

ISSN 0329-9430

Revista de la **FACULTAD DE DERECHO** **UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO**

Nº 28



FDER UNR

ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
2024

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 28

Año 2024

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 2024

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 y Planificación Académica Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
Secretaria de Ciencia y Técnica Dra. PAULA NAVARRO
Secretario de Extensión Universitaria Dr. GUIDO FOSSATTI
Secretario de Relaciones Institucionales Dr. EMILIO L. FANTONI
Secretario de Relaciones Internacionales Dr. JUAN MANUEL PLÁ
Secretaria de Derechos Humanos, Políticas de Género y Diversidad Dra. MARCELA MANCINI
Secretario de Comunicación y Tecnologías Educativas Dr. SEBASTIÁN SOSO
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 Escuela de Graduados Dr. GERMÁN GERBAUDO
Gerenta de la Co.Fa.De. CPN LAURA RODRÍGUEZ

PROFESORES EMÉRITOS

Prof. CELESTINO ARAYA
Prof. ALBERTO ARÉVALO
Prof. ROBERTO BREBBIA
Prof. ÁNGEL CHÁVARRI

Prof. MANUEL DE JUANO
Prof. WERNER GOLDSCHMIDT
Prof. ADOLFO RICARDO ROUZAULT
Prof. ISIDORO SILBERSTEIN

PROFESORES HONORARIOS

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO
Prof. ARIEL ÁLVAREZ GARDIOL †
Prof. LUIS O. ANDORNO †
Prof. MIGUEL CARLOS CELESTINO ARAYA
Prof. SONIA BELLOTTI DE PODESTÁ
Prof. JORGE BOF
Prof. OSCAR BORGONOVO †
Prof. JUAN JOSÉ CASIELLO †
Prof. Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI
Prof. IVÁN JOSÉ MARÍA CULLEN

Prof. JUAN MALCOM DOBSON
Prof. JUAN MARÍA FARINA †
Prof. GUILLERMO FIERRO †
Prof. JUAN CARLOS GARDELLA †
Prof. ERNESTO IGNACIO JOSÉ GRANADOS
Prof. ANUNCIADA LATTUCA †
Prof. NOEMÍ LIDIA NICOLAU
Prof. MARIO SACCONI †
Prof. HÉCTOR CARLOS SUPERTI
Prof. PEDRO WOLKOWICZ †

CONSEJO DIRECTIVO 2024

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 2024

Titulares

DIEGO HÉCTOR MARTÍN LUENGO	NICOLÁS AGUSTÍN GARCÍA
LUCA DOTTI	NICOLÁS MIJEVIC
CAMILA BELÉN BERSANI	ABRIL MACARENA MOSCA
CAMILA AGUSTINA MALDONADO	AGUSTINA ROSSO SASIA

Suplentes

GIANELLA CASSINA	BIANCA BISO
MARCO NICOLÁS LEONES	CELINA GUTIÉRREZ
MANUEL GONZÁLEZ	LUCÍA SUTTER SCHNEIDER
STEFANI MARION FELLO	GUIDO PERRIARD

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

Dr. CARLOS ENRIQUE ARCOCHA	Dra. MARIANELA FERNÁNDEZ
Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI	Dra. SANDRA ANALÍA FRUSTAGLI

COORDINACIÓN DE ESTE NÚMERO

Secretaría de Ciencia y Técnica	PAULA NAVARRO
	VALERIA TOLOSA
	NATALIA COMPAGNUCCI

ÍNDICE

<i>Presentación</i> , por HERNÁN J. BOTTA	11
---	----

ÁREA TEMÁTICA

“Temas de vanguardia en la investigación jurídica en la nueva era”

<i>Retos para la investigación y la educación en derechos humanos frente a las nuevas tensiones geopolíticas</i> , por CONSTANZA ESTEPA	15
<i>Ellos saben de mí lo que yo ya he olvidado... e incluso lo que yo todavía ignoro. Alta tecnología, intimidad y salud</i> , por MARCELA LILIÁN FLORIO	31
<i>Las nuevas tecnologías en diálogo con los derechos de las niñeces. Armonizando una dualidad: ampliar derechos y prevenir daños</i> , por ADRIANA N. KRASNOW y MARÍA SILVINA RADCLIFFE	51
<i>La democracia digital como fenómeno en expansión</i> , por MARCELO A. MAISONNAVE	71
<i>De la sociedad disciplinaria a la sociedad algorítmica: mutaciones del poder en el siglo XXI</i> , por JOEL PONCE DE LEÓN	91
<i>¿Quién responde cuando el algoritmo discrimina? Un análisis desde la responsabilidad civil en Argentina</i> , por VICTORIA SALEY	101
<i>Cibercultura: retos al sistema jurídico</i> , por ZAIRA SMAIL	121

SECCIÓN LIBRE

<i>Pilares de nuestro digesto semicolonial. Examen preliminar de nuestro orden jurídico dependiente</i> , por JUAN FACUNDO BESSON	143
<i>Las directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial (art. 60)</i> , por FRANCISCO MARIO CHACÓN	169
<i>El Seminario en los planes de estudio de la Carrera de Abogacía</i> , por ARACELI M. DÍAZ	191
<i>Derechos y actos personalísimos: fragmentaciones y síntesis</i> , por JAVIER HUMBERTO FACCO	207
<i>Sobre la posibilidad de instruir nuevamente al jurado luego de impartidas las instrucciones finales</i> , por VICTORIA FERNÁNDEZ	229
<i>Ética y arbitraje</i> , por OSCAR FREDDI, con la colaboración de EVELYN ANAHÍ ZELAYA	243
<i>Reflexiones y propuestas en torno al control de constitucionalidad en Argentina</i> , por ALEJANDRO J. TOMÁS	261
<i>La narcocriminalidad y su vinculación con los tipos penales económicos</i> , por JOAQUÍN VALLEJOS HUMMEL	283
<i>Directivas médicas anticipadas</i> , por ANA MARCELA WOLKOWICZ y MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA	305
NORMAS EDITORIALES	329

PRESENTACIÓN

El número 28 de la *Revista de la Facultad de Derecho*, correspondiente al año 2024, presenta dieciséis contribuciones de docentes, investigadores y graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario sobre temas, ramas y perspectivas diversas del Derecho.

El número se compone, primero, de siete artículos propuestos para la sección temática *Temas de vanguardia en la investigación jurídica en la nueva era*. La segunda parte, integrada por nueve escritos, conforma la sección de temática libre.

Este nuevo número de la *Revista* 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 conocimiento que se realiza en el marco de los Centros de Investigaciones y de Estudios de la FDER y de las distintas cátedras de la Carrera de Abogacía.

Agradezco, en primer término, a los especialistas que ofician como pares evaluadores externos porque con su tarea garantizan la calidad del proceso de referato, en el que se aplica el sistema doble ciego.

En segundo lugar, mi reconocimiento al Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho, al doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani, a la doctora Sandra Frustagli, a la doctora Marianela Fernández Oliva y al doctor Carlos Arcocha, por su participación en las distintas etapas de elaboración de este nuevo número de la *Revista de la Facultad de Derecho*.

Un agradecimiento especial a la editorial Rubinzal-Culzoni por el trabajo de edición y de publicación digital del número 28.

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 J. BOTTA

Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario

ÁREA TEMÁTICA
**“Temas de vanguardia en la investigación
jurídica en la nueva era”**

RETOS PARA LA INVESTIGACIÓN Y LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS FRENTE A LAS NUEVAS TENSIONES GEOPOLÍTICAS

por CONSTANZA ESTEPA¹

SUMARIO: 1. Planteo del problema. 2. Los derechos humanos han de estudiarse desde la sospecha. 3. Historizar los derechos humanos. 4. Todos los derechos humanos son políticos. 5. Reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen

El trabajo presenta algunas propuestas para la educación y la investigación en derechos humanos a partir de tres hipótesis sobre los derechos desde las teorías y prácticas críticas que ponen el foco en las disputas que existen por la efectivización de los derechos humanos, en razón de que su contenido se trata de bienes esencialmente políticos que se dan en procesos sociohistóricos determinados. En efecto, se pregunta hasta dónde, en un contexto de geopolítica mundial que está cambiando aceleradamente el conjunto de relaciones globales y locales, las teorías jurídicas tradicionales dominantes que se enseñan en las Facultades de Derecho son útiles para educar en la construcción de agendas jurídicas que aboguen por la disminución de la desigualdades

¹ Abogada, UNR. Maestra en Derechos Humanos, UASLP. Docente de Derechos Humanos y Derecho Constitucional II, FDER-UNR. Becaria doctoral, Conicet. Directora de Investigaciones de la Cátedra de Pensamiento Constitucional Latinoamericano, ICLA-UNR. Investigadora del Grupo de Trabajo Clacso de Pensamiento Jurídico Crítico y Conflictos Sociopolíticos.

sociales, o más bien se trata de teorías que tienden a conservar el statu quo, profundizando la desmovilización social y política de la comunidad académica.

Abstract

The paper presents some proposals for education and teaching in human rights based on three hypotheses about rights derived from critical theories and practices that focus on the disputes surrounding the realization of human rights, given that their content pertains to essentially political goods that unfold within specific socio-historical processes. Indeed, it raises the question of how, in a context of rapidly changing global geopolitics that is transforming global and local relations, the dominant traditional legal theories taught in Law Schools remain useful for educating the construction of legal agendas that advocate for reducing the inequalities, or whether these theories are rather inclined to maintain the statu quo, further deepening the social and political demobilization of the academic community.

Palabras clave

Derechos humanos. Investigación. Geopolítica.

Keywords

Human rights. Research. Geopolitics.

1. Planteo del problema

Habitualmente llamamos “nueva era” al comienzo del siglo XXI, caracterizado por una serie de problemas estructurales que emergen de la convergencia entre las transformaciones tecnológicas, económicas y geopolíticas, lo que ha dado lugar a lo que algunos teóricos llaman la era de *incertidumbre*². En este contexto, los desafíos globales, como la crisis ambiental, las desigualdades crecientes y las tensiones geopolíticas, se entrelazan con una acelerada reconfiguración de las rela-

² BECK, U., “La sociedad del riesgo global: hacia una nueva modernidad”, Paidós, Barcelona, 1998.

ciones sociales, dando lugar a una *liquidez* en los lazos sociales y políticos, donde las certezas del siglo pasado parecen disolverse. Slavoj Žižek explica que la crisis contemporánea no es sólo económica sino también ideológica, porque el capitalismo global ha alcanzado un nivel de autonomización que dificulta la actuación de los Estados y otras instituciones en la gestión de los problemas sociales y ambientales, exacerbando las tensiones entre los resortes de la democracia y las fuerzas del mercado de las grandes corporaciones transnacionales³.

En la actualidad 828 millones de personas en el mundo no tienen suficientes alimentos y padecen hambre; cerca de 6 millones de niños y niñas mueren al año sin alcanzar los 5 años de edad en razón de la pobreza y la desnutrición⁴; y en América Latina 59,7 millones de personas conviven con el hambre diariamente⁵, las guerras, la contaminación ambiental, el expolio sobre la naturaleza, el incremento de la pobreza (siendo mayor y más acentuada en los países periféricos); las distintas manifestaciones de discriminación, violencia, odio y exclusión social del contexto global en el que vivimos contrastan de manera escandalosa con los instrumentos de garantía y de organización político-jurídica que se enseñan en las Carreras de Derecho⁶. Argentina no es la excepción: se encuentra inmersa en un presente acuciante, donde el 52,9%⁷ de su población está por debajo de la línea de la pobreza y más de un millón y medio de niños y niñas se van a dormir sin cenar⁸.

Las guerras y la actual crisis climática, ambiental y alimentaria

³ ŽIŽEK, S., “Bienvenidos al desierto de lo real”, Siglo XXI, Madrid, 2002.

⁴ Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2022.

⁵ “Panorama Regional de Seguridad Alimentaria y Nutricional”, 2021.

⁶ SÁNCHEZ RUBIO, D., “Coeducar y coenseñar derechos humanos: algunas propuestas”, en *Abya Yala: Revista sobre acceso á justiça e direitos nas Américas*, vol. 1, núm. 2, 2017, ps. 57-89; HERRERA FLORES, J., “La reinención de los derechos humanos”, Atrapasueños, Andalucía, 2008.

⁷ Indec, “Encuesta permanente de hogares. Incidencia de la pobreza y de la indigencia. Resultados del primer semestre de 2024”.

⁸ Unicef, “El hambre no tiene final feliz, la nueva campaña de Unicef Argentina”, en Unicef, <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/el-hambre-no-tiene-final-feliz-la-nueva-campania-de-unicef-argentina>, fecha de consulta: noviembre de 2024.

han contribuido a hacer visibles algunas de las contradicciones más agudas que atraviesan el discurso de los derechos humanos. Por un lado, los derechos humanos se suelen presentar como instrumentos dirigidos a satisfacer las necesidades básicas de los seres humanos y colectivos sociales, tomando como referencia a aquellos y aquellas en mayor situación de vulnerabilidad desde el punto de vista económico, de géneros, étnico, de clase y religioso. Por otro lado, la realidad nos habla de manera elocuente cuando queda visible la enorme distancia existente entre los derechos humanos proclamados en los textos jurídicos e instrumentos internacionales y el grado de realización material o de garantización práctica de estos derechos en las vivencias de las personas. En las líneas que siguen presento tres enfoques sobre los derechos humanos que parten de la necesidad de desarrollar nuevos aportes para la enseñanza, aprendizaje y ejercicio de éstos, como instrumentos de disputa de configuraciones de la realidad normativa oficial universalista de los derechos, que tienden a deslegitimar y falsear políticas y decisiones con vocación de justicia⁹, a través de la puesta en práctica del modelo de educación bancario que deposita el conocimiento en el estudiantado para que memoricen y acumulen sin reflexionar sobre sus contenidos e implicancias sociales¹⁰.

2. Los derechos humanos han de estudiarse desde la sospecha

El primer reto consiste en que para educar(nos) en derechos humanos debemos poner en duda y criticar el mundo que conocemos¹¹. Esto implica promover por medio de una pluralidad de métodos la coconstrucción del conocimiento en derechos humanos a través del cuestionamiento de aquello que está normalizado y oficialmente consagrado en tanto reproduzca relaciones humanas de opresión y dominio. Es decir, educar en derechos humanos no sólo se trata de promover

⁹ SÁNCHEZ RUBIO, D., “Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación”, Akal, Madrid, 2018.

¹⁰ FREIRE, P., “Pedagogía del oprimido”, Siglo XXI, Madrid, 1975; BEAUVOIR, S., “El pensamiento político de la derecha”, Siglo XXI, Buenos Aires, 1963, p. 64.

¹¹ RICOEUR, P., “Freud: una interpretación de la cultura”, 1ª ed. en español, Siglo XXI, Ciudad de México, 1970.

el estudio del Derecho vigente, sino de instar a preguntas que pongan el foco sobre cuáles son las relaciones sociales, económicas y geopolíticas que resquebrajan las estructuras jurídicas e impiden el acceso a los derechos humanos a millones de personas.

En América Latina, la “nueva era” implica que la investigación en derechos humanos consiste en una responsabilidad con el predicado crítico hacia la violencia social, la injusticia, la pobreza, la situación de las mujeres y de las infancias, la precarización del trabajo, la miseria de nuestros ancianos y ancianas, de nuestros pueblos originarios. Estas realidades nos exhortan a la investigación jurídica desde la desconfianza, al estudio crítico de los enunciados vacíos de las leyes vigentes en tanto protejan al modelo de acumulación desmedido, al análisis de políticas neoliberales convertidas en legislaciones y normatividades que afectan derechos y restringen las libertades democráticas y humanas¹².

Paulo Freire incorpora el concepto de “invasión cultural”, definido como “la penetración que hacen los invasores en el contexto cultural de los invadidos, imponiendo a éstos su visión del mundo, en la medida misma en que frenan su creatividad, inhibiendo su expansión”¹³. En este sentido, como profesores y profesoras, cuando nos acercamos a los estudios de los derechos humanos estamos convocados a ser creativos durante el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho, a proponer categorías emancipatorias, disruptivas, necesarias para actores y actrices del activismo, los movimientos sociales, los colectivos populares que expresan en las calles de forma contundente la efectivización de los derechos humanos reconocidos.

Investigar en derechos humanos en el siglo XXI implica hacer una apuesta por la desnaturalización de las teorías jurídicas conservadoras con sus viejas preguntas y binomios y someterla a la sociología de las emergencias y a la antropología del dolor, que se mueven en el campo de las utopías y lo posible, repensando las nuevas juridicidades

¹² HERNÁNDEZ CERVANTES, A., “Estructuras jurídicas del despojo: trazando el perfil”, en HERNÁNDEZ CERVANTES, A. y BURGOS MATAMOROS, M. (coords.), *La disputa por el Derecho: la globalización hegemónica versus la defensa de los pueblos y grupos sociales*, Bonilla Artigas, México, 2018.

¹³ FREIRE, op. cit., p. 137.

a partir de experiencias sociales vividas, cargadas de significaciones, interpretaciones y explicaciones, y recuperando los saberes que han sido ignorados históricamente para hacerlos jugar en un horizonte de ampliación de posibilidades de imaginación jurídicas y políticas¹⁴. Asimismo, urge la necesidad de abandonar de una vez y para siempre el modelo de enseñanza bancarizada, que premia la memorización y repetición de los contenidos que se le inculcan en las aulas; este método es una herramienta muy eficaz para reproducir las distintas formas de opresión de los sectores subordinados.

En estos momentos, la comprensión crítica de la realidad –o por lo menos parte de ella– para la investigación en derechos humanos en las universidades nacionales, institutos, escuelas, consejos de investigación y centros de estudios es una decisión epistémica por la transformación y a esta altura una necesidad para que las actuales y futuras generaciones puedan habitar un mundo sustentable.

3. Historizar los derechos humanos

Pensar históricamente los derechos significa situarlos en la historia, en la cultura jurídica y en la política. En primer lugar, es importante señalar que la tradición jurídica argentina justifica y afirma las libertades de la persona a partir de modelos abstractos de la historia, como las grandes revoluciones de finales del siglo XVIII, principalmente la Revolución francesa y la norteamericana. En el seno del proyecto hegemónico de enseñanza de los derechos humanos, éstos son entendidos como un campo de conocimiento jurídico y político anclado en los procesos históricos de la modernidad europea y anglosajona. El carácter eurocéntrico del contenido de los planes de estudios de grados y posgrados de las Facultades de Derecho es ejemplo de ello¹⁵.

Desde una mirada histórica, la fundamentación de los derechos

¹⁴ MOLINA, D., “Historicidad de los derechos humanos y antropologías del dolor en la modernidad”, en COSTA, C.; MACHADO, L. y DA SILVA, J. (coords.), *Direitos humanos desde a América Latina*, vol. 2, *Práxis, Insurgência e Libertação*, Editora Fi, Brasil, 2022, ps. 54-78.

¹⁵ ROSILLO MARTÍNEZ, A., “Fundamentación de derechos humanos desde América Latina”, Itaca, San Luis Potosí, 2013; MÉDICI, A., “Otros *nomos*. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, UASLP, San Luis Potosí, 2016.

humanos como defensa de la autonomía individual –o libertad– frente al Estado responde a una necesidad de las modernas naciones europeas (y de sus bases sociales) de limitar el poder de los Estados monárquicos. En efecto, durante el proceso de enseñanza-aprendizaje de las libertades individuales se estudian las particularidades sociohistóricas que le dieron lugar dentro de la matriz de pensamiento europeo. De este modo, la doctrina hegemónica de los derechos humanos, la más difundida y consolidada en las casas de estudio, utiliza un método estático y legalista en la enseñanza del Derecho, observa y documenta con cierta admiración la historia de los países centrales. Por esta razón, prácticamente hace caso omiso a las luchas de poder que se expresaron en las calles de los países periféricos para conquistar los derechos humanos que hoy gozan de jerarquía constitucional en diferentes países de la región.

En cierto modo, para investigar sobre los derechos humanos se requiere indagar sobre la verdad del enunciado en una realidad determinada a través del método de historización de los conceptos, el cual busca concretizar en la historia conceptos presentados como universales y abstractos, situación que en ocasiones puede servir para ocultar intereses de grupos sociales privilegiados¹⁶. Esto implica preguntarse desde una epistemología situada en América Latina la realidad histórica: ¿Cuáles son los derechos humanos reconocidos? ¿Qué derechos humanos están en disputa? ¿Para quiénes son importantes los derechos humanos?

Si bien mientras la creación del Derecho (y el Estado moderno) en Europa se dio como una interioridad de la comunidad, es decir, fue producto de procesos sociohistóricos, revoluciones y guerras que allí sucedieron, en América Latina este proceso de positivización institucional del Derecho se dio como una exterioridad. Esto llevó a que, frente a las disfuncionalidades de ciertos órdenes jurídicos que plantean problemas a nuestras sociedades latinoamericanas, la recepción acrítica

¹⁶ ROSILLO MARTÍNEZ, A. y FAZ ARREDONDO, L., “Hermenéutica histórica y hermenéutica analógica, un diálogo entre el pensamiento de Ignacio Ellacuría y Mauricio Beuchot”, en ROSILLO MARTÍNEZ, A. y PÉREZ MARTÍNEZ, R. (coords.), *Historizar la justicia. Estudios sobre el pensamiento de Ignacio Ellacuría*, Cenejus-Mispat, Aguascalientes-San Luis Potosí, 2015.

de teorías y conceptos por buena parte de la doctrina jurídica argentina haya interpretado estas disfuncionalidades como resultado de la carencia de cultura cívica o al subdesarrollo de nuestra región sin tener en cuenta las condiciones de subordinación histórica de nuestros pueblos frente a los países centrales del orden mundial¹⁷.

Otro punto que requiere especial atención durante el proceso de enseñanza-aprendizaje es la desvinculación de la dimensión histórica y la dimensión jurídica, lectura que surge de la jerarquización del positivismo jurídico al momento de evaluar conocimiento. El Derecho en las aulas de las universidades públicas es comúnmente enseñado y reducido al aspecto normativo, ya que se asigna mayor valor durante la evaluación al estudio de la norma por sobre el análisis de los contextos que dieron lugar a esa norma. De esta manera se sacraliza lo jurídico como una disciplina autónoma e independiente del espacio histórico-político. A esto me refiero: a que en las clases se enseña el derecho a la huelga pero no se estudia una huelga en concreto. El panorama es aún más ilustrativo si se revisa el bajo grado de adhesión a los paros docentes que realizan las cátedras en las Facultades de Derecho de las universidades nacionales.

Por lo expresado, sostengo que historizar los derechos humanos constituye un método potente para la investigación jurídica en un mundo que está cambiando de manera acelerada las reconfiguraciones de tiempo y espacio; sensibilizar en derechos humanos en las aulas en las que se forman las y los abogadas/os puede ser un camino para sembrar semillas que traigan nuevas soluciones para la sostenibilidad de la vida humana, puesto que es un método que sirve para que las y los estudiantes –y futuros profesionales– ubiquen los derechos como procesos discursivos en disputa por distintos sectores, que requieren de su espíritu crítico y receptivo a las demandas sociales para ser defendidos en un contexto determinado.

