vol. 65, 1998, p. 1199.
- GOODMAN, Bryce W., "A Step Towards Accountable Algorithms?: Algorithmic Discrimination and the European Union General Data Protection", 2016.
- GOODMAN, Bryce W. y FLAXMAN, Seth, "European Union Regulations on Algorithmic Decision-Making and a «Right to Explanation»", en AI Magazine, vol. 38, 2017, p. 50.
- HALLEVY, Gabriel, "The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities, from Science Fiction to Legal Social Control", en Akron Intellectual Property Journal, vol. 4, 2016, p. 33.

- HEFFER, Greg, “Boris Johnson Blames ‘mutant Algorithm’ for A-Level Results Fiasco”, en *Then Sacks Education Chief Sky New*, <https://news.sky.com/story/top-civil-servant-at-department-for-education-to-leave-after-a-levels-chaos-12057141>, 2020, consultado el 10-3-2024.
- “Her”, 2013.
- HILDEBRANDT, Mireille, “Algorithmic Regulation and the Rule of Law”, en *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, vol. 376, 2018.
- “Law as Information in the Era of Data-Driven Agency: Law as Information”, en *The Modern Law Review*, vol. 79, 2016, p. 1.
- “Learning as a Machine. Crossovers Between Humans and Machines”, en *Journal of Learning Analytics*, vol. 4, 2017; disponible en *Learning Analytics*, <https://learning-analytics.info/index.php/JLA/article/view/5367>, consultado el 10-3-2024.
- HILDEBRANDT, Mireille y KOOPS, Bert-Jaap, “The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era: The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era”, en *Modern Law Review*, vol. 73, 2010, p. 428.
- House of Commons S. y T. C., “Algorithms in Decision-Making”.
- “Robotics and Artificial Intelligence”.
- Information Commissioner’s Office, “Big Data, Artificial Intelligence, Machine Learning and Data Protection”.
- JOHNSON, David R. y POST, David, “Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace”, en *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996, p. 37.
- JUST, Natascha y LATZER, Michael, “Governance by Algorithms: Reality Construction by Algorithmic Selection on the Internet”, en *Media, Culture & Society*, vol. 39, 2017, p. 238.
- KAHNEMAN, Daniel, “Thinking, Fast and Slow”, United Kingdom, Penguin Books, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, “Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk”, en *Econometrica*, vol. 47, 1979, p. 30.
- KARANASIOU, Argyro P. y PINOTSIS, Dimitris A., “A Study into the Layers of Automated Decision-Making: Emergent Normative and Legal Aspects of Deep Learning”, en *International Review of Law, Computers & Technology*, vol. 31, 2017, p. 170.
- KATZ, Daniel M. y NAY, John J., “Machine Learning and Law”, en KATZ, Daniel Martin; DOLIN, Ron y BOMMARITO, Michael J. (eds.), *Legal*

- Informatics*, 1st ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2021; disponible en Cambridge, https://www.cambridge.org/core/product/identifier/978-1316529683%23CN-bp-10/type/book_part, consultado el 10-3-2024.
- KRANZBER, Melvin, “Technology and History: «Kranzberg’s Laws»”, en Technology and Culture, vol. 27, 1986, p. 18.
- KROLL, Joshua A. y otros, “Accountable Algorithms”, en University of Pennsylvania Law Review, vol. 165, p. 74.
- LEENES, Ronald y LUCIVERO, Federica, “Laws on Robots, Laws by Robots, Laws in Robots: Regulating Robot Behaviour by Design”, en Law, Innovation and Technology, vol. 6, 2014, p. 193.
- LEENES, Ronald y otros, “Regulatory Challenges of Robotics: Some Guidelines for Addressing Legal and Ethical Issues”, en Law, Innovation and Technology, vol. 9, 2017, p. 1.
- LEESE, Matthias, “The New Profiling: Algorithms, Black Boxes, and the Failure of Anti-Discriminatory Safeguards in the European Union”, en Security Dialogue, vol. 45, 2014, p. 494.
- LESSIG, Lawrence, “Code and Other Laws of Cyberspace”, New York, Basic Books, 1999.
- LETHAM, Benjamin y otros, “Interpretable Classifiers Using Rules and Bayesian Analysis: Building a Better Stroke Prediction Model”, en The Annals of Applied Statistics, vol. 9, 2015; disponible en Arxiv, <http://arxiv.org/abs/1511.01644>, consultado el 10-3-2024.
- MAVRONICOLA, Natasa, “Taking Life and Liberty Seriously: Reconsidering Criminal Liability Under Article 2 of the ECHR: Taking Life and Liberty Seriously”, en The Modern Law Review, vol. 80, 2017, p. 1026.
- MCGINNIS, John O. y PEARCE, Russell G., “The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services”, en Actual Problems of Economics and Law, vol. 13, 2019; disponible en Apel, <http://apel.ieml.ru/archive/show/9911>, consultado el 10-3-2024.
- “Minority Report”, 2002.
- MITTELSTADT, Brent D., “Auditing for Transparency in Content Personalization Systems”, en International Journal of Communication, vol. 10, 2016, p. 12.
- MITTELSTADT, Brent D. y otros, “The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate”, en Big Data & Society, vol. 3, 2016.

- MURRAY, Andrew, "Information Technology Law: The Law and Society", 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2016.
- "LSE Research. Prof. Andrew Murray. The Law in the Age of Artificial Intelligence", en YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=FsQE-cEQ4e14>, 2018, consultado el 10-3-2024.
- "Open the Pod Bay Doors, HAL' Machine Intelligence and the Law", en YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=YyN-eE-8iLkxw>, 2015, consultado el 10-3-2024.
- "Sixth Annual T. M. C. Asser Lecture on Law and Human Agency in the Time of Artificial Intelligence", en YouTube, https://www.youtube.com/watch?v=cRU_kp7GFAk, 2020, consultado el 10-3-2024.
- NUDD, Tim, "Inside 'The Next Rembrandt' How JWT Got a Computer to Paint Like the Old Master", en Adweek, <https://www.adweek.com/brand-marketing/inside-next-rembrandt-how-jwt-got-computer-paint-old-master-172257/>, 2016, consultado el 10-3-2024.
- NYHOLM, Sven, "Attributing Agency to Automated Systems: Reflections on Human-Robot Collaborations and Responsibility-Loci", en Science and Engineering Ethics, vol. 24, 2018, p. 1201.
- PAGALLO, Ugo, "The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts", New York, Springer, 2013.
- PASQUALE, Frank, "A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation", en The George Washington Law Review, vol. 87, p. 56.
- "Bittersweet Mysteries of Machine Learning (A Provocation)", LSE Media Policy Project, 2017; disponible en Blogs LSE, <http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/02/05/bittersweetmysteriesofmachinelearningaprovocation/>, consultado el 10-3-2024.
- "Private Certifiers and Deputies in American Health Care", en North Carolina Law Review, vol. 92, p. 33.
- "Restoring Transparency to Automated Authority", en Journal on Telecommunications and High Technology Law, vol. 9, 2011, p. 22.
- "The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information", Harvard, Harvard University Press, First Harvard University Press paperback edition, 2015.
- PASQUALE, Frank y CASHWELL, Gyn, "Prediction, Persuasion, and the Jurisprudence of Behaviorism", Faculty Scholarship, 2018, p. 19.
- PRIEGER, James E., "Regulation, Innovation, and the Introduction of New

- Telecommunications Services”, en Review of Economics and Statistics, vol. 84, 2002, p. 704.
- REED, Chris, “How Should We Regulate Artificial Intelligence?”, en Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences, vol. 376, 2018.
- REED, Chris; KENNEDY, Elizabeth y SILVA, Sara N., “Responsibility, Autonomy and Accountability: Legal Liability for Machine Learning”, en Legal Studies Research Paper, vol. 243, 2016, p. 31.
- REIDENBERG, Joel R., “Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology”, en Texas Law Review, 1997, p. 43.
- RICHARDS, Neil M. y SMART, William D., “How Should the Law Think about Robots?”
- SANDVIG, Christian y otros, “Auditing Algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms”, 2014.
- SCHERER, Matthew U., “Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies”, en SSRN Electronic Journal, <http://www.ssrn.com/abstract=2609777>, 2015, consultado el 10-3-2024.
- SCHRAGE, Michael, “Big Data’s Dangerous New Era of Discrimination”, en Harvard Business Review, 2014, p. 1.
- SMITH, J. C., “Machine Intelligence and Legal Reasoning. The Charles Green Lecture in Law and Technology”, en Symposium on Second-Best Theory and Law & Economics, vol. 73, 1997, p. 72.
- SOLUM, Lawrence B., “Legal Personhood for Artificial Intelligences”, en WALLACH, Wendell y ASARO, Peter (eds.), *Machine Ethics and Robot Ethics*, 1st ed., London, Routledge, 2020; disponible en Taylor Francis, <https://www.taylorfrancis.com/books/9781000108934/chapters/10.4324/9781003074991-37>, consultado el 10-3-2024.
- SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine y THALER, Richard H., “A Behavioral Approach to Law and Economics”, en Stanford Law Review, vol. 50, 1998, p. 81.
- SURDEN, Harry y WILLIAMS, Mary-Anne, “Technological Opacity, Predictability, and Self-Driving Cars”, en SSRN Electronic Journal, <https://www.ssrn.com/abstract=2747491>, 2016, consultado el 10-3-2024.
- TEUBNER, Gunther, “Rights of Non-Humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law”, en Journal of Law and Society, vol. 33, 2006, p. 497.

- THALER, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., “Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness”, United Kingdom, Penguin Books, 2009.
- “The Matrix”, 1999.
- “The Terminator”, 1984.
- TUTT, Andrew, “An FDA for Algorithms”, en SSRN Electronic Journal, <https://www.ssrn.com/abstract=2747994>, 2016, consultado el 10-3-2024.
- VENKATASUBRAMANIAN, Suresh, “Algorithmic Fairness From Social Good to Mathematical Framework Media@LSE”, en Blogs LSE, <https://blogs.lse.ac.uk/media/2016/06/14/algorithmic-fairness-from-social-good-to-a-mathematical-framework/>, 2016, consultado el 10-3-2024.
- WAGNER, Ben, “Algorithmic Regulation and the Global Default: Shifting Norms in Internet Technology”, en Etikk i Praksis. Nordic Journal of Applied Ethics, vol. 10, 2016, p. 5.
- WOLF, Marty J.; MILLER, Keith W. y GRODZINSKY, Frances S., “Why We Should Have Seen That Coming”, en The Orbit Journal, vol. 1, 2017, p. 1.
- YEUNG, Karen, “Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation: Algorithmic Regulation”, en Regulation & Governance, vol. 12, 2018, p. 505.
- ZARSKY, Tal, “The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making”, en Science, Technology, & Human Values, vol. 41, 2016, p. 118.
- “Transparent Predictions”, en University of Illinois Law Review, 2013, p. 68.
- “2001: A Space Odyssey”, 1968.

LA MUJER Y SU PARTICIPACIÓN EN CIERTOS TEMAS DE LA ESFERA AGRARIA

por EDITA M. N. GARCÍA¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve reseña histórica. III. Trabajadora agraria: trabajo reproductivo y trabajo productivo. IV. Agricultura familiar. Ley 27.118. V. Instrumentos normativos. VI. Colofón. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto exponer, a través de un breve análisis, ciertos temas relacionados con la mujer y su participación activa en la esfera agraria. En el inicio de este trayecto aparece el reconocimiento oficial otorgado por el Estado argentino a las mujeres rurales, fijando con justicia el día de su conmemoración. El recorrido cronológico de la mujer y su aporte en el ámbito agrario muestra que su invisibilidad no es algo novedoso, sino histórico. A esto se agrega la cuestión del trabajo reproductivo y productivo y su importancia para el funcionamiento de la economía doméstica y comercial, accionar que deja entrever la vulnerabilidad social en que viven inmersas las mujeres en el medio rural. Entre tanto, un nuevo paradigma se planteó con la sanción de la Ley de Agricultura Familiar, donde se exalta la participación femenina y de la juventud. Para ir finalizando se elabora una apretada selección de aquellas normas protectorias relacionadas con la temática abordada, enfatizando en el cierre la reciente Declaración Interamericana del Decenio por los Derechos de todas las Mujeres, Adolescentes y Niñas en Entornos Rurales, período 2024/2034.

¹ Abogada, Facultad de Derecho, UNR. Docente adjunta interina de Derecho Agrario, Cátedra B, Facultad de Derecho, UNR. Diplomada en Gestión Pública, Universidad Católica de Córdoba.

Abstract

The purpose of this paper is to expose, through a brief analysis, certain issues related to women and their active participation in the agrarian sphere. At the beginning of this journey, the official recognition granted by the Argentine State to rural women appears, justly setting the day of its commemoration. The chronological journey of women and their contribution in the agrarian field which shows that their invisibility is not something new but historical. Added to this is the issue of reproductive and productive work and its importance for the functioning of the domestic and commercial economy, an action that reveals the social vulnerability in which women live in rural areas. Meanwhile, a new paradigm was proposed with the enactment of the Family Farming Law, which exalts the participation of women and youth. To conclude, a tight selection of those protective norms related to the subject addressed is elaborated, emphasizing in the closing (to conclude) the recent Inter-American Declaration of the Decade for the Rights of All Women, Adolescents and Girls in Rural Environments, period 2024/2034.

Palabras clave

Mujeres rurales. Vulnerabilidad social. Normas protectorias.

Keywords

Rural women. Social vulnerability. Protective norms.

I. Introducción

Empero el importante papel que han desempeñado prolongadamente las mujeres en entornos rurales, recién “En el año 2001, el Congreso de la Nación Argentina sanciona la ley 25.431, por la cual instituye al 15 de octubre como Día de la Mujer Rural, otorgándole a ésta reconocimiento oficial y adhiriendo a iniciativas similares adoptadas por otros gobiernos a nivel mundial. La idea de celebrar un día como éste surge durante la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, organizada por la ONU y celebrada en Beijing en 1995”². Tanto en la

² DE ARCE, A., “Mujeres, familia y trabajo. Chacra, caña y algodón en la Ar-

Declaración así como en la Plataforma de Acción aprobadas en esta Conferencia adoptan una nueva perspectiva, la denominada perspectiva de género. Este nuevo enfoque inicia un nuevo capítulo en la lucha por la igualdad entre los géneros: “En la Argentina de los últimos años, la inclusión de la perspectiva de género tanto en los censos agropecuarios como en los distintos programas sociales destinados al sector, a nivel nacional y provincial, ha enriquecido los análisis de la realidad agraria nacional”³.

II. Breve reseña histórica

Se afirma que las mujeres participaron activamente en el desarrollo de la humanidad desde tiempos inmemoriales: “La sociedad prehistórica era bastante igualitaria en cuanto al reparto de tareas entre hombres y mujeres. Las mujeres se dedicaban a la caza, la pesca y recolección”⁴. En el período medieval la producción agrícola era la base del sistema feudal: “Los documentos agrarios (contratos de aparcerías, lista de obligaciones que se deben pagar, censos, inventarios de los señoríos) y la iconografía muestran que las mujeres campesinas estaban tan implicadas en la producción de alimentos como los varones. Comparten y reparten con sus compañeros la producción agrícola pero a estas actividades las mujeres deben agregarle otras tareas específicas: la atención, crianza y cuidado de los hijos, batir el cereal, espigar, cardar, hilar, tejer, coser, cocinar, lavar, conservar los alimentos, organizar las raciones alimentarias, distribuir los bienes, criar gusanos de seda, torcer y tejer la seda y cumplir con la reproducción biológica”⁵. La Edad Moderna fue una etapa donde hubo grandes cambios en el mundo,

gentina (1930-1960)”, 1ª ed., Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2016, p. 17; disponible en Ediciones UNQ, <https://ediciones.unq.edu.ar/373-mujeres-familia-y-trabajo.html>, fecha de consulta: 30-10-2023.

³ Íd., p. 17.

⁴ AYLÓN RODRÍGUEZ, D., “Las mujeres en la prehistoria y la historia antigua”, en Junta de Andalucía, <https://www.juntadeandalucia.es/educacion/portals/delegate/content/4ba061aa-338e-40e2-874d-313ee6ef3f04>, fecha de consulta: 30-10-2023.

⁵ CORREA BARBOZA, M., “Cultura, mujer y trabajo. Las mujeres campesinas en la Baja Edad Media”, en Teseopress, <https://www.teseopress.com/hacerhistoriamoderna/chapter/cultura-mujer-y-trabajo-las-mujeres-campesinas-en-la-baja/>, fecha de consulta: 30-10-2023.

aparecen nuevos valores que se basan en el hombre, la razón y en la ciencia. Acontece el descubrimiento de América y se produce el encuentro de diferentes culturas: “El Renacimiento y su revalorización del hombre lo convierte en el centro y medida de todas las cosas”⁶. Surge el antropocentrismo como oposición al teocentrismo medieval; no obstante el cambio, su advenimiento no favoreció en muchos aspectos al género femenino en general; sólo los varones accedían a una educación superior (acceso a universidades) y a mejores trabajos (profesiones liberales, actividades comerciales y empresariales), entre otras ventajas. Y en lo que respecta a las condiciones de vida de las mujeres campesinas, fueron similares a las de la época del Medievo; continuaban con sus labores hogareñas, la crianza de los hijos y la atención de familiares ancianos o enfermos, sin descuidar sus tareas agrícolas y producciones caseras.

Con la Revolución francesa (1789) cae el feudalismo en Francia y se produce un efecto expansivo hacia el resto de Europa. Aparece el liberalismo político y en estrecha relación el liberalismo económico. El siglo XIX con sus grandes transformaciones económicas, políticas y sociales impactaron en el campesinado que se aleja de la vida rural, para buscar nuevos horizontes en centros urbanos y ofrecer su fuerza de trabajo al sector industrial. Al mismo tiempo las mujeres de menores recursos buscan ser empleadas en las fábricas textiles (en su mayoría) o en el servicio doméstico. Mientras tanto en Argentina “La sobrevivencia de las familias campesinas dependía en gran parte de la producción doméstica destinada al autoconsumo, tarea que se encontraba principalmente a cargo de las mujeres. Ellas se ocupaban de la cría de pequeños animales de los que se obtenía la lana, cosían, cardaban y tejían, manufacturaban las velas para el alumbrado hogareño, compartían con los hombres las tareas de la esquila y las propias del cultivo como la siembra y la cosecha; procesaban y almacenaban la comida y producían sebo, grasa y carne ahumada en pequeñas cantidades”⁷. Los hogares rurales eran un claro indicio de la sociedad patriarcal prevaleciente, pues congruentes con las costumbres hispánicas y con

⁶ BRARDINELLI, R. L. y GALÁN, C. L., “Manual de doctrina social de la Iglesia”, 5ª ed., Guadalupe, Buenos Aires, 2001, p. 124.

⁷ OCKIER, M.ª C., “Fortineras, mujeres en las fronteras. Ejércitos, guerras y género en el siglo XIX”, 1ª ed., Imago Mundi, Buenos Aires, 2020, p. 99.

el orden jurídico imperante, se consagraba el predominio del marido ya que no estaba permitido al género femenino el acceso a las tierras como sí lo gozaba su cónyuge, pudiendo sólo acceder por medio del Derecho Sucesorio (razones mortis causa). Tampoco se vieron favorecidas a la hora de la repartición y distribución de tierras: “El marcado sexismo que impregnó la política del reparto de tierras, por parte de los sucesivos gobiernos, se vio potenciado por el hecho de que dicha entrega se basaba en la figura del asentamiento familiar, única opción para poblar y establecerse, lo cual convalidaba la subordinación femenina al considerar a las mujeres como esposas o hijas de los nuevos propietarios rurales o los simples jornaleros”⁸. Vale la pena señalar (en referencia al reparto de tierras) la ley 10.284, del año 1917, denominada como “Lotes de Hogar (*Homestead*), definidos éstos como donaciones a la familia argentina. Favorece a cualquier argentino padre de familia o extranjero que se obligase a hacerse ciudadano, así como también a cualquier *mujer soltera* o viuda, mayor de 22 años”⁹.