4. Todos los derechos humanos son políticos

Puede esgrimirse que la educación en derechos humanos implica

¹⁷ MÉDICI, op. cit.

que, además de enseñarlos como un conjunto de normas que deben cumplirse –y no se cumplen–, éstos deben analizarse como una forma concreta de expresión de intereses económicos, sociales y políticos en un contexto histórico determinado. En efecto, todos los derechos del ser humano son predicados políticos y como tales están abiertos. ¿Qué significa que están abiertos? Quiere decir que están abiertos a la disputa acerca de qué implican, a quién corresponden y en qué casos. Además, significa que los derechos humanos son enunciados políticos que necesitan de reflexión constante sobre su fundamento para servir como herramientas eficaces en la defensa de la dignidad humana en una realidad geopolítica determinada.

Por consiguiente, una de las tareas para garantizar los derechos humanos en la investigación jurídica consiste en abrir espacios amplios para la construcción de agendas políticas por la defensa y la construcción de los derechos históricos y emergentes. En otras palabras, los derechos humanos deben comprenderse y enseñarse como una oportunidad de *apertura para un intervalo de subjetivación política*¹⁸.

De este modo, el discurso de los derechos humanos sirve para expresar políticamente los valores *emergentes* relacionados con la justicia, la solidaridad, la autonomía y la emancipación de los colectivos históricamente oprimidos a través de la destrucción de un poder-saber que domina y oprime. En este punto, propongo retomar la propuesta de Ellacuría y Herrera Flores, quienes afirman la necesidad, mientras existan poblaciones excluidas, de constantemente reinventar los derechos humanos por medio de la praxis de liberación y la acción política, evitando que éstos sean utilizados por sectores privilegiados como instrumentos de opresión a las grandes mayorías¹⁹.

En efecto, para la investigación en derechos humanos desde una perspectiva epistémica que priorice la transformación social se requiere poner en el centro de protección a las víctimas o comunidad de víctimas históricamente oprimidas y no meramente a los *individuos aislados*

¹⁸ DUSSEL, E., “Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión”, Trotta, Madrid, 1998.

¹⁹ HERRERA FLORES, op. cit.; ELLACURÍA, I., “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, en *Escritos filosóficos III*, UCA Editores, El Salvador, 2001.

poseedores de derechos abstractos. Esto quiere decir tomar en cuenta la base material de los fenómenos jurídicos analizados, con el objeto de pasar de una fase meramente declarativa de los derechos a una etapa de consolidación material de los bienes que integran el sistema internacional de derechos humanos.

En este punto, la comprensión de la democracia juega un rol fundamental, ya que el entendimiento sobre los derechos humanos se inscribe en una precomprensión de la democracia. Las teorías de la democracia como *método electoral* se muestran hostiles a ciertos discursos de los derechos humanos, incluso proponen circunscribir la efectivización de estos derechos reconocidos a los resultados que arrojan las elecciones y a la posibilidad de modificar una situación de injusticia en la acción de votar en las próximas elecciones²⁰. Estas posturas son peligrosas en tanto promueven un compromiso político por los derechos humanos acotado a los años en los que hay elecciones. Por su parte, es un discurso legitimante de proyectos políticos que, si bien logran llegar al poder mediante el voto popular, en sus programas de gobierno no hacen otra cosa que vulnerar permanentemente los derechos humanos de las distintas poblaciones.

Por otra parte, las teorías *deliberativas* ven en los derechos humanos una traducción de las demandas sociales y no un juego de intereses y de relaciones de fuerza para resolverlas²¹. Estas comprensiones de la democracia significan un problema para educar en derechos humanos. La primera no sólo restringe la noción de los derechos humanos, sino que encuadra dentro de un acto antidemocrático las praxis en derechos humanos, habilitando en determinadas ocasiones a la persecución penal de los colectivos que reclaman derechos. La segunda convierte una disputa de poder en un mero discurso de partes que no están de acuerdo y elimina o borra de la historia las luchas sociales que dieron lugar al reconocimiento de los derechos.

²⁰ SCHUMPETER, J., “Capitalismo, socialismo y democracia”, Folio, Barcelona, 1996, t. I.

²¹ NINO, C., “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas” en *Doxa*, núm. 5, 1988; GARGARELLA, R., “Representación plena, deliberación e imparcialidad”, y ELSTER, J., “La democracia deliberativa”, ambos en ELSTER, J. (coord.), *La democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001.

Si retomamos el caso argentino, buena parte de la resistencia a la última dictadura cívico-militar se hizo en el registro discursivo de las violaciones a derechos humanos. En este marco, el caso de las demandas por el derecho a la identidad de los bebés nacidos en los centros clandestinos de detención puede emplearse como un laboratorio conceptual entre la contraposición histórico-política y otra judicial. Más allá de que las actrices protagónicas de las búsquedas fueron las Abuelas de Plaza de Mayo, es notable que en las causas judiciales en las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomó intervención sobre temas vinculados a la extracción de sangre a posibles bebés apropiados/as²² el tribunal ni siquiera mencionó la lucha de las Abuelas, que además eran querellantes²³.

Me parece que las teorías normativas de la democracia, ya sea como régimen electoral o como régimen de deliberación, no son capaces de explicar el origen de los pilares que sostienen su régimen. Es decir, no logran vincular las prácticas políticas y acciones populares que posibilitaron la existencia del régimen democrático que estas teorías defienden. En consecuencia, muchas veces se quedan sin respuestas a la hora de investigar soluciones para tutelar las luchas políticas que se dan en las calles en nombre de la democracia en la actualidad.

En efecto, creo que si se toma como punto de partida una concepción de la democracia como *democratización*, la relación entre derechos humanos y democracia ofrece argumentos más sólidos para comprender y garantizar las acciones que tienen como protagonistas a los colectivos sociales vulnerabilizados. Es decir, la democratización ofrece una vinculación solvente para defender las acciones colectivas que se muestran más allá de la expresión.

De acuerdo con Antonio Negri, para educar en derechos humanos tenemos que tomar como punto de partida que la democracia no se reduce a un conjunto de estructuras y formas, no puede asimilarse al Estado de Derecho, al constitucionalismo, a la representación o a la

²² Fallos de la CSJN: 2003 y 2009.

²³ BENENTE, M. y VÉLIZ, S., “Robo de bebés en la última dictadura militar”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LLOVERAS, N. (comps.), *Máximos precedentes en Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

soberanía²⁴. La democracia está atravesada por una *ambivalencia* y resulta necesario distinguir entre la democracia como *régimen* o forma de gobierno, es decir, como modalidad “de gestión de la unidad del Estado y del poder”²⁵, y la democracia como *resistencia*, “como proyecto, como *praxis* democrática, como ‘reforma’ del gobierno”²⁶. Desde este ángulo, las investigaciones en derechos humanos en un nuevo orden mundial deben focalizarse en teorías que sustenten las prácticas que buscan convertir más democrático al *régimen o sistema político*.

Ya que si bien los derechos escritos significan una forma de inscripción a una comunidad y una forma de visibilidad de la igualdad, los derechos humanos están más allá de esa mera inscripción. Son los derechos de los que hacen algo con esa inscripción, y también son los derechos de los que ponen a prueba el poder de inscripción. Es decir, hablar de derechos humanos implica la facultad de determinar qué se valida o niega en su propio nombre. En efecto, los derechos humanos no sólo consisten en el derecho a tener derechos, sino también en la constante posibilidad de crearlos. Se trata de la acción de traer a la realidad un lugar que no existe todavía pero que puede existir. Desde lo político, implican una sociedad alternativa fundada en un proyecto de carácter humanista, destinado a su propia realización.

Las tensiones de los usos del Derecho por parte del Estado y/o actores sociales y políticos diversos, la presencia de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información en la vida cotidiana donde predomina la tecnopolítica y la cibercultura; los movimientos gravitacionales que traen los feminismos y disidencias en la militancia política de bases; las políticas neoliberales convertidas en legislaciones y normatividades que afectan derechos; la denominada batalla jurídica (o *lawfare*), entendida como la utilización ilegítima del Derecho en sede judicial para perjudicar a un adversario y obtener un

²⁴ NEGRI, A., “El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad”, Traficantes de Sueños, Madrid, 2015.

²⁵ NEGRI, A., “La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política”, Paidós, Madrid, 2008.

²⁶ Íd.

resultado político o como una guerra política por la vía judicial-mediática, con intereses económicos, políticos y geopolíticos ocultos a la opinión pública; la preocupación social por el cambio climático y el reclamo por el cuidado del ambiente; la concentración de medios de comunicación en cabeza de tecno-multimillonarios que reproducen mensajes de odio contra toda expresión social que cuestiona las lógicas de consumo neoliberales; la propagación de *fake news* en contra de procesos sociales emancipatorios, nos hablan de una emergencia social que está teniendo sus impactos en el ámbito jurídico. Frente a este panorama se plantean dos interrogantes cruciales: ¿Pueden estas realidades validar el surgimiento de nuevos derechos? Y en un mundo que evidencia un estado inconstitucional de las cosas, ¿qué sentido y eficacia tiene el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos?

5. Reflexiones finales

Existe una recurrente tendencia a analizar el Derecho como un fenómeno en sí mismo, completamente desvinculado de los procesos políticos, culturales, sociales y económicos en los que tiene lugar. Este déficit académico para analizar las relaciones de poder en las jurisdicciones contemporáneas y el tradicional ensimismamiento del campo jurídico ha sido y es una manera bastante eficaz para conservar los órdenes establecidos en las sociedades latinoamericanas, caracterizadas por exhibir alarmantes índices de desigualdad económica, social y de géneros, sumado a una sistemática violación de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos constitucionalmente.

La persistencia de la colonialidad del poder y la articulación subordinada al sistema mundial del capitalismo histórico en los países periféricos debe abordarse desde la investigación jurídica como un elemento central que condiciona la creación, el desarrollo, la planificación y la implementación de instrumentos jurídicos que garantizan los derechos humanos. La respuesta a estos problemas, según investigaciones que parten desde la perspectiva crítica, como son los trabajos de Nancy Fraser, exige un replanteamiento radical de las estructuras de poder y de la justicia social, que deben trascender tanto las soluciones neoliberales que priorizan la

competencia y el mercado como las políticas de identidad que tienden a fragmentar la lucha por una equidad global²⁷.

Más allá de algunos de los problemas que se han presentado, uno de los mayores peligros de reducir la discusión jurídica a la polémica entre iusnaturalistas y iuspositivistas en este siglo XXI se da en razón del mundo global en el que vivimos, donde el empoderamiento de los organismos transnacionales se efectúa en detrimento del poder y soberanía de los Estados nacionales²⁸. Ambas propuestas epistemológicas de derechos humanos se quedan sin respuesta para hacer frente al ejercicio del poder económico transnacional que resquebraja las estructuras jurídicas y tensiona los fundamentos de la democracia. En efecto, para la investigación jurídica en este mundo convulsionado es importante resaltar las implicaciones institucionales de los procesos contemporáneos de *acumulación*²⁹, porque la implementación, desde muchos de los Estados latinoamericanos, de las políticas neoliberales ha mostrado un dominio del centro en el terreno de las constituciones y las leyes.

Por consiguiente, para investigar los derechos humanos en un mundo en transición geopolítica se hace necesario tomar como punto de partida que éstos se ubican más acá de la consagración normativa y más allá de la mera acumulación de conquistas jurídicas. Más acá porque los derechos humanos no dependen de un reconocimiento jurídico para existir, sino que son procesos que se dan a partir de las relaciones intersubjetivas de los seres humanos en comunidad, y más allá de las conquistas jurídicas porque no se reducen al estudio de fallos y leyes escindidos del contexto en que tuvieron y tienen lugar.

Bibliografía

BEAUVOIR, Simone, “El pensamiento político de la derecha”, Buenos Aires, Siglo XXI, 1963.

²⁷ FRASER, N., “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en *Revista de Trabajo*, vol. 4, núm. 6, Buenos Aires, 2008.

²⁸ NEGRI, A., “Movimientos en el imperio. Pasajes y paisajes”, Paidós, Barcelona, 2006.

²⁹ HARVEY, D., “The New Imperialism”, Oxford University Press, Oxford, 2003.

- BECK, Ulrich, “La sociedad del riesgo global: hacia una nueva modernidad”, Barcelona, Paidós, 1998.
- DUSSEL, Enrique, “Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión”, Madrid, Trotta, 1998.
- ELLACURÍA, Ignacio, “Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares”, en *Escritos filosóficos III*, El Salvador, UCA Editores, 2001.
- ELSTER, Jon (coord.), “La democracia deliberativa”, Barcelona, Gedisa, 2001.
- FRASER, Nancy, “La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en *Revista de Trabajo*, vol. 4 (núm. 6), Buenos Aires, 2008.
- FREIRE, Paulo, “Pedagogía del oprimido”, Madrid, Siglo XXI, 1975.
- HARVEY, David, “The New Imperialism”, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- HERNÁNDEZ CERVANTES, Aleida y BURGOS MATAMOROS, Mylai (coords.), “La disputa por el Derecho: la globalización hegemónica versus la defensa de los pueblos y grupos sociales”, México, Bonilla Artigas, 2018.
- HERRERA FLORES, Joaquín, “La reinención de los derechos humanos”, Andalucía, Atrapasueños, 2008.
- Indec, “Encuesta permanente de hogares. Incidencia de la pobreza y de la indigencia. Resultados del primer semestre de 2024”.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LLOVERAS, Nora (comps.), “Máximos precedentes en Derecho de Familia”, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- MARINO, Santiago, “La regulación del espacio audiovisual ampliado en Argentina de 2007-2015”, en *Revista Famecos*, 23 (3), Porto Alegre, 2016.
- MÉDICI, Alejandro, “Otros *nomos*. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, San Luis Potosí, UASLP, 2016.
- MOLINA, Diana, “Historicidad de los derechos humanos y antropologías del dolor en la modernidad”, en COSTA, César; MACHADO, Lucas y DA SILVA, Jackson (coords.), *Direitos humanos desde a América Latina*, vol. 2, *Práxis, Insurgência e Libertação*, Brasil, Editora Fi, 2022.

- NEGRI, Antonio, “El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad”, Madrid, Traficantes de Sueños, 2015.
- “La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política”, Madrid, Paidós, 2008.
- “Movimientos en el imperio. Pasajes y paisajes”, Barcelona, Paidós, 2006.
- NINO, Carlos, “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”, en Doxa (núm. 5), 1988.
- RANCIÈRE, Jacques, “Who Is the Subject of the Rights of Man?”, en The South Atlantic Quarterly, 103, 2004.
- RICOEUR, Paul, “Freud: una interpretación de la cultura”, 1ª ed. en español, Ciudad de México, Siglo XXI, 1970.
- RIVERA, Carlos, “*Lawfare*: un concepto en disputa”, en Boletín (núm. 7), Crítica Jurídica y Política en Nuestra América, Clacso, 2021.
- ROMANO, Silvina, “*Lawfare*: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina”, Buenos Aires, Mármol-Izquierdo, 2019.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, “Fundamentación de derechos humanos desde América Latina”, San Luis Potosí, Itaca, 2013.
- ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro y PÉREZ MARTÍNEZ, Ramón (coords.), “Historizar la justicia. Estudios sobre el pensamiento de Ignacio Ellacuría”, Aguascalientes-San Luis Potosí, Cenejus-Mispat, 2015.
- SÁNCHEZ RUBIO, David, “Coeducar y coenseñar derechos humanos: algunas propuestas”, en Abya Yala: Revista sobre acceso á justiça e direitos nas Américas, vol. 1 (núm. 2), 2017.
- “Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación”, Madrid, Akal, 2018.
- SCHUMPETER, Joseph, “Capitalismo, socialismo y democracia”, Barcelona, Folio, 1996, t. I.
- SIERRA CABALLERO, Francisco y GRAVANTE, Tommaso (coords.), “Tecnopolítica en América Latina y el Caribe”, Sevilla, Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2017.
- Unicef, “El hambre no tiene final feliz, la nueva campaña de Unicef Argentina”, en Unicef, <https://www.unicef.org/argentina/comunicados-prensa/el-hambre-no-tiene-final-feliz-la-nueva-campania-de-unicef-argentina>, fecha de consulta: noviembre de 2024.
- ŽIŽEK, Slavoj, “Bienvenidos al desierto de lo real”, Madrid, Siglo XXI, 2002.

ELLOS SABEN DE MÍ LO QUE YO YA HE OLVIDADO... E INCLUSO LO QUE YO TODAVÍA IGNORO

ALTA TECNOLOGÍA, INTIMIDAD Y SALUD

por MARCELA LILIÁN FLORIO¹

El alma humana necesita esferas en las que pueda estar en sí misma sin la mirada del otro. Lleva inherente una impermeabilidad. Una iluminación total la quemaría y provocaría una forma especial de síndrome psíquico de *burnout*. Sólo la máquina es transparente.

La espontaneidad, lo que tiene la índole de un acontecer y la libertad, rasgos que constituyen la vida en general, no admiten ninguna transparencia.

BYUNG-CHUL HAN

SUMARIO: 1. Alta tecnología. 2. Intimidad. 3. Salud. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En estas páginas nos proponemos reflexionar sobre la problemática generada por el avance tecnológico frente a derechos humanos fundamentales. Intentaremos despertar el interés del lector para producir trabajo científico con miras a la regulación necesaria.

¹ Abogada, UNR (2008). Profesora en Derecho, UNR (2017). Doctoranda en Derecho, UNR. Ayudante de primera por concurso en la asignatura Derecho Procesal II (Plan 2012) y Derecho Procesal III (Plan 2016) de la Facultad de Derecho de la UNR.

Comenzaremos repasando el estado actual de los desarrollos tecnológicos, pondremos de resalto las herramientas que actualmente se emplean, en múltiples plataformas y formatos, para la recopilación de una inmensa cantidad de datos de los usuarios. Datos que conforman la materia prima más preciada para numerosas tomas de decisiones, y que, a la vez, son tratados para crear perfiles digitales dinámicos de los individuos mediante el empleo de diferentes tecnologías. Posteriormente, dirigiremos nuestra atención al riesgo que ese estado de situación, de captación y de tratamiento de datos, puede representar para la riqueza humana y su complejidad. Abordaremos la problemática generada en torno a los derechos fundamentales de intimidad y salud, cuya vulneración entendemos que implicaría la pérdida de la dignidad de la persona humana. Finalmente intentaremos generar en los lectores el interés necesario para emprender el trabajo jurídico que la dimensión sociológica viene exigiendo, y que ya no puede ser postergado.

Iluminar las áreas de la realidad que parecen tan lejanas de nuestras prácticas es un desafío que debemos emprender para no quedar reducidos a seres de cristal.

Abstract

In this paper we intend to reflect about the problems that are generated by technological advances against of fundamental human rights. We will try to arouse the reader's interest to produce scientific work for a necessary regulation.

We will begin by reviewing the current state of affairs of technological developments, highlighting the tools that are currently are used, on multiple platforms and formats, for the collection of an immense amount of user data. Data that will serve us the most precious raw material for numerous decision-making, and create dynamic digital profiles of individuals, using different technologies. Subsequently, we will direct our attention to the risk that all of this situation, data collection and processing, may represent for human wealth and its complexity. We will approach to the problems that are generated around the fundamental rights of privacy and health, whose violation we consider would imply the loss of the dignity of the human person. Finally,

we will try to generate in the readers the necessary interest to undertake the legal work that the sociological dimension has been demanding, and the fact that can not be postponed any longer.

To put spotlight these areas of reality that seem so far from our practices is a challenge that we must take to not being reduced to a crystal beings.

Palabras clave

Alta tecnología. Intimidad. Salud.

Keywords

High technology. Privacy. Health.

1. Alta tecnología²

El mundo está envuelto en una revolución tecnológica con cambios espectaculares en la manera en que vivimos y trabajamos –y tal vez incluso en la que pensamos³–.

La tecnología se ha ido incorporando en nuestra cotidianidad, quizás sin demasiada reflexión, a veces de manera voluntaria y otras no tanto, por necesidad, trabajo o presiones sociales para pertenecer. Lo cierto es que el mundo ha cambiado a un ritmo exponencialmente alto, y a pesar de las prisas que la posmodernidad parece imponernos es necesario tomarnos el tiempo para reflexionar.

Hace algunos años se encendían alarmas en la ciudadanía mundial por revelaciones de personajes vinculados a agencias de inteligencia estatales. Resulta interesante compartir una frase significativa para los

² La alta tecnología es una noción de aplicación cambiante puesto que va unida a las líneas “de punta” del progreso, que varían constantemente, y plantea problemas filosóficos y jurídicos de particular dificultad, de modo principal por la tensión entre la técnica y los enfoques últimos de la filosofía y el Derecho. La alta tecnología enfrenta a “carencias históricas” de normas permanentemente renovadas. Véase CIURO CALDANI, M. Á., “Presentación”, reunión abierta del 17-11-2010, disponible en Centro de Filosofía, <http://www.centrodefilosofia.org/PresReuAbAltaTec.pdf>.

³ FORESTER, T., “Sociedad de alta tecnología: la historia de la revolución de la tecnología de la información”, Siglo XXI, México, 1992, p. 13.

tiempos que corren –y bastante alarmante para los tiempos que vendrán–. Edward Snowden, un exanalista de inteligencia estadounidense, que divulgó información secreta sobre la Agencia de Seguridad Nacional de ese país (NSA), dijo en una entrevista: “Estamos construyendo el arma de opresión más grande en la historia de la humanidad”⁴, refiriéndose a la posibilidad de obtención de datos sobre las personas, y lo que en base a esos datos y la aplicación de ciertas tecnologías podría ocurrir.

Si bien las revelaciones de Snowden correspondían a las prácticas de una agencia estatal, no piense el lector que se encuentra a salvo del ojo omnipresente de la recopilación de datos, puesto que empresas como *Netflix*, *Spotify*, *YouTube*, *Google*, *Instagram*, *Facebook*, entre otras, basan su estrategia de negocios a partir del resultado de sistemas de inteligencia artificial (IA) con el objetivo de recopilar datos para poder predecir futuras compras, movimientos o comportamientos humanos. Como describe Corvalán⁵, cada vez que hacemos un clic e ingresamos a diferentes sitios se audita el tiempo que permanecemos ahí, cuánto tardamos en cerrar la publicidad, si accedemos a ella, entre otros comportamientos. Estos rastros digitales (datos) son los que van construyendo una suerte de “identidad artificial en constante transformación”. El “yo digital” se va moldeando por algoritmos inteligentes que guardan y procesan constantemente dichos datos y, sobre dicha base, realizan predicciones que venden al mejor postor. El “yo digital” máspreciado es el que emerge del conjunto de los datos, para que se transformen en patrones de información que lleven a predicciones lo más acertadas y actualizables posibles. Los datos se erigen en el oro de este siglo y conforman unpreciado activo en materia de gobernanza y negocios⁶.

Los avances tecnológicos son disruptivos y resulta cada vez más

⁴ “Citizenfour”, dirigida por Laura Poitras, Praxis Films, Participant Media, HBO Documentary Films, Estados Unidos, 2014.

⁵ CORVALÁN, J., “Perfiles digitales humanos”, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 3.

⁶ AIZENBERG, M. y otros, “Recomendaciones para el uso de datos en salud. Tratamiento legal y ético de los datos sanitarios individuales y masivos en salud”, junio de 2019; disponible en Marisa Aizenberg, <http://www.marisaizenberg.com/p/publicaciones.html>, 12-7-2024.

evidente que la humanidad corre grave riesgo de ser controlada por la máquina omnipresente. Ya ha habido casos en que se ha puesto en marcha la técnica sin poder controlarla, tal como han advertido desarrolladores de IA de Facebook o Google⁷. Desde el Derecho asistimos a la carencia normativa por revolución tecnológica, revolución que es constante, acelerada y disruptiva. Tan rápido y amplio es el desarrollo que creemos que hay riesgos de que se pierda de vista la complejidad de la condición humana por la intervención de las máquinas.

La Organización de las Naciones Unidas ha afirmado que la manera de entendernos y nuestra relación con el mundo tiene lugar desde la perspectiva de los algoritmos. Ello dado que son una parte esencial de las sociedades de la información, ya que cada vez más gobiernan las operaciones, decisiones y elecciones que antes quedaban en exclusivas manos de los seres humanos⁸.

Como destaca Corvalán, “mientras que los humanos transitamos un camino biológico de aprendizaje evolutivo, la IA se basa en algoritmos, computadoras, programación humana y, sobre todo, aprovechando tres características que superan por mucho nuestras capacidades cognitivas: velocidad de procesamiento, posibilidad de conectarse y articular con otros sistemas de forma instantánea y, por último, la capacidad casi infinita de almacenamiento de los datos e información”⁹.

La aplicación de la alta tecnología en el tratamiento de los datos, puntualmente sistemas de IA basados en aprendizaje profundo (*deep learning*), vuelve dicho tratamiento automatizado, aumentando así la vulnerabilidad de los datos personales. Como advirtió el Tribunal Constitucional alemán, la proliferación de centros de datos y los avances tecnológicos han permitido producir “una imagen total y pormenorizada de la persona respectiva –un perfil de la personalidad–, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en «hombre de cristal»”¹⁰.

⁷ Véase nota publicada en <https://www.infobae.com/america/tecno/2017/07/28/facebook-perdio-el-control-de-un-sistema-de-inteligencia-artificial-que-tomo-vida-propia/>.

⁸ Véase Resolución 72/540 de la Asamblea General, “El derecho a la privacidad”, A/72/540, de 19-10-2017, considerando 54, disponible en Undocs, <http://undocs.org/es/A/72/540>.

⁹ CORVALÁN, op. cit.

¹⁰ Véase Tribunal Constitucional Federal alemán, Primera Sala, sentencia de 15

Las herramientas de recolección de datos más utilizadas son las denominadas cookies y los píxeles. Las cookies son un pequeño fragmento de texto de los sitios web que visita el usuario, y que almacena información sobre su estadía en el sitio (Google y Facebook las emplean). Éstas son claves para la construcción del perfil digital ya que, a partir de la información recolectada, se pueden predecir patrones de comportamiento que luego serán esenciales para hacer predicciones y realizar perfilado de los usuarios.

Los píxeles son herramientas que se activan cuando se abre una página de Internet o aplicación móvil, para hacer un seguimiento del comportamiento digital. Es un código fuente escrito en lenguaje de programación que se activa cuando se abre una página web.

Ambas herramientas alimentan los sistemas de IA haciendo que ya no se espere que los datos sean suministrados por el usuario para su tratamiento, sino que los mismos son recolectados, almacenados y tratados sin o con escasa intervención humana.

La IA tiene una capacidad inaudita para agregar valor a los datos y metadatos a partir de la elaboración de perfiles, rankings y personalizaciones que luego permiten realizar diagnósticos o predicciones, por eso es posible que sepan de usted algo que aún usted mismo ignora.

2. Intimidad

En el apartado anterior graficamos, brevemente, el estado de situación de la tecnología que nos rodea. Ahora queremos reflexionar sobre cómo puede impactar esa realidad en nuestra intimidad.

Para preservar la complejidad humana deben existir espacios suficientes y adecuados para nuestro desarrollo, espacios en los que deberemos contar con la garantía y el respeto de derechos humanos fundamentales, siendo uno de ellos la intimidad, también conocida como derecho a la privacidad o a la vida privada.

Cifuentes ha dicho que intimidad es “el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras perturbaciones

de diciembre de 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 [Censo de Población], disponible en Derecho Chile, <http://www.derecho-chile.cl/sentencia-de-15-de-diciembre-de-1983-del-tribunal-constitucional-federal-aleman-ley-del-censo/>.

a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”¹¹.

Mosset Iturraspe y Piedecasas dicen que “el respeto pleno o integral de la persona humana tiene que ver con la tutela de su privacidad, intimidad o reserva; aquellos aspectos que el hombre guarda alejados de terceros, para sí mismo o sus íntimos, no sometidos a la curiosidad de las demás personas, del resto de la comunidad...”

Podemos coincidir en que la intimidad es aquella porción de existencia que cada ser guarda para sí, que está fuera del escrutinio de los demás.

Los autores continúan diciendo que “puede llamar la atención que una cuestión tan connatural con la persona, tan íntimamente relacionada con su existencia, recién haya sido descubierta por el Derecho avanzado el siglo XX. En rigor, el ser humano, desde el principio de los tiempos, mantuvo protegida su privacidad, pero lo que no era vulgar o corriente era el ataque a ese bien. Puede decirse que la curiosidad malsana o indiscreta también existió siempre, pero los medios de actuar eran rudimentarios [...] Luego vinieron la captación de imágenes a distancia, los micrófonos imperceptibles, las cámaras ocultas. Más tarde aparecieron los bancos de datos, el almacenamiento con fines comerciales de noticias acerca de las personas, incorporando cuestiones tales como sus simpatías políticas o religiosas, sus apetitos, sus ingestas, las relaciones económicas, la vida familiar y tantos otros datos, sensibles¹² o no. Hay entonces un cambio profundo en los medios empleados, con la incorporación de la tecnología”¹³.

Podemos afirmar que cuanto mayor sea el riesgo de ataque a nuestra intimidad, mayor deberá ser la protección. En un mundo hiperconectado con plataformas que prometen una vida desde la conexión a

¹¹ CIFUENTES, S., “Elementos de Derecho Civil”, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 86.

¹² Se entiende por datos sensibles a aquellos que afectan la esfera íntima del titular y que pueden generar discriminación arbitraria, tal el caso de aquellos que revelan origen racial, étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, participación o afiliación en una organización sindical o política, información referida a la salud, preferencia o vida sexual.

¹³ MOSSET ITURRASPE, J. y PIEDECASAS, M., “Código Civil anotado. Responsabilidad civil”, 2005, p. 65.

Internet¹⁴ es claro que la intimidad tendrá otro contorno, pero también es claro –al menos para nosotros– que no puede ser suprimida, puesto que de lo contrario se perdería la dignidad del ser. Como enseña Fernández Oliva¹⁵, la intimidad constituye un sustrato personal al que en modo alguno puede renunciar el hombre sin mortificar su proyecto vital intrínseco. Concretamente, la “intimidad” es aquel ámbito, por lo común reservado, de la vida, de las acciones y de los sentimientos de una persona humana –o una familia– que no se desea compartir o exponer al conocimiento de los otros.

En razón de la información que la tecnología permite capturar, almacenar, procesar y perfilar se ha comenzado a hablar de consumidores translúcidos, dado el principal fin económico capitalista; sin embargo, creemos más apropiado pensarnos como seres translúcidos, puesto que la información en juego refiere a casi todas las áreas de nuestra existencia. Byung-Chul Han reflexiona al respecto y nos habla del panoptismo digital¹⁶.

Como ha afirmado Fernández Oliva¹⁷, la información es mercadería valiosa y como tal corre la suerte del intercambio. Las tecnologías prometen facilitar la creación, distribución y manipulación de la información que –como moneda de intercambio virtual– es un elemento clave en el desarrollo personal, social, cultural y económico.

Vaninetti¹⁸ señala que la irrupción de las tecnologías vinculadas

¹⁴ Nos referimos al desarrollo del denominado metaverso, un mundo virtual para el trabajo y el ocio, para la autorrealización, para el arte y el comercio, una vida virtual que muchas veces proyecta sus efectos en la vida real de los individuos.

¹⁵ FERNÁNDEZ OLIVA, M., “Notas sobre el origen y desarrollo del derecho a la intimidad en la familia jurídica del *common law*”, en *Investigación y Docencia*, vol. 48, 2014, ps. 68-92; disponible en Conicet, https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/30301/CONICET_Digital_Nro.75da5b2b-1bcb%2-4c14-aeeb-7a381407bbaf_A.pdf?sequence=2.

¹⁶ HAN, B.-C., “La sociedad de la transparencia”, trad. de R. Gabás, en Colección *Pensamiento Herder*, Herder, Barcelona, 2013.

¹⁷ FERNÁNDEZ OLIVA, M., “Aproximación sinóptica a la historia de la intimidad en Occidente y su protección jurídica”, en Conicet, https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/62780/CONICET_Digital_Nro.39b5bfcc-a9f9-4cd0-b69c-87507aa981bf_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y, 2016.

¹⁸ VANINETTI, H. A., “Derecho a la intimidad en la era digital”, 1ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2020, vol. 1, p. 57.

a la información y comunicación ha provocado cambios en la concepción del derecho a la intimidad. El autor nos llama a poner atención en tres aspectos: 1) la intimidad de la persona, rasgos de personalidad del sujeto; 2) la intimidad de los datos con respecto a una persona, derecho a la intimidad respecto de la información que sobre cada individuo pueda ser recolectada y utilizada por terceros, ejemplo: historia médica, fiscal, de empleo, hábitos de gastos, entre otras, y 3) la intimidad de las comunicaciones de una persona.

Como concluye Fernández Oliva, con quien coincidimos, “la tutela de la intimidad se enfrenta a los nuevos desafíos que presenta este modelo de hombre y de mundo que nos ofrece el mercado, como fuerza protagónica de la posmodernidad. Los posibles embates a la vida privada ya no provienen de un poder fácilmente identificable, sino de las influencias humanas difusas de la economía, por lo que es importante plantearse las posibilidades estratégicas de los medios de defensa jurídica de la intimidad con los que contamos. Nos exige respuesta una pregunta inquietante: ¿cómo construir la respuesta jurídica justa, tutiva de la intimidad, sin que se torne obsoleta ante las nuevas y sutiles formas de intromisión a la vida privada?”¹⁹

En esta senda, la Cámara de Diputados de la Nación aprobó la ratificación de la República Argentina en su adhesión al Convenio 108²⁰. Conforme afirma la Agencia de Acceso a la Información Pública, autoridad de aplicación en materia de protección de datos personales, esta ratificación implica un avance significativo en la protección de la privacidad de las personas contra posibles abusos en el tratamiento de sus datos, ya que este Convenio constituye el estándar internacional más reciente en resguardo de la privacidad. Celebramos este avance y esperamos que se generen las investigaciones, los debates y el trabajo interdisciplinario necesarios para proteger derechos fundamentales frente al veloz avance tecnológico.

¹⁹ FERNÁNDEZ OLIVA, “Aproximación...” cit.

²⁰ Véase <https://www.argentina.gob.ar/noticias/impulsada-por-la-agencia-de-acceso-la-informacion-publica-argentina-adhirio-al-convenio-108>.

3. Salud

Frente al estado actual de la tecnología y sus riesgos, queremos reflexionar acerca de los datos en materia de salud.

Aizenberg destaca que la innovación tecnológica ha impactado fuertemente en el sector sanitario. El ejercicio de la medicina ha dejado atrás la tradición estática de la historia clínica, los resultados de laboratorio, las imágenes y demás estudios para ingresar en una era más dinámica. Ahora, con enormes conjuntos de datos provenientes de múltiples fuentes: genómica, genética, registros clínicos electrónicos, redes sociales, monitorización de pacientes en tiempo real, aplicaciones móviles, entre otros. Estos datos se combinan a través de técnicas de análisis utilizando algoritmos matemáticos, IA, *machine learning*, modelos estadísticos, redes neuronales, procesamiento de lenguaje natural y otras metodologías, que permiten establecer técnicas de análisis predictivas a partir de relaciones y determinar tendencias, patrones y comportamientos sanitarios individuales o poblacionales²¹.

Esta nueva era ha dado surgimiento a la denominada *e-Health*, que la Organización Mundial de la Salud ha definido como el uso de información y tecnologías de la comunicación para un mejor control de la salud. En su portal oficial, indica que la *e-Health* es el uso rentable y seguro de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en apoyo de la salud y los campos relacionados con ella. Abarca múltiples intervenciones: telesalud, telemedicina, salud móvil (*m-Health*), registros médicos o de salud electrónicos (eMR/eHR), *big data*, dispositivos portátiles e IA²².

Se destaca la *m-Health*, término que refiere al tratamiento de los datos en salud recolectados a partir de *smartphones* y *tablets* a través de las *apps*. Estas aplicaciones permiten chequear los niveles de azúcar en sangre, el ritmo cardíaco, registrar la actividad física, el consumo de agua y un sinnúmero de controles que conllevan la recolección y almacenamiento de datos del usuario.

²¹ AIZENBERG y otros, op. cit.

²² Página oficial de la Organización Mundial de la Salud (OMS), disponible en Who, <https://www.who.int/westernpacific/activities/using-e-health-and-information-technology-to-improve-health>, último acceso: 28-10-2022.

Sin perjuicio de los riesgos, las herramientas avanzadas de diagnóstico permiten predecir quién tiene probabilidades de enfermarse, diagnosticar tempranamente y comprender las características únicas de la condición de cada paciente y su respuesta al tratamiento. Como señala Vaninetti²³, se puede predecir que los avances, puntualmente en nanotecnología, *big data* e IA, permitirán detectar enfermedades desde el nacimiento, mediante el empleo de nanodispositivos introducidos en el cuerpo de un paciente. Hoy existen prácticas médicas que emplean las denominadas “píldoras inteligentes”²⁴, que consisten en dispositivos con sensores ingeribles que tienen la capacidad de diagnosticar y tratar enfermedades.

No negamos que los avances son positivos si mejoran la calidad de vida humana, y con ello la satisfacción del valor humanidad. Sin embargo, la intención de este breve trabajo es invitarlos a reflexionar respecto de los riesgos del fenomenal desarrollo, para generar interés que resulte en respuestas jurídicas protectoras de derechos fundamentales. Es necesario preguntarnos acerca de con cuánto detalle cada dispositivo recupera y almacena datos del paciente, dónde se almacenan esos datos, si se procesan, con qué fines, si se comparte la información, con quién lo hace, si el tratamiento es confidencial, si existe un plazo de existencia de registro, si podemos acceder a esos datos para solicitar su corrección, bloqueo y olvido, etcétera.

Nótese que el paciente deberá estar identificado y la información médica obtenida se almacenará en la base de datos establecida por el desarrollador, pero además será compartida con otros dispositivos inteligentes (ej., el ordenador y/o teléfono móvil del médico tratante, incluso con dispositivos tecnológicos del paciente). Estas tecnologías son creadas y pensadas para el ecosistema digital, ergo para comunicarse con otros dispositivos inteligentes, para remitir la información recolectada al tiempo que, repetimos, almacenará los datos sensibles para poder, tal vez posteriormente –y quién sabe por cuánto tiempo–, compartirlos con otros dispositivos y fines.

²³ VANINETTI, op. cit., vol. 3, p. 72.

²⁴ “Las píldoras ‘inteligentes’ que pretenden revolucionar la atención médica”, en diario *El País*, del 10-11-2017; disponible en *El País*, https://elpais.com/tecnologia/2017/10/24/actualidad/1508836176_558828.html.

Vaninetti²⁵ sostiene que frente a la cantidad de información existe la posibilidad de desarrollar una enorme base de datos sobre la salud de las personas, las que podrían ser gestionadas por empresas privadas, que a su tiempo comercialicen los datos recabados para que sean utilizados para los más variados e inimaginables fines.

Con motivo del impulso de las TIC en el área de la salud se han desarrollado regulaciones. En Europa se ha introducido una reforma en los planes de gobierno para *e-Health* a través de un mecanismo de cooperación: la iniciativa europea e-gobernanza en salud. Destacamos el proyecto Servicios Abiertos Inteligentes para Pacientes Europeos (epSOS, *Smart Open Services for European Patients*), cuyo objetivo es generalizar la Historia Clínica Digital permitiendo la unificación de los historiales de salud de los ciudadanos europeos²⁶. Éste tiene como objetivo permitir que los profesionales de la salud accedan electrónicamente a los datos de un paciente de otro país en su propio idioma, utilizando diferentes tecnologías y sistemas. También permitiría que las farmacias procesen electrónicamente las recetas de otros Estados miembros, para que los pacientes que viajen dentro de la Unión Europea puedan obtener los medicamentos que necesiten independientemente de su localización²⁷.

Si bien los desarrollos en salud son acelerados, debemos destacar que la pandemia ocasionada por el virus COVID-19 ha expuesto como nunca antes en la historia moderna la confluencia de la medicina, la tecnología y los datos personales²⁸. Así, aquellos países con amplio desarrollo tecnológico han recurrido a la vigilancia masiva por medios electrónicos como estrategia primaria para contener el fenómeno mundial.

En un artículo publicado en el diario *El País*, de España, el filósofo surcoreano Byung-Chul Han²⁹ describe la realidad asiática en época

²⁵ VANINETTI, op. cit., vol. 3, p. 74.

²⁶ DE CASTRO LOZANO, C.; DE ABAJO, B. y SAINZ, B., “*M-Health y t-Health*. La evolución natural del *e-Health*”, en *Revista eSalud*; disponible en Academia, https://www.academia.edu/20870857/M_Health_y_T_Health_La_Evoluci%C3%B3n_Natural_del_E_Health?email_work_card=view-paper, 2011.

²⁷ Véase al respecto <https://cordis.europa.eu/project/id/224991/es>.

²⁸ VANINETTI, op. cit., vol. 3, p. 93.

²⁹ Ver *El País*, <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundo-de-manana-byung-chul-han-el-filosofo-surcoreano-quepiensa-desde-berlin.html>.

de pandemia. Menciona que los proveedores chinos de telefonía móvil e internet comparten los datos sensibles de sus clientes con los servicios de seguridad y ministerios de salud. Han menciona que tales acciones de los Estados orientales conforman una biopolítica digital que acompaña a la psicopolítica digital que controla activamente a las personas. Es claro, al tiempo que alarmante, que en estos escenarios no queda un ápice de intimidad, todo es observado, vigilado.

Señala Harari³⁰ que, “cuando a la gente se le da a elegir entre la intimidad y la salud, suele elegir la salud”. Cuando los derechos se nos presentan como alternativas, la elección se realiza en base al temor que causan las consecuencias. Sin salud se puede perder la vida, en cambio, sin intimidad, parece que se pierde menos. Sin embargo, una vida sin esfera de reserva nos transformaría en seres de cristal. El peligro radica en que estemos presenciando la instauración de un Ciberleviatán.

En nuestro país la Agencia de Acceso a la Información Pública emitió un comunicado, el 11 de marzo de 2020, donde estableció que el tratamiento de información referida a la salud es una actividad que debe llevarse adelante con especial cuidado, respetando la privacidad de las personas, de acuerdo a la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales. Esta ley establece que la información referente a la salud pertenece a la categoría de datos sensibles (art. 2º, ap. *Datos sensibles*), que ninguna persona puede ser obligada a proporcionarlos, y que los mismos sólo pueden ser recolectados y tratados cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. El artículo 8º dispone que los establecimientos sanitarios y los profesionales vinculados a la salud pueden recolectar y tratar los datos de los pacientes respetando los principios del secreto profesional.

En el ámbito internacional el Reglamento General de Protección de Datos³¹ de la Unión Europea establece en su considerando 35 que “Entre los datos personales relativos a la salud se deben incluir todos

³⁰ HARARI, Y. N., “El mundo después del coronavirus”, en *La Vanguardia*, del 6-4-2020; disponible en La Vanguardia, <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200405/48285133216/youval-harari-mundo-despues-coronavirus.html>.

³¹ Disponible en Eur-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES>.

los datos que dan información sobre el estado de salud física o mental pasado, presente o futuro [...] todo número, símbolo o dato asignado a una persona física que la identifique de manera unívoca a efectos sanitarios; la información obtenida de pruebas de una parte del cuerpo o de una sustancia corporal, incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, y cualquier información relativa a una enfermedad, discapacidad, riesgo de padecer enfermedades, historial médico, tratamiento clínico o estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente...” El considerando 54 expresa que “el tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Ese tratamiento debe estar sujeto a medidas adecuadas y específicas a fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas...”

El artículo 9º del Reglamento se ocupa del tratamiento de categorías especiales de datos personales, estableciendo que queda prohibido el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud, subrayando sin embargo, y a renglón seguido, que la prohibición no regirá en determinados casos, de los que destacamos cuando el interesado dé su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos (salvo que una norma de Derecho interno mantenga la prohibición aun mediando consentimiento del titular del dato), si el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho Laboral y de la seguridad y protección social; el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento; el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial y siempre que se respete el derecho a la protección de datos y se establezcan medidas adecuadas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado; el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medica-

mentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional.

Frente a este panorama normativo escaso es lícito preguntarnos qué pasa con los datos que, en materia de salud, recolectan las aplicaciones para teléfonos móviles. ¿Seguirán los lineamientos legales relativos a datos sensibles? ¿Respetarán la esfera de intimidad de los usuarios? ¿Compartirán la información recolectada con terceras bases de datos? ¿Emplearán IA para realizar perfilado de usuarios? Y si lo hacen, ¿con qué fines?

Tomando en consideración los desarrollos actuales es posible pensar que, en un futuro cercano, las empresas y/u organismos estatales sean capaces de conformar perfiles de expectativas vitales, realizar predicciones de enfermedades y patologías que el titular de los datos pueda llegar a padecer en el desarrollo de su vida e incluso, tal vez, sea posible predecir la cantidad y calidad de años de vida...

No comentamos una obra de ciencia ficción, por ello es oportuno reseñar proyectos que están en etapa de prueba en la dimensión sociológica. Investigadores del MRC London Institute of Medical Sciences (Reino Unido) trabajan en un software para averiguar la esperanza de vida de pacientes con enfermedades del corazón. Para la evaluación, los algoritmos tratan la información que les proporcionan los estudios médicos realizados a los pacientes a lo largo de un lapso de años³². La finalidad declarada de esta investigación es el tratamiento personalizado de las enfermedades, para que cada individuo reciba el tratamiento más efectivo posible para su afección, tomando en consideración la respuesta particular de su caso a los tratamientos médicos aplicados.

Hay desarrollos orientados a la interrelación entre las computadoras y el cerebro humano. Reseña Vaninetti³³ que distintos sensores se encargarán de traducir impulsos cerebrales en códigos comprensibles para

³² “Software para averiguar la esperanza de vida de los enfermos del corazón”, en diario *El País*, del 24-1-2017; disponible en El País, https://elpais.com/tecnologia/2017/01/19/actualidad/1484845010_544850.html#?prm=copy_link.

³³ VANINETTI, op. cit., vol. 3, p. 91.

un sistema informático, lo que posibilitará que personas con daños cerebrales puedan comunicarse, logrando una mejora vital. Sin embargo, el dilema con estas tecnologías es ser altamente intrusivas, podrían sondear todos los pensamientos, voluntarios e involuntarios, lo que implicaría adentrarse en el último refugio de la libertad y la autodeterminación que se halla en toda mente humana.