Esta ley permitió que se les otorgara a sus beneficiarios y/o “beneficiarias” tierras vacantes del Estado en superficies de 20 a 200 hectáreas. Un hito de la historia agraria argentina ocurrido en las primeras décadas del siglo pasado contempla la participación valerosa y combativa de un grupo de mujeres rurales; el suceso se conoce como el “Grito de Alcorta” (nombre éste de la localidad en que surgió), como consecuencia de las huelgas agrarias organizadas por arrendatarios, aparceros y pequeños productores agropecuarios del sur santafesino (1912/1915); más tarde este hecho daría origen a la Federación Agraria Argentina. En el orden internacional, los dos conflictos bélicos mundiales con los hombres marchando al combate fueron el desencadenante que impulsó a la incorporación masiva de las mujeres al mundo laboral, siendo su labor indispensable para la producción. Finalizada la Segunda Guerra la humanidad siguió adelante con sus múltiples cambios, mientras tanto la mujer no se quedó atrás, decidió luchar organizadamente encaminando su rumbo tras una idea en común: alcanzar la igualdad de derechos y de oportunidades frente al género

⁸ Íd., p. 98.

⁹ PASTORINO, L. F., “Derecho Agrario argentino”, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 371.

masculino. Si bien sus conquistas sociales, económicas, políticas y culturales resultaron numerosas en el siglo anterior, su lucha cotidiana en todos los ámbitos sigue vigente. En sintonía con estos avances, el ambiente agrario argentino exhibe –sobre todo en estos últimos tiempos– a una mujer rural consciente de sus potencialidades y decidida a lograr el cumplimiento de sus objetivos. Verbigracia: se destaca su participación en distintos grupos de movimientos agrarios, como ha ocurrido con el Movimiento de Mujeres Agropecuarias en Lucha (MML, sigla), que dieron gran impulso y visibilidad a las mujeres rurales. Su inserción numerosa en diversas instituciones del agro, como sucede en el grupo “Mujeres en Campaña” perteneciente a la Asociación Civil de Empresarios Agropecuarios CREA o en “Mujeres Federadas” ala femenina de la Federación Agraria Argentina (FAA), por mencionar algunos ejemplos, donde se propicia la tendencia a la configuración de la autoridad y del poder femenino. Existen también entidades creadas y conducidas por mujeres, como es la Asociación Civil sin fines de lucro Mujeres Rurales Argentinas, espacio de representación y acompañamiento del género femenino en todo el territorio, entre otras entidades. Cabe señalar que éste es un tema muy extenso, que advierte avances positivos y que requiere un análisis más profundo para tratar en futuras publicaciones.

III. Trabajadora agraria: trabajo reproductivo y trabajo productivo

Se califica al *trabajo reproductivo* del siguiente modo: “La división sexual y social del trabajo pone a las mujeres como responsables del trabajo reproductivo dentro del hogar, que en el caso de las mujeres rurales se agrega al trabajo productivo, concentrando gran parte de su tiempo disponible. Estas tareas no son remuneradas y no son percibidas ni contabilizadas social o económicamente como trabajo, ni siquiera por las propias mujeres. Se ve natural que sea un trabajo femenino”¹⁰.

¹⁰ BIAGGI, C. y CANEVARI, C., “Las mujeres rurales en el país según los datos censales de 2001”, en Users, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Mesa_3_Biaggi_y_Canevari_Las_Mujeres_Rurales_en_el_pais_según_los_datos_censales.pdf, fecha de consulta: 28-10-2023, p. 2.

Al no cuantificarse pierde rango, y su trabajo sólo colabora con el del hombre: “Por lo general transcurre en el mismo espacio físico donde se lleva adelante el trabajo productivo o las actividades generadoras de ingresos del predio rural. Por otra parte, requieren mayor cantidad de tiempo y esfuerzo para el acarreo de agua y leña principalmente. Además, como ocurre en numerosos casos, parte de los alimentos se obtienen en la misma explotación agropecuaria, lo que implica una tarea adicional. Estas actividades que son productivas, al ser realizadas por las mujeres, se las considera reproductivas (crianza de animales menores, cuidado de la huerta o preparación del almuerzo para los trabajadores). La distancia que existe entre el trabajo doméstico y trabajo productivo es ambigua o poco clara en las zonas rurales”¹¹. Hay que considerar también que en la mayoría de los casos la crianza de los hijos y el cuidado de alguna persona adulta mayor o enferma es atribuido a las mujeres, situación que las mantiene en sus hogares, dejándoles escaso –o ningún– margen para intervenir en el ámbito público y poder participar en espacios de adopción de decisiones que posibilitan cambios más propicios y equitativos para el género femenino en el plano económico, político y social de su comunidad.

Por su lado, el *trabajo productivo* se identifica como el trabajo asalariado, productor de bienes y servicios: “Los informes del equipo de género de la Oficina para América Latina y el Caribe afirman que más del 50% de las mujeres rurales trabajan en empleos rurales no agrícolas para generar ingresos extraordinarios para sostén de sus hogares”¹². “Lo hacen como jornaleras, en el servicio doméstico, en pequeños comercios, en la administración pública. Aun cuando son ellas las que cobran el salario, no siempre significa que decidan qué hacer con el dinero”¹³. En el escenario productivo/reproductivo la mujer rural presenta distintas dificultades, entre ellas existe la sobrecarga de trabajo: “La jornada de trabajo de las mujeres rurales considerando las

¹¹ *Ibíd.*

¹² DE ARCE, A. y FRANÇA, A. M. (comps.), “Género y ruralidades en el agro latinoamericano”, 1ª ed., Ciccus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, p. 8; disponible en CEAR Blog, <http://cear.blog.unq.edu.ar/wp-content/uploads/sites/15/2020/03/Genero-y-ruralidades-versi%C3%B3n-final-1.pdf>, fecha de consulta: 31-10-2023.

¹³ BIAGGI y CANEVARI, op. cit., p. 2.

actividades productivas, reproductivas y domésticas suman entre 16 y 18 horas por día”¹⁴. “Por mucho tiempo, las relaciones de género en el mundo rural han sido estudiadas principalmente desde un enfoque que destaca su complementariedad que considera que varones y mujeres distribuyen sus tareas en tanto la unidad familiar es también la unidad de producción. No obstante, los resultados de las encuestas del uso del tiempo aplicadas en algunos países de América Latina confirman que esta complementariedad no es simétrica, que no se valora el trabajo que realizan las mujeres, y que incluso el tiempo que ellas invierten en labores productivas y reproductivas es mucho mayor que el que aportan los varones”¹⁵. Para revertir esta situación de desigualdades es necesario impulsar a las mujeres fortaleciendo su posición, creando condiciones más equitativas en los ámbitos productivos y domésticos: “El acceso a la tierra, al agua, al crédito y asistencias técnicas, el acceso a los instrumentos de apoyo del Estado para las no-propietarias, el apoyo de las actividades agroecológicas y asociativas para la comercialización en mercados locales, son aspectos de atención fundamental si se quiere alterar la división sexual del trabajo rural y contribuir al buen vivir rural”¹⁶.

IV. Agricultura familiar. Ley 27.118¹⁷

“En muchas partes del mundo, las mujeres son las principales agricultoras y productoras, pero sus funciones siguen siendo muy poco reconocidas (Banco Mundial, 2012)”¹⁸. Frente a las desigualdades de

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ AGUIRRE, R.; GARCÍA SAINZ, C. y CARRASCO, C., “El tiempo, los tiempos, una vara de desigualdad” (2005), en DE ARCE, A. y FRANÇA, A. M. (comps.), *Género y ruralidades en el agro latinoamericano*, 1ª ed., Ciccus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020, p. 9; disponible en Users, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Genero-y-ruralidades-versi%C3%B3n-final-1.pdf, fecha de consulta: 25-10-2023.

¹⁶ DE ARCE y FRANÇA, op. cit., p. 8.

¹⁷ Ley 27.118 de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar para la Construcción de una Nueva Ruralidad en la Argentina, sancionada el 17-12-2014, publicada en B. O. del 28-1-2015, en Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/240000-244999/241352/norma.htm>, fecha de consulta: 30-10-2023.

¹⁸ BRAVO SUÁREZ, A. R., “Nuevos factores de consolidación normativa de la agricultura familiar”, IV Congreso Nacional de Derecho Agrario Provincial, Salta, 1º

género la productividad sufre limitaciones: “En consecuencia, es de vital importancia reconocer el papel que desempeñan las mujeres en la producción agrícola y aumentar la cantidad de esfuerzos concertados que les permitan a las mujeres ir más allá de la producción para la subsistencia, hacia una producción de más alto valor orientada al mercado”¹⁹. “La agricultura familiar como nuevo paradigma ha receptado en la moderna legislación argentina tanto nacional como provincial los distintos factores que han moldeado el abanico de oportunidades que plantea la nueva ruralidad”²⁰. Así, la Ley Nacional sobre Reparación Histórica de la Agricultura Familiar para la Construcción de una Nueva Ruralidad en la Argentina 27.118/2014, a la cual adhirió la Provincia de Santa Fe (ley 13.541/2016), plantea “La eliminación de las brechas y estereotipos de género. En muchas de sus disposiciones la ley se ocupa de esta problemática. Específicamente entre sus objetivos postula la igualdad de acceso entre varones y mujeres a los derechos y beneficios que consagra, impulsando acciones concretas y políticas específicas de reconocimiento de la importante labor que llevan adelante las mujeres y la juventud rural”²¹. Luego de varios años de sancionada la ley (diciembre de 2014), en el mes de noviembre de 2022 se dicta el decreto reglamentario de la misma: DNU 729/2022²². Entre sus objetivos se encuentra: “Elaborar, ejecutar y supervisar la ejecución de programas destinados a atender la problemática del agricultor y de la agricultora familiar, campesino y campesina e indígena y de la pesca artesanal, el desarrollo regional y territorial rural, con énfasis en el arraigo de los y las jóvenes, la inclusión social y en la promoción de la *igualdad de género*” (art. 4º, inc. 9º).

y 2 de junio de 2017; disponible en Sedici, http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/60376/Documento_completo_.pdf?sequence=1&isAllowed=y, fecha de consulta: 29-10-2023.

¹⁹ Ibíd.

²⁰ Ibíd.

²¹ DE LUCA, M. A., “Fortalezas de la Ley 27.118 de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena como herramienta de transformación agraria”, en *Revista derechos en acción*, 2016, p. 118; disponible en Revistas UNLP, <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2821/2632>, fecha de consulta: 30-10-2023.

²² DNU 729/2022, en Argentina, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-729-2022-374228/texto>, fecha de consulta: 30-10-2023.

V. Instrumentos normativos

En este punto se realiza una acotada selección de normas protectorias de las mujeres, destacando especialmente aquellas tuitivas de las mujeres rurales. En el orden nacional, “La reforma en la Constitución Nacional de 1994 ha representado un paso importante para el logro de la igualdad real de las mujeres, ello por cuanto se ha asignado jerarquía constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como por la incorporación de otras importantes cláusulas. Los derechos humanos de las mujeres se plasman en la Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 23, en el artículo 37, en la cláusula transitoria segunda y en el reconocimiento de la jerarquía constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (artículo 75, inciso 22)”²³.

Entre los tratados con jerarquía constitucional tienen relevancia para garantizar igualdad y protección de los derechos de las mujeres: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (AGNU, 1948), artículos 2º, inciso 1º, 7º y 25, inciso 2º; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (IX Conferencia Internacional Americana, 1948), artículos II y VII; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (AGNU, 1966), artículos 2º, inciso 1º, 3º y 26; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966), artículos 2º, inciso 2º; 3º, 7º y 10, inciso 2º; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), artículos 1º y 24; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ONU, 1967), considerandos: párrafo primero; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (ONU, 1979), aprobada por Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979, reconocida por ley 23.179 del Congreso argentino (B. O. del 3-6-85); se destaca de este documento el artículo que refiere particularmente a las *mujeres rurales*: “Artículo 14 – 1º Los Estados partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña

²³ BIAGGI, C.; CANEVARI, C. y TASSO, A., “Mujeres que trabajan la tierra. Un estudio sobre las mujeres rurales en la Argentina”, 1ª ed., Proinder, Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, Buenos Aires, 2006, ps. 92/93.

en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente convención a la mujer de las zonas rurales. 2° Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

- a) Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles.
- b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia.
- c) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social.
- d) Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica.
- e) Organizar grupos de autoayuda y de cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena.
- f) Participar en todas las actividades comunitarias.
- g) Obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, a los servicios de comercialización y a las tecnologías apropiadas, y recibir un trato igual en los planes de reforma agraria y de reasentamiento.
- h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, de transporte y las comunicaciones”²⁴.

También contamos con la Convención sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989), artículos 18 y 24, inciso 2.d; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará, creada por la Comisión Interamericana de la OEA (ley nacional argentina 24.632/96); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido

²⁴ Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, en OHCHR, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>, fecha de consulta: 30-10-2023.

como Protocolo de San Salvador (ley nacional argentina 24.658/96); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer aprobado por ley nacional argentina 26.171/2006. Otra norma constitucional de trascendencia es el artículo 16 de la Constitución Nacional, de 1853, que consagra la igualdad jurídica: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley...” No obstante este imperativo es conveniente tener presente que en esa época el sistema jurídico de los Estados y la sociedad civil en general se organizaba en clave masculina, por lo que sólo se trataba de la igualdad de los varones ya que las mujeres no tenían derechos civiles ni políticos. Resulta edificante la nueva codificación del Derecho Privado que procura la igualdad efectiva de derechos, de oportunidades y de responsabilidades: “El nuevo Código innova profundamente al receptar la constitucionalización del Derecho Privado y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado”²⁵. “Así pues, el nuevo CCyCN deberá leerse, interpretarse y aplicarse a la luz de los principios de igualdad y no discriminación en diálogo con los tratados internacionales de derechos humanos”²⁶.

En Sudamérica toma relieve la decisión del Consejo del Mercado Común de implementar una política de igualdad de género a través de las “Directrices de la Política de Igualdad de Género del Mercosur”, CMC/DEC, Número 13/2014: “Los Estados Partes están comprometidos con las declaraciones, pactos, protocolos y otros tratados que integran el patrimonio jurídico de la humanidad y han ratificado diversos instrumentos internacionales que guían su accionar en materia de derechos humanos, y en particular de los derechos humanos de las mujeres, que son la base fundamental para el desarrollo de las presentes Directrices de la Política de Igualdad de Género del Mercosur”²⁷. A nivel internacional, es preciso mencionar que la Organización de las Naciones Uni-

²⁵ HIGHTON DE NOLASCO, E., “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley* del 3-8-2015, p. 5; en URRUTIA, L. A. B., *Los derechos de la mujeres en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, Año 2014/2015, p. 12.

²⁶ URRUTIA, op. cit.

²⁷ Mercosur, “Directrices de la Política de Igualdad de Género del Mercosur”, CMC/DEC, núm. 13/2014, en Mercosur, <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2976>, fecha de consulta: 29-10-2023.

das convocó entre 1975 y 1995 a Cuatro Conferencias Mundiales sobre la Mujer, siendo los derechos de las mujeres tema central de las mismas y generando importantes compromisos políticos a favor de la igualdad, las que fueron progresivamente modelando las agendas de desarrollo. Con relación a los derechos, destaca la Declaración de Ginebra sobre las Mujeres Rurales (Asamblea General, Consejo Económico y Social, Naciones Unidas, 1992). Otro hecho de suma relevancia fue la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena, en el año 1993: “En este Foro se reconocieron específicamente los derechos humanos de las mujeres así como las obligaciones de los Estados de protegerlos y promoverlos, incluyendo el de vivir libre de violencia”²⁸. Merece recordarse que en el año 2000 se firmó la Declaración del Milenio (Naciones Unidas), la misma contiene los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), y el 3^{er} Objetivo dispone promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer. Más tarde, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (Naciones Unidas, 2015) establece 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) para ser alcanzados en el año 2030, y entre los objetivos se encuentra la “Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres” (Objetivo 5); este objetivo permite tener en cuenta a las mujeres rurales, desde varios aspectos, no sólo desde sus vulnerabilidades, sino también desde sus diversos aportes al medio donde viven y se desenvuelven. De la Cedaw se destacan: la Recomendación General Número 16 (1991) referida a “Mujeres que trabajan sin remuneración en empresas familiares rurales y urbanas”, Documento de las Naciones Unidas A/46/38; la Recomendación General Número 28 (2010) relativa al artículo 2º de la Convención. En el año 2016 el Comité de la Cedaw presentó un documento importantísimo para la mujer del medio rural, la Recomendación General Número 34 sobre los Derechos de las Mujeres Rurales²⁹. En la presente Recomendación General el Comité aclara las obligaciones de los Estados Partes en cuanto al modo de garantizar los derechos de

²⁸ BIAGGI, CANEVARI y TASSO, op. cit., p. 91.

²⁹ Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Recomendación General Número 34 (2016) sobre los Derechos de la Mujeres Rurales”, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Cedaw, Naciones Unidas, en ACNUR, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10709.pdf>, fecha de consulta: 29-10-2023.

las mujeres rurales, centrándose en el artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. El artículo 14 es la única disposición de un tratado internacional de derechos humanos que se refiere específicamente a las mujeres rurales. Todos los derechos en el marco de la Convención deben aplicarse a las mujeres rurales: “El artículo 14 debe interpretarse en el contexto de la Convención en su conjunto”. Al presentar informes, los Estados partes deberán abordar todos los artículos que guardan relación con el disfrute de los derechos de las mujeres y las niñas rurales. En consecuencia, la presente Recomendación General examina los vínculos entre el artículo 14 y otras disposiciones de la Convención. Resulta relevante la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales (AGNU, 2018). Esta declaración contempla las medidas necesarias para garantizar los derechos humanos de los campesinos y campesinas. Respecto de las mujeres rurales establece: “Artículo 4º – 1. Los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para erradicar todas las formas de discriminación de las campesinas y otras mujeres que trabajan en las zonas rurales y para promover su empoderamiento de manera que puedan disfrutar plenamente, en pie de igualdad con los hombres, de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales y obrar por el desarrollo económico, social, político y cultural del ámbito rural, participar en él y aprovecharlo con total libertad”³⁰.

Recientemente se aprobó la Declaración de Derechos y Decenio de las Mujeres, Adolescentes y Niñas en Entornos Rurales de las Américas (53 Asamblea General de la OEA). Esta Declaración dispone que entre 2024 y 2034 se observará el Decenio Interamericano por los Derechos de Todas las Mujeres, Adolescentes y Niñas en Entornos Rurales de las Américas. Según la OEA: “En América Latina y el Caribe, alrededor de 58 millones de mujeres viven en el campo realizando trabajos fundamentales para la seguridad alimentaria y el cuidado del planeta. Además, preservan y transmiten saberes tradicionales

³⁰ Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Declaración sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales”, en Vía Campesina, <https://viacampesina.org/wp-content/uploads/2020/04/UNDROP-Book-of-Illustrations-I-ES-I-Web.pdf>, fecha de consulta: 29-10-2023.

sobre la salud, el cultivo y los cuidados de las personas. A pesar de la evidencia de su relevancia, apenas el 30 por ciento tiene acceso a alguna forma de posesión de la tierra. La mayoría vive en la precarización e informalidad laboral y la pobreza extrema. Están en lo más bajo de la escala social y están ausentes de los puestos de toma de decisión”³¹, situación que empeoró tras la pandemia: “La decisión de establecer el Decenio Interamericano es un paso crucial porque busca construir y ejecutar un plan de acción efectivo para el acceso a los derechos, los servicios y a las medidas de prevención, erradicación y reparación de todas las formas de exclusión, discriminación y violencia que sufren las mujeres, adolescentes y niñas que viven en entornos rurales”³². Este acontecimiento político, económico, social y regional sin precedentes prioriza entre sus objetivos la construcción de un plan organizado sobre una base de trabajo intersectorial que permita saldar la deuda histórica que existe con las mujeres rurales de América.

VI. Colofón

A pesar de la invisibilidad histórica que ha pesado sobre sus figuras, la presencia constante de las mujeres en el medio rural determinó que su participación activa ha sido parte imprescindible no sólo para el sustento familiar sino también para el progreso de las economías regionales y reducción de la pobreza. No obstante su aporte, la existencia de las asimetrías en cuanto a la distribución de recursos productivos y espacios de poder coloca y sostiene a las mujeres rurales en una posición de desigualdad respecto del género masculino. La aprobación en el escenario internacional de distintos documentos consagratarios de los derechos humanos contra toda forma de discriminación y a favor de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres (en Argentina con jerarquía constitucional) permitió el avance sostenido en la evolución de los derechos de la mujer y el empoderamiento femenino. Si bien se han alcanzado importantes mejoras en distintos órdenes (en el

³¹ Organización de los Estados Americanos, “Declaración de Derechos y Decenio de las Mujeres, Adolescentes y Niñas en Entornos Rurales de las Américas”, en OAS, https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-040/23, fecha de consulta: 29-10-2023.