Granero ha señalado que debe garantizarse a la persona humana el derecho a pensar lo que quiera, sin que nadie tenga por que saber qué es lo que piensa³⁴.

4. Conclusiones

Aquí nos hemos propuesto reflexionar sobre el vínculo entre alta tecnología, intimidad y salud y es oportuno destacar que los avances tecnológicos, si bien resultan positivos, en cuanto permiten el tratamiento y cura de enfermedades y mejora en la calidad de vida de las personas –al menos de aquellas que pueden acceder–, significan al mismo tiempo un riesgo para derechos fundamentales como la intimidad, la autonomía personal y la dignidad. Si no se regulan a tiempo las prácticas, y peor aún si los encargados de las regulaciones ignoran la complejidad de la vida humana, y todas sus implicancias, podrían tener lugar graves vulneraciones de difícil o imposible reparación ulterior.

En la era de la IA el dato estático no tiene mucho valor, a no ser que aumente y se transforme a partir de la interacción dinámica de sistemas de IA que operan todo el tiempo para perfilar nuestros comportamientos expresos e implícitos y los contextos en los que se desarrollan. Cada paso que damos es captado por algún dispositivo, los datos son almacenados y sometidos a múltiples tratamientos con variados fines, y en medio queda nuestra intimidad. Cada vez hay más observadores y oyentes, algunos visibles y otros no tanto, presentes en nuestra vida cotidiana y al parecer imprescindibles para nuestra existencia. Frente a esta realidad, se vuelve más pequeño nuestro ámbito de intimidad, parece existir en nuestros pensamientos –y de ello no estamos tan seguros–.

³⁴ GRANERO, H. R., “El orden público tecnológico”, en *elDial* – DC194, del 21-5-2002.

Estas líneas no buscan presentar un panorama negativo sobre el avance tecnológico, sólo intentan ser un disparador para la reflexión, la investigación y el estudio necesario de la realidad circundante. La realidad social y los cambios que se producen en ella son parte integrante del Derecho, y es tiempo de trabajar en la captación del fenómeno para efectuar las necesarias valoraciones en miras a satisfacer el valor esencial de la humanidad. Como científicos del Derecho debemos superar el aparente enfrentamiento entre salud e intimidad, y definir los estándares para el tratamiento de los datos sensibles vinculados a la salud. Salud e intimidad no deben ser alternativas, no es razonable perder el derecho a ser dejados solos para poder desarrollar esa parte complejamente humana.

Como bien dice Seán Ó hÉigearthaigh³⁵, el siglo XXI será de cambios y desafíos de mayor calado que cualquier otro en la historia. Será un siglo en el cual las tecnologías que desarrollemos y las estructuras institucionales que creemos podrían ayudarnos a resolver muchos de los problemas que afrontamos en la actualidad. Aunque también advierte: eso sí, en la medida en que orientemos con cuidado su uso y aplicaciones.

El desarrollo es inevitable, los adelantos tecnológicos en ciencias médicas nos enfrentan a la posibilidad de que la vida humana sea más larga y de mejor calidad, pero también llevan implícito el riesgo de que el proyecto vital esté a merced de cálculos y algoritmos.

Byung-Chul Han afirma que “El alma humana necesita esferas en las que pueda estar en sí misma sin la mirada del otro. Lleva inherente una impermeabilidad. Una iluminación total la quemaría y provocaría una forma especial de síndrome psíquico de *burnout*. Sólo la máquina es transparente. La espontaneidad, lo que tiene la índole de un acontecer y la libertad, rasgos que constituyen la vida en general, no admiten ninguna transparencia”³⁶. Es necesario proteger la complejidad que

³⁵ Ó HÉIGEARTAIGH, S., “Imponderables tecnológicos: riesgo existencial y una humanidad en transformación. El próximo paso. La vida exponencial”, BBVA OpenMind, Madrid; disponible en BBVA OpenMind, www.bbvaopenmind.com/articulos/imponderables-tecnologicos-riesgo-existencial-y-una-sociedad-en-transformacion, 2016.

³⁶ HAN, op. cit.

nos enriquece y nos diferencia de las máquinas, es tiempo de establecer prioridades para no perder nuestra dignidad.

Bibliografía

- AIZENBERG, Marisa y otros, “Recomendaciones para el uso de datos en salud. Tratamiento legal y ético de los datos sanitarios individuales y masivos en salud”, junio de 2019; disponible en Marisa Aizenberg, <http://www.marisaaizenberg.com/p/publicaciones.html>, 12-7-2024.
- CIFUENTES, Santos, “Elementos de Derecho Civil”, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- CORVALÁN, Juan, “Perfiles digitales humanos”, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2020.
- DE CASTRO LOZANO, Carlos; DE ABAJO, Beatriz y SAINZ, Beatriz, “*M-Health* y *t-Health*. La evolución natural del *e-Health*”, en Revista eSalud; disponible en Academia, https://www.academia.edu/20870857/M_Health_y_T_Health_La_Evoluci%C3%B3n_Natural_del_E_Health?email_work_card=view-paper, 2011.
- FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela, “Aproximación sinóptica a la historia de la intimidad en Occidente y su protección jurídica”, en Conicet, https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/62780/CONICET_Digital_Nro.39b5bfcc-a9f9-4cd0-b69c-87507aa981bf_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y, 2016.
- “Notas sobre el origen y desarrollo del derecho a la intimidad en la familia jurídica del *common law*”, en Investigación y Docencia, vol. 48, 2014, ps. 68-92; disponible en Conicet, https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/30301/CONICET_Digital_Nro.75da5b2b-1bcb-4c14-aeeb-7a381407-bbaf_A.pdf?sequence=2.
- FORESTER, Tom, “Sociedad de alta tecnología: la historia de la revolución de la tecnología de la información”, México, Siglo XXI, 1992.
- GRANERO, Horacio R., “El orden público tecnológico”, en elDial – DC194, del 21-5-2002.
- HAN, Byung-Chul, “La sociedad de la transparencia”, trad. de Raúl Gabás, en Colección Pensamiento Herder, Barcelona, Herder, 2013.
- HARARI, Yuval Noah, “El mundo después del coronavirus”, en La Vanguardia, del 6-4-2020; disponible en La Vanguardia, <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200405/48285133216/yuval-harari-mundo-despues-coronavirus.html>.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y PIEDECASAS, Miguel, “Código Civil anotado. Responsabilidad civil”, 2005.

Ó HÉIGEARTAIGH, Seán, “Imponderables tecnológicos: riesgo existencial y una humanidad en transformación. El próximo paso. La vida exponencial”, Madrid, BBVA OpenMind; disponible en BBVA OpenMind, www.bbvaopenmind.com/articulos/imponderables-tecnologicos-riesgo-existencial-y-una-sociedad-en-transformacion, 2016.

VANINETTI, Hugo Alfredo, “Derecho a la intimidad en la era digital”, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2020.

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN DIÁLOGO CON LOS DERECHOS DE LAS NIÑECES

ARMONIZANDO UNA DUALIDAD:
AMPLIAR DERECHOS Y PREVENIR DAÑOS

por ADRIANA N. KRASNOW¹
y MARÍA SILVINA RADCLIFFE²

SUMARIO: 1. Palabras de inicio. 2. La realidad de niñas, niños y adolescentes en línea. ¿Qué buscan? 3. Tecnología y educación. 4. Tecnología y acceso a la justicia. 5. El rol de los cuidadores en la confección de herramientas de prevención. 6. Cierre. Bibliografía.

Resumen

El proceso de constitucionalización y convencionalización del Derecho Privado con centro en la tuición de la persona motivó el desplazamiento del Derecho de Familia para dar paso al Derecho de las Familias en consonancia con las distintas formas de vivir en familia que coexisten en el presente. Con esta visión *pro homine* se logra captar el paradigma plasmado en la Convención sobre los Derechos del Niño, que implica el reconocimiento de las personas menores de edad como sujetos de Derecho.

¹ Investigadora independiente, Conicet. Doctora en Derecho. Profesora asociada de Derecho de las Familias, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

² Investigadora asistente de la Carrera de Investigación Científica de la Universidad Nacional de Rosario. Jefa de Trabajos Prácticos, dedicación exclusiva, de Derecho de las Familias, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Doctora en Derecho y magíster en Derecho Privado por la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

Ante este escenario y cuando las relaciones familiares parecían haberse adaptado a la nueva realidad, se comienza a observar cómo las estructuras sociales y las familias resultan alcanzadas por el impacto de las tecnologías disruptivas, evidenciando su progresividad y la incidencia en los derechos personalísimos, despertando una especial preocupación respecto del colectivo de niñas, niños y adolescentes.

En razón de ello, esta contribución tiene por objeto analizar y vincular la díada: derechos personalísimos de las niñas-adolescencia y la irrupción de las nuevas tecnologías en el Derecho. Con este propósito se decidió concentrar el abordaje en los beneficios que la tecnología puede traer al universo en estudio, partiendo del entendimiento de que debemos adaptarnos en los tiempos que corren a la penetración del ecosistema digital en nuestras vidas. Siendo así, se fracciona el estudio en: marco introductorio; la realidad de niñas, niños y adolescentes en línea; ¿qué buscan?: tecnología y educación; tecnología y acceso a la justicia, y el rol de los cuidadores en la confección de herramientas de prevención.

Abstract

The process of constitutionalization and conventionalization of Private Law centered on the protection of the individual led to the shift from Family Law to Family Law, reflecting the diverse forms of family life that coexist today. This pro-human rights perspective allows us to grasp the paradigm embodied in the Convention on the Rights of the Child, which recognizes minors as subjects of Law.

Given this scenario and just when family relationships seemed to have adapted to the new reality, we are beginning to observe how social structures and families are being affected by the impact of disruptive technologies. This demonstrates their progressive nature and their influence on fundamental personal rights, raising particular concerns regarding children and adolescents.

Therefore, this contribution aims to analyze and connect the two aspects of children's and adolescents' fundamental rights and the impact of new technologies on the Law. To this end, the study focuses on the benefits that technology can bring to this group, based on the

understanding that we must adapt to the increasing presence of the digital ecosystem in our lives. Accordingly, the study is divided into the following sections: an introductory framework; the reality of children and adolescents online; what are they seeking?: technology and education; technology and access to justice, and the role of caregivers in developing prevention tools.

Palabras clave

Infancia-adolescencia. Tecnología. Prevención.

Keywords

Childhood-adolescence. Technology. Prevention.

1. Palabras de inicio

En la convocatoria a participar del ejemplar de la *Revista de la Facultad de Derecho* que conmemora el 65 Aniversario de la creación de la Escuela de Derecho, se propone con acertado criterio el eje temático: “Temas de vanguardia en la investigación en la nueva era”. En esta dirección hemos tomado dos universos que se interrelacionan permanentemente y que son protagonistas de una nueva era: a) derechos personalísimos de las niñeces³ y b) disrupción de las nuevas tecnologías en el Derecho.

Respecto a los derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA), la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) trajo un cambio de paradigma al desplazar la visión que se tenía de las niñeces como objeto de protección para situar a este universo como sujetos de derechos. En relación con la tecnología, si bien avanza desde tiempos inmemoriales, recibió un fuerte impacto con la irrupción de Internet, cuyo alcance universal y disponibilidad en todo lugar y a todo momento generó y aún lo hace modificaciones en el desarrollo de la vida cotidiana.

La disrupción de la misma nos enfrenta a vivir hoy en un ecosistema

³ Se habla de niñeces en plural para reconocer la multiplicidad de formas de vivir la niñez, que varían de acuerdo a los diferentes factores que atraviesan las trayectorias individuales como la condición socioeconómica, la raza, la etnia, la pertenencia a una comunidad originaria, el género, la orientación sexual, la identidad de género u otra.

digital, que presenta beneficios y riesgos. Entre los primeros se rescatan, entre otros, los aportes al proceso de formación, bienestar y cuidado de las personas, el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) que se constituyen en un recurso útil para la educación, el cuidado de la salud y el ejercicio del derecho de participación de NNA en aquellos procesos en donde se encuentran comprometidos sus intereses. Como contracara, detectamos riesgos, como la exposición de las personas menores de edad en los entornos digitales que puede derivar por ejemplo en vulneraciones a sus derechos personalísimos⁴ o conductas como el *sharenting*, *cyberbullying*, *doxing*, *sexting* y *grooming*.

La existencia de estas conductas que pueden devenir en vulnerabilidades ponen de resalto la existencia de una tensión entre la autonomía progresiva que este colectivo desarrolla y se pregona desde el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) y de los instrumentos internacionales de derechos humanos (IIDH) suscriptos por nuestro país, y la necesaria intervención de los progenitores o del Estado para evitar o aminorar los daños que la penetración de la tecnología puede causar en la vida de las niñeces, como personas menores de edad en proceso de construcción de la personalidad.

Sin pretender desconocer las situaciones de vulneración que referimos anteriormente, y adhiriendo a la numerosa doctrina y jurisprudencia⁵ que trabaja esta temática, en esta oportunidad decidimos con-

⁴ KRASNOW, A., “Tecnologías digitales, disrupción e impacto en niñas, niños y adolescentes”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2024-1, *Persona y entorno digital*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 411.

⁵ Al respecto ver Unicef, “Ciberacoso: qué es y como detenerlo. Lo que los adolescentes quieren saber acerca del ciberacoso”, en Unicef, <https://www.unicef.org/es/end-violence/ciberacoso-que-es-y-como-detenerlo>, compulsado el 1-11-2024; Ministerio de Desarrollo Social, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, “Guía de actuación para los equipos de la Línea 102 ante situaciones de violencia digital. *Cyberbullying*, *grooming*. Difusión de imágenes íntimas sin consentimiento”, en Argentina Gob, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/dgdi_2021_linea102_guia-violencia-digital_0.pdf, compulsado el 1-11-2024; CUETO, M., “A 10 años de la sanción del delito de *grooming*. Artículo 131 del Código Penal”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1814/2023; ABOSO, G., “Delitos de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (*child grooming*). Apuntes para una necesaria reforma penal”, en *La Ley Online*, AR/DOC/2226/2023.

centrar el abordaje en los beneficios que la tecnología puede traer al universo en estudio, partiendo del entendimiento de que debemos adaptarnos a la penetración del ecosistema digital en nuestras vidas en los tiempos que corren. En este contexto nace el compromiso de pensar y proponer herramientas preventivas que no sólo nos ayuden a conocer cómo generar un equilibrio entre el mundo digital y el principio de interés superior de las niñas, sino que además nos muestren cómo hacer de ellas un uso responsable y eficaz desde los diversos actores involucrados en el desarrollo de las personas menores de edad.

La combinación de los dos universos que planteamos requiere de investigaciones, cuestionamientos, profundizaciones, que nos conduzcan a elaborar respuestas sobre cómo el impacto tecnológico permea en los derechos del colectivo referido ampliando posibilidades, pero también requiriendo herramientas preventivas y cuidados a fin de evitar vulneraciones en los mismos.

2. La realidad de niñas, niños y adolescentes en línea. ¿Qué buscan?

Iniciamos el recorrido tomando una de las frases introductorias de la Observación General número 25 del Comité de los Derechos del Niño relativa al derecho de los niños en relación con el entorno digital⁶: “La posibilidad de acceder a las tecnologías digitales de forma provechosa puede ayudar a los niños a ejercer efectivamente toda la gama de sus derechos civiles, políticos, culturales, económicos y sociales. Sin embargo, si no se logra la inclusión digital, es probable que aumenten las desigualdades existentes y que surjan otras nuevas”.

Tal como surge de lo expuesto por la Observación General, el impacto tecnológico atraviesa el ejercicio de los derechos de todas las personas, pero nos concentramos en esta oportunidad especialmente en el colectivo de NNA, afirmando que estas herramientas disruptivas han desplegado sus aportes en todos los ámbitos, como la educación, el acceso a la justicia, la interacción social y familiar, la búsqueda de información, la salud, entre otros.

⁶ “Distribución general”, del 2-3-2021, en Docstore, <https://docstore.ohchr.org/>, compulsado el 7-11-2024.

A fin de vislumbrar la interacción permanente que el colectivo en estudio mantiene con la tecnología, nos servimos de la información brindada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos que en su informe sobre “Acceso y uso de las tecnologías de la información en el cuarto trimestre del año 2023”, en cuanto indica: “Los niños, niñas y adolescentes de entre 4 y 12 y de 13 a 17 años constituyen los grupos cuya utilización de internet supera a la de celular, y por supuesto, también al uso de la computadora. En el grupo etario de 4 a 12 años hay una diferencia de 20,7 p.p. (puntos porcentuales) en el uso de internet por sobre el celular. Los adolescentes comprendidos en el grupo de edad de 13 a 17 años son los que más usan la computadora (50,3%)”.

A los datos que compartimos cabe adicionar un estudio realizado por Unicef en nuestro país que, si bien tiene sus años, brinda información que nos acerca al contexto actual.

En el año 2010, en Argentina con una población infantojuvenil que superaba los 13 millones de niños, 6 de cada 10 se comunicaban usando celular y 8 de cada 10 usaban Internet con la finalidad de acceder a datos en buscadores como Google o Yahoo!, escuchar música o ver videos en plataformas como YouTube o Vimeo.

Asimismo, un 80% de los adolescentes declaró usar Internet para hacer tareas escolares, aunque manifestaron que sus docentes no les indicaban espacios de referencia en donde pudieran encontrar información.

Otro dato sobresaliente es que los adolescentes encuentran que Internet y especialmente las redes sociales son herramientas útiles para comunicarse con amigos, destacando que el 96% de los entrevistados dijo haber utilizado alguna red social como, entre otras, Facebook, Twitter o Instagram; mientras que el 82% utiliza WhatsApp para conversar con amigos.

Sin embargo, como nota llamativa que nos acerca en parte a la idea que se plantea en el título del trabajo en relación con la prevención es conocer que el 47% de los encuestados que utilizan redes sociales informó que configuran su perfil de manera que todo el mundo pueda verlo, mientras que sólo el 33% lo conforma de manera que sólo sus amigos lo puedan ver⁷.

⁷ Unicef, “Encuesta Kids online. Chic@s conectados. Investigación sobre percep-

Para no desviarnos de la extensión sugerida y atento a que nos situamos ante un escenario que denota la complejidad de variables que la tecnología representa en la vida de las familias y, en especial de las niñas, decidimos centrar el estudio en dos de los aspectos positivos que rescatamos: la educación y el acceso a la justicia.

3. Tecnología y educación

En relación con la disrupción positiva que la tecnología ha generado en el ámbito del ejercicio del derecho a la educación respecto de personas menores de edad podemos destacar no sólo aquello relacionado a la búsqueda de material para la resolución de tareas o consignas vinculadas a la educación formal, sino que indirectamente se busca ejercer también el derecho a la información orientada al acceso de respuestas en línea a preguntas o cuestionamientos que pueden surgir conforme el rango etario, gustos personales, religión, cultura, nacionalidad, entre otras. Advertimos que esto último muestra cómo la tecnología se antepone al consejo o la búsqueda en los progenitores, familia ampliada o referentes afectivos.

Si nos centramos en lo referido a la educación formal, debemos destacar que en la actualidad las TIC permiten contenidos educativos de alta calidad, incluidos libros de texto, material de video e instrucción remota, haciendo que los costos de su accesibilidad sean mucho más bajos que en otras épocas, incluso permitiendo formatos accesibles o de lectura fácil para NNA con discapacidad e incluso la posibilidad de diseñar currículas o temarios personalizados, teniendo en cuenta la subjetividad de cada alumno o de grupos de alumnos⁸.

En relación con la aplicación concreta de las ventajas que la tecnología aporta al desarrollo de la educación, destacamos el impulso del Pasaporte de Aprendizaje, una iniciativa conjunta entre Microsoft y Unicef, que se traduce en una innovadora plataforma móvil de apren-

ciones y hábitos de niñas, niños y adolescentes en internet y redes sociales”, en Unicef, <https://www.unicef.org/argentina/media/1636/file/kids-online.pdf>, compulsado el 21-10-2024.

⁸ Unicef, “Estado mundial de la infancia 2017. Niños en un mundo digital”, en Unicef, <https://www.unicef.org/media/48611/file>, compulsado el 21-10-2024.

dizaje que puede funcionar fuera de línea para escuelas con conectividad limitada o nula, permitiendo reducir el impacto de la brecha digital. Los países que la utilizan pueden tomarla como sistema nacional de gestión de aprendizaje o complementar sus plataformas digitales de educación ya existentes.

Respecto a este dispositivo que se rescata como uno de los logros de Unicef en su “Informe Anual 2023” destacamos la personalización en la instrucción y de materiales educativos, adaptación de la instrucción que permite a los educadores abordar desafíos específicos del aprendizaje, facilidad en la evaluación continua, como algunos de los beneficios que propician su utilización y expansión⁹.

Sin embargo, y en la diáda que analizamos –educación-tecnología–, no debemos perder de vista lo sugerido por la Unesco respecto a que en caso de incluir la inteligencia artificial (IA) en el apoyo del proceso educativo, ello debe lograrse sin reducir las capacidades cognitivas y sin recabar información sensible, con el mayor cuidado y protección de los datos personales, los cuales no deberán utilizarse con fines indebidos, explotación delictiva o fines comerciales.

Además, dicho organismo destaca que la utilización y recurso de las tecnologías de la IA, en el ejercicio del derecho a la educación, apuntan a que los alumnos logren empoderarse y que los docentes puedan mejorar sus experiencias educativas, sin dejar de lado los aspectos relacionales y sociales y reconociendo para ello virtudes a las formas tradicionales de la educación¹⁰.

En pos de visibilizar este aspecto positivo del impacto de las tecnologías en el desarrollo de la vida diaria de NNA comentamos un precedente judicial que, apelando al uso de herramientas tecnológicas, permitió garantizar el ejercicio del derecho a la educación y consecuentemente el derecho a la salud.

⁹ Unicef, “Para cada infancia. Informe anual de Unicef 2023”, mayo de 2024; “Pasaporte de aprendizaje en América Latina y el Caribe. Hacia la integración de la tecnología en la educación de la región”, en Unicef, <https://www.unicef.org/lac/pasaporte-de-aprendizaje-en-america-latina-y-el-caribe>, compulsado el 31-10-2024.

¹⁰ Unesco, “Recomendación sobre ética de la inteligencia artificial”, noviembre de 2021, en Unesco, <https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>, compulsado el 21-10-2024.

El fallo en análisis llega a la instancia de Alzada como consecuencia del rechazo en primera instancia de una medida cautelar mediante la cual se solicitaba a la obra social la cobertura del pedido de asistencia continua de un auxiliar de apoyo a la inclusión escolar para un niño con trastorno del desarrollo no específico –autismo– que, si bien no asistía presencialmente al colegio como consecuencia de la pandemia por COVID-19, necesitaba continua enseñanza, pudiendo desarrollarse bajo modalidades tales como Zoom, videoconferencias, WhatsApp, etcétera.

Entre los argumentos de la actora se destaca que “V., sin el acompañamiento profesional que requiere por su enfermedad, quedaría excluido de la enseñanza escolar, que actualmente se realiza por los distintos sistemas mencionados. Todos sus compañeros del colegio siguen realizando las tareas que les remiten sus docentes; pero V. no lo puede hacer si no es acompañado –aun con la situación imperante– por un profesional”.

En este escenario, anteponiendo la normativa internacional suscripta por nuestro país y en pos de remover los obstáculos para que su condición de salud no sea un impedimento para su desarrollo ni se convierta en un factor que lo excluya de la escuela, la Cámara ordenó “...inmediata asistencia terapéutica del joven V. F. –módulo maestro de apoyo, psicólogo o psicopedagogo– durante toda la semana escolar y la vigencia del año calendario escolar 2020...”¹¹

4. Tecnología y acceso a la justicia

Trasladando la atención a lo que sucede en el ámbito del acceso a la justicia, debemos tomar como faro el apartado 95 de las 100 Reglas de Brasilia, cuando indica que “Se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso tecnológico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”. Corresponde señalar que este documento ha resultado ser un medio útil para impulsar la incorporación definitiva de herramientas tecnológicas como medio de garantía y ejercicio de dere-

¹¹ CCCom. de Lomas de Zamora, sala I, 19-5-2020, “S. S. C. c/U. P. (OSUPCN) s/Amparo”, Rubinzal Online, RC J 2552/20.

chos dentro del ámbito de la administración de justicia, como tuvimos oportunidad de constatar durante el flagelo sufrido por la sociedad como consecuencia de la pandemia por COVID-19.

A fin de ilustrar lo referido, acompañamos una breve reseña de algunos precedentes jurisprudenciales en donde las herramientas de mediación tecnológica ocuparon un lugar destacado para el dictado de pronunciamientos que coadyuvaron con la efectividad y la puesta en marcha del ordenamiento jurídico.

El primer caso, refiere a un proceso de vinculación entre la niña E. M. P. –cuya situación de adoptabilidad se había decretado– y el matrimonio N. Y. A. H.-K. I. M.

Al entrevistarse con el juzgado quienes habían sido seleccionados como posibles pretensos adoptantes se les informó acerca de la necesidad de concretar un plan de vinculación que permitiera la construcción gradual de un vínculo socioafectivo entre ellos y la niña, fijándose con dicho fin una audiencia para el 17 de marzo de 2020.

En pos de ir avanzando con el proceso, luego de haber recibido la escucha de la niña y hasta llegar a la fecha de la audiencia, se autorizó al matrimonio a que pudiera retirarla el fin de semana del hogar donde se encontraba alojada, con fines recreativos y con el objetivo de ir generando vínculos.

Lamentablemente y como consecuencia de la situación epidemiológica la audiencia prevista debió ser suspendida.

Sin embargo y atendiendo al tiempo como factor vital de las niñeces se procedió en el mes de abril a habilitar la feria extraordinaria que se había dispuesto como consecuencia de la pandemia y se inició un proceso de vinculación entre la niña E. y los señores H. y M. a través de canales electrónicos de comunicación. Asimismo, y por los mismos medios, se estableció la realización de audiencias informativas con la niña, los integrantes del matrimonio, la madre superiora del hogar donde la niña se encontraba alojada y la psicóloga que la asistía durante su institucionalización.

Recurriendo también a las herramientas proporcionadas por el avance tecnológico se dispuso habilitar un grupo de “WhatsApp” entre la judicatura, el matrimonio, la psicóloga que trabajaba con la niña y el

señor asesor de menores interviniente, al solo y único efecto de la comunicación entre las partes intervinientes y diagramar modalidades ante situaciones imprevistas¹².

Por su parte, el Juzgado de Familia número 5 de La Matanza¹³, y también en un contexto de aislamiento social, recurrió a medios tecnológicos para lograr una vinculación entre una niña en situación de adoptabilidad y quienes se habían presentado como pretensos adoptantes. En este caso, la propuesta era la siguiente: “...que cada uno/a puedan conocerse a través del intercambio de fotografías, para luego dar paso a la utilización de dispositivos audiovisuales, mediante videos de WhatsApp, videollamadas o la plataforma disponible (Zoom)”.

Es dable destacar que del texto de la resolución comentada se desprende que la iniciativa fue recepcionada positivamente por todos los involucrados, quienes se mostraron entusiastas y dispuestos a participar del proceso a través de herramientas tecnológicas.

Con relación a las normas de procedimientos, los operadores del Poder Judicial también efectuaron flexibilizaciones permitiendo el ingreso de herramientas tecnológicas, ante supuestos que en otras oportunidades no hubieran sido convalidados.

En los autos “M. C. L. c/R. S. R. s/Incidente de alimentos” la señora M. C. L. peticionó ante la justicia el incremento de la cuota alimentaria acordada respecto del niño J. P. R., solicitando a su vez la fijación de una cuota provisoria complementaria a fin de atender la urgencia alimentaria con relación al niño. Con posterioridad –habiéndose sobrevenido las medidas de emergencia sanitaria y de aislamiento social obligatorio dictadas por el Estado nacional–, solicitó la habilitación de “la feria judicial extraordinaria” y la flexibilización de las normas procesales a fin de notificar al accionado del traslado de su pretensión vía WhatsApp, correo electrónico, oficio judicial y/o en su domicilio laboral ubicado en el mismo edificio asiento de los tribunales.

Primeramente, el juez de grado desestimó esta última pretensión

¹² JMen. de Corrientes, de feria, 17-4-2020, “V., E. y otros s/Medidas proteccionales”, 3998/2011, Rubinzal Online, RC J 2183/20.

¹³ JFam. núm. 5 de La Matanza, 4-5-2020, “P. A. A. s/Abrigo”, Rubinzal Online, RC J 2211/20.

aunque luego y como consecuencia de un recurso de revocatoria interpuesto ordenó el libramiento de cédula en formato electrónico, es decir, con intervención de la oficina de mandamientos y notificaciones correspondiente al domicilio del demandado, decisión contra la que se alzó la actora, advirtiendo que se encontraba vigente la resolución 480/2020 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que disponía en el artículo 6º: “...Los órganos judiciales podrán ordenar la realización de actos procesales de cuya suspensión o postergación pudiera derivarse un grave perjuicio a derechos fundamentales, a practicarse mediante el uso de las herramientas tecnológicas disponibles”.

Finalmente, considerando la norma reseñada y que el demandado había constituido en el expediente principal el domicilio electrónico, la Cámara ordenó al tribunal de origen que arbitrara los medios para la notificación electrónica al domicilio electrónico constituido¹⁴.

Por último, compartimos dos casos resueltos después de la pandemia, para poner de manifiesto que las herramientas tecnológicas no sólo “vinieron para quedarse” sino que realmente se han convertido en apoyo y soporte de la concreción de derechos que los ordenamientos jurídicos nacional e internacional consagran.

En primer término, destacamos un precedente que recurrió a la mediación tecnológica a fin de garantizar el desarrollo de un proceso de comunicación. Mediante ese pronunciamiento, la magistrada de grado estableció cautelarmente y con carácter provisorio por el plazo de tres meses un régimen de comunicación virtual una vez por semana por el espacio aproximado de 30 minutos en la franja horaria de 17 a 19 horas, a desarrollarse mediante videollamadas de WhatsApp u otro medio digital, entre el señor J. Y. G. I. –que se encontraba privado de su libertad– y su hija B. A. Se estableció como requisito a cumplir durante el desarrollo de la comunicación que el progenitor debía encontrarse acompañado por personal del área psicosocial.

Ante esta decisión, la progenitora de la niña interpuso recurso de apelación con fundamento en las razones de la privación de libertad

¹⁴ CCCom. de Lomas de Zamora, sala I, 14-5-2020, “M. C. L. c/R. S. R. s/Incidente de alimentos”, Rubinzal Online, RC J 3623/20.

del progenitor: denuncia por violencia de género a su expareja y episodios de violencia por parte de éste hacia B., quien también había presenciado los hechos de agresión hacia su madre.

Sin embargo y atento a que lo manifestado por la progenitora no encontró sustento en ninguno de los informes técnicos y especializados presentados en la causa, la Cámara resolvió confirmar el pronunciamiento, siempre que la comunicación sea beneficiosa para B. y que la misma se desarrolle en las condiciones establecidas¹⁵.

Finalmente, referimos el caso de M. y L., quienes solicitaron en la justicia la adopción plena de H., que desde hacía 6 meses se encontraba viviendo en su domicilio bajo la figura de guarda preadoptiva.

En este precedente, el ingreso de las tecnologías al proceso se advierte como consecuencia de la creación de un grupo de WhatsApp entre los pretensos adoptantes, el equipo interdisciplinario e integrantes del tribunal para que pudieran volcar allí todas sus dudas e inquietudes e incluso programar actividades, con el propósito de lograr la materialización de un proyecto de vida parental con la ayuda de la interdisciplina y de los operadores del Derecho¹⁶.

Las resoluciones judiciales comentadas son una demostración de cómo la apertura y permeabilidad de herramientas y dispositivos tecnológicos constituyen un medio facilitador de ejercicio de los derechos. No obstante, esta aseveración no debe descontextualizarse de la brecha digital que se vincula con la posibilidad de acceso a los recursos digitales en condiciones de igualdad, situación que nos interpela a realizar aportes que desde el Derecho contribuyan al diseño y planificación de políticas públicas orientadas a revertir las situaciones de disparidad en el entramado social.

Asimismo, resulta necesario advertir sobre el cuidado en el uso de los dispositivos que aporta la IA en el proceso judicial. En esta línea, Aráoz expresa que la “...capacidad predictiva de la IA está siendo utilizada para informar decisiones judiciales y estrategias de litigio, lo

¹⁵ CNCiv., sala H, 2-12-2021, “B. M., G. c/G. I., J. Y. s/Homologación”, 80000/2018, Rubinzal Online, RC J 9164/21.

¹⁶ JFam., Niñez y Adolescencia núm. 5 de Corrientes, 21-12-2022, “F. M. E. y otro s/Adopción”, Rubinzal Online, RC J 336/23.

que plantea tanto oportunidades como desafíos éticos [...] Es vital que los sistemas de IA sean diseñados y operados de manera que respeten los principios éticos y los derechos fundamentales [...] El sesgo algorítmico puede llevar a decisiones injustas y discriminatorias, especialmente si los sistemas de IA se entrenan con datos históricos que reflejan prejuicios pasados. Por ello, es imperativo que los sistemas de IA sean diseñados con un enfoque consciente y crítico hacia la equidad, asegurando que los algoritmos no perpetúen injusticias ni infrinjan los derechos fundamentales...”¹⁷

Desde otro lugar y en relación con el daño a la persona del que pueden ser víctimas las niñas y adolescencias por la comisión de delitos vinculados con el acceso a los recursos tecnológicos, la Observación General número 25, con visión preventiva, señala que “Las tecnologías digitales aportan una complejidad adicional a la investigación y el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra niños, que pueden ser de carácter transnacional. Los Estados partes deben examinar las modalidades en que la utilización de las tecnologías digitales puede facilitar u obstaculizar la investigación y el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra niños y adoptar todas las medidas preventivas, coercitivas y correctivas disponibles, en cooperación con asociados internacionales cuando proceda. Deben impartir formación especializada a los agentes del orden, a los fiscales y a los jueces en relación con las vulneraciones de los derechos del niño específicamente relacionadas con el entorno digital, entre otras formas mediante la cooperación internacional...”

5. El rol de los cuidadores en la confección de herramientas de prevención

Considerando el universo de estudio y siguiendo la reflexión esbozada en el apartado que precede, nuestro interés consiste en trasladar en este aporte nuestra reflexión acerca de cómo y con qué alcance pasa a integrarse el ecosistema digital en la dinámica de las relaciones parentales. Para llegar a la elaboración de respuestas cabe considerar

¹⁷ ARÁOZ, F., “Revolución legal: la era de la inteligencia artificial en el Derecho”, en Rubinzal Online, RC D 81/24.

que la responsabilidad parental en el CCyCN se concibe como una función que tienen los progenitores para la protección, desarrollo y formación integral de los hijos mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. Es en este marco en que nos proponemos proseguir el desarrollo con contribuciones que permitan armonizar la tecnología con la efectividad de derechos.

La Observación General número 25 del Comité de los Derechos del Niño plantea la importancia de pensar políticas desde los Estados que tengan como objetivo ofrecer a los niños la oportunidad de sacar provecho del entorno digital y garantizar un acceso seguro. Pero, además, creemos que los progenitores o las personas que ejercen los deberes y derechos derivados de la responsabilidad parental deben tomar algunas precauciones y reflexionar respecto de la formación de competencias y habilidades para un uso responsable de las herramientas tecnológicas.

Despierta preocupación que en su mayoría las políticas de privacidad y los términos de servicio son a menudo escritos en un lenguaje difícil respecto del cual los NNA no logran una comprensión total, haciéndose difícil percibir lo que realmente se está consintiendo, y proyectando que, si no se da el ok, el acceso a esa herramienta y/o información no se podrá obtener. Asimismo, muchas de las aplicaciones o páginas por las que navega el colectivo en estudio recepta en la utilización técnicas invasivas, como solicitudes de fotografías y acceso a cámara web, sin conocer dónde va o con quién se comparte lo que está autorizando, lo cual genera una gran preocupación y llamado de atención¹⁸.

En relación con ello, en el estudio realizado por un equipo de investigadores del Conicet, “Infancia y pantallas: un estudio sobre tenencia, hábitos y percepción en el uso de tecnologías en una muestra de hogares”, se advierte sobre “...la necesidad de supervisar la calidad del contenido y el contexto en que las infancias emplean estas herramientas y no sólo el tiempo de uso. Se destaca, fundamentalmente, la guía adulta como elemento clave para regular el acceso y evitar la

¹⁸ Unicef, “Adolescentes conectados. Riesgos de las redes y herramientas para protegerse”, en Unicef, https://unicef.org.ar/adolescentesconectados/UNICEF_Guia_Adolescentes_Conectados.pdf, compulsado el 1-11-2024.

exposición a contenidos inapropiados”¹⁹, supervisión que debe entenderse, desarrollarse y trabajarse en el ámbito de los adolescentes en vinculación con el principio de autonomía progresiva.

En el punto anterior destacamos las ventajas que la utilización de la tecnología demuestra en los procesos educativos, pero no por ello debemos dejar de lado la advertencia que realiza Unicef, en cuanto a que la tecnología digital tiene un enorme potencial para ampliar el alcance de la educación y mejorar su calidad, pero los inconvenientes que encontramos hoy en el proceso de enseñanza-aprendizaje no se resolverán mágicamente anexando herramientas tecnológicas, sino que es necesario complementar su incorporación con maestros fuertes, estudiantes motivados y una firme pedagogía²⁰.

En este punto y entendiendo que como consecuencia de la irrupción de la tecnología los contenidos a desarrollar en la educación formal deben ser modificados y adaptados, se propone que las currículas o proyectos educativos destinen un espacio para conversar y trabajar con NNA respecto de las pautas éticas en el uso de la IA, del alcance ilimitado y las consecuencias o ventajas que compartir datos y/o comentarios en línea tiene, haciéndoles saber que desde el momento en que manifiestan una idea o comparten una foto o video ello sale de la esfera privada para ingresar al entorno digital. Asimismo, es necesario concientizar respecto a que los mensajes sexuales, y el intercambio de imágenes sexualmente explícitas, los expone a diversos riesgos como *cyberbullying*, *doxing*, *sexting* y *grooming*.

El escenario descripto exige incentivar el desarrollo de canales de capacitación respecto a cómo proteger la privacidad y los datos personales en línea, cómo configurar dispositivos para proteger la información personal y las consecuencias que se pueden derivar del tráfico en línea de datos personales. Esta formación que se propone y que entendemos crucial en este tiempo no sólo debe promoverse con relación a los NNA sino también respecto de las figuras que ejercen los roles de cuidado, permitiendo

¹⁹ SARTORI, M.; RAYNAUDO, G. y PERALTA, O., “Infancia y pantallas: un estudio sobre tenencia, hábitos y percepción en el uso de tecnologías en una muestra de hogares argentinos”, en *Virtualidad, Educación y Ciencia*, vol. 14, núm. 27, 2023, p. 37.

²⁰ Unicef, “Estado mundial de la infancia 2017. Niños en un mundo digital”, en Unicef, <https://www.unicef.org/media/48611/file>, compulsado el 21-10-2024.

conocer estrategias que los ayuden a mediar de manera positiva en el uso de las TIC por parte de los niños, sin que la única respuesta a su uso sea la restricción parcial o total. Todo esto considerando las competencias y capacidad progresiva de los NNA²¹.

Asimismo, advertimos sobre la necesidad de poner en conocimiento que los sitios o herramientas en líneas son diseñados en base a algoritmos que pueden estar atravesados por diversos sesgos discriminatorios, por lo cual ayudar a NNA y cuidadores a detectar los mismos colaboraría en evitar situaciones que afecten la autoestima o que los inicien en un camino de perpetuación de roles que no son los que construyen sociedades más equitativas, justas e igualitarias.

En este punto es importante destacar lo trabajado en el “Consenso de Beijing sobre la inteligencia artificial y la educación”, con relación a la necesidad e importancia de “...fortalecer las instituciones de formación de docentes y elaborar programas adecuados de desarrollo de capacidades para preparar a los docentes para trabajar eficazmente en entornos educativos con fuerte presencia de la inteligencia artificial”²².

Finalmente, nos resulta interesante destacar que si bien, en reiteradas oportunidades, escuchamos o leemos sobre el impacto negativo que el uso de dispositivos tecnológicos genera en NNA, desde Conicet, se indica que por el momento no existe un sustento respaldado por evidencia científica fuerte que pueda demostrar o comprobar que el uso temprano de pantallas genere retraso del desarrollo del lenguaje, trastornos de la atención o del aprendizaje, trastornos alimentarios o adicción a los videojuegos: “Su efecto depende básicamente del tipo de contenido al que el niño esté expuesto, del grado de interacción que pueda tener con él y de la calidad de la supervisión que reciba al interactuar con los contenidos, por ejemplo, realizando una reflexión con algún adulto responsable, luego de mirar o escuchar algún contenido”²³.

²¹ Unicef, “Estado...” cit.

²² Unesco, “Consenso de Beijing sobre la inteligencia artificial y la educación”, 2019.

²³ Conicet, “Dos especialistas del Conicet analizan pros y contras de la exposición de las infancias a las pantallas”, en Conicet, <https://www.conicet.gov.ar/dos-especialistas-del-conicet-analizan-pros-y-contras-de-la-exposicion-de-las-infancias-a-las-pantallas/>, compulsado el 1-11-2024.

6. Cierre

Como señalamos a lo largo del desarrollo, la tecnología toma un protagonismo cada vez mayor en la vida cotidiana de las personas y, en especial, en el universo que comprende a las personas menores de edad. La vida dentro del ecosistema digital ya no es una elección, sino una realidad que convive con nosotros.

En este contexto y rescatando todo aquello positivo que aporta la tecnología a la sociedad, se debe ser consciente sobre la necesidad de promover su empleo cuidado y responsable, para así evitar y prevenir la producción de daños en la persona, orientando una protección diferenciada para quienes quedan comprendidos en el universo de personas que exigen recibir una protección especial, como, entre otros, el colectivo de NNA.

Bibliografía

- ABOSO, Gustavo E., “Delitos de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (*child grooming*). Apuntes para una necesaria reforma penal”, en La Ley Online, AR/DOC/2226/2023.
- ARÁOZ, Felipe, “Revolución legal: la era de la inteligencia artificial en el Derecho”, en Rubinzal Online, RC D 81/24.
- Conicet, “Dos especialistas del Conicet analizan pros y contras de la exposición de las infancias a las pantallas”, en Conicet, <https://www.conicet.gov.ar/dos-especialistas-del-conicet-analizan-pros-y-contras-de-la-exposicion-de-las-infancias-a-las-pantallas/>, compulsado el 1-11-2024.
- CUETO, Mauricio, “A 10 años de la sanción del delito de *grooming*. Artículo 131 del Código Penal”, en La Ley Online, AR/DOC/1814/2023.
- KRASNOW, Adriana, “Tecnologías digitales, disrupción e impacto en niñas, niños y adolescentes”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario (núm. 2024-1), Persona y entorno digital, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- Ministerio de Desarrollo Social, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, “Guía de actuación para los equipos de la Línea 102 ante situaciones de violencia digital. *Cyberbullying, grooming*. Difusión de imágenes íntimas sin consentimiento”, en Argentina Gob, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/09/dgdi_2021_linea102_guia-violencia-digital_0.pdf, compulsado el 1-11-2024.

- SARTORI, Mariana; RAYNAUDO, Gabriela y PERALTA, Olga, “Infancia y pantallas: un estudio sobre tenencia, hábitos y percepción en el uso de tecnologías en una muestra de hogares argentinos”, en Virtualidad, Educación y Ciencia, vol. 14 (núm. 27), 2023.
- Unesco, “Consenso de Beijing sobre la inteligencia artificial y la educación”, 2019.
- “Recomendación sobre ética de la inteligencia artificial”, noviembre de 2021, en Unesco, <https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>, compulsado el 21-10-2024.
- Unicef, “Adolescentes conectados. Riesgos de las redes y herramientas para protegerse”, en Unicef, https://unicef.org.ar/adolescentesconectados/UNICEF_Guia_Adolescentes_Conectados.pdf, compulsado el 1-11-2024.
- “Ciberacoso: qué es y cómo detenerlo. Lo que los adolescentes quieren saber acerca del ciberacoso”, en Unicef, <https://www.unicef.org/es/end-violence/ciberacoso-que-es-y-como-detenerlo>, compulsado el 1-11-2024.
- “Encuesta Kids online. Chic@s conectados. Investigación sobre percepciones y hábitos de niñas, niños y adolescentes en internet y redes sociales”, en Unicef, <https://www.unicef.org/argentina/media/1636/file/kids-online.pdf>, compulsado el 21-10-2024.
- “Estado mundial de la infancia 2017. Niños en un mundo digital”, en Unicef, <https://www.unicef.org/media/48611/file>, compulsado el 21-10-2024.
- “Para cada infancia. Informe anual de Unicef 2023”, mayo de 2024.
- “Pasaporte de aprendizaje en América Latina y el Caribe. Hacia la integración de la tecnología en la educación de la región”, en Unicef, <https://www.unicef.org/lac/pasaporte-de-aprendizaje-en-america-latina-y-el-caribe>, compulsado el 31-10-2024.

Fallos

- CCCom. de Lomas de Zamora, sala I, 14-5-2020, “M. C. L. c/R. S. R. s/Incidente de alimentos”, Rubinzal Online, RC J 3623/20.
- 19-5-2020, “S. S. C. c/U. P. (OSUPCN) s/Amparo”, Rubinzal Online, RC J 2552/20.
- CNCiv., sala H, 2-12-2021, “B. M., G. c/G. I., J. Y. s/Homologación”, 80000/2018, Rubinzal Online, RC J 9164/21.
- JFam. núm. 5 de La Matanza, 4-5-2020, “P. A. A. s/Abrigo”, Rubinzal Online, RC J 2211/20.

JFam., Niñez y Adolescencia núm. 5 de Corrientes, 21-12-2022, “F. M. E. y otros s/Adopción”, Rubinzal Online, RC J 336/23.

JMen. de Corrientes, de feria, 17-4-2020, “V., E. y otros s/Medidas protectoras”, 3998/2011, Rubinzal Online, RC J 2183/20.