³² *Ibíd.*

campo normativo, regulación sobre agricultura familiar; en lo que hace al liderazgo femenino, la elección y nombramiento de una mujer, Andrea Sarnari, abogada y productora agropecuaria, en el cargo de presidenta de la FAA [2024], por citar algunos ejemplos), todavía falta equilibrar aquellas asimetrías que aún promueve la cultura sexista. La Declaración aprobada por la OEA para el Decenio (2024/2034) es un gesto digno de imitar. Si bien esta declaración es un compromiso de enorme relevancia a favor de la mujeres, adolescentes y niñas en entornos rurales del continente americano, constituye una gran oportunidad para que los países del resto del mundo tomen una actitud similar, asumiendo al igual que en América la responsabilidad ineludible de erradicar desigualdades y todas las formas de violencias y de discriminación que sufre el género femenino, y garantizar derechos aún pendientes de cumplimiento respecto a todas las mujeres del medio rural.

Bibliografía

- AGUIRRE, Rosario; GARCÍA SAINZ, Cristina y CARRASCO, Cristina, “El tiempo, los tiempos, una vara de desigualdad” (2005), en DE ARCE, Alejandra y FRANÇA, Ana Marcela (comps.), *Género y ruralidades en el agro latinoamericano*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ciccus, 2020; disponible en Users, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Genero-y-ruralidades-versi%C3%B3n-final-1.pdf, fecha de consulta: 25-10-2023.
- AYLLÓN RODRÍGUEZ, Dolores, “Las mujeres en la prehistoria y la historia antigua”, en Junta de Andalucía, <https://www.juntadeandalucia.es/educacion/portals/delegate/content/4ba061aa-338e-40e2-874d-313ee6ef3f04>, fecha de consulta: 30-10-2023.
- BIAGGI, Cristina; CANEVARI, Cecilia y TASSO, Alberto, “Mujeres que trabajan la tierra. Un estudio sobre las mujeres rurales en la Argentina”, 1ª ed., Buenos Aires, Proinder, Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, 2006.
- BIAGGI, Cristina y CANEVARI, Cecilia, “Las mujeres rurales en el país según los datos censales de 2001”, en Users, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Mesa_3_Biaggi_y_Canevari_Las_Mujeres_Rurales_en_el_pais_segun_los_datos_censales.pdf, fecha de consulta: 28-10-2023.
- BRARDINELLI, Rodolfo L. y GALÁN, Carlos Luis, “Manual de doctrina social de la Iglesia”, 5ª ed., Buenos Aires, Guadalupe, 2001.

- BRAVO SUÁREZ, Andrea R., “Nuevos factores de consolidación normativa de la agricultura familiar”, Salta, IV Congreso Nacional de Derecho Agrario Provincial, 1º y 2 de junio de 2017; disponible en Sedici, http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/60376/Documento_completo_.pdf?sequence=1&isAllowed=y, fecha de consulta: 29-10-2023.
- CORREA BARBOZA, Marcela, “Cultura, mujer y trabajo. Las mujeres campesinas en la Baja Edad Media”, en Teseopress, <https://www.teseopress.com/hacerhistoriamoderna/chapter/cultura-mujer-y-trabajo-las-mujeres-campesinas-en-la-baja/>, fecha de consulta: 30-10-2023.
- DE ARCE, Alejandra, “Mujeres, familia y trabajo. Chacra, caña y algodón en la Argentina (1930-1960)”, 1ª ed., Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2016; disponible en Ediciones UNQ, <https://ediciones.unq.edu.ar/373-mujeres-familia-y-trabajo.html>, fecha de consulta: 30-10-2023.
- DE ARCE, Alejandra y FRANÇA, Ana Marcela (comps.), “Género y ruralidades en el agro latinoamericano”, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ciccus, 2020, p. 8; disponible en CEAR Blog, <http://cear.blog.unq.edu.ar/wp-content/uploads/sites/15/2020/03/Genero-y-ruralidades-versi%C3%B3n-final-1.pdf>, fecha de consulta: 31-10-2023.
- DE LUCA, Marcela A., “Fortalezas de la Ley 27.118 de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar, Campesina e Indígena como herramienta de transformación agraria”, en *Revista derechos en acción*, 2016; disponible en Revistas UNLP, <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/2821/2632>, fecha de consulta: 30-10-2023.
- DNU 729/2022, en Argentina, <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-729-2022-374228/texto>, fecha de consulta: 30-10-2023.
- HIGHTON DE NOLASCO, Elena, “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *La Ley* del 3-8-2015, p. 5; en URRUTIA, Liliana A. B., *Los derechos de la mujeres en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, Año 2014/2015, p. 12.
- Ley 27.118 de Reparación Histórica de la Agricultura Familiar para la Construcción de una Nueva Ruralidad en la Argentina, sancionada el 17-12-2014, publicada en B. O. del 28-1-2015, en Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/240000-244999/241352/norma.htm>, fecha de consulta: 30-10-2023.
- Mercosur, “Directrices de la Política de Igualdad de Género del Mercosur”, CMC/DEC (núm. 13/2014), en Mercosur, <https://normas.mercosur.int/public/normativas/2976>, fecha de consulta: 29-10-2023.

- OCKIER, María Cristina, “Fortineras, mujeres en las fronteras. Ejércitos, guerras y género en el siglo XIX”, 1ª ed., Buenos Aires, Imago Mundi, 2020.
- Organización de Estados Americanos, “Declaración de Derechos y Decenio de las Mujeres, Adolescentes y Niñas en Entornos Rurales de las Américas”, en OAS, https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-040/23, fecha de consulta: 29-10-2023.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, en OHCHR, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>, fecha de consulta: 30-10-2023.
- “Declaración sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales”, en Vía Campesina, <https://viacampesina.org/wp-content/uploads/2020/04/UNDROP-Book-of-Illustrations-I-ES-I-Web.pdf>, fecha de consulta: 29-10-2023.
- “Recomendación General Número 34 (2016) sobre los derechos de la mujeres rurales”, Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Cedaw, en ACNUR, <https://www.acnur.org/file-admin/Documentos/BDL/2016/10709.pdf>, fecha de consulta: 29-10-2023.
- PASTORINO, Leonardo F., “Derecho Agrario argentino”, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.
- URRUTIA, Liliana A. B., “Los derechos de la mujeres en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en Revista del Colegio de Abogados de Rosario, Año 2014/2015, p. 12.

NOTICIAS FALSAS: ¿PASIBLES DE REGULACIÓN O RESULTADO DEL DERECHO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

por AGUSTÍN MONTENEGRO¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conceptualización. 3. Principales posturas frente a la regulación de *fake news*. 4. Elementos a tener en cuenta para una propuesta superadora en materia de *fake news*. 5. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

El crecimiento exponencial de las *fake news* en la era digital ha planteado un dilema fundamental en el ámbito legal y ético: cómo regular la difusión de información falsa sin menoscabar el derecho fundamental a la libertad de expresión. Este artículo explora la tensión inherente entre estos dos principios y argumenta que la regulación de las *fake news* es posible sin infringir la libertad de expresión.

En primer lugar, se examina la importancia de la libertad de expresión como pilar de las sociedades democráticas. Se reconoce que la censura excesiva o la regulación draconiana pueden socavar este derecho fundamental y dar lugar a un control estatal sobre la información y la opinión pública. Sin embargo, también se destaca que la divulgación de noticias falsas plantea un riesgo significativo para la sociedad al socavar la verdad, influir en la toma de decisiones y crear divisiones.

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

La regulación propuesta se basa en la idea de que no se trata de censurar opiniones o ideas, sino de abordar activamente la desinformación deliberada que daña la integridad de la información pública. Esto implicaría medidas como la identificación y eliminación de contenido falso en plataformas digitales, la promoción de la educación mediática y la imposición de sanciones a aquellos que deliberadamente difunden noticias falsas con fines maliciosos.

Se concluye que, si se implementa de manera cuidadosa y equilibrada, la regulación de las *fake news* puede coexistir con el derecho a la libertad de expresión. El objetivo es proteger la verdad y la integridad de la información pública sin inhibir la expresión legítima de ideas. En última instancia, la sociedad debe encontrar un equilibrio delicado que permita combatir la desinformación sin sacrificar los derechos fundamentales que sustentan nuestras democracias. Este enfoque busca preservar la libertad de expresión mientras se salvaguarda la confianza en la información que fundamenta nuestras decisiones y debates públicos.

Abstract

The exponential growth of fake news in the digital age has raised a fundamental dilemma in the legal and ethical spheres: how to regulate the dissemination of false information without undermining the fundamental right to freedom of expression. This article explores the inherent tension between these two principles and argues that the regulation of fake news is possible without infringing on freedom of expression.

First, it examines the importance of freedom of expression as a cornerstone of democratic societies. It acknowledges that excessive censorship or draconian regulation can undermine this fundamental right and lead to state control over information and public opinion. However, it also underscores that the spread of fake news poses a significant risk to society by undermining truth, influencing decision-making and creating divisions.

The proposed regulation is based on the idea that it is not about censoring opinions or ideas but actively addressing deliberate misinformation that harms the integrity of public information. This would

involve measures such as identifying and removing false content on digital platforms, promoting media literacy, and imposing sanctions on those who deliberately spread fake news for malicious purposes.

It is concluded that, if implemented carefully and in a balanced manner, the regulation of fake news can coexist with the right to freedom of expression. The goal is to protect truth and the integrity of public information without inhibiting the legitimate expression of ideas. Ultimately, society must find a delicate balance that allows us to combat misinformation without sacrificing the fundamental rights that underpin our democracies. This approach seeks to preserve freedom of expression while safeguarding trust in the information that forms the basis of our public decisions and debates.

Palabras clave

Regulación de noticias falsas. Libertad de expresión. Derecho a réplica.

Keywords

Regulation of fake news. Freedom of expression. Right of reply.

1. Introducción

Con el avance de los medios tecnológicos de comunicación y la democratización de la información, los seres humanos encontramos formas de acceder a datos, hechos y acontecimientos de manera ilimitada e instantánea. Los tiempos que vivimos nos demuestran la facilidad de alcance al conocimiento de cualquier tipo, potenciado y más desarrollado, sobre todo, en las generaciones jóvenes nacidas entre 1980 hasta el día de hoy.

La mencionada democratización de la información otorga una marcada ventaja a dichas generaciones, en la que se puede percibir un beneficio dado por el autoaprendizaje, desligando de dependencia, pero no por ello quitándole importancia, a los conocimientos adquiridos en los círculos de todos los niveles de escolarización, incluido el grado universitario.

Sin embargo, es de advertir que, si bien la ilimitación de información ha traído innumerables provechos y utilidad, también presenta flagelos típicos de toda innovación y avance social. Lo que nos convoca es profundizar en uno de estos flagelos, conocido como “noticias falsas”, o por su traducción al idioma inglés y popularmente difundido en el ámbito: *Fake news*.

Dichas noticias falsas influyen en la sociedad de manera directa, se detectan en el trajín diario de las redes sociales, e incluso pueden influenciar en campañas políticas, por lo cual se han levantado voces en pos de regular la desinformación, como también aquellas que sostienen, ante cualquier intento regulatorio, las banderas de la censura previa, y la libertad de expresión como óbice para dicha reglamentación.

Este artículo tiene como finalidad la demostración de que es posible la regulación de la divulgación de noticias falsas, resguardando el derecho de libertad de expresión consagrado en nuestra Constitución Nacional. Llegaremos a esta conclusión a través de un recorrido conceptual y legal. Por último, la enumeración de una serie de elementos que, a mi criterio, deben ser tenidos en cuenta a la hora de una futura legislación en nuestro país.

2. Conceptualización

Cuando hablamos de noticias falsas se abre frente a nosotros un abanico de posibilidades para definir las, autores de diversas nacionalidades intentan arribar a conceptualizaciones, que en muchos casos difieren unas de otras. Así, Nolan Higdon, especializado en medios de comunicación, ha definido las noticias falsas como “contenido falso o engañoso presentado como noticias y comunicado en formatos que abarcan la comunicación oral, escrita, impresa, electrónica y digital”². Higdon ha argumentado que la definición de noticias falsas se ha aplicado de manera demasiado restringida a medios e ideologías políticos. Dichas noticias también se refieren a historias que se inventan y que contienen pocos o ningún hecho verificable. Axel Gelfert propone definir a las noticias falsas como una presentación deliberada de infor-

² HIGDON, N., “The anatomy of fake news: a critical news literacy education”, University of California Press, Oakland, 2020, p. 18.

mación falseada o imprecisa “por diseño”, entendiendo que la expresión “diseño” refiere a la planificación sistemática de las características de las fuentes y canales por los cuales se propagan las noticias falsas³.

Si bien existen distintas definiciones que intentan encorsetar a las noticias falsas, podemos advertir en ellas una serie de elementos comunes. Analizando cada una, uno de los elementos que aparece como principal es la falsedad o falta de vinculación con la realidad, es decir, se presentan ante la sociedad como afirmaciones o hechos acontecidos, los cuales nunca han tenido lugar, o lo han tenido de manera distinta a la reproducida. Por otro lado, otro elemento característico de las noticias falsas es la intención de engañar, confundir o beneficiarse de dicha difusión.

Para desandar un recorrido normativo de esta temática, en Argentina, el sistema constitucional se basa en la premisa fundamental del respeto por la libertad humana; así, el constituyente argentino enuncia en el Preámbulo de la Constitución de la Nación Argentina del año 1994 el objetivo de asegurar los beneficios de la libertad para todos los habitantes. Esa formulación de la libertad buscaba significar el ejercicio de los derechos humanos en todas las categorías y expresiones comprendidas en la voluntad de las personas, como manifestación de su autonomía, en la medida que con ello no interfiriera con los derechos de terceros y de la sociedad misma en su conjunto. La libertad de expresión es un derecho humano fundamental, consagrado en múltiples instrumentos jurídicos internacionales, como el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Si ahondamos en este derecho, no sólo protege la posibilidad de emitir ideas y opiniones, sino también el acceso a información plural y el debate en una sociedad democrática. Dentro de este marco, el derecho de réplica surge como una garantía específica para proteger el honor, la dignidad y la veracidad de la información difundida en medios de comunicación.

La libertad de expresión implica tres dimensiones principales: por empezar el derecho a informar y ser informado; el pluralismo infor-

³ GELFERT, A., “Fake news: a definition”, *Informal Logic*, Berlin, 2018, p. 84.

mativo, que considero esencial para la deliberación pública en una sociedad democrática; y la responsabilidad ulterior.

Es en este contexto que el derecho de réplica o rectificación funciona como un mecanismo para equilibrar el ejercicio de la libertad de expresión y la protección de derechos individuales, al cual podemos definir como aquel que permite a una persona cuya honorabilidad o intereses hayan sido afectados por una información inexacta o falsa publicada en un medio de comunicación exigir que se publique su versión o rectificación en igualdad de condiciones. Creo oportuno asignar al derecho a réplica las características de inmediación, es decir, debe ejercerse de manera oportuna para reparar rápidamente el daño causado; la proporcionalidad, ya que la réplica debe ser proporcional en alcance y relevancia al daño generado por la información inicial; y la no dependencia de un juicio previo, porque se diferencia de las acciones judiciales por difamación o calumnia, ya que su objetivo es garantizar una rectificación inmediata sin necesidad de determinar responsabilidades penales o civiles.

En este punto cabe preguntarnos si nuestra Carta Fundamental da lugar a que la publicación de noticias pueda ser limitada, y en este caso: ¿cuáles serían esos límites? O de forma antagónica tenga que ser libre y sin condicionamientos. Esta confrontación tiene como base principal la discusión constitucional, que por un lado encontramos el artículo 14 de la Carta Magna que expresa: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber [...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...” Si nos detenemos, podemos analizar que más allá de su reglamentación posterior el bien jurídico protegido es la publicación libre de ideas, con adición del concepto de “censura previa”, que, según Néstor Pedro Sagüés, es “aquella censura impuesta por magistrados judiciales a fin de impedir la difusión de determinadas opiniones, informaciones, notas, etcétera”⁴. El constitucionalista, además de conceptualizar el término precedente, hace una diferenciación

⁴ SAGÜÉS, N. P., “Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, ps. 965/956; Corte IDH, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08047-14.pdf>, consultado el 3-10-2023.

que nota desde hace un tiempo reciente: por un lado, la “censura mala”, referida como aquella impuesta por el Estado en favor de sí mismo y utilizada como herramienta castradora de la libre emisión de ideas; y por el otro lado, la “censura buena”, que según él posee ciertas connotaciones legitimadoras de la tutela de derechos humanos, constitucionales o personales, como se los prefiera llamar. Siguiendo la perspectiva de Bidart Campos, se hace referencia a la censura previa como “cualquier medida que implique un control o una revisión anticipada de la expresión”⁵.

La definición de la censura previa por parte de Barrancos y Vedia decanta en “toda amenaza, advertencia, llamado de atención, etcétera, que los órganos de cualquiera de los tres poderes del Estado dirijan a los medios de prensa, cuando tengan carácter intimatorio”⁶.

Leyendo estas definiciones es posible acordar ciertos elementos que hacen a la censura previa. Por empezar, implica un acto de privación. En términos precisos, lo que la censura conlleva es una privación, una eliminación de la posibilidad de publicación. Es importante señalar que esta eliminación puede manifestarse como una acción efectiva o como una inminencia latente. Incluso una advertencia de supresión se ajusta al marco del concepto constitucional de censura. Por esta razón, el control, al representar una amenaza para la difusión del pensamiento, se convierte en un escenario hipotético de censura.

Otro de los elementos que podemos destacar es la anticipación, es decir, para configurar un acto de censura previa las restricciones deben realizarse antes de que el pensamiento sea emitido. Esto se contrapone a aquella censura que es sobreviniente. Las acciones que conlleven la vigilancia de la expresión constituyen limitaciones; no obstante, estas limitaciones se ejercen posteriormente a la manifestación del pensamiento, lo cual las enmarca en las directrices establecidas para restringir la libertad de expresión.

⁵ BIDART CAMPOS, G., en DIEGUES, J. A., *¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano?*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, p. 335; disponible en Corte IDH, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23-490.pdf>, consultado el 3-10-2023.

⁶ BARRANCOS Y VEDIA, F., “Censura previa y advertencia previa”, *La Ley*, Buenos Aires, 1989, p. 183.

El tercer elemento es que la censura debe afectar al contenido del pensamiento, a diferencia de la afectación de la modalidad de la expresión. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos aplica jurisprudencia; hace un contraste entre contenido y modalidad, y a través de estas últimas la difusión de la expresión no se ve bloqueada, sino que se encuentra sujeta a restricciones en términos de forma, momento y ubicación. La diferencia que se puede trazar entre las limitaciones al contenido y las limitaciones condicionales se fundamenta en la noción de razonabilidad. Una limitación al contenido equivale invariablemente a un acto de censura, a diferencia de las limitaciones condicionales cuya validez radica en que no conduzcan a la eliminación completa o parcial del contenido de la expresión, ya sea de manera directa o indirecta.

En último término, la limitación debe proceder de una entidad con autoridad. Este término abarca tanto a las instituciones públicas como a las privadas. Dentro del ámbito de las instituciones públicas se introduce la noción de censura ejercida por el sistema judicial. Por otra parte, la censura debe ser originada por una instancia externa, independiente de la persona que busca transmitir el mensaje. De esta manera, comprendemos que la elección de un editor de un periódico de no publicar un artículo periodístico en su diario no se debe considerar como censura.

Abstrayéndonos a Latinoamérica, el “Caso la última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)”⁷ marcó un hito en el análisis de la censura previa por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En 1988, el Estado chileno prohibió la exhibición de la película dirigida por Martin Scorsese, argumentando que su contenido atentaba contra la moral y las buenas costumbres debido a su interpretación alternativa de la vida de Jesús. La Corte concluyó que esta medida constituía censura previa, en violación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual sólo permite esta práctica en circunstancias estrictas, como la protección de la infancia o la seguridad pública. También señaló que las restricciones

⁷ “Caso la última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)”, Global Freedom of Expression, Columbia University, <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/es/cases/la-ultima-tentacion-de-cristo-v-chile/>, consultado el 30-11-2024.

deben ser necesarias, proporcionales y fundamentadas en el respeto a una sociedad pluralista, requisitos que no se cumplieron en este caso. Como resultado, el tribunal ordenó al Estado chileno levantar la prohibición, modificar su legislación para evitar nuevas restricciones arbitrarias y garantizar el acceso irrestricto a la diversidad cultural y artística. Este fallo consolidó un estándar primordial en la defensa de la libertad de expresión en el continente.

A modo de conclusión, el artículo 14 de la Constitución Nacional es el que más se acerca al tema propósito de este artículo, inmiscuyéndose en la publicación de ideas específicamente, y si bien existen otros artículos a los cuales pudiéramos relacionar con la regulación de divulgación de información y noticias, no tienen el nivel de especificidad del artículo 14. A modo de ejemplo, el artículo 19 protege el círculo de intimidad que todo ser humano tiene, y el derecho a que no sea violado sin justificativo; y el artículo 32 garantiza la libertad de imprenta, que si bien son de suma importancia, por su abstracción con respecto al tema estudiado no merecen mayor desarrollo.

A nivel legal, el Código Civil y Comercial argentino del año 2015 (ley 26.994) no contiene regulaciones específicas sobre las *fake news*. Los artículos 52 y 53 del mismo establecen disposiciones relacionadas con el derecho a la imagen, la dignidad y el honor de las personas.

La regulación penal en Argentina sobre los delitos contra el honor establece sanciones para aquellos que difamen o imputen falsamente delitos a otras personas. Si la difusión de *fake news* involucra información difamatoria, calumniosa o con imputaciones falsas que afectan el honor de alguien, las personas responsables podrían enfrentar consecuencias penales de acuerdo con las disposiciones del Código Penal argentino, reguladas en los artículos 109 y siguientes del mismo.

3. Principales posturas frente a la regulación de *fake news*

Al analizar los espacios de debate sobre el tema que nos aboca, como en toda discusión, nos encontramos con dos o más posiciones contrapuestas. Ahondando en las lecturas de textos e informes sobre la expansión de noticias falsas, a grandes rasgos se decantan aquellos que ante la regulación se muestran reacios. Uno de los argumentos

esgrimidos por esta corriente es el posible atentado al derecho a la libertad de expresión. La regulación sobre las noticias vertidas al público, explican, daría lugar a la censura previa expresamente rechazada por nuestra Carta Magna.

Si bien la regulación de las noticias falsas puede darse de forma posterior a su publicación, hay modelos de leyes en el Derecho Comparado en los que no es así. Dichos modelos presentan variables de regulación previa o simultánea a la publicación de la información. Así, se establecen alternativas como el *shadowbanning* o las publicaciones rotuladas con posibilidad de falsedad en redes sociales.

Según esta postura contraria, otro de los flagelos que acarrea la regulación de las noticias falsas es la ambigüedad, es decir, que los conceptos utilizados en dichas normativas regulatorias pueden dar lugar a que una persona o poder político los use en su favor para establecer como falsa cualquier noticia que lo afecte, más allá de su veracidad. La Comisión Europea en 2018 expresó su visión frente a propuestas de reglamentación de las noticias falsas, preocupándose por dar la impresión de que están tratando de determinar, a través de una ley, qué información es verídica y cuál no, y proponen la autorregulación del tema por parte de códigos de buenas prácticas. El equipo de la excomisaria Mariya Gabriel de Bulgaria temía ser acusado de intentar convertirse en un “Ministerio de la Verdad”. Su posición es contraria a la implementación de cualquier legislación que pretenda definir la veracidad de la información. Consideran que las leyes existentes son adecuadas para abordar este asunto y no ven la necesidad de agregar más⁸.

Frente a esta visión se encuentran aquellos que ven en las normas reglamentaristas de la información una herramienta para filtrar la calidad de las noticias que se difunden, y toman a las noticias falsas como las verdaderas amenazas a la libertad de expresión. Esta parcialidad, incluso, ve a las *fake news* como causales de un lento y paulatino desmedro de la estabilidad democrática. Acusan a las mismas de generar una conciencia colectiva a favor de ideologías extremas que tienen

⁸ ALANDETE, D., “La Comisión Europea renuncia a la legislación contra las noticias falsas”, en El País, https://elpais.com/internacional/2018/04/02/actualidad/15-22694360_002636.html, consultado el 4-10-2023.

como fin último un cambio de paradigma en la sociedad. Otro punto al que atacan los defensores de la regulación es el lucro obtenido por personas particulares o sociedades específicamente dedicadas a la reproducción de *fake news*, y entienden que las leyes regulatorias son la llave de acceso al fin de este negocio. Allen Montgomery (pseudónimo) es dueño del portal de noticias “The National Report” de los Estados Unidos de América, un sitio web dedicado exclusivamente a la generación de noticias falsas con el mero fin de generar ganancias económicas. Según Montgomery, ha logrado ganar miles de dólares desde su creación, sin ningún tipo de consecuencias debido a la permisividad de las leyes estadounidenses⁹.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de un camino poco claro en cuanto al tema, logró dar un puntapié en 1986 con el fallo “Campillay, Julio C. c/La Razón y otros”¹⁰. Marcó un punto de inflexión en la doctrina. Julio Campillay fue mencionado en una publicación del diario *La Razón* como partícipe en actividades delictivas, basándose en información oficial proveniente de fuerzas de seguridad. La información era falsa y dañó gravemente la reputación del demandante. Sin embargo, el máximo tribunal exoneró al medio de comunicación porque cumplió con los parámetros que luego se enunciaron como doctrina: citó la fuente oficial de manera clara; utilizó términos condicionales al informar y no identificó directamente al afectado. Asimismo, sostuvo que la libertad de expresión incluye la posibilidad de difundir información, incluso si resulta ser errónea, siempre que los medios actúen de buena fe y respeten los estándares mencionados. Esto busca evitar una censura indirecta y preservar el debate democrático.

La importancia de haber asentado esta doctrina es que permite a los medios de comunicación informar sobre asuntos de interés público sin temor a represalias legales desproporcionadas, siempre que se actúe con cautela.

⁹ Redacción BBC, “Por qué darte noticias falsas es buen negocio”, en BBC News Mundo, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37910450>, consultado el 4-10-2023.

¹⁰ CSJN, 15-5-86, “Campillay, Julio C. c/La Razón y otros”, Defensoría, <https://defensoria.org.ar/normativas-cdh/campillay-julio-c-c-la-razon-y-otros/>, consultado el 30-11-2024.

La doctrina fue refinada en casos posteriores, como en los fallos “Costa”¹¹ y “Patitó”¹², donde se analizó la responsabilidad de los medios en el contexto del derecho a la información y su posible colisión con el honor. En el primero, el doctor Guillermo Costa, un abogado, fue acusado en un programa televisivo de cometer actos de corrupción relacionados con su actividad profesional. Las acusaciones se basaron en información difundida por el medio sin pruebas concluyentes, lo que afectó gravemente su reputación. Así, la Corte Suprema condenó al medio por difundir información sin corroborar adecuadamente su veracidad. A diferencia de “Campillay”, en este caso no se cumplió con los estándares de responsabilidad, ya que la Corte estableció que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y debe ejercerse con responsabilidad. Subrayó que los medios tienen la obligación de verificar la información antes de publicarla, especialmente cuando ésta puede dañar la reputación de las personas.

El segundo fallo fue “Patitó, José Ángel c/Diario La Nación”. Allí, el demandante alegó que el diario publicó una noticia donde lo vinculaba falsamente con un delito. La información se basaba en datos erróneos provenientes de una fuente oficial, pero el medio no cumplió con los recaudos necesarios al publicar la nota. La Corte Suprema sostuvo que, aunque la información provenía de una fuente oficial, el medio no actuó con la diligencia requerida.

Ante este dilema, se consultó en entrevista a la licenciada en Comunicación Social Vanesa Soledad Bello sobre su visión sobre esta dicotomía entre regulación o no regulación, a lo que respondió: “Es difícil, creo que sí debe haber una regulación, sería interesante para evitar que cualquiera diga cualquier cosa [...] Te repito, creo que es importante la regulación, pero no si ésta impide que te expreses libre-

¹¹ CSJN, 12-3-87, “Costa, Héctor Rubén c/MCBA y otros s/Recurso de hecho”, SAIJ, <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-costa-hector-ruben-mcba-otros-recurso-hecho-fa87000686-1987-03-12/123456789-686-0007-8ots-eupmocsollaf?>, consultado el 30-11-2024.

¹² CSJN, 24-6-2008, “Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros s/Recurso de hecho”, SAIJ, <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-patito-jose-angel-otro-diario-nacion-otros-recurso-hecho-fa08000048-2008-06-24/123456789-840-0008-0ots-eupmocsollaf?>, consultado el 1-12-2024.

mente, y en este tema en particular la línea es muy fina entre la regulación y no estar censurando las expresiones. De todas formas, creo que si un periodista se expresa con la verdad y con respaldo de las fuentes, no existiría motivo para estar en contra”¹³.

Es el enfrentamiento entre estas dos visiones antagónicas el que no permite una solución de fondo a la problemática objeto de este artículo; con una pequeña cantidad de Estados que han arribado a soluciones intermedias, el resto de naciones siguen expuestas a este flagelo cada vez más perfeccionado.

4. Elementos a tener en cuenta para una propuesta superadora en materia de *fake news*

Con el desarrollo de este trabajo, habiendo analizado las distintas opciones que el Derecho ofrece frente a este nuevo paradigma que nos enfrenta en el siglo XXI en cuanto a noticias falsas, y atendiendo al interrogante que se plantea en el título de esta monografía, voy a tomar el atrevimiento de responder lo que a mi consideración representa una salida armoniosa para con nuestro sistema de normas, y ofrecer una síntesis de elementos que se deben contemplar frente a una futura legislación sobre el tema.

Creo personalmente que la difusión de noticias falsas es pasible de regulación, y que, si ésta se hace de manera mesurada, no encuentra óbice para objetarse una violación al derecho de libertad de expresión, por lo cual entiendo a la salida como un punto intermedio y de equilibrio entre estas dos tensiones.

Por este motivo, el primer elemento para que una regulación sea exitosa y consensuada está en la no creación de entes estatales de control. Si bien se puede ver al Estado como la herramienta que genere mayor eficacia a la hora de controlar la difusión de *fake news*, éste, al poseer poder de imperio, podría considerarse como arbitrario en decidir qué es lo que se publica y qué no en los medios de comunicación, configurando un claro avasallamiento de la libertad de prensa y expresión. Este punto es el más discutido en los debates parlamen-

¹³ Entrevista de investigación semiestructurada a la licenciada en Comunicación Social Vanesa Soledad Bello, 18-7-2023.

tarios de los países que han tratado de normativizar la cuestión que nos aboca. El elemento de poder estatal como regulador, fiscalizador y sancionador de la información publicada conformaría una concentración de poder en manos de pocos funcionarios que arbitraria y discrecionalmente podrían decidir sobre qué información es fidedigna y cuál no lo es. Supongamos a modo de ejemplo que un medio de comunicación decida investigar hechos de dudosa legalidad cometidos por un funcionario del Poder Ejecutivo, a un legislador, o a un magistrado del Poder Judicial; ¿no presupone, en el caso de que el ente de control hipotético forme parte de estos poderes, una incompatibilidad manifiesta que le impediría decidir sobre dicha información investigada?

El segundo elemento a tener en cuenta es la sanción de una ley especial en materia de noticias falsas, aunando esfuerzos por parte de todo el espectro político en la realización de un marco normativo que, dejando de lado la creación de entes reguladores, proponga, en cambio, pautas a seguir por parte de emisores de información, y por otro lado contemple la creación de un tipo penal que establezca penas para los difusores de noticias falsas, puntualizando en la diferencia entre noticias difundidas por periodistas matriculados, personas públicas con un grado de influencia notorio en la sociedad y particulares no públicos. En este punto es importante enfatizar en la importancia de la consulta de los círculos periodísticos del país, ya sean asociaciones, colegios profesionales y academias. En la entrevista realizada con la licenciada Vanesa Bello, nos lo planteó en los siguientes términos: “Sí, creo que los periodistas tienen que ser consultados a la hora de crear legislaciones porque te pueden dar la visión de alguien que está trabajando en esto. Hay muchos cabos que pueden quedar sueltos si las personas que se dedi[can] a regular nuestra actividad no consultan con los mismos que la ejercemos. Debería, llegado el caso, realizarse una consulta abierta para obtener un abordaje integral del tema, es lo más productivo para también luego facilitarnos el trabajo a nosotros. No sería el primer caso que, de salir una ley, posteriormente uno se da cuenta que el que la redactó no ejerce la materia que legisló, sería el primer paso para no generar trabas a futuro”¹⁴.

¹⁴ Íd., p. 9.

El tercer elemento consiste en el desarrollo de mecanismos de control interno. ¿En qué consisten? Para ello debemos diferenciar el medio de comunicación de que se trate:

1. *Medios tradicionales, audiovisuales y escritos (radio, televisión, periódicos, revistas, etc.):* En lo que respecta a esta área, el control interno estaría dado tanto por las empresas periodísticas como también por los colegios profesionales que agrupen a periodistas, por medio de sus protocolos internos disciplinarios para aquellos que intencionalmente difundan noticias falsas. En este caso, Adepa realiza una tarea en defensa de esta profesión a nivel nacional, velando, por un lado, por la defensa de la libertad de prensa, y por el otro, por un estricto acatamiento por parte de los periodistas a las normas de ética profesional de tal actividad.
2. *Redes sociales:* Los mecanismos internos de las plataformas de redes sociales se han desarrollado exponencialmente durante la pandemia de COVID-19, por lo que podríamos decir que la evolución actual de los mismos para combatir la desinformación es adecuada, aunque en algunas plataformas esté menos desarrollado el sistema que en otras. Entre ellos, se destacan los siguientes. El “*shadowban*” o supresión en la sombra o disimulada, por su traducción al español; consiste en bloquear el contenido de las redes sociales de un usuario que ha violado las normas comunitarias de la plataforma digital que se trate y que éste no se dé cuenta de que está siendo bloqueado, reduciendo la visibilidad del usuario sancionado. Los *tags* o etiquetas configuran un método también eficiente para la detección de información maliciosa; consisten en etiquetas adosadas a la publicación del usuario que publique información poco verificada y de veracidad dudosa, aclarando dicha etiqueta que la información presentada puede estar adulterada, o sacada de contexto, invitando al usuario remitente a que chequee por sus medios sobre el tema en discusión. En el mismo tenor, se ofrecen a los usuarios de redes sociales una gama de motivos por los que puede reportar una publicación de cualquier tipo.

El último elemento que a mi consideración es menester que esté

presente en una estrategia que aborde la problemática de las *fake news* es la concientización, capacitación e información de los usuarios de redes sociales, lectores de medios escritos de comunicación, oyentes de radio y televidentes. Las campañas publicitarias son una herramienta eficaz al momento de instalar debates en la sociedad, así lo han demostrado con experiencias como la pandemia de COVID-19, la epidemia de gripe A en 2008, o la difusión de métodos para evitar embarazos no deseados, o infecciones de transmisión sexual. Lograr generar conciencia por parte de aquellas potenciales víctimas es un fin a largo plazo, pero aquel por el cual se alcanza un grado de educación por parte de la sociedad, que le permitiría discernir entre aquello en lo que sí vale la pena poner el foco de atención al momento de informarse y aquellas informaciones que llegan a sus sentidos con el solo objetivo de engañar e influenciar de forma negativa. ¿Qué es lo que pasaría si la mayor parte de la sociedad fuera consciente para identificar dichas informaciones falsas? Claramente el primer efecto será que las noticias falsas no tendrán la difusión general que llegan a alcanzar en nuestros días, pues la cadena de transmisión se cortaría en eslabones tempranos, y evitaría que las intenciones maniqueas lleguen, sobre todo, a los miembros más vulnerables de la población, refiriéndome con esto a personas no alfabetizadas, a los adultos mayores que por su poco manejo de la tecnología caen en estas falsedades, y en los menores de edad, en este caso, por su inocencia.

Otro de los beneficios que traería la mayor concientización de la sociedad es el poder elegir por parte de ésta a aquellos transmisores que logren generar confianza con su público, generando un intento de llegar a los usuarios con información de calidad, a sabiendas de que, en caso contrario, pierdan la credibilidad social.

La generación de un debate serio que englobe estos cuatro elementos imprescindibles a la hora de esbozar legislaciones conduciría a la solución de forma integral, completa y eficaz del daño que generan las noticias falsas, sin por ello cercenar ningún derecho constitucional, ya que, en ese caso, la solución impuesta por censura generaría un efecto contraproducente, o, a modo de analogía, dando una cura aún más grave que la enfermedad contraída.

5. Conclusión

En este artículo propusimos una serie de pasos para mejorar nuestra comprensión sobre el complejo fenómeno de las *fake news* y su impacto en las diferentes esferas (política, economía, salud, entre otros) de nuestra sociedad.

Para ello, discutimos definiciones y tipologías sobre las *fake news*, que nos permitan, a su vez, distinguirlas de otras prácticas periodísticas como la parodia o la transmisión involuntaria de información que, luego, se comprueba falsa. Posteriormente relevamos un conjunto de medidas orientadas a combatir la desinformación, aquellas normas que pueden ser aplicadas en Argentina, tanto a nivel constitucional como legal.

Por último, se desarrollaron las posturas antagónicas que existen en cuanto a la regulación legal de la difusión de noticias falsas, tanto aquellos que bregan por la defensa de la libertad de expresión, como aquellos que entienden a la difusión de noticias falsas como un socavamiento del sistema democrático, todo ello para llegar a una propuesta superadora de ciertos puntos que deben ser tenidos en cuenta al momento de realizar cualquier esbozo regulatorio, con la finalidad de llegar a un espacio armónico en el que las *fake news* no sean una amenaza, ya sea al sistema democrático como a los derechos personalísimos de los ciudadanos, y a la libertad de expresión.

Concluimos que la legislación que condene la propagación voluntaria y consciente de noticias falsas puede ser un camino complejo, pero que, sin embargo, es posible, e incluso necesario. Existen experiencias de países que lo han logrado con éxito sin violentar la libertad de prensa y expresión, y es hora de que Argentina se ubique en la senda de estos avances. Para ello arribamos a cuatro elementos que se suscitan indispensables a la hora de una propuesta superadora en este tema. A modo de síntesis de estos puntos: el primero consistente en la no creación de entes estatales de control; para luego arribar al segundo, la sanción de un tipo penal especial para difusores de *fake news* de forma malintencionada; por otro lado, el tercero, basado en desarrollar mecanismos de control interno en plataformas digitales y medios de comunicación; y por último, el cuarto punto, que apunta a

la constante capacitación, concientización, educación y alfabetización científica de la población, usuarios de redes, consumidores de medios tradicionales de comunicación y periodistas, como meta de largo plazo, y que, a su vez, es de mayor eficacia para lo no proliferación de noticias falsas.

Si logramos llegar a una legislación regulatoria de *fake news* contemplando dichos elementos de manera integral demostraremos que la misma no es sinónimo de censura ni cercenamiento de libertades, sino el punto de encuentro de dos garantías, como la libre expresión y la protección de los derechos de las personas a ser informadas de manera veraz.

La regulación legal de las *fake news* es un tema de suma importancia para salvaguardar la veracidad informativa y la estabilidad democrática. Si bien es esencial combatir la desinformación en línea, también es crucial preservar la libertad de expresión y evitar cualquier tipo de censura indebida.

Refiriendo al título de este artículo, ¿son las *fake news* pasibles de regulación?, nuestra respuesta es sí. El desafío radica en encontrar un equilibrio adecuado y desarrollar estrategias efectivas que involucren la colaboración entre el Estado, las plataformas digitales, los medios de comunicación y la sociedad en general. Sólo a través de un enfoque integral y consensuado será posible enfrentar eficazmente el fenómeno de las *fake news* en Argentina.

Bibliografía

- ALANDETE, David, “La Comisión Europea renuncia a la legislación contra las noticias falsas”, en El País, https://elpais.com/internacional/2018/04/02/actualidad/1522694360_002636.html, consultado el 4-10-2023.
- BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, “Censura previa y advertencia previa”, Buenos Aires, La Ley, 1989.
- BIDART CAMPOS, Germán, en DIEGUES, Jorge Alberto, *¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano?*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, p. 335; disponible en Corte IDH, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23490.pdf>, consultado el 3-10-2023.

- GELFERT, Axel, “Fake news: a definition”, Berlin, Informal Logic, 2018.
- HIGDON, Nolan, “The anatomy of fake news: a critical news literacy education”, Oakland, University of California Press, 2020.
- Redacción BBC, “Por qué darte noticias falsas es buen negocio”, en BBC News Mundo, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37910450>, consultado el 4-10-2023.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx, ps. 965/956; Corte IDH, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r08-047-14.pdf>, consultado el 3-10-2023.