LA DEMOCRACIA DIGITAL COMO FENÓMENO EN EXPANSIÓN

por MARCELO A. MAISONNAVE¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El avance de la democracia digital. 3. Democracia digital: conceptualización y alcances. 4. La democracia digital en la corriente deliberativa y en la agonal-pluralista. 5. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El trabajo aborda el fenómeno de la democracia digital, centrado en cómo las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTIC) transforman las formas de organización social y la democracia. El uso masivo de estas tecnologías, especialmente Internet, ha impactado todos los aspectos de la vida, incluyendo la política, y ha generado nuevas formas de interacción entre el Estado y la ciudadanía. El ensayo discute cómo las NTIC facilitan nuevas formas de participación democrática, como el voto electrónico, la transparencia gubernamental y la participación en decisiones públicas a través de plataformas digitales. Se exploran teorías democráticas, destacando la democracia deliberativa; asimismo se considera la teoría agonal-pluralista. Por último, se exploran posibilidades que permitan una profundización del control y la vigilancia, o su contrapartida, la democratización social.

¹ Abogado (Universidad Nacional de Rosario, Argentina) y magíster en Derechos Humanos (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México). Docente de Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario). Director de Investigaciones de la Cátedra de Pensamiento Constitucional Latinoamericano (ICLA, Universidad Nacional de Rosario). Investigador del Observatorio Lawfare e integrante del GT Clacso, “Pensamiento Jurídico Crítico y Conflictos Socio-Políticos”.

Abstract

The work addresses the phenomenon of digital democracy, focused on how New Information and Communication Technologies (NICTs) transform forms of social organization and democracy. The massive use of these technologies, especially the Internet, has impacted all aspects of life, including politics, and has generated new forms of interaction between the State and citizens. The essay discusses how NICTs facilitate new forms of democratic participation, such as electronic voting, government transparency and participation in public decisions through digital platforms. Democratic theories are explored, highlighting deliberative democracy; agonial-pluralist theory is also considered. Finally, possibilities are explored that allow for a deepening of control and surveillance, or its counterpart, social democratization.

Palabras clave

Democracia. Deliberación. Comunicación.

Keywords

Democracy. Deliberation. Communication.

1. Introducción

La irrupción de las nuevas y dinámicas tecnológicas informáticas y de las comunicaciones en las últimas décadas, con el surgimiento y avance hegemónico de Internet, usualmente sintetizadas en el término NTIC, reconfiguraron la totalidad de los ámbitos y modalidades de vinculación entre las personas, tanto en su esfera individual como colectiva, al punto que no existe en la actualidad prácticamente ninguna situación que no haya sido impactada por las transformaciones que implican las nuevas tecnologías. Es así que las democracias, como modo de organización social, también atraviesan sustanciales modificaciones que son consecuencia de la masividad en el uso de las NTIC.

A fines de los años '90, tras una década que consolidó las bases de la llamada sociedad de la información a partir de la masificación de las NTIC, Manuel Castells ya advertía que los sistemas políticos

estaban hundidos en una crisis grave de legitimidad, al depender principalmente del rol de los medios de comunicación y de liderazgos personalizados, aislados de la ciudadanía, con movimientos sociales que en general son fragmentados, localistas, enfocados en un tema separado de la generalidad, efímeros, fulgurantes².

El presente ensayo surge a partir de las preguntas: ¿Cómo influyen las NTIC en el funcionamiento de la democracia? ¿Qué es la democracia digital? ¿Con qué corriente teórica de la democracia podemos interpretar el funcionamiento de la democracia digital? El trabajo, en efecto, tiene la finalidad de analizar la existencia de la denominada democracia digital, a partir de su conceptualización, verificando características y fenómenos que la componen. Posteriormente, se reflexionará sobre la democracia digital partiendo de distintas corrientes o teorías de la democracia, como las deliberativistas y la agonial-pluralista. Finalmente, se sintetizarán las conclusiones del trabajo.

2. El avance de la democracia digital

La economía, la educación, el trabajo, el ocio, las relaciones familiares y de amistad, los viajes, la cultura, la religión, el consumo, y todas las dimensiones de la vida humana, están siendo transformadas por las NTIC. Inevitablemente, este proceso de cambio estructural tiene un impacto específico sobre la democracia, tanto en su terreno teórico como práctico. ¿Quién podría sostener que la democracia funciona igual hoy que en 1983, cuando se recuperó en nuestro país la vigencia de la Constitución Nacional? Basta para ello contemplar las gigantescas diferencias que podemos encontrar en el modo de hacer campañas electorales de este tiempo con aquél, o incluso con los de hace 15 o 20 años, cuando las redes sociales apenas iniciaban su recorrido. El presidente Javier Milei, sin dudas, es un ejemplo emblemático de los cambios en los modos de hacer política; un liderazgo construido exclusivamente en los medios de comunicación y propagado exponencialmente por las redes sociales, que en poquísimos años supo captar emociones de determinados grupos sociales canalizadas hacia su po-

² CASTELLS, M., "La sociedad red", 2ª ed., trad. de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Alianza, Madrid, 2000, ps. 27 y 28.

sicionamiento político. Es decir, esta nueva democracia que se apoya con tanta fuerza en lo que transmiten los medios y difunden las redes algorítmicas, evidentemente, es otra democracia.

Asimismo, las NTIC van incidiendo en planos como el voto electrónico y/o el recuento de los votos, la rendición de cuentas de organismos o funcionarios públicos *on line*, el gobierno abierto y la transparencia, la posibilidad de participación ciudadana en decisiones públicas de trascendencia, el control, la vigilancia y el almacenamiento de datos, entre otros puntos. Es tanta la sobrecarga informativa que proporciona Internet que surgen reclamos tanto en espacios laborales como sociales del llamado derecho de desconexión, para evitar el estrés de atención que produce la saturación. El efecto burbuja derivado del uso excesivo de las redes sociales, en simultáneo, provoca aislamiento y desorientación en personas de todas las edades y clases sociales, lo cual indudablemente también impacta en la calidad de la democracia, que ve menguada su capacidad de configurar debates robustos, reflexivos, integrales e intersubjetivos. En este sentido, como sostienen Sierra Caballero y Candón Mena, la globalización y el neoliberalismo hegemónico impulsaron la transfiguración y en ocasiones la ruptura de equilibrios y consensos sociales, provocando el retiro del Estado, la decepción ciudadana y la aparición de las NTIC como ámbitos de rearticulación social ante las limitaciones evidentes de la democracia liberal representativa³.

En este sentido, podríamos preguntarnos: ¿Internet es un espacio verdaderamente democrático? En primer lugar, debemos evitar la aceptación del determinismo tecnológico y comunicacional, idea según la cual la sociedad adoptará invariablemente posiciones construidas a partir de los intereses de los dueños de las tecnologías de la comunicación. Si bien Internet, así como los medios de difusión tradicionales (TV, radio, periódicos, revistas y otros), tiene dueños⁴ que imponen condi-

³ SIERRA CABALLERO, F. y CANDÓN MENA, J., “Democracia digital. De las tecnologías de la representación a la expresión ciudadana”, Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, Sevilla, 2020, p. 10.

⁴ En referencia a las llamadas empresas “GAFAM” (Google, Amazon, Facebook, Apple y Microsoft), a las cuales se suman Yahoo!, Disney y empresarios como Elon Musk (X) y Pavel Durov (Telegram), entre otros.

ciones reales, la sociedad civil va buscando y a veces encontrando mecanismos de utilización de las NTIC en favor de una mejor democracia. Es decir, discutir la gobernanza de Internet es necesario en tanto es un espacio fundamental en la construcción de modelos de representación y expresión social. Así lo plantea Nathan Gardels cuando explica que la monetización de la atención contamina la calidad objetiva de la información circulante, por lo cual la información deja de ser comunicativa, contraviniendo un requisito de la gobernanza deliberativa como es el cuidado de la calidad de la información. En consecuencia, Gardels insiste en la necesidad de formar usuarios críticos, dinámicos y creativos, ante relatos tecnoutópicos idealistas que se han probado falaces⁵.

3. Democracia digital: conceptualización y alcances

Por democracia digital entendemos que se trata de la aplicación y/o utilización de las NTIC a los procedimientos institucionales o constitucionalizados y también a los procesos sociales que acontecen por fuera de las instituciones que incorporan dichas tecnologías, en la medida que involucran debates de temas de interés público, participación en procesos políticos y/o electorales, construcción de agendas y de organización social, movilizaciones y rendiciones de cuentas, entre otras posibilidades. Es decir, la democracia como orden social está inevitablemente atravesada por las transformaciones históricas que venimos exponiendo en la sociedad de la información, y es por ello que el término “democracia digital” explica este cruce o impacto, a partir del rol que las NTIC tienen en todos los planos de la vida actual. La democracia digital está reconfigurando de manera permanente y dinámica los sistemas de representación, participación y deliberación política en nuestras sociedades contemporáneas.

La corriente procedimentalista de la democracia, que encabeza Joseph Schumpeter, plantea que la democracia liberal representativa requiere de elecciones libres, competitivas y periódicas, basada en la

⁵ GARDELS, N., “Medios sociales y democracia deliberativa”, en *El País*, del 20-3-2012; disponible en El País, https://elpais.com/elpais/2012/03/15/opinion/1331811901_336964.html.

delegación, asignando cargos representativos por votos mayoritarios, y con rendiciones de cuentas que se realizan en períodos electorales. En otras palabras, en la concepción schumpeteriana o procedimentalista la democracia es sólo un sistema en el que los gobernantes son elegidos mediante elecciones competitivas⁶. Norberto Bobbio, reforzando esta posición, se pregunta: “¿Qué cosa es la democracia sino un conjunto de reglas (las llamadas reglas del juego) para solucionar los conflictos sin derramamiento de sangre? ¿En qué cosa consiste el buen gobierno democrático, sino, y sobre todo, en el respeto riguroso de estas reglas?”⁷

Al respecto, la visión procedimentalista de la democracia recibe críticas válidas, en tanto al reducir la democracia a los actos electorales, limita tanto el tiempo como el contenido de las discusiones y de la capacidad de elegir de la ciudadanía, socavando el control a los actos públicos y distorsionando el sistema de mayorías y minorías. En contraposición, posiciones republicanas y comunitaristas incorporan elementos de cultura democrática, virtudes cívicas y vivencias consensuadas por la comunidad política⁸.

De esta manera, observamos que una visión procedimentalista de la democracia no incorpora mecanismos de participación directa, como los que puede proveer la democracia digital a partir del uso que pueden hacer movimientos sociales, organizaciones políticas, académicos, activistas o la ciudadanía en general, de las NTIC, en función de elegir propuestas, organizar y plantear iniciativas reformistas, o definir debates específicos.

Es importante destacar que un proceso democratizador de la sociedad no puede ser únicamente dado mediante las NTIC, éstas son una parte, en tanto siempre habrá relaciones humanas por fuera de la mediación de las tecnologías, aun en tiempos como los actuales en las cuales están tan presentes y son tan invasivas. De la interrelación

⁶ Cfr. SCHUMPETER, J., “Capitalism, Socialism, and Democracy”, Routledge, London-New York, 1942.

⁷ BOBBIO, N., “El futuro de la democracia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 23.

⁸ Cfr. CANDÓN MENA, J., “Democracia deliberativa en los cibermovimientos sociales contemporáneos”, en *Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social*, 21(3), 2021; disponible en Doi, <https://doi.org/10.5565/rev/athenea.2781>.

que se desarrolle entre las distintas modalidades de dichas relaciones, tanto las mediadas por las NTIC como las que no lo fueran, es que se podrá evaluar si realmente se trata de procesos de profundización de la democracia o si, en todo caso, se trata de meros artilugios o mecanismos superfluos o incluso contraproducentes de un avance democratizador. Al respecto, existen fenómenos distorsivos para la democracia como los “efectos burbuja” que producen las redes sociales, a la vez que las *fake news* han encontrado en la propagación a través de las redes una potencia exponencial al daño que causan, en tanto engañan a buena parte de la sociedad con mentiras, falsedades o discursos de odio, que permean y provocan un deterioro en las subjetividades. No podemos olvidar que la sociedad de la información es también la sociedad de la vigilancia y el control, a partir del *big data* generado por las infinitas interacciones que cada persona realiza con sus dispositivos electrónicos conectados a Internet, los cuales son resguardados y atesorados por las empresas oligopólicas del mercado cibernético, con la finalidad de potenciar sus proyectos comerciales, o venderlos a otras empresas, gobiernos o sectores determinados que puedan tener interés en esos datos. Es decir que el flujo de información es tal que la democracia digital es un hecho que debe ser analizado en profundidad, porque los procesos de democratización se dan en paralelo a procesos de vigilancia y concentración.

Al respecto, autores como Dader y Campos diferencian entre la ciberdemocracia y la hipertecnocracia, como dos variantes de la ciberpolítica. Por ciberdemocracia, entienden una comunicación política deliberativa, multipolar, transparente, en la cual los debates universales son una forma fundamental para generar y transformar preferencias políticas sin limitar la democracia y la participación al voto en elecciones o a la adhesión simple a un partido o proyecto político. En contrapartida, la hipertecnocracia representa el fenómeno instrumental que considera a la tecnología como un cambio en las estrategias comunicativas y persuasivas pero sin una alteración sustancial en la democratización de la actividad política; por el contrario, se da una manipulación unidireccional, un mayor control, más verticalidad en lugar de mayor horizontalidad. En otras palabras, la hipertecnocracia se vincula más con el *marketing*, la publicidad y el control que con la *publicity*

en sentido habermasiano, en tanto esfera pública para el debate racional y democrático⁹. En igual sentido, se destaca que la democracia digital implica el uso de las NTIC tanto por parte de gobernantes como de gobernados, y que esto tiene luces y sombras, es decir, beneficios y riesgos¹⁰.

De acuerdo a Yochai Benkler, Internet es un parteaguas que deja atrás el paradigma comunicacional de la cultura de masas, asociado a la verticalidad y la unidireccionalidad, dando paso a relaciones entre pares, medios colaborativos, descentralización de producción de conocimiento, participación directa y horizontal en procesos democráticos, en una comunicación distribuida en red. Benkler considera que las redes digitales favorecen el surgimiento de una esfera pública más participativa y pluralista, permitiendo un debate de temas de interés social no controlados por los grandes medios de difusión, aunque advierte del riesgo que representa la fragmentación, las cámaras de eco (burbujas) y la desinformación¹¹.

4. La democracia digital en la corriente deliberativa y en la agonal-pluralista

La digitalización y el avance de las NTIC en los procesos sociales es un hecho que, como se señaló, lleva décadas de expansión, y que sin dudas a partir de la pandemia de COVID-19 que se dispara en el año 2020, manteniendo en cuarentenas obligatorias a buena parte de la población mundial en un hecho prácticamente inédito en la historia moderna de la humanidad, produjo un nuevo salto exponencial con la particularidad de producirse en muy poco tiempo: apenas dos años. La vuelta de la “normalidad” pospandemia, tras el fin de las cuarentenas, tiene muchas diferencias con la realidad previa, en tanto se consolidaron las NTIC como herramientas de trabajo, de socialización,

⁹ SIERRA CABALLERO y CANDÓN MENA, op. cit., p. 33.

¹⁰ PERÍCOLA, M.^a E., “Democracia digital: luces y sombras”, en *Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, 2023; disponible en Derecho UBA, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/22/democracia-digital.pdf>.

¹¹ Cfr. BLENKER, Y., “La riqueza de las redes. Cómo la producción social transforma los mercados y la libertad”, Icaria, Barcelona, 2015.

de atención a la salud, de ocio y esparcimiento, de educación, de trámites ante el Estado o entre privados y muchos otros usos que antes existían pero que se usaban muchísimo menos. Esta situación, indudablemente, también afecta a la democracia como sistema de gobierno y de organización social, y es por ello que resulta interesante contrastar algunas propuestas de las teorías de la democracia con la democracia digital, para analizar y evaluar los caminos que se abren en esta nueva etapa de la historia.

Hace tiempo se advierte que las redes digitales transformaron los modos de organización política, social y económica, redefiniendo las formas de participación democrática y promoviendo la aparición y desarrollo de movimientos sociales con identidades novedosas, construidas a partir de similitudes o intereses muy específicos y cambiantes. Las relaciones entre el Estado, la población y el mercado también se han alterado notablemente, a partir de que el primero ya no es capaz de garantizar los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales, civiles y políticos del mismo modo que lo hacía en décadas anteriores. Tampoco el mercado es el mismo, al darse una feroz concentración de la riqueza que provoca desigualdades nunca vistas antes entre los deciles más ricos y los más postergados de la sociedad. La población igualmente tiene otras demandas, otras necesidades, otros anhelos, otras formas de vincularse, que descolocan al sistema representativo de las democracias occidentales acostumbrado a otros tiempos. Es así que el mercado, a través de sus poderes globales y locales más importantes (principalmente con los dueños de las principales empresas de tecnología informática y la comunicación, financieras, energéticas y biotecnológicas), penetró en la política con suma fuerza capturando para sí buena parte de la decepción de la ciudadanía ante el fracaso o retiro del Estado. La política y la democracia en buena parte de Occidente se ha convertido en un espacio en extremo intervenido por los medios de comunicación y las redes digitales, que se rigen por la inmediatez y el impacto visual, afectando los principios de igualdad, participación y soberanía popular.

Explica García Canclini en su libro “Ciudadanos reemplazados por algoritmos” que está en descomposición un sistema global, tal como lo conocíamos, en un proceso de *desciudadanización* transnacional mul-

ticausada, por un lado, por la elitización de los partidos políticos y su lejanía con los intereses y sentires de las bases populares; la mercantilización de los medios y los procesos comunicativos; y la sensación o percepción ciudadana de que sus protestas y malestar no son considerados o atendidos por los poderes estatales, rompiendo los acuerdos básicos entre los Estados, las empresas y las personas que necesitan ver garantizados sus derechos humanos. Se transformó en sentido común, en paralelo, que los Estados-Nación cedan a corporaciones privadas y organismos internacionales la gestión de las economías, finanzas y comercio, las políticas de comunicación, entre otras dimensiones, lo que generó una expropiación de la escena pública de la ciudadanía por parte de redes de empresas transnacionales y líderes globales. García Canclini reflexiona que, en la perspectiva del enfoque liberal moderno, la ciudadanía actual es una condición rota, que se ejerce al defender nuestros derechos como indígenas, mujeres, jóvenes o vecinos, siempre poco conectados, con baja capacidad de organizarnos, mientras los Estados fueron cediendo y perdiendo poderes, y el voto, último acto que nos reúne y hace como que nos iguala en tanto ciudadanos, es una identidad casi vaciada¹².

Esta visión es algo más pesimista que la de Benkler, aunque probablemente se trate de las dos caras de la misma moneda, en una época de transición, donde todavía no se estableció un orden social que reemplace al anterior superándolo de abajo hacia arriba; claro, si es que esto en algún momento sucede...

En cualquier caso, las transformaciones tecnológicas no pueden ni podrán detenerse; por el contrario, la tendencia es su profundización y expansión, más aún con la masividad que está adquiriendo en este momento la inteligencia artificial generativa, que ya está al alcance de cualquier persona con acceso a un dispositivo conectado a Internet. Por ello no tiene sentido una postura que niegue, menosprecie o rechace completamente el uso de las NTIC, tan sencillamente porque esto es inviable; la población cada vez más las utiliza para todo tipo de instancias.

En este punto es cuando se revela la importancia de considerar la democracia digital a partir de la teoría deliberativa. James Fishkin,

¹² Cfr. GARCÍA CANCLINI, N., "Ciudadanos reemplazados por algoritmos", Calas-Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2019.

desde las posturas deliberativas, elaboró una propuesta que denomina *deliberative poll*, en español encuesta deliberativa, que consiste en generar espacios de discusión que reproduzcan “microcosmos” sociales, de unas 300 a 500 personas, a su vez subdivididas en grupos de 12 o 15 personas, las cuales se reúnen durante dos o tres días en fines de semana, con la intención de discutir temas de interés público, confrontar argumentos y posiciones, y finalmente buscar consensos y conclusiones que sean comunicados o trasladados a las personas y funcionarios encargados de resolver, gobernar y decidir sobre esas materias. Antes de las reuniones se procura elaborar materiales informativos “objetivos”, que establezcan un piso de igualdad de conocimiento para todas las personas, quienes serán seleccionadas al azar para evitar sesgos por edad, ideología, religión, clase social, identidad de género u otra condición. Este instrumento, construido en las últimas décadas (desde la década de los ochenta) como alternativa o en contraposición a las encuestas más tradicionales, creadas por Gallup y de uso frecuente en todo el mundo hace casi cien años, pretende recuperar un elemento propio de la democracia ateniense, como es el de la deliberación.

La propuesta de Fishkin busca reducir la distancia entre las teorías deliberativas y la práctica de los sistemas democráticos, propiciando espacios de participación activa de la ciudadanía en la vida política, a partir de considerar que la democracia procedimental, por más que asegura que una persona es igual a un voto, no asegura la igualdad política, por lo cual defiende la igualdad de carácter cualitativa, brindando igualdad de oportunidades de participar en los temas de interés público. Fishkin sostiene que la deliberación puede evitar que se tomen decisiones irracionales, infundadas o arbitrarias, incluso por encima de lo que pueda suceder en un acto electoral, en el cual muchas personas no participan o lo hacen sin tener suficiente conocimiento de lo que se define con su elección. En un ámbito deliberativo, para el autor se busca evitar la tiranía, en un marco de respeto mutuo, sin que se quieran imponer intereses particulares, como sucede en el sistema basado en el voto antagonista, donde muchas veces predominan factores impuestos por los sectores de mayor poder¹³.

¹³ PÉREZ ZAFRILLA, P. J., “¿Es posible realizar la teoría deliberativa en la vida política? El proyecto de James Fishkin”, en *Revista Española de Ciencia Política*,

La encuesta deliberativa que propone Fishkin, entonces, realiza la misma serie de preguntas a las personas seleccionadas antes y después de atravesar los días de discusión, donde participan junto a especialistas, grupos involucrados y representantes políticos, buscando detectar cómo dicho intercambio argumentativo influye en la construcción de opiniones, probando que es necesario elaborar contextos institucionales que motiven a la población a participar de la vida política estudiando y contrastando ideas sobre un tema de interés. En la medida que las opiniones y consensos alcanzados por los foros deliberativos sean tomados en cuenta luego por los decisores de las políticas públicas, se habrá, de acuerdo a Fishkin, recuperado la legitimidad democrática de la representación.

Las teorías democráticas deliberativas, impulsadas por diversos autores como Rawls, Habermas, Nino, Gargarella, Martí, Elster, Thompson y el mencionado Fishkin, buscan construir instrumentos innovadores respecto de la concepción del Estado clásica decimonónica, que favorezcan el debate de ideas, la construcción y confrontación de argumentos a partir de datos e investigaciones científicas, en ámbitos de participación directa o semidirecta, donde la ciudadanía pueda canalizar sus inquietudes e incidir en los procesos políticos que los conciernen¹⁴.

Giuffré define la democracia deliberativa como un modelo “de toma de decisiones políticas según el cual la legitimidad e imparcialidad depende del seguimiento de un proceso inclusivo y argumentativo entre las autoridades públicas y las personas o los grupos potencialmente afectados”¹⁵; en igual sentido, Olivares define que “se sostiene centralmente sobre el principio argumentativo de discusión y decisión política, el cual impone por metodología un proceso discursivo de exposición, contestación y balance de razones, llevado a cabo entre

núm. 30, 2012, ps. 9-30; disponible en Recyt Fecyt, <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37559>.