RESPONSABILIDAD ENUNCIATIVA: CONCEPTUALIZACIONES Y REPRESENTACIONES

APUNTES PARA LA FORMACIÓN
EN INVESTIGACIÓN

por PAULA NAVARRO¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La responsabilidad enunciativa como concepto teórico. 3. La responsabilidad enunciativa como problema didáctico. 4. La responsabilidad enunciativa desde el punto de vista de los estudiantes. 5. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El Seminario Disciplinar de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario forma a los futuros egresados en investigación jurídica y escritura académica, en particular, en el género monografía. Se ha relevado como problemática que en los trabajos monográficos se yuxtaponen voces de autores sin una gestión enunciativa global que las articule. El proyecto de investigación “La asunción de la responsabilidad enunciativa en escritos monográficos de estudiantes de la Facultad de Derecho” (PID-UNR 800202-20700290UR) acreditado por el período 2023-2026 se propone producir conocimiento sobre las concepciones de los estudiantes y el modo como asumen la responsabilidad de decir en sus trabajos monográficos

¹ Profesora en Letras. Licenciada en Letras y doctora en Humanidades y Artes con mención en Lingüística (Universidad Nacional de Rosario). Profesora adjunta en “Seminario Disciplinar” (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario), en “Lengua Española II” (Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional de Rosario) y en “Lectura y escritura de textos académicos” (Facultad de Humanidades y Ciencias, Universidad Nacional del Litoral). Secretaria de Ciencia y Técnica (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario).

con la finalidad de redefinir las acciones didácticas de formación en investigación. En este artículo se presentan resultados parciales a partir del análisis de contenido de dos discusiones focalizadas realizadas en el segundo semestre de 2023 con estudiantes de la Carrera de Abogacía en las que se indagan sus concepciones acerca del compromiso enunciativo. Como resultados parciales, los estudiantes se representan la responsabilidad enunciativa de los textos que producen (de forma individual o grupal) desde la categoría del *autor* en su doble estatus de creador y responsable del texto, sin considerar instancias de responsabilidad internas al texto.

Abstract

The Disciplinary Seminar of the Law Degree Program at the Faculty of Law of the National University of Rosario trains future graduates in legal research and academic writing, particularly in the monograph genre. A problem has been identified in the juxtaposition of authors' voices in monographs without a global enunciative approach to articulating them. The research project "The Assumption of Enunciative Responsibility in Monographic Writings by students of the Faculty of Law" (PID-UNR 80020220700290UR) accredited for the 2023-2026 period aims to generate knowledge about students' conceptions and how they assume the responsibility of speaking in their monographs with the aim of redefining the didactic actions of research training. This article presents partial results from the content analysis of two focused discussions held in the second semester of 2023 with Law students, exploring their conceptions of enunciative commitment. As partial results, the students represent the enunciative responsibility of the texts they produce (individually or in groups) from the category of *author* in their dual status as creator and responsible for the text, without considering instances of responsibility internal to the text.

Palabras clave

Responsabilidad enunciativa. Concepciones. Formación en investigación.

Keywords

Enunciative responsibility. Conceptions. Research training.

1. Introducción

El Seminario Disciplinar de Metodología de la Investigación forma parte de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario desde el Plan 1960. El plan de estudios vigente (resolución CS 841/2018) contempla en el apartado referido a la *Finalidad* de la carrera la posibilidad de que el futuro egresado se desempeñe como investigador y considera como parte de la formación académica el conocimiento de técnicas de investigación social. Por otro lado, en el apartado *Perfil del egresado* se consigna como capacidad “incentivar el interés por la investigación”. La formación en investigación que se realiza en el marco del Seminario se inscribe en el Ciclo de Formación Especial (CFE) al que acceden estudiantes de sexto año de la carrera debido a que se cursa en el último semestre. Sus contenidos mínimos abarcan metodología de la investigación jurídica y trabajo monográfico de investigación.

Durante el cuatrimestre que compone el cursado del Seminario Disciplinar, los estudiantes son acompañados en el diseño y ejecución de su investigación por un docente tutor, especialista en la temática que es objeto de estudio. Ese proceso implica un diálogo entre docentes y entre saberes teóricos del objeto de estudio y conocimientos sobre aspectos metodológicos y de escritura debido a que ésta se concibe como una práctica que despliega, constituye y fortalece la cientificidad de la investigación² y, por lo tanto, excede la comunicación de los resultados del proceso investigativo³.

La sinergia entre las tareas de investigación y la actividad de escritura se aborda a partir de la definición de un objeto de investigación

² JABLONKA, I., “La historia es una literatura contemporánea: manifiesto por las ciencias sociales”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2016.

³ BORSOTTI, C., “Temas de metodología de la investigación”, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2009; DALMAGRO, M.^a C., “Cuando de textos científicos se trata”, Comunic-Arte, Córdoba, 2007.

de la ciencia jurídica y de la consigna de elaboración de un trabajo monográfico que forma parte del proceso de investigación en sus distintas etapas.

En colaboraciones anteriores⁴ se ha relevado como problema la constitución de los estudiantes como responsables enunciativos de sus trabajos monográficos debido a que se observa una modalidad enunciativa en las que se yuxtaponen voces de autores sin una gestión global que las articule. En general, en las aulas universitarias, la enseñanza de la escritura académico-científica se aborda desde un ángulo prescriptivo y, en el caso de la gestión de voces, se limita a aspectos formales de citación y no desde un enfoque que conciba la asunción de la responsabilidad enunciativa como un aspecto constitutivo de la semiosis humana que presenta particularidades en las prácticas de escritura de estudio e investigación.

El proyecto de investigación “La asunción de la responsabilidad enunciativa en escritos monográficos de estudiantes de la Facultad de Derecho”⁵ indaga esta problemática desde un enfoque metodológico comprensivo de tipo etnográfico⁶. Para ello se relevan las concepciones de los estudiantes en discusiones focalizadas⁷ y el modo como asumen la responsabilidad de decir en sus trabajos monográficos con la finalidad de definir acciones formativas para el desarrollo de capacidades de gestión de la responsabilidad enunciativa.

En el marco de esa investigación, este trabajo expone los conceptos

⁴ DÍAZ, A. y NAVARRO, P., “La enseñanza de la escritura en el nivel superior: la experiencia del Seminario ‘Introducción a la Metodología de la Investigación’ de la Facultad de Derecho (UNR)”, VIII Congreso Iberoamericano de Docencia Universitaria y Nivel Superior, Rosario, 21, 22 y 23 de abril de 2014.

⁵ Convocatoria de Acreditación de Nuevos Proyectos (ACRE) 2023 de la Universidad Nacional de Rosario, proyecto “La asunción de la responsabilidad enunciativa en escritos monográficos de estudiantes de la Facultad de Derecho” acreditado por el período 2023-2026 (PID-UNR 80020220700290UR), directora: Araceli Díaz, co-directora: Paula Navarro, integrante: María Emilia Barberis.

⁶ DE TEZANOS, A., “Una etnografía de la etnografía: aproximaciones metodológicas para la enseñanza del enfoque cualitativo-interpretativo para la investigación social”, Anthropos, Bogotá, 1998.

⁷ TAPIA, S. y GOICOECHEA, M.^a V., “Discusiones de los docentes de lengua acerca de su propio trabajo”, en *Revista de la Escuela de Ciencias de la Educación*, núm. 7, 2012, ps. 291-307.

principales sobre el objeto de estudio que nos convoca desde la perspectiva del interaccionismo sociodiscursivo⁸ y presenta resultados parciales sobre las concepciones de estudiantes de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario a partir del análisis de contenido⁹ de dos discusiones focalizadas.

2. La responsabilidad enunciativa como concepto teórico

En el ámbito de los estudios tanto lingüísticos como literarios existe consenso en diferenciar una instancia de producción empírica (*autor*) de una instancia de naturaleza discursiva que, en los estudios literarios, se designa como *narrador*. En las ciencias del lenguaje, en particular en las teorías del texto y del discurso, la conceptualización de las instancias discursivas presenta mayor diversificación.

Según la perspectiva teórico-metodológica del interaccionismo sociodiscursivo¹⁰ (en adelante, ISD), el lenguaje es una actividad verbal cuyo correlato empírico son textos orales y escritos que se conceptualizan –en consonancia con esta definición de lenguaje– como producciones verbales efectivas articuladas al contexto en que se producen y que se caracterizan, entre otros aspectos, por poner en práctica mecanismos de responsabilidad enunciativa¹¹.

El modelo de estructuración interna de los textos del ISD se compone de tres niveles jerarquizados: infraestructura textual, mecanismos de textualización y mecanismos de responsabilidad enunciativa. La función del nivel correspondiente a los mecanismos de asunción de la responsabilidad enunciativa es el mantenimiento de la coherencia *pragmática* de un texto. Estos mecanismos expresan, por una parte, las evaluaciones de aspectos del contenido tematizado en el texto y, por otra parte, las fuentes de esas evaluaciones que las asumen o “toman

⁸ BRONCKART, J.-P., “Actividad verbal, textos y discursos”, Fundación Infancia y Aprendizaje, Madrid, 2004; “Activité langagière, textes et discours: pour un interactionisme sociodiscursif”, Deuxième édition revue et corrigée, Éditions Lambert-Lucas, Limoges, 2022.

⁹ BRONCKART, J.-P., “Desarrollo del lenguaje y didáctica de las lenguas”, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2007.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ BRONCKART, “Actividad...” cit., p. 48.

a cargo”¹². De hecho, Bronckart aclara que, en sentido estricto, la asunción el compromiso enunciativo se limita a dos fenómenos: la distribución de las *voces* y las marcas de *modalización*.

En relación con la distribución de las voces que asumen (o a las que se les atribuye) la responsabilidad de lo enunciado en el texto, el ISD explica a partir de las categorías de *autor*, *textualizador*, *narrador* y *expositor* una primera transferencia de responsabilidad, de carácter obligatorio, del *autor* a la instancia general de enunciación del texto (el *textualizador*).

El *autor* es concebido como el agente de la acción verbal, es decir, el organismo humano que da origen al texto y, por lo tanto, es su creador, pero también es el responsable de las operaciones verbales constitutivas del texto. Tiene, entonces, un doble estatus como creador y responsable del texto, en sus distintos niveles de estructuración.

Por su parte, la categoría de *textualizador* refiere a la instancia de gestión general que opera en la unidad texto. El *narrador* y *expositor* son instancias de responsabilidad que se corresponden con los tipos discursivos, es decir, con los segmentos que componen el texto. Como las operaciones subyacentes a la elección de los tipos dependen de instancias de enunciación, en los tipos discursivos del orden del *contar* la responsabilidad enunciativa es asumida por una instancia narrativa (*narrador*) y en el caso de los tipos discursivos del orden del *exponer* el *expositor* es la instancia expositiva que asume la responsabilidad enunciativa¹³. Bronckart reconoce la incomodidad de estas propuestas terminológicas y concluye que “es una *misma* instancia colectiva de enunciación [...] que podemos llamar *narrador* cuando se gestiona un mundo del orden del *contar*, que llamamos *expositor* cuando se gestiona un mundo del orden del *exponer*, o bien *textualizador* cuando se coordinan esos mundos en una unidad textual”¹⁴.

A su vez, la instancia general de enunciación “puede poner en escena una o varias voces ‘ajenas’ que, por lo tanto, son voces infraordenadas respecto del narrador o expositor”¹⁵. En esta segunda trans-

¹² Íd., p. 193.

¹³ COUTINHO, A., “Texto e[m] Linguística”, Edições Colibri, Lisboa, 2019.

¹⁴ BRONCKART, “Actividad...” cit., p. 195.

¹⁵ Íd., p. 197.

ferencia, la responsabilidad de lo dicho se comparte entre la voz del *textualizador*, *expositor* o *narrador* y las voces ajenas que pone en escena.

En suma, en la teoría del ISD se produce una doble transferencia de responsabilidad:

- 1) El autor transfiere la responsabilidad de lo dicho a una voz interna al texto, la instancia general de enunciación que, según el tipo discursivo, será la del *expositor* o *narrador*.
- 2) La instancia enunciativa formal supraordenada (del *expositor* o *narrador*) transfiere o delega la responsabilidad enunciativa a voces ajenas (voces *secundarias* que son infraordenadas con respecto a esa voz general).

Bronckart¹⁶ agrupa las voces *secundarias* o ajenas en tres categorías:

1. Voces *de personajes* (voces de seres humanos o entidades humanizadas que están implicadas como agentes en los acontecimientos o acciones constitutivos del contenido temático de un segmento del texto).
2. Voces *sociales* (voces que provienen de personas, grupos o instituciones sociales que no intervienen como agentes en el recorrido temático de un segmento del texto pero a los que se menciona como instancias externas de evaluación de ciertos aspectos de ese mismo contenido).
3. Voz del *autor* (voz que emana de la persona que da origen a la producción textual y que interviene para comentar o evaluar ciertos aspectos de lo que se enuncia).

Este primer componente del concepto de *responsabilidad enunciativa* retoma la noción de polifonía desarrollada en los estudios lingüísticos, que permite diferenciar el estatus del autor de las instancias enunciativas con las que se comparte la responsabilidad de lo dicho en un enunciado¹⁷. No obstante, desde una perspectiva interaccionista social, el concepto de polifonía del ISD se ubica en el nivel del texto

¹⁶ Íd., ps. 197-198.

¹⁷ DUCROT, O., "La noción de sujeto hablante", en *El decir y lo dicho*, Edicial, Buenos Aires, 2001, ps. 251-277.

en interacción con el contexto de producción, dominios que no son considerados por Ducrot porque, como apuntan Charaudeau y Maingueneau, la relación con el ser hablante real no es de su interés¹⁸.

Desde el ángulo del ISD, un texto es polifónico cuando se escuchan voces distintas con el mismo o diferente estatuto. En ese sentido, “puede haber múltiples formas de combinación polifónica”¹⁹ que, según los modos de expresión de las diferentes voces de manera directa o indirecta, configuran una polifonía explícita o una polifonía implícita, formas que además pueden coexistir en un texto.

En relación con el segundo componente de la responsabilidad enunciativa, el fenómeno de modalización, tiene por finalidad “traducir los diversos comentarios o evaluaciones formulados desde cualquier voz enunciativa” sobre algún elemento del contenido temático del texto²⁰. Por eso, son formas concretas de responsabilización que orientan al destinatario en la interpretación textual y contribuyen a establecer la coherencia *pragmática* de un texto.

Se identifican en el plano del significado distintas funciones de modalización que se realizan en diversas unidades lingüísticas en el plano del significante:

1. Lógicas (evaluaciones del contenido temático según su condición de verdad respecto del mundo *objetivo*).
2. Deónticas (evaluaciones del contenido centradas en los valores, opiniones y reglas del mundo social).
3. Apreciativas (evaluaciones del contenido de acuerdo con el mundo *subjetivo* de la voz que genera ese juicio).
4. Pragmáticas (evaluaciones que atribuyen intenciones [*querer hacer*], razones [*deber hacer*] o capacidades [*poder hacer*] a las acciones de las que es responsable una entidad constitutiva del contenido temático).

Las modalizaciones se materializan en unidades lingüísticas como los tiempos verbales del modo condicional, los auxiliares de modo (*querer, poder, tener que, deber*), algunos adverbios o locuciones ad-

¹⁸ CHARAUDEAU, P. y MAINGUENEAU, D., “Polifonía”, en *Diccionario de análisis del discurso*, Amorrortu, Buenos Aires, 2004, ps. 447-452.

¹⁹ BRONCKART, “Actividad...” cit., p. 199.

²⁰ *Ibíd.*

verbiales (*ciertamente, sin duda, felizmente, quizá*) y un subconjunto de oraciones que rigen una subordinada completiva (*se dice que, parece que, es probable que*).

Las unidades lingüísticas operan como marcas que traducen una evaluación del contenido temático de un texto y que se atribuyen a una voz. Pese a que se señala que se puede establecer “una *correspondencia muy parcial* entre las funciones de modalización y los subconjuntos de unidades”²¹, se distinguen las modalizaciones lógicas y deónticas, que presentan todo tipo de marcas, de las apreciativas, que privilegian el uso de los adverbios, y de las pragmáticas, que están marcadas por los auxiliares de modo.

El tipo de modalizaciones que se atribuyen a las distintas voces se relaciona con el género textual. Así, algunos géneros tienen un “grado cero de modalización” debido a que su contenido temático se presenta como dato absoluto exento de evaluación, por ejemplo, obras enciclopédicas. Otros géneros, por el contrario, presentan muchas unidades de modalización debido a que su contenido temático es objeto de discusión y, por lo tanto, de evaluación, por ejemplo, artículos científicos o panfletos políticos.

En suma, para el ISD, la polifonía y la modalización no se conciben como fenómenos independientes sino que constituyen, *stricto sensu*, la asunción de la responsabilidad enunciativa que da cuenta de las evaluaciones de aspectos del contenido tematizado en el texto y de las fuentes de esas evaluaciones que las asumen o “toman a cargo”²². Por eso, el autor afirma que “un texto es polifónico cuando escuchamos en él varias voces”²³. Son las voces, es decir, “las entidades que asumen (o a las que se atribuye) la responsabilidad de lo que se enuncia”, a las que se les imputan las modalizaciones.

El género monografía que en el Seminario Disciplinar forma parte del proceso de investigación realizado por los estudiantes, en el que se comunican los resultados ante la cátedra y la comunidad académica de la Facultad de Derecho, se caracteriza como modelo textual por una responsabilidad enunciativa compartida entre, en primera instancia,

²¹ Íd., p. 201.

²² Íd., p. 193.

²³ Íd., p. 199.

el *autor* y el *textualizador* como instancia de responsabilidad enunciativa, específicamente el *expositor* (primera transferencia de responsabilidad) y, en segunda instancia, entre el *expositor* y *voces secundarias*, principalmente de personajes “creadores de conocimiento” propios del discurso teórico (segunda transferencia de responsabilidad). Por ende, la monografía es un texto polifónico que de manera explícita atribuye a las voces que asumen la responsabilidad enunciativa modalizaciones (lógicas, apreciativas y pragmáticas) debido a que su contenido temático es objeto de discusión teórica.

3. La responsabilidad enunciativa como problema didáctico

En la actividad académica y científica la responsabilidad enunciativa constituye un tema central debido a que la producción de conocimiento se caracteriza por retomar textos de diferentes autores, con los que se establece un diálogo disciplinar. Por consiguiente, la elaboración de textos (orales y escritos) implica la consulta y revisión de fuentes bibliográficas. En palabras de Massi: “la referencia al conocimiento preexistente constituye la ‘materia prima’ en la elaboración de trabajos académicos”²⁴.

Algunos estudios que analizan las producciones textuales orales y escritas de estudiantes universitarios exponen problemáticas en el nivel enunciativo, como la no distinción entre el discurso propio y el ajeno. Este fenómeno, caracterizado por García Negroni y Hall²⁵ como “distorsión enunciativa polifónica”, evidencia “cierta dificultad para constituirse en sujetos de discurso académico, y por lo tanto inconvenientes en la constitución como miembros de la comunidad discursiva”²⁶.

²⁴ MASSI, P., “Las citas en la comunicación académica escrita”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 36/5, 2005, ps. 1-7.

²⁵ GARCÍA NEGRONI, M.^a M. y HALL, B., “Descripción e interpretación de prácticas discursivas orales en estudiantes universitarios. Estudio de casos”, en CASTEL, V. y CUBO DE SEVERINO, L. (eds.), *La renovación de la palabra en el bicentenario de la Argentina. Los colores de la mirada lingüística*, FFyL, UNCuyo, Mendoza, 2010, ps. 933-940; GARCÍA NEGRONI, M.^a M. y HALL, B., “Prácticas discursivas escritas y orales en contexto universitario. Fragmentariedad y distorsiones enunciativas”, en GARCÍA NEGRONI, M.^a M. (coord.) y otros, *Los discursos del saber. Prácticas discursivas y enunciación académica*, Editoras del Calderón, Buenos Aires, 2011, ps. 191-221.

²⁶ GARCÍA NEGRONI y ALL, “Prácticas...” cit., p. 220.

Por su parte, Desinano²⁷ identifica una configuración *fragmentaria* o alejada del *continuum* normal de textualización que se manifiesta, entre otros rasgos, en la ausencia del sujeto que escribe y en la “recuperación directa de pasajes de textos de otros (profesor/bibliografía) que se yuxtaponen con mayor o menor éxito, pero en los que el sujeto que escribe es el gran ausente”²⁸.

En estos trabajos los fenómenos de *fragmentariedad* y *distorsión enunciativa polifónica* se relacionan con el hecho de que “una disciplina es un espacio conceptual pero también discursivo”²⁹ y que, como consecuencia, ingresar a un campo disciplinar nuevo supone acceder al discurso de la disciplina. En ese sentido, las dificultades en el funcionamiento del sujeto hablante en el discurso académico que se observan en los textos de los estudiantes no son consideradas “errores lingüísticos” sino evidencias de un dominio que se encuentra en desarrollo, en correlación con el acceso al conocimiento disciplinar.