¹⁴ OLIVARES, N. E., “¿La democracia contemporánea demanda agonismo o liberación?”, en *Astrolabio*, núm. 14, 7-2015, Universidad Nacional de Córdoba, Centro de Estudios Avanzados, Córdoba, ps. 168-192.

¹⁵ GIUFFRÉ, C. I., “El constitucionalismo fuerte en la encrucijada. El constitucionalismo deliberativo como salida”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 118, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2023, ps. 289-314; disponible en Doi, <https://doi.org/10.5944/rdp.118.2023.39106>, p. 291.

los afectados por la norma, medida o institución política sujeta a discusión”¹⁶. Es decir, las teorías deliberativas buscan una democracia cualitativa, distinta y superadora de la procedimental o agregativa que tiene como referencia a Dahl o Schumpeter, que considera la democracia como un método instrumental resumido en la suma o agregación de intereses y preferencias individuales. Para las teorías deliberativas, entonces, la democracia digital abre infinidad de posibilidades en tanto las NTIC facilitan cada vez más instancias de participación (se suman a procedimientos como las encuestas deliberativas, las audiencias públicas, los *amicus curiae*, las consultas previas e informadas, y otras acciones de tipo legislativo, judicial, políticas y/o administrativas); claro, esto siempre y cuando las herramientas tecnológicas sean adaptadas y moldeadas específicamente con esta finalidad.

Por ejemplo, en el caso de Taiwán, en torno al año 2014 surge lo que se conoce como “Movimiento de los Girasoles”, integrado principalmente por jóvenes estudiantes, quienes reclamaban contra el Acuerdo de Comercio de Servicios con China, con el temor de que éste profundizaría la dependencia de la isla con el país continental. De esta forma, se multiplicaron las manifestaciones públicas exigiendo participación y transparencia, en tanto el Acuerdo había sido negociado prácticamente en secreto. Finalmente, el gobierno taiwanés retiró la propuesta del Acuerdo con China e invitó a los jóvenes a proponer nuevas formas de deliberación democrática, surgiendo como novedad plataformas como *vTaiwan* y *Join*, que permiten a la ciudadanía discutir temas de interés público e incidir en los procesos decisorios de los gobernantes¹⁷. Este procedimiento es conocido también como *crowdsourcing*, el cual refiere a un acto de colaboración abierto de ideas, contenidos, propuestas, críticas o sugerencias, en el que participa un grupo importante de personas¹⁸.

¹⁶ OLIVARES, N. E., “Deliberativismo republicano y control constitucional”, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 38, 6-2018, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, ps. 33-62; disponible en Conicet, <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/133344>, p. 34.

¹⁷ Cfr. SCHNEIDER, F., “Digital democracy in Taiwan. The Sunflower Movement and its legacies (Final report of six-month field research in Taiwan)”, Leiden University, Leiden, 2019.

¹⁸ SOTO BARRIENTOS, F.; FUENTES BRAVO, C. y MILLALEO HERNÁNDEZ,

En Taiwán, si bien no son vinculantes las conclusiones a las que se arriba en dichas plataformas, sí han sido receptadas en buena medida por el Parlamento local; para esto los jóvenes desarrollaron los mencionados softwares específicos, es decir que fueron moldeados para tal finalidad. Éste es apenas uno de tantos ejemplos en el mundo en los cuales, en los últimos años, se ha aprovechado de la democracia digital para fomentar la participación ciudadana con relativo éxito. Giuffré menciona a *Better Reykjavik* en Islandia, *Evidence checks* en Reino Unido, *vTaiwan* en Taiwán, *Decide Madrid* en España y *MindLab* en Dinamarca¹⁹.

Otra corriente teórica de la democracia, la agonal-pluralista, que desarrolla Chantal Mouffe, considera que la democracia agregativa ha sido superada por la democracia deliberativa, la cual para el autor tiene la misión de construir un consenso racional, imparcial, bajo un criterio de racionalidad universal. La autora cuestiona de la postura deliberativa que en política es imposible conseguir un equilibrio neutral y racional, porque el pluralismo político es inevitablemente dicotómico. De acuerdo a la teoría agonal-pluralista, en lo político siempre hay un nosotros en oposición a un ellos, implicando un escenario hostil, con enfrentamientos y conflictos, por lo cual se sostiene que la teoría deliberativa de la democracia, al negar el antagonismo, erra en la concepción empírica de lo político. En cambio, la política (nótese la distinción de género) busca el orden, el consenso, e integra el campo normativo. En efecto, Mouffe propone un modelo que se distinga de los agregativos, que priorizan los intereses individuales, y de los deliberativos, que priorizan la razón, poniendo el énfasis en las pasiones, el que se denomina pluralismo agonístico, que tiene como uno de sus principales objetivos la reducción de la hostilidad, el conflicto, el antagonismo, considerando que lo principal es el resultado y no así el procedimiento o los argumentos que justifican una determinada medida²⁰. De acuerdo a Linares, los agonistas consideran que lo político,

S., “*Crowdlaw* y parlamento digital en procesos de creación de normas: desafíos para Chile ante la experiencia comparada”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, núm. 13, 2024; disponible en Doi, <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2024.69511>.

¹⁹ GIUFFRÉ, op. cit., p. 313.

²⁰ OLIVARES, “¿La democracia contemporánea...?” cit., ps. 175 y ss.

que significa el conflicto entre pasiones, voluntades y deseos, asume un rasgo fundacional, por lo cual la política democrática tiene la finalidad de establecer cierto orden y organizar la convivencia humana, aun considerando que siempre será conflictiva. Considera que no es posible encontrar respuestas “correctas” a los conflictos, negando posibles soluciones racionales, por lo cual lo máximo que es posible realizar es canalizar el conflicto y la violencia de manera pacífica²¹.

La postura deliberativa de la democracia se basa, en síntesis, en el principio de argumentación, en tanto que la agonal-pluralista, en el principio de negociación y del voto, al interpretar que no es posible lograr un consenso racional real en las sociedades contemporáneas, ni siquiera utilizando los procedimientos que surgen de modelos deliberativos, en función de los desacuerdos políticos y morales profundos que existen en la población²².

Para Mouffe, el único consenso que demanda el sistema es un “metaconsenso” democrático, que significa la aceptación de la legitimidad del otro para exponer y sostener sus posturas políticas, y acatar el resultado de la elección realizada democráticamente. En cambio, la deliberación que pretende el consenso requiere de compartir valores, fines y objetivos en una comunidad, lo cual luce para la autora imposible en las sociedades actuales, con tantas desigualdades y complejidades. Mouffe, en otras palabras, propone transformar el antagonismo en agonismo, es decir, no ver al otro como enemigo sino como adversario; esto, de igual manera, implica rechazar la idea de razón pública libre de Rawls o la situación ideal de comunicación de Habermas²³.

Aun con diferencias tan sustantivas como las expuestas, tanto la democracia deliberativa como la agonista no pretenden suprimir o reemplazar el modelo representativo, sino mejorarlo, incorporando formas de democracia directa y participativa, ampliando esferas de discusión, demodiversidad²⁴, con mecanismos como referéndums, con-

²¹ Cfr. LINARES, S., “Democracia participativa epistémica”, Marcial Pons, Madrid, 2017.

²² OLIVARES, “¿La democracia contemporánea...?” cit.

²³ Cfr. SIERRA CABALLERO y CANDÓN MENA, op. cit.

²⁴ En términos de Boaventura de Sousa Santos.

sultas, iniciativas populares, revocación de mandatos, rendiciones de cuentas efectivas, entre otros.

¿Cómo vinculamos las teorías de la democracia sucintamente reseñadas con la democracia digital? Indudablemente, a nuestro modo de ver, las NTIC han transformado el modo en el que vivimos, trabajamos, pensamos, sentimos y soñamos, sin excepción. En función de eso, teorías como la deliberativa y la agonal-pluralista requieren adaptarse al nuevo tiempo, lo cual, desde ya, siempre implica también adaptarse al espacio, porque no sucede lo mismo en todas las sociedades, sino que cada una tiene sus particularidades históricas e identitarias.

La democracia digital es un decir que pretende conmovir postulados teóricos y prácticos establecidos, en tanto es la propia población la que adquiere la habitualidad de uso de las NTIC, impactando en los modos de organización social.

En cierto sentido, según nuestra interpretación, la democracia deliberativa es algo más optimista y la agonal-pluralista algo más pesimista respecto de las posibilidades que ofrece la sociedad contemporánea de arribar a consensos argumentados. Podríamos decir, arriesgando, que se trata de dos caras de una misma moneda, dos propuestas incompletas que requieren inevitablemente de la compensación que les ofrece la teoría contraria. No resulta cierto considerar que fuera posible en el mundo actual arribar a consensos argumentativos a partir de mecanismos deliberativos de manera total, o que pudiera funcionar para toda materia o discusión; quizás, sí, para temas de cierta escala reducida, pero en la medida que la discusión implique una diferencia fuerte sobre distribución de riqueza, privilegios versus derechos, desigualdad estructural, cuesta imaginar que exista una chance de vencer racionalmente a quienes están acostumbrados a ostentar posiciones de poder por décadas o siglos. Allí, en estos puntos, la democracia agonal-pluralista ofrece un panorama seguramente más pesimista, pero probablemente más realista, acerca del funcionamiento de la sociedad.

La democracia digital, en consecuencia, debe ser analizada con esta flexibilidad para incorporarla sin descartar ninguna de las dos variantes: la de la argumentación y la de la imposición o negociación. Ambas son necesarias y complementarias, y las NTIC sin lugar a dudas

permitirán optimizar, siempre que existan capacidades técnicas y humanas para desarrollarlas y manipularlas, los objetivos que cada momento y situación indiquen.

5. Conclusiones

En este breve ensayo hemos sintetizado concepciones sobre la democracia digital, mencionamos algunos ejemplos probados en el mundo y repasamos ciertas posturas teóricas de la democracia: la deliberativa y la agonial-pluralista, con la intención de reflexionar sobre un hecho de la realidad, como es el avance de las NTIC en la vida humana, en su impacto sobre las formas de la democracia y la organización social en el presente.

Concluimos, finalmente, que tanto las teorías deliberativas como las agonales-pluralistas son complementarias y necesarias, a pesar de sus concepciones antagónicas, en tanto no toda situación o discusión requiere desarrollarse del mismo modo. Las NTIC, en definitiva la democracia digital, abren un panorama muy amplio de posibilidades que pueden ser implementadas en una y otra teoría de la democracia. Por ejemplo, las encuestas deliberativas de Fishkin pueden ser optimizadas mediante el uso de las NTIC; las iniciativas populares, de igual manera, pueden expandirse en la medida que se facilite la posibilidad de presentarlas mediante las NTIC; y así con cada ejemplo.

Las herramientas deben adaptarse a los contextos y misiones, y no convertirse en un fin en sí mismo. En este sentido, la democracia digital debe asumirse como un reto para reformular las democracias y las instituciones de nuestras sociedades, que demandan nuevas formas de gobierno, idea que está latente en la elección de líderes tan repulsivos a los derechos humanos, como es el caso de Javier Milei, quien abiertamente se declara en contra de la justicia social y de toda búsqueda de igualdad. Seguramente, la sociedad expresa en un acto electoral una decisión que no sería la misma si hubiera otros mecanismos deliberativos que fortalezcan la democracia participativa; pero a la par es necesario evitar ingenuidades que nos hagan ver a todos como iguales, cuando existen personas con enorme capacidad económica y de influencia, que jamás aceptarían un debate de par a par con un ciudadano de a pie.

Por último, es necesario decir que estamos apenas viendo el inicio de la democracia digital. Internet y la inteligencia artificial generativa seguramente en las próximas décadas serán mucho más potentes que en el presente, abriendo nuevos caminos que podrán ser utilizados para el control, la vigilancia, la supresión de libertades y la concentración del poder; así como en paralelo es posible que permitan mayores conexiones, circulación de información, más rapidez y profundidad de análisis, y democratización de voces.

Si la democracia digital profundiza la desigualdad, seguramente será más útil para recuperar la libertad, la igualdad y la fraternidad la teoría agonial-pluralista de la democracia. Si, por el contrario, se avanza en una democracia digital desconcentrada, relativamente equitativa y abierta serán más apropiadas las teorías deliberativas. Ambas teorías son igualmente válidas y pertinentes si queremos que nuestras sociedades sean justas, pacíficas y solidarias.

Bibliografía

- BLENKER, Yochai, “La riqueza de las redes. Cómo la producción social transforma los mercados y la libertad”, Barcelona, Icaria, 2015.
- BOBBIO, Norberto, “El futuro de la democracia”, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- CANDÓN MENA, Javier, “Democracia deliberativa en los cibermovimientos sociales contemporáneos”, en Athenea Digital. Revista de Pensamiento e Investigación Social, 21(3), 2021; disponible en Doi, <https://doi.org/10.5565/rev/athenea.2781>.
- CASTELLS, Manuel, “La sociedad red”, 2ª ed., trad. de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, Madrid, Alianza, 2000.
- DADER, José Luis y CAMPOS DOMÍNGUEZ, Eva (coords.), “La búsqueda digital del voto. Ciber campañas electorales en España 2015-16”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- GARCÍA CANCLINI, Néstor, “Ciudadanos reemplazados por algoritmos”, Guadalajara, Calas-Universidad de Guadalajara, 2019.
- GARDELS, Nathan, “Medios sociales y democracia deliberativa”, en El País, del 20-3-2012; disponible en El País, https://elpais.com/elpais/2012/03/15/opinion/1331811901_336964.html.

- GIUFFRÉ, Carlos Ignacio, “El constitucionalismo fuerte en la encrucijada. El constitucionalismo deliberativo como salida”, en Revista de Derecho Político (núm. 118), Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2023, ps. 289-314; disponible en Doi, <https://doi.org/10.5944/rdp.118.2023.39106>.
- LINARES, Sebastián, “Democracia participativa epistémica”, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- OLIVARES, Nicolás Emilio, “Deliberativismo republicano y control constitucional”, en Cuestiones Constitucionales (núm. 38), 6-2018, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, ps. 33-62; disponible en Conicet, <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/133344>.
- “¿La democracia contemporánea demanda agonismo o deliberación?”, en Astrolabio (núm. 14), 7-2015, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, Centro de Estudios Avanzados, 2015.
- PÉREZ ZAFRILLA, Pedro Jesús, “¿Es posible realizar la teoría deliberativa en la vida política? El proyecto de James Fishkin”, en Revista Española de Ciencia Política (núm. 30), 2012, ps. 9-30; disponible en Recyt Fecyt, <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37559>.
- PERÍCOLA, María Eugenia, “Democracia digital: luces y sombras”, en *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Departamento de Publicaciones, 2023; disponible en Derecho UBA, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/22/democracia-digital.pdf>.
- SCHNEIDER, Florian, “Digital democracy in Taiwan. The Sunflower Movement and its legacies (Final report of six-month field research in Taiwan)”, Leiden, Leiden University, 2019.
- SCHUMPETER, Joseph, “Capitalism, Socialism, and Democracy”, London-New York, Routledge, 1942.
- SIERRA CABALLERO, Francisco y CANDÓN MENA, Javier, “Democracia digital. De las tecnologías de la representación a la expresión ciudadana”, Sevilla, Comunicación Social Ediciones y Publicaciones, 2020.
- SOTO BARRIENTOS, Felipe; FUENTES BRAVO, Claudio y MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador, “Crowdlaw y parlamento digital en procesos de creación de normas: desafíos para Chile ante la experiencia comparada”, en Revista Chilena de Derecho y Tecnología (núm. 13), 2024; disponible en Doi, <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2024.69511>.

DE LA SOCIEDAD DISCIPLINARIA A LA SOCIEDAD ALGORÍTMICA: MUTACIONES DEL PODER EN EL SIGLO XXI

por JOEL PONCE DE LEÓN¹

SUMARIO: Introducción. 1. La disciplina como forma histórica del poder. 2. El desplazamiento del dispositivo: del panóptico al algoritmo. 3. El algoritmo como norma invisible. 4. Implicancias filosóficas y jurídicas. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

Vivimos en una sociedad donde el poder no ha desaparecido, sino que ha mutado en su forma y en sus mecanismos. Ya no se ejerce centralizadamente desde instituciones visibles, sino que opera de manera silenciosa a través de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial, configurando nuestras decisiones, preferencias y vínculos sociales. Este trabajo retoma las ideas de Michel Foucault sobre el poder disciplinario y propone una actualización conceptual a partir de las nociones de sociedad de control (Gilles Deleuze) y de sociedad del rendimiento (Byung-Chul Han). Donde antes se normaba a través de reglamentos y vigilancia institucional, hoy se predicen comportamientos mediante correlaciones estadísticas. El algoritmo reemplaza a la norma escrita, y la visibilidad panóptica cede ante la opacidad digital. A partir de este diagnóstico, el artículo analiza las consecuencias filosóficas y jurídicas de esta mutación del poder: la crisis del sujeto autónomo, el desplazamiento del consentimiento como categoría jurí-

¹ Abogado. Docente de Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

dica y los límites del Derecho moderno frente a nuevas formas de gobierno algorítmico. Se sostiene que repensar el Derecho y la subjetividad en clave crítica es una tarea urgente si se busca evitar que las tecnologías del presente sean también los dispositivos de sujeción del futuro.

Abstract

We live in a society where power has not disappeared, but has instead mutated in both its form and its mechanisms. It is no longer exercised centrally through visible institutions, but operates silently through algorithms and artificial intelligence systems that shape our decisions, preferences and social relationships. This paper revisits Michel Foucault's theories on disciplinary power and proposes a conceptual update based on Gilles Deleuze's notion of the society of control and Byung-Chul Han's idea of the society of performance. Where once behavior was regulated through institutional rules and surveillance, today it is predicted through statistical correlations. The algorithm replaces the written norm, and panoptic visibility gives way to digital opacity. From this diagnosis, the article examines the philosophical and legal consequences of this transformation of power: the crisis of the autonomous subject, the displacement of consent as a legal category and the limits of modern Law in the face of new forms of algorithmic governance. It argues that rethinking Law and subjectivity through a critical lens is an urgent task if we are to prevent today's technologies from becoming tomorrow's instruments of subjugation.

Palabras clave

Algoritmo y poder. Sociedad disciplinaria. Normalidad.

Keywords

Algorithms and Power. Disciplinary society. Normality.

Introducción

Michel Foucault supo advertir, con una lucidez precursora, que el

poder moderno no se ejercía principalmente a través de la prohibición o la ley, sino mediante la organización de los cuerpos y los espacios: la disciplina. Las escuelas, los hospitales, las fábricas y las cárceles no eran sólo instituciones sociales, sino también dispositivos de poder que producían subjetividades normalizadas.

La sociedad disciplinaria que Foucault describe se caracteriza por su capacidad de imponer una economía de los cuerpos y una política de los tiempos. La vigilancia, el examen, la serialización y la normalización eran los mecanismos que garantizaban la funcionalidad de las instituciones modernas. Pero lo fundamental no era tanto el castigo, como en el poder soberano, sino la producción de cuerpos útiles, controlables y predecibles².

Sin embargo, en el siglo XXI nos enfrentamos a una transformación radical de esa forma de control: las instituciones de la sociedad disciplinaria están siendo reemplazadas, si no lo han sido ya, por los algoritmos. Plataformas digitales, inteligencias artificiales y sistemas de *machine learning* cumplen hoy funciones que antes se atribuían a la autoridad institucional. Pero lo hacen de modo más sutil, más eficiente y, quizás, más peligroso: sin necesidad de encierro, sin reglamentos visibles, sin un inspector que observe desde la torre.

En este nuevo régimen el poder no reprime: predice. No castiga: sugiere. No vigila: calcula. Nos encontramos así frente a un nuevo tipo de poder que no se apoya en la norma explícita, sino en el procesamiento de datos. En este contexto, el presente trabajo se propone pensar esa mutación, retomando la genealogía foucaultiana del poder disciplinario y articulándola con desarrollos contemporáneos como los de Gilles Deleuze, quien anticipó la sociedad de control, y Byung-Chul Han, que analiza la autoexplotación neoliberal y la positividad del rendimiento.

La hipótesis que guía este artículo es que la racionalidad algorítmica ha comenzado a ocupar el lugar que desde hace mucho tiempo tenían las instituciones disciplinarias, reconfigurando así las modalidades del poder, la producción de subjetividades y los marcos jurídicos desde los cuales interpretamos nuestras relaciones sociales.

² FOUCAULT, M., "Vigilar y castigar", 1ª ed., Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.

1. La disciplina como forma histórica del poder

En “Vigilar y castigar”, Michel Foucault describe el pasaje histórico de un poder soberano, basado en el castigo público y ejemplar, hacia un poder disciplinario, que actúa de forma silenciosa sobre los cuerpos. La modernidad no elimina el poder, sino que lo transforma: lo hace más racional, más eficaz y, sobre todo, más productivo. La disciplina ya no se limita a reprimir, sino que fabrica sujetos útiles y obedientes. “El poder produce saber [...] no se puede ejercer poder sin saber, ni saber sin poder”³.

El objetivo de este régimen no es castigar al delincuente, sino adiestrar al ciudadano. Escuelas, hospitales, fábricas y cuarteles son los espacios donde se configura esta nueva lógica. Foucault detalla con precisión cómo estas instituciones organizan el espacio (la celda, el aula, la sala), el tiempo (el horario, el calendario, la rutina) y los cuerpos (la postura, el silencio, la mirada). La vigilancia se convierte en una técnica, y el examen en un instrumento de clasificación y jerarquía.

El modelo central de este nuevo poder es el panóptico, inspirado en el diseño carcelario de Jeremy Bentham: una torre de observación en el centro de un anillo de celdas. El efecto buscado no es tanto vigilar de forma permanente, sino hacer creer al sujeto que podría estar siendo observado en cualquier momento. El resultado es la internalización de la norma: el sujeto se convierte en su propio vigilante.

Este dispositivo no opera por la fuerza, sino por la visibilidad. Como bien lo explica Foucault, “la visibilidad es una trampa”⁴. Bajo esta lógica, el control ya no necesita cadenas, sino luz constante. Y el poder, en lugar de centralizarse, se dispersa, se infiltra, se automatiza.

Así, la disciplina inaugura una nueva racionalidad política, como la llamaría Foucault, una “microfísica del poder” que actúa no desde el Estado, sino desde una multiplicidad de dispositivos. Es este esquema el que, como exploraremos, será progresivamente desplazado por formas más sofisticadas de control: aquellas ejercidas por los datos, los algoritmos y los sistemas inteligentes que habitan nuestra cotidianidad.

³ FOUCAULT, M., “Defender la sociedad”, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.

⁴ FOUCAULT, “Vigilar...” cit.

2. El desplazamiento del dispositivo: del panóptico al algoritmo

El siglo XXI marca una transformación en la lógica del poder. Si la modernidad se organizaba en torno a instituciones disciplinarias que vigilaban, normaban y corregían, la era digital presenta una nueva forma de gobierno: la sociedad algorítmica. En este nuevo régimen, el poder ya no necesita encerrar ni separar a los individuos. El sujeto no está confinado en una celda, ni bajo el ojo de un inspector, pero cada uno de sus movimientos, decisiones, gustos y vínculos es rastreado, evaluado y anticipado por sistemas de inteligencia artificial.