Desde el enfoque del ISD, Coutinho³⁰ considera como una problemática actual de la actividad académica el papel de *compilador* que se registra en textos que se limitan a incluir pasajes de textos ajenos, sin aportar nada propio. Propone, ante esta situación frecuente, enseñar la distinción entre el papel de quien compila de quien se posiciona como figura autoral.

En trabajos anteriores³¹ hemos estudiado un corpus de treinta monografías de estudiantes de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Rosario) con el objetivo de determinar el modo de asunción de la responsabilidad enunciativa. Se concluyó que la voz del *expositor* no se configura como la instancia enunciativa global que gestiona las voces ajenas, sino que la responsabilidad enunciativa se distribuye entre voces *secundarias* según las partes canónicas del género: la voz secundaria del autor empírico es responsable del contenido de la introducción y conclusión, mientras que las voces

²⁷ DESINANO, N., “Una mirada sobre la escritura a través de las tensiones entre el discurso científico disciplinar de la historia y el discurso narrativo”, XV Congreso de Alfal, Montevideo, agosto de 2008; “Los alumnos universitarios y la escritura académica. Análisis de un problema”, Homo Sapiens, Rosario, 2009.

²⁸ DESINANO, “Una mirada...” cit., p. 3.

²⁹ GARCÍA NEGRONI y HALL, “Descripción...” cit., p. 934.

³⁰ COUTINHO, op. cit., p. 125.

³¹ DÍAZ y NAVARRO, op. cit.

secundarias de personajes y de instancias sociales asumen la responsabilidad de lo dicho en el cuerpo del escrito, organizado en capítulos. A su vez, en algunos segmentos de los textos de las monografías las voces secundarias se superponen produciendo un efecto de *fragmentariedad* como consecuencia de la ausencia de una instancia general que se hace responsable de la enunciación y distribuye la responsabilidad con voces ajenas. Como consecuencia, se puede argüir que conocer teóricamente las características de un modelo textual o género, como la monografía, o las modalidades para incorporar y citar voces ajenas, no conduce necesariamente a la conformación de una voz que, en su rol general de *expositor*, configure un texto con coherencia *pragmática*.

Hasta ahora, en nuestros trabajos el objeto de análisis fueron las monografías de los estudiantes, pero no hemos indagado sus representaciones acerca del compromiso enunciativo.

4. La responsabilidad enunciativa desde el punto de vista de los estudiantes

El proyecto de investigación en curso en la Facultad de Derecho (PID-UNR 2023-2026) pretende producir conocimiento sobre cómo asumen la responsabilidad enunciativa en sus trabajos monográficos los estudiantes que cursan el Seminario Disciplinar y examinar si las modalidades de gestión del compromiso enunciativo están condicionadas por sus representaciones acerca de la actividad de investigación, la escritura académica y la responsabilidad enunciativa.

Para conocer las concepciones de los estudiantes sobre estos temas se aplicó la técnica de discusión focalizada que consiste en “entrevistas múltiples donde se promueve la interacción entre los entrevistados, porque se instala una situación de debate en torno a una pregunta abierta, a la que denominamos consigna de discusión”³². Se desarrollaron dos discusiones focalizadas (DF1 y DF2) en el segundo semestre de 2023, en los días y horarios de cursado del Seminario. Las discusiones fueron grabadas en audio, desgrabadas y transcritas para su análisis.

En la Tabla 1 se presenta el diseño metodológico para el estudio de las representaciones de los estudiantes.

³² TAPIA y GOICOECHEA, op. cit., ps. 291-307, y 296.

Tabla 1 – Diseño metodológico

Enfoque metodológico comprehensivo de tipo etnográfico (De Tezanos 1995, 1996)		
Recolección de datos	Procedimientos de análisis	Ejes temáticos
Discusión focalizada (Tapia y Goicoechea, 2012). Dos discusiones focalizadas: 1) DF1: 10 estudiantes CFE 2023. 2) DF2: 7 estudiantes CFE 2023.	Análisis de contenido (Bronckart, 2007).	Concepciones sobre: 1) Formación en investigación en la Carrera de Abogacía. 2) Escritura académica. 3) Responsabilidad enunciativa.

La entrevista tiene tres ejes temáticos, que se abordan de forma paulatina. En cada eje se propone a los participantes una pregunta o consigna para discutir. En este artículo analizamos las concepciones sobre el eje de discusión referido a la responsabilidad enunciativa a partir de dos discusiones focalizadas, como se detalla en la Tabla 2.

Tabla 2 – Conjunto de datos

Grupo de discusión focalizada	Coordinadoras	Cantidad de integrantes de la discusión focalizada	Período
G1	AD y MEB	10	2º semestre de 2023
G2	MEB y PN	7	2º semestre de 2023

Cada discusión focalizada se introduce por un integrante del equipo de investigación en su rol de coordinador, quien al comienzo explica el objetivo de la investigación y de la entrevista, la dinámica de la discusión focalizada y el tiempo otorgado a la interacción.

Con relación al eje sobre responsabilidad enunciativa se propusieron cuatro preguntas de discusión:

- 1) ¿Quién/es consideran que es/son el/los responsable/s de los textos académicos que se producen en la carrera?
- 2) En los textos que elaboran, ¿comparten la responsabilidad con otros?
- 3) En sus textos académicos, ¿qué estilos de citación utilizan (di-

recto, indirecto, ambos) para incorporar la palabra de autores?,
¿consideran que comparten con esos autores la responsabilidad de lo que dicen en sus escritos?

- 4) En sus textos académicos, ¿incluyen evaluaciones sobre el contenido temático?

Se presenta en la Tabla 3 la sistematización de los temas abordados por los estudiantes en la interacción sobre el eje de discusión referido a la responsabilidad enunciativa.

Tabla 3 – Temas abordados en las discusiones focalizadas

Eje temático de la DF	Preguntas de la DF	Temas abordados en la interacción DF1	Temas abordados en la interacción DF2
Responsabilidad enunciativa	¿Quién/es consideran que es/son el/los responsable/s de los textos académicos que producen en la carrera?	1. Yo soy la responsable. 2. Nosotros somos los responsables. 3. El responsable soy yo.	1. La responsabilidad es compartida entre estudiantes y tutor en la monografía de Seminario. 2. En los escritos judiciales o profesionales la responsabilidad es propia. 3. Con otros estudiantes en trabajos grupales.
	En los textos que elaboran: ¿comparten la responsabilidad con otros?	Con otros estudiantes, en trabajos grupales.	Con otros estudiantes, en trabajos grupales.
	En sus textos académicos: ¿qué estilos de citación utilizan (directo, indirecto, ambos) para incorporar la palabra de autores?	1. La cita textual. 2. Desarrollo conceptual con referencia a la fuente.	1. Palabras de autores sin cita textual, para fundamentar (1 estudiante). 2. Citas textuales con nota al pie (1 estudiante).
	¿Consideran que comparten con esos autores la responsa-	1. Cita textual, la responsabilidad es del autor de la cita.	Sí, comparten la responsabilidad con los autores citados

Eje temático de la DF	Preguntas de la DF	Temas abordados en la interacción DF1	Temas abordados en la interacción DF2
Responsabilidad enunciativa	bilidad de lo que dicen en sus escritos?	2. Conceptualización propia con referencia del autor, se comparte la responsabilidad. 3. Cita del autor y explicación propia, comparte la responsabilidad. 4. Cita del autor y exposición de la distancia de su posición, no comparto la responsabilidad.	(3 estudiantes), que no significa compartir su posición.
	¿En sus textos académicos incluyen valoraciones sobre el contenido? ¿Por qué? ¿De qué modo?	Según la parte del trabajo, en el marco teórico no, sí en las conclusiones. En la conclusión incorporo mi opinión.	No hay neutralidad en los cuestionamientos que se exponen y tomar una postura ayuda al desarrollo del tema. La responsabilidad se da también por las valoraciones.

Con relación al fenómeno de polifonía (preguntas 1 y 2), en primera instancia, los alumnos perciben la responsabilidad enunciativa desde la noción de autor empírico³³ debido a que expresan que ellos son quienes asumen la responsabilidad de sus escritos ya sea de forma individual (“Yo soy el responsable”), colectiva en trabajos grupales o compartida con tutores en el caso de los trabajos monográficos que elaboran en el Seminario Disciplinar. No se verbaliza en sus enunciados una concepción que contemple instancias enunciativas internas al texto como responsables de su contenido.

Conciben los escritos profesionales como demandas, de manera

³³ BRONCKART, “Actividad...” cit.

diferente a los escritos académicos como la monografía, en el sentido de que los primeros suponen una responsabilidad individual y en los segundos dicha responsabilidad puede ser compartida con otros autores empíricos, es decir, productores físicos y efectivos de los textos (pares estudiantes y/o docentes tutores).

Entre las modalidades de incorporación de voces ajenas (pregunta 3) mencionan en las dos DF la cita en estilo directo y la elaboración propia con mención de la fuente, aunque no se refieren de modo explícito al estilo indirecto de citación. En este sentido, se observa que no verbalizan las categorías citas en estilo directo o indirecto³⁴ de forma estabilizada. Consideran como dificultad que la cita se combine con producción propia. Relacionan la incorporación de la palabra de otros autores con los trabajos monográficos pero no con los textos profesionales, aparentemente ajenos a una configuración polifónica.

En relación con la pregunta acerca de si consideran que comparten con los autores citados la responsabilidad de lo que dicen en sus escritos, en la DF1 los estudiantes identifican distintos escenarios según los tipos de cita:

- 1) Si la cita es textual, la responsabilidad es del autor de la cita.
- 2) Si la palabra ajena se introduce a partir de una conceptualización propia con referencia a su autor, la responsabilidad es compartida.
- 3) Si se cita a un autor pero se toma distancia de su posición, no se comparte la responsabilidad de lo dicho por la voz ajena.

La concepción de la responsabilidad desde la categoría de *autor* tiene un correlato con la asignación de la responsabilidad de lo dicho en citas en estilo directo al organismo humano creador de la cita, y no a la instancia que administra su incorporación en un texto ajeno.

En la DF2, en cambio, los estudiantes consideran que siempre comparten la responsabilidad de lo dicho con los autores citados, aunque advierten que eso no significa compartir su punto de vista. Diferencia, por lo tanto, la responsabilidad enunciativa de la asunción del punto de vista expresado.

De hecho, ante la pregunta por la incorporación de la palabra de

³⁴ MASSI, op. cit.

otros autores en los textos que producen en la carrera, los estudiantes expresan que la responsabilidad se comparte de acuerdo con las modalidades de citación. Por consiguiente, no se presentan como responsables de todo el contenido del texto.

Sin embargo, tanto la voz ajena como la propia parecen percibirse como autores empíricos y no como instancias enunciativas internas al texto debido a que utilizan pronombres personales en singular (*yo*) y plural (*nosotros*) cuando aluden a la responsabilidad propia; y en el caso de las voces ajenas que son citadas, refieren a autores empíricos con nombre y apellido. Por el estatus de dichos autores, se inscriben en la categoría de voz ajena de personaje “creador de conocimiento”, que se pone en escena en el discurso teórico³⁵. Ahora bien, la transferencia es de autor empírico del texto a autor empírico citado.

Por último, con respecto al interrogante acerca de si incorporan evaluaciones del contenido temático en sus producciones textuales (pregunta 4), en la DF1 los estudiantes conciben que depende principalmente de la parte del texto (por ejemplo, en el marco teórico no, pero sí en las conclusiones). En la DF2, en cambio, vinculan la responsabilidad con la evaluación temática y consideran que no hay neutralidad cuando se exponen cuestionamientos y que, además, adoptar un punto de vista ayuda al desarrollo del tema. Cabe destacar que la noción de evaluación se conceptualiza en sus enunciados como opinión (DF1) y como postura (DF2).

5. Conclusiones

Los estudiantes de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario se representan la responsabilidad enunciativa de los textos que producen, tanto de forma individual como grupal, a partir de la figura del *autor* en su doble estatus de creador y responsable del texto³⁶.

La polifonía explícita se vincula con las modalidades de incorporación de voces de personajes “constructores de conocimiento”, aunque

³⁵ BRONCKART, “Actividad...” cit., p. 197.

³⁶ *Ibíd.*

desde el punto de vista de los estudiantes las fuentes bibliográficas que se citan presentan el estatus de autores empíricos y no de instancias enunciativas internas al texto. Por otro lado, el análisis de las interacciones en las entrevistas muestra que la responsabilidad se comparte de modo diferente según los modos de citación de la palabra ajena.

Como consecuencia, la responsabilidad de lo que se dice en un texto parece percibirse específicamente en un “sentido jurídico”³⁷. En ese sentido, y como propone Coutinho³⁸, habría que enseñar las implicancias y los alcances de la construcción de la figura autoral en las producciones textuales del ámbito académico-científico.

El conocimiento de las representaciones de los estudiantes de la Carrera de Abogacía acerca de la responsabilidad enunciativa profundiza zonas de indagación en la formación en investigación de los futuros egresados. En el primer año de ejecución del proyecto de investigación, la discusión focalizada se consolida como técnica de recolección de datos para conocer el punto de vista de los estudiantes y reorientar las acciones didácticas del Seminario Disciplinar. En pos de ello, nos proponemos profundizar el estudio de las concepciones de estudiantes universitarios sobre la investigación, la escritura académica y la responsabilidad enunciativa.

Bibliografía

- BORSOTTI, Carlos, “Temas de metodología de la investigación”, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2009.
- BRONCKART, Jean-Paul, “Actividad verbal, textos y discursos”, Madrid, Fundación Infancia y Aprendizaje, 2004.
- “Activité langagière, textes et discours: pour un interactionisme sociodiscursif”, Deuxième édition revue et corrigée, Limoges, Éditions Lambert-Lucas, 2022.
- “Desarrollo del lenguaje y didáctica de las lenguas”, Buenos Aires, Miño y Dávila, 2007.
- CHARAUDEAU, Patrick y MAINGUENEAU, Dominique, en *Diccionario de análisis del discurso*, Buenos Aires, Amorrortu, 2004.

³⁷ CHARAUDEAU y MAINGUENEAU, en op. cit., p. 217.

³⁸ COUTINHO, op. cit., p. 125.

- COUTINHO, Antonia, "Texto e[m] Linguística", Lisboa, Edições Colibri, 2019.
- DALMAGRO, María Cristina, "Cuando de textos científicos se trata", Córdoba, Comunic-Arte, 2007.
- DE TEZANOS, Araceli, "Una etnografía de la etnografía: aproximaciones metodológicas para la enseñanza del enfoque cualitativo-interpretativo para la investigación social", Bogotá, Anthropos, 1998.
- DESINANO, Norma, "Los alumnos universitarios y la escritura académica. Análisis de un problema", Rosario, Homo Sapiens, 2009.
- "Una mirada sobre la escritura a través de las tensiones entre el discurso científico disciplinar de la historia y el discurso narrativo", Montevideo, XV Congreso de Alfal, agosto de 2008.
- DÍAZ, Araceli y NAVARRO, Paula, "La enseñanza de la escritura en el nivel superior: la experiencia del Seminario 'Introducción a la Metodología de la Investigación' de la Facultad de Derecho (UNR)", Rosario, VIII Congreso Iberoamericano de Docencia Universitaria y Nivel Superior, 21, 22 y 23 de abril de 2014.
- DUCROT, Oswald, "La noción de sujeto hablante", en *El decir y lo dicho*, Buenos Aires, Edicial, 2001, ps. 251-277.
- GARCÍA NEGRONI, María Marta y HALL, Beatriz, "Descripción e interpretación de prácticas discursivas orales en estudiantes universitarios. Estudio de casos", en CASTEL, V. y CUBO DE SEVERINO, L. (eds.), *La renovación de la palabra en el bicentenario de la Argentina. Los colores de la mirada lingüística*, Mendoza, FFyL, UNCuyo, 2010, ps. 933-940.
- "Prácticas discursivas escritas y orales en contexto universitario. Fragmentariedad y distorsiones enunciativas", en GARCÍA NEGRONI, M. M. (coord.) y otros, *Los discursos del saber. Prácticas discursivas y enunciación académica*, Buenos Aires, Editoras del Calderón, 2011, ps. 191-221.
- JABLONKA, Iván, "La historia es una literatura contemporánea: manifiesto por las ciencias sociales", Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- MASSI, Palmira, "Las citas en la comunicación académica escrita", en Revista Iberoamericana de Educación (núm. 36/5), 2005, ps. 1-7.
- TAPIA, Stella y GOICOECHEA, María Victoria, "Discusiones de los docentes de lengua acerca de su propio trabajo", en Revista de la Escuela de Ciencias de la Educación (núm. 7), 2012, ps. 291-307.

APORTES DE ESTUDIANTES

NEURODERECHOS: UNO DE LOS GRANDES DESAFÍOS JURÍDICOS DE LA NUEVA ERA

por AGUSTINA SUÁREZ¹

SUMARIO: 1. Filosofía del Derecho y neurociencia: abordaje desde una perspectiva compleja. 2. El desarrollo de una nueva ciencia en la nueva era: la tecnología del cerebro y el Derecho. 3. Los neuroderechos, ¿nuevos derechos humanos? 3.1. Derecho a la libertad cognitiva. 3.1.1. Libertad de pensamiento y libertad de expresión: desarrollos de su tutela jurídica. 3.1.2. Libertad cognitiva: multidimensionalidad. 3.2. Derecho a la privacidad mental. 3.2.1. Derecho a la intimidad. Construcción histórica. *The Right to Privacy*. 3.2.2. Privacidad mental: desarrollo de su tutela jurídica. 3.3. Derecho a la integridad mental. 3.3.1. Integridad mental: un derecho neuroespecífico. 3.4. Derecho a la continuidad psicológica. 3.4.1. Continuidad psicológica: un derecho neuroespecífico. 3.5. Derecho al aumento de la neurocognición. 3.5.1. Acceso equitativo al aumento de la neurocognición: un derecho neuroespecífico. 4. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

La nueva era en la historia de la humanidad, profundamente signada por la revolución tecnológica, los avances de la inteligencia artificial y el auge de las neurociencias, ha producido enormes cambios en la cultura del mundo. A medida que la neurotecnología avanza, resulta cada vez más necesario evaluar si el marco actual de derechos humanos resulta suficientemente adecuado para brindar respuestas jurídicas eficaces, encaminadas a una protección integral de la persona humana.

¹ Estudiante de grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Exbecaria del Programa “Becas de estímulo a la investigación científica para estudiantes de grado” organizado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la mencionada casa de estudios.

Este artículo analiza el impacto de la neurociencia en el ordenamiento jurídico, y en especial, en la vida humana, e identifica cinco derechos neuroespecíficos, que podrían desempeñar un papel importante en las próximas décadas: 1) derecho a la libertad cognitiva; 2) derecho a la privacidad mental; 3) derecho a la integridad mental; 4) derecho a la continuidad psicológica; 5) derecho al aumento de la neurocognición.

Abstract

This new era in human history, deeply marked by the technological revolution, advances in artificial intelligence, and the rise of neuroscience, has produced enormous changes in global culture. As neurotechnology advances, it becomes increasingly necessary to assess whether the current framework of human rights is sufficiently adequate to provide effective legal responses, aimed at comprehensive protection of the human person.

This article analyses the impact of neuroscience on the legal system, and in particular on human life, and identifies five neurospecific rights, which could play an important role in the coming decades: 1) right to cognitive freedom; 2) right to mental privacy; 3) right to mental integrity; 4) right to psychological continuity; 5) right to neurocognitive enhancement.

Palabras clave

Neuroderechos. Neurociencia. Derechos humanos.

Keywords

Neurorights. Neuroscience. Human rights.

1. Filosofía del Derecho y neurociencia: abordaje desde una perspectiva compleja

Esta nueva era de la humanidad que se ha ido gestando desde la segunda mitad del siglo XX, profundamente signada por la revolución tecnológica, y portadora de enormes cambios en la cultura del mundo,

ha originado grandes desafíos filosóficos y jurídicos, que tienen como fin último la humanidad. ¿Hasta qué punto la ciencia como realización humana sigue siendo una realización humana y no la negación de lo humano?

En el marco de la revolución tecnológica, también llamada revolución 4.0, se produce el auge de las ciencias de la vida, entre ellas, la neurociencia, que se centra en el estudio de las bases biológicas de la conducta humana.

Durante la última década del siglo XX, conocida como la “Década del Cerebro”, gracias al gran desarrollo de la interdisciplinariedad, la neurociencia ha expandido su campo de investigación trasladándose a otras ciencias como el Derecho, la economía y la psicología, dando origen simultáneamente a una nueva disciplina en este campo: la neurociencia cognitiva, disciplina que busca entender cómo la función cerebral da lugar a las actividades mentales, tales como la percepción, la memoria, el lenguaje e incluso la conciencia. En pocas palabras, su objetivo principal es la comprensión de la mente humana.

El avance de la ingeniería neuronal se torna cada día más complejo, y hace indispensable un abordaje ético-jurídico que regule su utilización, y permita proteger la integridad y la indemnidad mental de la persona. Las nuevas neurotecnologías están jugando un papel crucial en la neurociencia y van a impactar en la sociedad del futuro.

Consideramos de vital importancia la readecuación de los derechos humanos tradicionales y la creación de nuevos derechos neuroespecíficos, con la finalidad de garantizar que la revolución de las neurociencias sea canalizada en beneficio de la humanidad².

2. El desarrollo de una nueva ciencia en la nueva era: la tecnología del cerebro y el Derecho

El cambio de era de la historia que transitamos se encuentra signado por la conmoción de las barreras de la materia, el tiempo y el espacio.

Diversos sucesos ocurridos en las últimas décadas afirman un nuevo

² YUSTE, R., “Las nuevas neurotecnologías y su impacto en la ciencia, medicina y sociedad”, Lección Cajal, Conferencia Anual dictada por la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2019, p. 7.

ámbito cultural y la presencia de un nuevo Derecho³. Entre estas nuevas realidades cabe destacar la tendencia de la especie humana hacia un transhumanismo con su consecuente posibilidad de extinción; la toma de conciencia sobre la necesidad de una rigurosa y efectiva protección de los derechos humanos que ha dado origen a diversas declaraciones, convenciones y tratados internacionales; la globalización/marginación derivada del despliegue capitalista; la constitución de Internet, y los adelantos en el campo de la inteligencia artificial, la biotecnología y, especialmente, la neurotecnología.

En la actualidad, la aplicación de las neurotecnologías está cobrando interés en el ámbito jurídico, fundamentalmente en el derecho de responsabilidad civil, el Derecho Penal, y, en general, en la ejecución de la ley. Esto es así porque con los avances de la ingeniería neuronal la mente humana podría dejar de ser una fortaleza impenetrable, debido a que las nuevas tecnologías del cerebro tienen la capacidad potencial de permitir el acceso a algunos componentes de la información mental.

Esta toma de contacto con las nuevas tecnologías del cerebro y su aplicación a distintos aspectos de la vida humana conducirán a la reconceptualización y readecuación de ciertos derechos humanos contenidos en los diversos instrumentos jurídicos, y más aún a la creación de nuevos derechos neuroespecíficos para proteger a los individuos de daños potenciales. Es relevante destacar que los desafíos y las posibilidades actuales que ofrecen las neurotecnologías se deberán abordar con un doble enfoque ético-jurídico, en pos de lograr una tutela eficaz de la persona humana.

En miras a la actualización normativa, se propicia la creación de cinco derechos neuroespecíficos, que podrían desempeñar un papel importante en las próximas décadas: 1) derecho a la libertad cognitiva; 2) derecho a la privacidad mental; 3) derecho a la integridad mental; 4) derecho a la continuidad psicológica; 5) derecho al aumento de la neurocognición.

³ CIURO CALDANI, M. Á., "El Derecho universal. Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era", 1ª ed., Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2001, p. 7.

3. Los neuroderechos, ¿nuevos derechos humanos?

3.1. Derecho a la libertad cognitiva

3.1.1. Libertad de pensamiento y libertad de expresión: desarrollos de su tutela jurídica

El derecho a la libertad de pensamiento y de expresión tiene una doble dimensión, debido a que se concibe como un derecho individual, en tanto la persona no puede ser menoscabada o impedida arbitrariamente de expresar lo que desee, y como un derecho colectivo, en el sentido de que todos tienen derecho a recibir cualquier información, y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

En este orden de ideas, la Corte IDH ha expresado en su OC N° 5/85 que “por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas”.

Por otra parte, en los últimos tiempos se han sumado los aportes de la perspectiva económica del Derecho, que observa en la garantía de la libertad de expresión la necesidad de asegurar el más amplio y competitivo mercado de ideas que favorezca no sólo al debate, la innovación y diseminación de ideas, sino que también limite las posibilidades de instauración de monopolios o restricciones políticas que afecten al sistema democrático⁴.

Dichos aportes dejan entrever que las ideas difundidas en el siglo XX por el juez norteamericano Oliver Wendell Holmes continúan vivas en la actualidad. Holmes advertía que la expresión de ideas no podía ser limitada en ninguna medida, ya que la mejor manera de alcanzar el bien era someter las ideas a la competencia del libre mercado, para poder determinar así cuál era verdadera.

El pensamiento de Holmes encontraba un sólido arraigo en las ideas postuladas por el filósofo John Stuart Mill, en su ensayo “Sobre

⁴ SCIOSCIOLI, S., “Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino”, 1ª ed., La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2013, ps. 238 y ss.

la libertad”, acerca del valor y la utilidad social de una idea radical de libertad de pensamiento, discusión y opinión⁵.

El filósofo observaba la necesidad de que en una sociedad se respetara efectivamente la libertad de expresión, lo cual, consecuentemente, permitiría una especial toma de consciencia y un concomitante comportamiento por parte de los integrantes de dicha sociedad, particularmente a la hora de entender la verdad, la opinión sobre ésta y la necesidad del debate. De ahí que las verdades, para John Stuart Mill, sólo podían ser resultado de un debate rico, plural, diverso, propuesto y sostenido por diferentes individualidades.

3.1.2. *Libertad cognitiva: multidimensionalidad*

Existe un gran debate en torno a qué entendemos por *libertad cognitiva*, también conocida como “autodeterminación mental”, que versa sobre dos principios fundamentales estrechamente relacionados: a) el derecho de las personas a utilizar las nuevas tecnologías del cerebro, y b) la protección de las personas contra el uso coercitivo y no consentido de dichas tecnologías⁶.

Consideramos que, indubitadamente, la libertad cognitiva debe radicarse como un principio fundamental y vital que oriente la regulación de las incipientes neurotecnologías, porque se trata de un principio, como acertadamente afirmó Bublitz, que garantiza el “derecho a alterar los estados mentales de uno con la ayuda de las herramientas neurocientíficas, así como a negarse a hacerlo”⁷.

El derecho y la libertad de controlar la propia conciencia constituyen el sustrato necesario para cualquier otra libertad, es decir, que la libertad cognitiva reviste especial importancia para la reali-

⁵ MILL, J. S., “Sobre la libertad”, Alianza, Madrid, 1993, p. 17.

⁶ ANDORNO, R. e IENCA, M., “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, en *Life Sciences, Society and Policy*, 2017, p. 56 (traducción propia).

⁷ BUBLITZ, J., “My mind is mine!? Cognitive Liberty as legal concept”, en HILDT, E. y FRANKE, A. G. (eds.), *Cognitive enhancement: an interdisciplinary perspective*, Springer, New York, 2013, ps. 233 y ss. (traducción propia).

zación de las demás libertades. Podemos equipararla a la noción de “libertad de pensamiento”, en cuanto ésta suele considerarse como la justificación esencial de otras libertades, verbigracia, la libertad de expresión, la libertad de prensa y la libertad religiosa.

Como cualquier otro derecho, la libertad cognitiva tiene varias dimensiones, y dada su complejidad conceptual se ha sostenido su multidimensionalidad, reconociéndose al menos tres dimensiones interrelacionadas, aunque no idénticas:

- a) *The liberty to change one's mind*: refiere a la posibilidad de modificar la propia mente, y abarca la elección del medio para llevar a cabo dicha modificación.
- b) *Mental integrity*: relacionada a la protección de las intervenciones sobre otras mentes para proteger la integridad mental.
- c) *Promotion of cognitive liberty*: la protección y el fomento de la libertad cognitiva es una obligación ética y jurídica que compete a los Estados⁸.

Como hemos dicho anteriormente, siendo la libertad cognitiva el sustrato neurocognitivo de todas las demás libertades no puede ser reducida a los derechos existentes. Consecuentemente, podemos afirmar que es inmune al riesgo de inflación de los derechos.

En línea con lo expuesto, es oportuno recordar que la noción de neuroderechos es entendida como un término general para describir nuevos derechos humanos que esencialmente buscan proteger el control del individuo sobre su mente⁹.

En suma, entendemos que la libertad cognitiva es un derecho fundamental e inalienable que le corresponde inherentemente a las personas por el simple hecho de ser humanos. A raíz de lo expresado, consideramos que su integración al marco de los derechos humanos permitiría la protección de características constitutivas de los individuos, que no están total y completamente resguardadas por los derechos existentes.

⁸ *Ibidem*.

⁹ HERTZ, N., “Neurorights: Do we Need New Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought”, Institute of Public Law, University of Freiburg, Germany, 2022, p. 5 (traducción propia).

3.2. *Derecho a la privacidad mental*

3.2.1. *Derecho a la intimidad. Construcción histórica. “The Right to Privacy”*

Que el individuo goce de protección en su persona y en sus bienes es un principio tan antiguo como el *Common Law*; pero ha sido necesario, de vez en cuando, definir nuevamente la naturaleza exacta y el alcance de dicha protección¹⁰.

Entrado el siglo XVIII –Edad de la Razón y la Experiencia– Immanuel Kant advertía la gran importancia de pensar al hombre como un fin en sí mismo. Esta idea, que centraba al sujeto como ordenador y constructor de la experiencia, se vio reflejada en el marco de la Edad de la Ciencia y de la Técnica, cuando el despertar científico-tecnológico producido en el siglo XIX abrió camino a nuevos paradigmas que demandaban la protección de la persona y, especialmente, la tutela de la esfera privada del individuo.

En dicho contexto, y a partir del célebre ensayo publicado por Warren y Brandeis, nace el concepto clásico de la *privacy* (privacidad), entendida como el derecho a no ser molestado o a ser dejado en paz¹¹ (“*the right to be let alone*”). Sin embargo, la definición de los alcances de la privacidad ha generado extensos debates en pos de la determinación de su contenido, que no han podido soldarse en un acuerdo unitario.

A su vez, entendemos que la noción de privacidad con la que se designa la protección de la esfera privada de la persona en los Estados Unidos de América no puede equipararse a la concepción de la intimidad imperante en el espacio iberoamericano –de carácter más restringido¹²–, motivo por el cual parece más acertado referirnos al derecho a la intimidad.

¹⁰ WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D., “The Right to Privacy”, en *Harvard Law Review*, Harvard Law Press, Boston, vol. 4, 1890-1891, ps. 193 y ss. (traducción propia).

¹¹ FERNÁNDEZ OLIVA, M., “Notas sobre el origen y desarrollo del derecho a la intimidad en la familia jurídica del *Common Law*”, en *Revista de Investigación y Docencia*, vol. 48, 2014, ps. 183 y ss.

¹² SALDAÑA, M.ª N., “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos”, en *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 9, núm. 18, 2007, ps. 85 y ss.

En el desarrollo de la nueva era, el derecho a la intimidad se enfrenta a los nuevos desafíos que presentan el modelo de hombre y de mundo¹³ posmodernos, motivo por el cual consideramos necesario redefinir y adecuar su alcance jurídico, en miras de lograr una protección integral –eficiente y eficaz– de la esfera privada de la persona.

3.2.2. *Privacidad mental: desarrollo de su tutela jurídica*

Aun cuando las tecnologías de imágenes cerebrales no son susceptibles de leer los pensamientos, tienen la capacidad de detectar diferencias en patrones de actividad cerebral durante la realización de diversas tareas, lo cual permite determinar –cada vez con un mayor grado de precisión– ciertos datos del cerebro que pertenecen a la esfera privada del individuo.

Un gran interrogante gira en torno a si el derecho tradicional a la privacidad es capaz de salvaguardar los datos contenidos en y generados por nuestras mentes.

Teniendo en consideración que las normas de privacidad y protección de datos abarcan el uso y la divulgación de información personal, entendemos que los datos decodificados del cerebro de un individuo pueden ser encuadrados como “información personal”. Si bien la Ley de Protección de Datos Personales (ley 25.326) no alude específicamente al tema, define los datos personales como la información de cualquier tipo referida a personas humanas o jurídicas determinadas o determinables, motivo por el cual –en principio– no hay razón alguna por la que tales datos no puedan ser cubiertos por las regulaciones vigentes sobre la privacidad y la protección de datos.

Una particularidad de los datos neuronales es que la información a proteger no es fácilmente distinguible de la fuente misma que produjo los datos: el procesamiento neuronal del individuo, lo cual dificulta el análisis de las cuestiones que están en juego cuando se utilizan los enfoques tradicionales de la privacidad. Consecuentemente, el desarrollo de las neurotecnologías demandará garantizar la protección no sólo de la información que registramos y compartimos, sino también

¹³ FERNÁNDEZ OLIVA, op. cit., ps. 183 y ss.

de la fuente de esa información, ya que podrían ser inescindibles. Para poner esto en práctica se necesitan derechos de privacidad y protección de datos más amplios que también puedan aplicarse a un nivel superior y cronológicamente anterior: nuestra actividad neuronal¹⁴.

Otra razón capaz de comprometer la privacidad en este ámbito se encuentra en que las señales del cerebro permiten distinguir o rastrear la identidad de un individuo y son potencialmente vinculables a ese individuo. Más aún, algunos registros cerebrales pueden ser utilizados como identificadores biométricos¹⁵ únicos, de manera similar a las huellas dactilares o el ADN¹⁶. El problema es que, a diferencia de otra información identificable, las ondas cerebrales pueden ser potencialmente registradas sin conocimiento del individuo, y, por ende, en ausencia de una capacidad real de la persona de consentir la recopilación y el uso de esa información¹⁷.

En razón de la neurotecnologías emergentes, resulta imprescindible sondear la posibilidad –técnica y legal– de aplicar un filtro al flujo de información del cerebro que permita diferenciar la información que conscientemente queremos mantener en privado de la que queremos revelar públicamente. Así, parecería que el medio idóneo que nos permitiría filtrar cualquier bit de información cerebral es el pensamiento. En otros términos, el mejor software antivirus es el cerebro (*“the best antivirus software is the brain”*)¹⁸.

Consideramos que el reconocimiento jurídico-formal del derecho a la privacidad mental, junto con la determinación de su alcance y contenido, que tiene como finalidad la protección jurídica de cualquier conjunto de información cerebral susceptible de ser registrado por un dispositivo neurológico y compartido a través del universo digital, resulta indispensable para resguardar la esfera de desenvolvimiento necesaria para que el individuo pueda desarrollarse plena-

¹⁴ ANDORNO e IENCA, op. cit., ps. 58 y ss.

¹⁵ La identificación biométrica consiste en determinar la identidad de una persona. El objetivo es capturar un elemento biométrico, v. gr., tomando una foto del rostro, grabando la voz o capturando una imagen de la huella dactilar.

¹⁶ El ácido desoxirribonucleico (ADN) contiene las instrucciones genéticas usadas en el desarrollo y funcionamiento de todos los organismos vivos.

¹⁷ ANDORNO e IENCA, op. cit., ps. 58 y ss.

¹⁸ *Ibídem*.

mente¹⁹. En suma, el derecho a la privacidad del cerebro tiene como objetivo proteger a las personas del acceso ilegítimo a su información cerebral, y prevenir la fuga indiscriminada de datos cerebrales a través de la infoesfera²⁰.

¿Es el derecho a la privacidad mental un derecho relativo o absoluto? Quizás la situación se hace aún más compleja si nos preguntamos por la posibilidad de que el acceso no consentido a los datos cerebrales de las personas pueda ser justificado en ciertas circunstancias donde, por ejemplo, esté en juego el interés público, o si, por el contrario, debe ser prohibido de modo incondicional.

Como la mayoría de los derechos humanos, el derecho a la privacidad es relativo, razón por la cual su ejercicio puede ser limitado en ciertas circunstancias, en la medida en que dichas restricciones sean necesarias para lograr un propósito legítimo. Ergo, por tratarse el derecho a la privacidad del cerebro de un despliegue neuroespecífico del derecho a la privacidad, entendemos que la recolección, utilización y divulgación de información privada es admisible cuando el interés público está en juego, siendo que –prima facie– no hay razones que obstaculicen la posibilidad de que una orden judicial habilite su uso no consentido. Sin embargo, pongamos por caso una situación en la que haya motivos razonables para creer que un individuo ha cometido un delito grave, tal como un homicidio. Aquí entra en juego una de las garantías que hacen a la esencia del debido proceso penal, y esto es que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. En este caso, si los resultados de los escáneres cerebrales fueran considerados como una declaración del imputado, en lugar de una mera información sobre el individuo, se estaría violando la cláusula constitucional que prohíbe la autoincriminación.

3.3. *Derecho a la integridad mental*

Del mismo modo en que se hackean los dispositivos digitales, como las computadoras, los *smartphones*, e incluso las redes sociales, en los

¹⁹ CIURO CALDANI, M. Á., “Una teoría trialista del Derecho”, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2020, ps. 137 y ss.

²⁰ ANDORNO e IENCA, op. cit., ps. 63 y ss.

últimos tiempos ha ido ganando protagonismo el fenómeno del *brain-hacking* malicioso, como consecuencia del desarrollo de nuevas tecnologías (especialmente las nanotecnologías) que habilitan intrusiones en los cerebros, posibilitando así la producción de daños directos sobre ellos.

El derecho a la integridad mental busca prevenir y evitar la alteración no autorizada de la computación neuronal de una persona, potencialmente resultando en un daño directo a la víctima²¹.

Aquí, el bien jurídico a tutelar es la integridad tanto física como mental de las personas, y la nota característica que pone en funcionamiento el sistema de protección que engloba este derecho es la producción de un daño a la víctima.

3.3.1. *Integridad mental: un derecho neuroespecífico*

Como hemos visto anteriormente al desarrollar el derecho a la privacidad mental, las intrusiones en los cerebros de las personas pueden derivar en una violación a dicho derecho. Sin embargo, estas intrusiones también pueden impactar en su computación neuronal y provocar un daño directo a los sujetos. En este marco surge el concepto de *brain-hacking* malicioso, que refiere a las actividades neurocriminales que influyen directamente en la computación neuronal de los usuarios de neurodispositivos, de una manera similar a como se hackean las computadoras en los delitos informáticos²². En otras palabras, los hackers del cerebro tienen la capacidad de intervenir o modificar los neurodispositivos que se encuentran implantados en el cerebro humano. Así, de la misma manera que un hacker puede introducirse en el software de un sistema de computación de una empresa o un gobierno, también puede entrar en los neurodispositivos que se encuentran en el cerebro, pudiendo producir un daño sin precedentes en la integridad mental de las personas²³.

La integridad mental es un despliegue del derecho a la salud mental,

²¹ PUCHETA, L., “Desafíos jurídicos de la neurociencia y la neurotecnología”, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2021, p. 3.

²² ANDORNO e IENCA, op. cit., ps. 68 y ss.

²³ WALDO, A., “Neuroderecho y neuroética”, en *Revista Código Civil y Comercial*, 2020, p. 16.

y, a su vez, está ligada al derecho a la integridad física, entendida como salud física, conformando un bien jurídico inescindible comprendido dentro del derecho a la integridad personal. La nueva amplitud del objeto protegido por la integridad mental, dada por el desarrollo de las neurotecnologías, supone una readecuación de este derecho para lograr un alcance que supere el plano del derecho de la salud.

Para lograr esta readecuación es importante determinar cuándo una acción podrá calificar como una amenaza a la integridad mental de la persona. En este orden de ideas, dicha acción debe: a) implicar el acceso directo y la manipulación de las señales cerebrales; b) producirse en ausencia del consentimiento informado de la persona que genera dicha señal, y c) debe provocar un daño psicológico efectivo²⁴.

Además del *brainhacking* malicioso, la integridad mental puede ser puesta en jaque en las intervenciones médicas que involucran neurotecnología invasiva, como la *estimulación cerebral profunda* (DBS por sus siglas en inglés), que implica la alteración del procesamiento neuronal del paciente por medio de impulsos eléctricos generados a través de electrodos. Por otro lado, también hay un riesgo de que la alteración de la computación neuronal posibilitada por la estimulación cerebral profunda pueda causar un daño desproporcionado en comparación con el beneficio terapéutico, dado que aún no ha sido aprobada por la Food and Drug Administration (FDA) de Estados Unidos²⁵.

Por último, cabe mencionar que se han comenzado a desarrollar técnicas que permiten manipular y borrar los recuerdos de una persona, y si bien aún no han sido experimentadas en humanos, se trata de técnicas con un gran potencial para el tratamiento de enfermedades como el Alzheimer y el estrés postraumático²⁶. Sin embargo, el uso malintencionado de estas técnicas puede generar oportunidades sin precedentes de manipulación mental y lavado de cerebro. Por ejemplo, el autor de un secuestro, de un robo, o inclusive de un abuso sexual, podría eliminar selectivamente los recuerdos de la víctima para que ésta luego no pueda identificarlo.

²⁴ ANDORNO e IENCA, op. cit., ps. 68 y ss.

²⁵ *Ibídem*.

²⁶ *Ibídem*.

3.4. *Derecho a la continuidad psicológica*

Si bien las neurotecnologías emergentes son neutras, su uso inadecuado puede poner en riesgo la percepción que las personas tienen acerca de su propia identidad, dado que estos artefactos neuronales pueden ser usados no sólo para monitorear, sino también para estimular y modular la función cerebral.

3.4.1. *Continuidad psicológica: un derecho neuroespecífico*

Como hemos mencionado precedentemente, los dispositivos neuronales pueden ser usados para el monitoreo, la estimulación y la modulación de la función cerebral. Estos cambios en la función cerebral, provocados por la estimulación cerebral profunda (DBS), son capaces de alterar los estados mentales de las personas, por lo cual pueden afectar su identidad personal.

Un estudio realizado en pacientes con Parkinson tratados con DBS reveló que más de la mitad de ellos articulaban una sensación de extrañeza y desconocimiento de sí mismos luego de la cirugía²⁷. Consecuentemente, la estimulación cerebral es capaz de producir un gran impacto en la continuidad psicológica de la persona, que consiste en experimentarse a sí mismo persistiendo a través del tiempo como la misma persona²⁸, la cual, a su vez, configura un requisito fundamental para la identidad personal.

Los avances científico-técnicos en el campo de la tecnología y de la neurociencia proporcionan herramientas nuevas y más eficientes que posibilitan la realización de cambios de personalidad no consentidos. Un claro ejemplo de lo expresado es el implante cerebral de los *neurochips*, que plantea un escenario de total desprotección para los usuarios que los adquieran, quienes eventualmente pueden ser manipulados por terceros, que de forma malintencionada ejerzan un control sobre su actividad cerebral. Esta técnica, denominada *secuestro cerebral* (o *brainhacking*), refiere al riesgo de modificación de la actividad cerebral

²⁷ SCHÜPBACH, M.; GARGIULO, M.; WELTER, M.; MALLET, L.; BEHAR, C.; HOUETO, J. y AGID, Y., “Neurosurgery in Parkinson disease: a distressed mind in a repaired body?”, en *Neurology Journals*, 2006, p. 66 (traducción propia).

²⁸ ANDORNO e IENCA, op. cit., ps. 73 y ss.

de una persona mediante el uso no autorizado de dispositivos neurológicos por parte de terceros²⁹.

El *brainhacking*, cuya denominación importa en sí una nota disvaliosa, es capaz de producir un amplio espectro de consecuencias negativas, como pueden ser: el robo de información, que vulnera directamente el derecho a la privacidad mental; el cese de la estimulación cerebral, seguida del deterioro de la función cerebral, lo cual lesiona fuertemente el derecho a la integridad mental; y, en general, cualquier modificación de las emociones o de los impulsos, etcétera.

El derecho a la continuidad psicológica tiende, en última instancia, a preservar la identidad personal y la coherencia del comportamiento del individuo, protegiéndolas de la modificación no consentida por parte de terceros³⁰. Se trata de un despliegue neuroespecífico, derivado del derecho a la identidad. También está estrechamente relacionado con el derecho a la integridad mental, dado que ambos derechos tienen por objeto proteger a las personas de los abusos y alteraciones no consentidas de su dimensión mental. Mas se distinguen en la medida en que el derecho a la continuidad psicológica también se aplica a los escenarios emergentes que no implican directamente un daño neuronal o mental, mientras que la presencia de daño es una condición necesaria para que una acción pueda ser calificada como una violación de la integridad mental del sujeto³¹.

3.5. *Derecho al aumento de la neurocognición*

El cerebro es como un hardware y la mente como un software. Esto quiere decir que la actividad mental está integrada por los pensamientos y emociones que corren por el sistema operativo: el cerebro³².

Ahora bien, tomando en cuenta que solamente un ínfimo porcentaje de la población mundial podrá tener acceso a la utilización de tecnologías y algoritmos que mejoren la actividad cerebral, debido a que este aumento cognitivo no será económico ni asequible para todos,

²⁹ Ibídem.

³⁰ PUCHETA, op. cit., p. 3.

³¹ ANDORNO e IENCA, op. cit., p. 76.

³² BACHRACH, E., "EnCambio", 1ª ed., Sudamericana, Buenos Aires, 2014, p. 28.

una de las principales consecuencias negativas que podrían producirse es la enorme brecha generada entre personas que tengan capacidades cognitivas superiores y quienes no tengan acceso a estas neurotecnologías, fomentando así una desigualdad significativa.

3.5.1. *Acceso equitativo al aumento de la neurocognición:
un derecho neuroespecífico*

Creemos que, en un futuro, la aplicación de las neurotecnologías con el objeto de aumentar las capacidades sensoriales o cognitivas tendrá un costo económico tan elevado que únicamente ciertos grupos sociales podrán acceder a ellas. Esto constituye un obstáculo insuperable hacia cualquier intento por garantizar un acceso igualitario para toda la población mundial.

En consecuencia, quienes estén en una posición económica que permita el uso de estas tecnologías contarán con la posibilidad de desarrollar aptitudes distintas y superiores al resto de los individuos, por lo cual consideramos que es necesario el desarrollo de políticas públicas tendientes a lograr que todas las personas tengan las mismas posibilidades en el uso de algoritmos en sus cerebros.

Por lo tanto, existe la posibilidad de que se “fabriquen” *superhumanos*³³. Partiendo de dicha premisa, podemos concebir la neurotecnología como una forma de mejorar la condición humana. El problema se halla en la ruptura del equilibrio de la persona, y en la ruptura del equilibrio de la especie. ¿Qué es lo humano? ¿Cuándo es humano y cuándo no?

El aumento cognitivo implica un cambio radical en la concepción de lo que consideramos como *humano*. Bilinkis señala que hay un paso peligrosamente corto entre que la mejora mental sea posible a que se vuelva imprescindible: ¿cuánta tecnología es demasiado?, y ¿en qué punto, con la incorporación de partes no biológicas en el cuerpo y la mente, una persona deja de ser humana?³⁴

³³ SALORT, G. y MEDINA, C., “Neurotecnología y Derecho. Neuroderechos en el ordenamiento jurídico argentino”, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2020, p. 5.

³⁴ BILINKIS, S., “Pasaje al futuro”, Sudamericana, Buenos Aires, 2018, p. 130.

En definitiva, si dejamos que la neurotecnología se transforme en un instrumento más poderoso que el hombre, el papel de éste en la sociedad –como humano– se va a debilitar, y, llegado el caso, ¿cómo definiremos los alcances de la humanidad a conservar?

4. Conclusión

Junto con la readecuación de los derechos humanos existentes, consideramos que la creación de derechos neuroespecíficos es una táctica clave en la estrategia jurídica actual y futura, necesaria para afrontar los eventuales usos indebidos de la neurotecnología, así como también para salvaguardar la libertad cognitiva, que configura el sustrato neurocognitivo de las demás libertades fundamentales de las personas.

Bibliografía

- ANDORNO, Roberto e IENCA, Marcelo, “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, en *Life Sciences, Society and Policy*, 2017.
- BACHRACH, Estanislao, “EnCambio”, 1ª ed., Buenos Aires, Sudamericana, 2014.
- BILINKIS, Santiago, “Pasaje al futuro”, Buenos Aires, Sudamericana, 2018.
- BUBLITZ, Jaqueline, “My mind is mine!? Cognitive Liberty as legal concept”, en HILDT, Elisabeth y FRANKE, Andreas G. (eds.), *Cognitive enhancement: an interdisciplinary perspective*, New York, Springer, 2013.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho universal. Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era”, 1ª ed., Rosario, Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.
- “Una teoría trialista del Derecho”, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2020.
- FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela, “Notas sobre el origen y desarrollo del derecho a la intimidad en la familia jurídica del *Common Law*”, en *Revista de Investigación y Docencia*, vol. 48, 2014.
- HERTZ, Nora, “Neurorights: Do we Need New Human Rights? A Reconsideration of the Right to Freedom of Thought”, Germany, Institute of Public Law, University of Freiburg, 2022.

- PUCHETA, Leonardo, “Desafíos jurídicos de la neurociencia y la neurotecnología”, Buenos Aires, Sistema Argentino de Información Jurídica, 2021.
- SAGAN, Carl, “Miles de millones. Pensamientos de vida y muerte en la antesala del milenio”, 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones B, 1998.
- SALDAÑA, María N., “La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: El derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos”, en Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 9 (núm. 18), 2007.
- SALORT, Gastón y MEDINA, Cristian, “Neurotecnología y Derecho. Neuroderechos en el ordenamiento jurídico argentino”, Buenos Aires, Sistema Argentino de Información Jurídica, 2020.
- SCHÜPBACH, M.; GARGIULO, M.; WELTER, M.; MALLET, L.; BEHAR, C.; HOUETO, J. y AGID, Y., “Neurosurgery in Parkinson disease: a distressed mind in a repaired body?”, en Neurology Journals, 2006.
- SCIOSCIOLI, Sebastián, “Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino”, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, 2013.
- WALDO, Augusto, “Neuroderecho y neuroética”, en Revista Código Civil y Comercial, 2020.
- WARREN, Samuel D. y BRANDEIS, Louis D., “The Right to Privacy”, en Harvard Law Review, Boston, Harvard Law Press, vol. 4, 1890-1891.
- YUSTE, Rafael, “Las nuevas neurotecnologías y su impacto en la ciencia, medicina y sociedad”, Zaragoza, Lección Cajal, Conferencia Anual dictada por la Universidad de Zaragoza, 2019.

NORMAS EDITORIALES

RESOLUCIÓN CD 410/2016

Rosario, 13 de junio de 2016

Visto el Expediente N° 2413/16 presentado por la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho mediante el cual se elevan las normas editoriales para aplicar a la Revista de la Facultad de Derecho.

Considerando que resulta necesario establecer normas editoriales para adecuar la Revista a los estándares de calidad exigidos para las publicaciones científicas y académicas.

Que el Consejo Directivo se constituye en Comisión tratando el tema y aprobándolo en su sesión del día de la fecha.

Por ello,

El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho Resuelve:

Artículo 1° – Aprobar las normas editoriales que como Anexo Único forma parte de la presente Resolución.

Art. 2° – Establecer como función de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad la organización de todo lo referente a la “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, la que aparecerá con periodicidad anual.

Art. 3° – El Consejo Asesor de Investigaciones conjuntamente con la Secretaría de Ciencia y Técnica actuará como Consejo Editorial.

Art. 4° – Inscribase, comuníquese y archívese.

ANEXO ÚNICO

NORMAS EDITORIALES

La Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario publica artículos de los docentes, docentes investigadores y becarios de nuestra casa de estudios. Se prevé la participación de los estudiantes en convocatorias a tal efecto.

Los trabajos deberán ser originales, no haber sido publicados previamente y no estar simultáneamente propuestos para tal fin en otra publicación.

Temas: Trabajos inéditos del ámbito del Derecho en todas sus ramas y desde todas las perspectivas.

Estructura del texto (todos los artículos presentados deben incluir)

- Título en español.
- Abstract en castellano e inglés (200 a 250 palabras).
- Tres (3) palabras claves en castellano e inglés.
- Datos del autor(es).
- Texto (incluyendo tablas, figuras o gráficos).
- Citas.
- Bibliografía.

Los trabajos deberán ser presentados en formato electrónico, en archivo Microsoft Word. Deben enviarse dos copias digitales del artículo:

- Una copia con los datos completos del autor.
 - Una copia con carácter anónimo y solamente el título del trabajo.
- En ningún caso deberá aparecer en las páginas información que permita identificar a los autores.

Formato de los trabajos

- Idioma: Español.
- Hoja A4.

- Fuente: Times New Roman 12 (en texto) y Times New Roman 10 (en citas).
- Extensión máxima: 15 páginas en hojas A4.
- Interlineado: 1,5 líneas.

Citas

Las citas bibliográficas y notas al texto deberán hacerse a pie de cada página, en letra Times New Roman 10, de la manera y en el orden que a continuación se indica:

- Citas textuales entre comillas, sin cursiva e insertadas en el cuerpo del párrafo correspondiente (sin espaciado previo ni posterior).

Para citar un libro:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del libro entre comillas.
3. Editorial.
4. Lugar de la edición.
5. Año de publicación.
6. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para citar un artículo contenido en una revista:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del artículo, entre comillas.
3. Nombre de la revista –tras la preposición en–, en cursiva (agregando, si es necesario para su identificación, el nombre de la institución editora).
4. Volumen (vol.) y/o el número (núm.).
5. Año de publicación.
6. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para citar un trabajo contenido en una obra colectiva:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del trabajo, entre comillas.

3. Apellido y la inicial del nombre del (o de los) editor(es) o coordinador(es), indicando esa calidad entre paréntesis –tras la preposición en–.
4. Título del libro, en cursiva.
5. Editorial.
6. Lugar de la edición.
7. Año de publicación.
8. Número(s) de la(s) página(s) citada(s).

Para referenciar una página web:

1. Apellido en mayúscula, y la inicial del nombre del o los autores, también en mayúscula.
2. Título del trabajo, entre comillas.
3. Título de la página.
4. Dirección de donde se extrajo el documento (URL).
5. Fecha de consulta de la página.

Reiteración de citas:

1. Si se trata de reiteración de un trabajo citado en la nota inmediata anterior, se colocará “ídem.”, seguido del/de los números de página/s.
2. Si se trata de la reiteración de un trabajo citado en una nota que no sea la inmediata anterior, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), seguido de “op. cit.” y del/de los número/s de página/s.
3. Si se trata de la reiteración del trabajo de un autor del cual ya se han citado dos o más trabajos, se colocará el apellido del autor (sin el nombre de pila), luego la primera palabra del título (entre comillas y seguida de puntos suspensivos) seguida de “cit.” y del/de los número/s de página/s. Si la primera palabra del título coincide con la de otro trabajo citado, se agregarán las necesarias para diferenciarlos.

Bibliografía

La bibliografía incluye todas las fuentes y referencias citadas o

utilizadas en el texto, que sirven para profundizar en el tema y se incluirá al final del trabajo, ordenándola alfabéticamente por autor/a. Los datos que deben incluirse son:

Libro: apellido del autor con mayúscula, seguido del nombre en minúsculas, título del libro, lugar de edición, editorial, año de la edición.

Revista: apellido del autor con mayúscula, seguido del nombre en minúsculas, título del trabajo, nombre de la revista subrayado, número del volumen, número de la revista entre paréntesis, año de publicación.

Referato

El Consejo Asesor de Investigaciones y la Secretaría de Ciencia y Técnica determinarán la admisibilidad de los trabajos de acuerdo con los criterios formales y de contenido, teniendo en cuenta que la recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de la revista para su publicación.

El Comité de Referato actuará como árbitro de los trabajos presentados (Resolución CD N° 535/2012). Se aclara que el Consejo Asesor de Investigaciones y la Secretaría de Ciencia y Técnica podrán proponer al Consejo Directivo el ampliado de los evaluadores integrantes del Comité de Referato en función de la temática a abordar en la Revista.

Criterios de evaluación

La evaluación deberá tener en cuenta los siguientes criterios: planteo del tema (interés y originalidad), objetivos, metodología, claridad expositiva, conclusiones y bibliografía. Cada criterio se evaluará en insuficiente, regular, bueno o muy bueno, debiendo indicar si se recomienda su publicación o no, o se sugieren modificaciones, en cuyo caso se deben explicitar cuáles serán las mismas.

Cada evaluador recibirá la planilla para la evaluación de los trabajos que integra la presente en Anexo 1.

**PLANILLA PARA LA EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS PARA
PUBLICAR EN LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO**

Título del trabajo:

	INSUFICIENTE	REGULAR	BUENO	MUY BUENO
Planteo del Tema (interés y originalidad)				
Objetivos				
Metodología				
Claridad expositiva				
Conclusiones				
Bibliografía consultada				

- a) ☐ Se recomienda su publicación.
- b) ☐ Se sugieren modificaciones.
- c) ☐ No se recomienda su publicación.

Si opta por la *opción b* debe explicitar, a continuación, las modificaciones que sugiere se efectúen:

Lugar y Fecha

Firma y Aclaración

AMADA GAITÁN
Secretaria Administrativa
Facultad de Derecho – UNR

Dr. MARCELO VEDROVNIK
Decano
Facultad de Derecho – UNR

CUDI: EXP-UNR N° 31695/2023

Rosario, 18 de agosto de 2023

Visto el presente expediente, mediante el cual la Secretaria de Ciencia y Técnica de la Facultad, Dra. Paula Navarro, propone modificar los criterios de evaluación y la planilla para la evaluación de trabajos de la Revista de la Facultad de Derecho, aprobadas por Resolución CD N° 410/2016 y,

Considerando que en los criterios de evaluación vigentes no se contempla la evaluación de escritos ensayísticos y, por lo tanto, la ponderación de aspectos como objetivos y metodología dificulta su evaluación.

Que tampoco entre los criterios vigentes se consigna evaluar el título, el resumen y las palabras claves, entre otros criterios que se incluyen de manera habitual en los procesos de referato de revistas académicas y científicas.

Que en reunión de fecha 2 de agosto de 2023, el Consejo Asesor de Investigaciones integrado por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Noemí Nicolau, Carlos Arcocha y Marianela Fernández, acuerda modificar los criterios de evaluación de la Revista de la Facultad.

Que la modificación propuesta es una ampliación de los criterios evaluativos que redundará en una mayor orientación para el proceso de producción de los trabajos por parte de los/as autores/as.

Por ello,

El Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Resuelve:

Artículo 1° – Modificar la Resolución CD N° 410/2016 en lo relativo

a los criterios de evaluación y la planilla de evaluación, conforme los criterios y la ficha conforme el Anexo Único que forma parte de la Resolución.

Art. 2º – Regístrese, comuníquese y archívese.

Resolución CD N° 376/2023

MCB

Dra. MARÍA CECILIA BRUNO
Secretaria Consejo Directivo
Facultad de Derecho – UNR

AMADA GAITÁN
Secretaria Administrativa
Facultad de Derecho – UNR

Dr. HERNÁN J. BOTTA
Decano
Presidente Consejo Directivo
Facultad de Derecho – UNR

ANEXO ÚNICO

CRITERIOS DE EVALUACIÓN

La evaluación deberá tener en cuenta los siguientes criterios: interés de la contribución; claridad en el planteo y recorte del tema/problema; precisión y congruencia entre el título, el resumen y las palabras clave; solidez argumentativa; organización del escrito (introducción, desarrollo y conclusiones); actualización bibliográfica; pertinencia en el uso de citas y redacción. Cada criterio se evaluará en muy satisfactorio, satisfactorio, poco satisfactorio y no satisfactorio, debiendo indicar si se recomienda su publicación o no, o se sugieren modificaciones, en cuyo caso se deben explicitar observaciones y comentarios.

Cada evaluador recibirá la planilla para la evaluación de los trabajos que integra la presente en Anexo 1.

FICHA DE EVALUACIÓN DE CONTRIBUCIONES REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO

Título del escrito:

Valoración del escrito:

	Muy satis- factorio	Satis- factorio	Poco satis- factorio	No satis- factorio
Interés de la contribución				
Claridad en el planteo y recorte del tema				
Precisión y congruencia entre el título, el resumen y las palabras clave				
Solidez argumentativa				
Organización del escrito (introducción, desarrollo y conclusiones)				
Actualización bibliográfica				
Pertinencia en el uso de citas				
Redacción				

Marque con X en una de las celdas, indicando su valoración final:

Por lo expuesto, se recomienda su publicación.	
Por lo expuesto, se recomienda su publicación con observaciones señaladas en este documento (especificar en “Comentarios y observaciones”).	
Por lo expuesto, se recomienda su publicación con observaciones señaladas en este documento y también se adjunta el artículo original con comentarios/marcas en el texto (especificar en “Comentarios y observaciones”).	
Por lo expuesto, no se recomienda su publicación (especificar en “Comentarios y observaciones”).	

Comentarios y observaciones para el/la autor/a:

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE
REALIZÓ EN RUBINZAL – CULZONI EDITORES
EN EL MES DE OCTUBRE DE 2025