Los algoritmos no sólo almacenan datos: operan sobre el deseo, lo orientan, lo modelan. Ya no existe una torre panóptica que observe desde el centro; ahora hay millones de sensores distribuidos, cámaras, cookies, sistemas de geolocalización y rastreo digital. El poder se ha vuelto omnipresente, difuso, inmaterial, silencioso. No necesita prohibir: filtra. No castiga: posiciona o invisibiliza. No ordena: predice y prescribe.

Gilles Deleuze fue uno de los primeros en advertir este cambio. En su célebre ensayo “Posdata sobre las sociedades de control” plantea que hemos pasado de un modelo disciplinario, centrado en la institución, a uno de control, centrado en la modulación constante: “Ya no estamos en una sociedad disciplinaria, sino en una sociedad de control”⁵. Allí donde la disciplina buscaba fijar comportamientos, el control actúa como una onda: flexible, continua, adaptativa.

Este desplazamiento no es menor: supone una mutación en la forma en que se ejerce el poder y en la manera en que se produce subjetividad. El algoritmo no observa para sancionar, sino para optimizar. Se orienta a generar correlaciones estadísticas que permitan predecir –y eventualmente intervenir– sobre las conductas futuras. Se trata de un poder que no se impone desde la ley, sino desde la lógica de la probabilidad.

En este nuevo escenario, el algoritmo no reemplaza al panóptico: lo supera. Porque ya no necesita mantener la ilusión de vigilancia permanente: opera sin necesidad de conciencia, de resistencia o de visibilidad. Es, en ese sentido, una forma de poder más eficaz, más invasiva y más difícil de confrontar.

⁵ DELEUZE, G., “Conversaciones”, 2ª ed., Pre-Textos, Valencia, 1996.

3. El algoritmo como norma invisible

Una de las características fundamentales del poder disciplinario, tal como lo analizó Michel Foucault, era su capacidad para instaurar normas visibles: reglamentos, horarios, códigos de conducta. La norma se enunciaba, se enseñaba, se reforzaba a través del castigo o la recompensa. El sujeto sabía qué se esperaba de él y qué consecuencias implicaba desviarse. Sin embargo, en la sociedad algorítmica, la norma ha sufrido una mutación profunda: ya no se escribe, se calcula. Ya no se funda en un ideal de corrección o virtud, sino en patrones de comportamiento inferidos estadísticamente.

El algoritmo no comunica su criterio, pero filtra la realidad de acuerdo a él. No dice qué es lo correcto, pero decide lo que se muestra, lo que se oculta, lo que se recomienda. Los usuarios no acceden a la totalidad del mundo digital, sino a una versión personalizada y sesgada, construida sobre sus datos previos, sus elecciones pasadas y las de perfiles similares. La norma, entonces, se torna invisible pero operativa, y por eso mismo más difícil de problematizar.

Byung-Chul Han ofrece una clave interpretativa contundente al señalar el pasaje de una sociedad de la negatividad –estructurada en torno a la prohibición, el deber y la ley– hacia una sociedad de la positividad, dominada por el rendimiento, la elección y la optimización: “La presión por la optimización constante convierte al sujeto en un proyecto interminable de sí mismo”⁶. En este nuevo régimen ya no es necesario imponer desde afuera: el sujeto se autoexige, se autoexplota, se compara con estándares que no elige, pero que reproduce.

El algoritmo, por su parte, no impone, pero predispone. No sanciona, pero margina. No impide, pero silencia. Funciona como un juez sin rostro, como un regulador sin código explícito. En lugar de leyes, hay rankings; en lugar de castigos, hay desaparición del *feed*. Lo “normal” ya no se define por criterios morales o jurídicos, sino por lo que el sistema considera estadísticamente rentable o probable. Y como toda norma, ésta también genera exclusión, pero sin necesidad de justificarla.

Esta invisibilidad de la norma es uno de los mayores desafíos contemporáneos. Porque, como enseñó Foucault, donde hay poder, hay

⁶ HAN, B.-C., “La sociedad del cansancio”, 1ª ed., Herder, Barcelona, 2012.

resistencia. Pero ¿cómo resistirse a lo que no se ve, a lo que se presenta como opción, como mejora, como eficiencia? Allí radica la sofisticación –y el peligro– del poder algorítmico.

4. Implicancias filosóficas y jurídicas

La pregunta que atraviesa silenciosamente todo el análisis anterior es tan simple como radical: ¿Quién produce hoy al sujeto? Si seguimos la línea foucaultiana, el sujeto no es una entidad previa ni autónoma, sino el resultado de una red de discursos, prácticas e instituciones que lo constituyen: “El sujeto no es una sustancia, es una posición en un campo de poder”⁷. De allí que la pregunta no sea qué es un sujeto, sino quién o qué lo produce.

En la sociedad algorítmica el sujeto ya no es moldeado por el aula, la fábrica o el hospital, sino por la lógica de los datos. Sistemas de inteligencia artificial, plataformas digitales y algoritmos predictivos configuran entornos en los que las decisiones individuales se encuentran prefiguradas, limitadas o directamente inducidas por estructuras de correlación y segmentación. El sujeto ya no es soberano de su deseo, sino que habita una arquitectura diseñada para optimizar su comportamiento según criterios que desconoce.

Desde el punto de vista filosófico, esta situación implica una mutación del sujeto moderno. El ideal ilustrado del individuo autónomo, racional, capaz de deliberar libremente y de actuar en consecuencia, se ve desplazado por un nuevo modelo: el sujeto entrenado, definido por sus datos pasados, su perfil de consumo, sus interacciones, sus predicciones. Como señala Zuboff, nos enfrentamos a una “era del capitalismo de la vigilancia”, donde la experiencia humana se convierte en materia prima para sistemas comerciales⁸.

Las consecuencias jurídicas de este cambio son profundas. ¿Puede hablarse de consentimiento informado cuando las opciones son filtradas previamente? ¿Tiene sentido la responsabilidad individual cuando la

⁷ FOUCAULT, M., “La verdad y las formas jurídicas”, 1ª ed., Gedisa, Barcelona, 1992.

⁸ ZUBOFF, S., “La era del capitalismo de la vigilancia”, 1ª ed., Paidós, Barcelona, 2020.

conducta fue anticipada, modelada o inducida por un algoritmo? ¿Es válida la libertad contractual cuando el entorno de decisión fue diseñado para guiar el resultado? El Derecho moderno, centrado en el sujeto autónomo y racional, se enfrenta hoy al desafío de pensar una normatividad que incluya la opacidad algorítmica, la asimetría informacional y la arquitectura de la persuasión digital.

Así, tanto en el plano filosófico como jurídico, se impone una revisión crítica de nuestras categorías tradicionales. Ya no alcanza con garantizar derechos formales si el sujeto que los ejerce ha sido previamente moldeado para no ejercerlos plenamente.

Conclusión

Vivimos en una sociedad algorítmica. Una sociedad donde el poder que detentaban las instituciones del siglo XX no desapareció: se volvió más sutil, más técnico, más difuso. Como supo anticipar Gilles Deleuze, ya no nos enfrentamos a un régimen disciplinario, basado en instituciones cerradas y rutinas repetitivas, sino a un sistema de control fluido, sin centro ni bordes, que modula nuestras conductas a través de la información y la conectividad. “El hombre ya no está encerrado, sino endeudado”, advierte Deleuze, señalando que el control se ejerce a través de procesos continuos, abiertos e invisibles⁹.

En esta lógica, el algoritmo se convierte en la nueva gramática del poder. No castiga, no ordena, no grita: calcula, filtra, sugiere. Define lo que aparece y lo que no, lo que se recomienda, lo que se viraliza. El control no viene de la ley, sino de la arquitectura de la información. La visibilidad es construida, los vínculos son diseñados, y las decisiones, en gran medida, son anticipadas y guiadas.

Byung-Chul Han, por su parte, advierte que este nuevo orden no opera ya sobre la negatividad –lo que se prohíbe– sino sobre la positividad: lo que se espera, se desea, se optimiza. En lugar de límites, se impone la exigencia de superarse, de mostrarse, de rendir. La autoexplotación reemplaza a la opresión visible. “La sociedad del rendimiento es una sociedad de autoexplotación voluntaria”, sostiene Han¹⁰.

⁹ DELEUZE, op. cit.

¹⁰ HAN, op. cit.

En este contexto, retomar a Foucault no implica repetirlo, sino usar su caja de herramientas para pensar las nuevas formas de poder. Comprender cómo se ejerce hoy el control, cómo se produce al sujeto, cómo se normativiza la conducta sin recurrir a la ley, es un desafío tanto filosófico como jurídico.

Porque si no logramos ver el poder en sus formas actuales corremos el riesgo de normar con categorías antiguas un mundo que ya ha cambiado. Y si no pensamos críticamente el lugar del sujeto en esta nueva arquitectura del algoritmo podríamos terminar celebrando como libertad lo que no es más que una nueva forma de obediencia automatizada.

Bibliografía

- DELEUZE, Gilles, “Conversaciones”, 2ª ed., Valencia, Pre-Textos, 1996.
- FOUCAULT, Michel, “Defender la sociedad”, 1ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- “La verdad y las formas jurídicas”, 1ª ed., Barcelona, Gedisa, 1992.
- “Vigilar y castigar”, 1ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2002.
- HAN, Byung-Chul, “La sociedad del cansancio”, 1ª ed., Barcelona, Herder, 2012.
- ZUBOFF, Shoshana, “La era del capitalismo de la vigilancia”, 1ª ed., Barcelona, Paidós, 2020.

¿QUIÉN RESPONDE CUANDO EL ALGORITMO DISCRIMINA?

UN ANÁLISIS DESDE LA RESPONSABILIDAD
CIVIL EN ARGENTINA

por VICTORIA SALEY¹

SUMARIO: 1. Planteo del tema. 2. Sesgos y algoritmos: entender cómo funcionan para plantear soluciones. 3. Responsabilidad civil por sesgos algorítmicos discriminatorios. 3.1. ¿A quién se le atribuye responsabilidad civil y qué factor de atribución se aplica? A. Resultados discriminatorios en relaciones jurídicas entre consumidores/usuarios y proveedores. B. Resultados discriminatorios en relaciones jurídicas donde no se aplica el sistema normativo de consumidores y usuarios. C. Resultados discriminatorios cuando el legitimado pasivo es el Estado. 4. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

La inteligencia artificial (IA) ha llegado a nuestras vidas para modificarlo todo. En pos de facilitarnos tareas, se automatizan mecanismos que antes eran ejecutados a través de operaciones que insumían pensamiento y realización humanos. Sin embargo, no todo es ganancia. Para sumar rendimiento, hemos cedido gran cantidad de datos, a los que les incorporamos algoritmos que “aprenden” automáticamente, y arrojan los resultados que pretendemos obtener de la IA; resultados que, cuando el proceso adolece de sesgos discriminatorios, también discriminan. En este punto, queda claro que existen quienes deberán responder por los daños que estos resultados provocan, y nuestra le-

¹ Abogada por la UNR. Especialista en Derecho de Daños por la UCA. Adscripta de la Cátedra de Derecho de Daños, UNR.

gislación actual nos permite identificar legitimados pasivos conforme la relación jurídica de que se trate. Diferente será el tratamiento cuando el legitimado activo forme parte de una relación de consumo a cuando no lo sea. Tampoco será similar cuando el legitimado pasivo sea el Estado. Estas distinciones vienen dadas a partir de la falta de especificidad en la legislación, lo que deviene en un camino arduo de atribución de responsabilidad, aunque no imposible. Sin embargo, se requiere debate y avance legislativo para allanar el camino a quienes resulten víctimas de esta problemática. Avances que se gesten sobre la base de principios éticos en la IA, y modos simples de responsabilizar, en consideración de la especificidad y evolución tecnológica constante, sin amedrentar la incorporación de la tecnología.

Abstract

Artificial intelligence (AI) has come into our lives to change everything. In an effort to make tasks easier, mechanisms that were previously carried out through operations requiring human thought and effort are being automated. However, not everything is a gain. To increase performance, we have surrendered a vast amount of data, to which we add algorithms that “learn” automatically and provide the results we expect from AI; results that, when the process suffers from discriminatory biases, also discriminate. At this point, it is clear that there will be those who must be held accountable for the damages these results cause, and our current legislation allows us to identify legitimate passive parties according to the legal relationship in question. The treatment will differ when the active party is part of a consumer relationship versus when it is not. Similarly, it will not be the same when the passive party is the State. These distinctions arise from the lack of specificity in the legislation, which leads to a difficult process of attributing responsibility, though not impossible. However, debate and legislative progress are needed to clear the way for those who become victims of this issue. Such progress should be built on ethical principles in AI, and simple methods of holding parties accountable, while considering the specificity and constant technological evolution, without discouraging the incorporation of technology.

Palabras clave

Inteligencia artificial. Sesgos discriminatorios. Responsabilidad civil.

Keywords

Artificial Intelligence. Discriminatory biases. Civil liability.

1. Planteo del tema

La irrupción de la IA ya no resulta, a esta altura, novedosa. A medida que el avance tecnológico lo ha ido permitiendo, se ha incorporado nueva tecnología a múltiples espacios que rigen nuestra vida social, económica y política.

Nos encontramos inmersos en un mundo hiperconectado a través de dispositivos domésticos, industriales, más o menos sofisticados, en los que la información y recopilación de datos sobreabundan.

Hoy –por ejemplo– se nos presenta como habitual elegir productos que consumimos a diario, a partir de las recomendaciones que empresas como Amazon y Netflix realizan a través de plataformas de comercio electrónico. Estas empresas utilizan algoritmos de aprendizaje automático para analizar el comportamiento de los usuarios y hacer recomendaciones personalizadas de productos o contenido, con base en nuestras preferencias.

Lo cierto es que el desarrollo tecnológico de IA ha venido a traernos enormes beneficios, y en ese aspecto ha ido ganando mucho terreno, tanto en los productos como en los servicios, en una tendencia clara en simplificar y automatizar procesos de toma de decisiones que antes insumían cierto esfuerzo cognitivo humano.

Múltiples son los países que utilizan sistemas de IA en servicios del Estado, como lo es la justicia, la seguridad, la salud pública, entre otros.

Ahora bien, los beneficios de esta tecnología se presentan de manera clara, atento a que es –en definitiva– la razón misma de su implementación y el reemplazo de la actividad humana. Pero una pregunta emerge: ¿Es esta tecnología inocua?

Uno de los célebres antecedentes de sesgos discriminatorios en aplicación de esta tecnología comenzó a gestarse en el año 2014, cuando la empresa Amazon.com, Inc. creaba programas informáticos que revisarían los currículums de candidatos que aplicaban a puestos de trabajo. La herramienta de contratación funcionaba utilizando IA que puntuaba a los candidatos con estrellas del 1 al 5, similar a la forma en que los compradores califican los productos en Amazon.

Puesta en funcionamiento, para el año siguiente, se advirtió que el sistema de IA descartaba a candidatas mujeres, reproduciendo un claro sesgo discriminatorio con motivo en el género. Se llegó a conocer que el motivo de la presencia del sesgo se debía a que los datos utilizados para crear el software eran datos de ingresos a la empresa, recopilados en los últimos 10 años, donde, históricamente, los puestos eran ocupados por hombres.

Conforme la investigación realizada por la Agencia de Noticias Reuters, se penalizaron las solicitudes de trabajo que incluían la palabra “femenino”, como en “capitana de club de ajedrez femenino”. Además, se rebajó la calificación a las graduadas en dos universidades exclusivas de mujeres².

Cuando la investigación vio la luz, los voceros de Amazon aseguraron que la empresa estaba comprometida con la defensa de la igualdad de género, y propendieron a generar un algoritmo neutral. Sin embargo, el proyecto fue desechado por completo para el año 2017.

Otro caso resonante, por IA aplicada al servicio de justicia, ha sido sin dudas el de Estados Unidos, donde se ha implementado en varios Estados como Nueva York y Wisconsin el uso de un sistema llamado “COMPASS” (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), un software que utiliza un algoritmo para evaluar el riesgo potencial de reincidencia de quienes se encuentran en calidad de condenados en sus cárceles.

Sin embargo, el sistema ha sido objeto de investigación y crítica. De los principales cuestionamientos recibidos, uno ha sido que los algoritmos que utilizan son secretos del propietario del software, por

² DASTIN, J., “Amazon abandona un proyecto de IA para la contratación por su sesgo sexista”, en Agencia de Noticias Reuters, <https://www.reuters.com/article/idUSKCN1MO0M4/>, del 20-3-2024.

lo que no pueden ser examinados ni constatados por la población en general, de modo que, si no pueden ser constatados, tampoco pueden ser rebatidos, lo que vedaría por completo garantías básicas del debido proceso.

Pero ésa no ha sido la única crítica al software, y es que, en general, cuando de implementación de algoritmos basados en el aprendizaje automático hablamos, resulta fundamental considerar que los mismos no se encuentren contaminados por sesgos discriminatorios. Ello en tanto la réplica del sesgo discriminador redundaría en un resultado discriminatorio.

A partir de una investigación realizada por ProPublica se obtuvieron los siguientes resultados, a partir de una muestra de 7.000 detenidos en los que se utilizó el sistema COMPASS: a menudo se predijo que los acusados afrodescendientes corrían un mayor riesgo de reincidencia del que realmente tenían. Estos acusados, que no reincidieron durante un período de dos años, tenían casi el doble de probabilidades de ser clasificados erróneamente como de mayor riesgo en comparación con sus homólogos “blancos” (45 por ciento frente a 23 por ciento), entre otras conclusiones que perjudicaban derechos de hombres afrodescendientes³, en comparación con el tratamiento que le brindaban a hombres “blancos”.

Estos argumentos fueron utilizados –en parte– por un detenido, y llevados a la Corte de Wisconsin, la que determinó en el caso “Loomis vs. Wisconsin” que, en definitiva, el programa informático se había basado únicamente en los factores habituales para medir la peligrosidad criminal futura como, por ejemplo, huir de la Policía y el historial delictivo previo⁴. Pero también determinó que, en el futuro, el análisis de riesgo deberá tener una aclaración sobre sus limitaciones, y advirtió que COMPASS podría darle a las minorías étnicas puntajes de riesgo desproporcionado, lo que significa una seria debilidad en el sistema, teniendo en cuenta las actuales tensiones que se vive con la Policía por cuestiones vinculadas a la discriminación y el desigual trato basado en aspectos raciales en ese país.

³ LARSON, J.; MATTU, S.; KIRCHNER, L. y ANGWIN, J., “How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm”, en ProPublica, <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>, del 20-3-2024.

⁴ PINTO PALACIOS, F., “Justicia robótica: el caso «Loomis»”, en Conflegal, Conflegal.com, del 20-3-2024.

Ahora bien, en defensa de los algoritmos, se ha dicho que ellos sólo procuran la reproducción de sesgos que los seres humanos –cuyas decisiones hoy se pretenden reemplazar a través de estos sistemas– ya poseen, y que ya reflejaban en el pasado.

Entonces, si ya los sistemas de IA de aprendizaje automático forman parte de nuestra vida cotidiana, y los sesgos resultan inherentes a la condición humana, varios interrogantes se asoman: ¿Acaso todos los sistemas de aprendizaje automático están condenados a replicar sesgos discriminatorios? Y de ser así, ¿estos sesgos podrán ocasionar daños a sus destinatarios? Y si lo hacen, ¿quiénes responden por ellos y de qué manera?

2. Sesgos y algoritmos: entender cómo funcionan para plantear soluciones

Un concepto elemental para comprender la problemática planteada resulta ser el *Big Data*. En su acepción más general, y a los fines de referirnos a él en el contexto del presente trabajo, refiere a “la recopilación, análisis y acumulación constante de grandes cantidades de datos, incluidos datos personales, objeto de un tratamiento automatizado mediante algoritmos informáticos y avanzadas técnicas de tratamiento de datos, utilizando tanto datos almacenados como datos transmitidos en flujo continuo, con el fin de generar correlaciones, tendencias y patrones”⁵.

Otro término elemental es el de “algoritmo”. A grandes rasgos, se trata de una fórmula informatizada que se utiliza para calcular una predicción, mediante el uso de los datos disponibles. Se trata, en definitiva, de una creación realizada por humanos (Eguiluz Castañeira, 2020, 330), en tanto serán los programadores quienes elaboren la fórmula que ejecutará una computadora.

Todo algoritmo tiene un número finito de pasos tendientes a obtener

⁵ Parlamento Europeo, “Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225[INI])”, en Parlamento Europeo, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0076_ES.pdf (última consulta: 22-2-2022).

un resultado, por lo que hay una entrada (*input*) y una salida (*output*). En el medio de esos dos extremos se encuentran las instrucciones específicas para resolver el problema⁶.

Estos conceptos esbozados hasta aquí se aglutinan con la noción de “inteligencia artificial”. A los fines de su comprensión, podemos decir que se trata del uso de la tecnología digital para crear sistemas que puedan realizar tareas que por lo general se considera que requieren inteligencia humana.

Teniendo claros los conceptos de algoritmos, *big data* e IA, cabe referirnos ahora al llamado “aprendizaje automático”, o más comúnmente conocido por su nombre en inglés: *machine learning*. El aprendizaje automático es una rama de la IA que estudia sistemas capaces de aprender a realizar una tarea a partir de datos de ejemplo. Es de naturaleza inductiva, a diferencia de la IA clásica, y comprende técnicas y métodos para realizar clasificación, optimización y predicción⁷.

El aprendizaje de los algoritmos se fundamenta en la mejora progresiva de los resultados a partir de experiencias previas. El entrenamiento consiste en la exposición reiterada a datos –imágenes, sonidos, textos, entre otros– que se encuentran etiquetados como correctos. De esta manera, el propio algoritmo ajusta su funcionamiento al identificar y corregir aquellos elementos que resultan erróneos dentro del universo de información provisto por las bases de datos.

Puede haber aprendizaje automático supervisado o no supervisado. En el aprendizaje automático supervisado –o también llamado predictivo– se cuenta con un conjunto de ejemplos cuya respuesta es conocida, y lo que se necesita realizar es una regla que permita aproximar la respuesta para todos los datos que se presenten. Mientras, en el aprendizaje no supervisado o descriptivo no se cuenta con un conjunto de ejemplos cuya respuesta es conocida; por lo tanto, los problemas se abordan con poca o ninguna idea de cómo deben ser los resultados.

Por su parte, el *deep learning* es un sistema que se asimila a la

⁶ COLOMBO, M.^a C., “¿La utilización de algoritmos es una actividad riesgosa?”, en *La Ley* 2019-F.

⁷ QUIROGA, F. M. y LANZARINI, L. C., “Aprendizaje automático. Aplicaciones en reconocimiento de gestos, acciones y señas”, en *Investigación Joven*, vol. 6, 174, 2019.

arquitectura computacional utilizada por las redes neuronales de un cerebro biológico, siendo que el sistema procura imitar el proceso de sinapsis ocurrido en los humanos. Pero esta “imitación” puede resultar un entendimiento muy reduccionista del funcionamiento de las neuronas humanas. De ahí que el término *deep* (profundo) refleja la capacidad de formar esas múltiples capas de datos, las que permiten a los algoritmos alcanzar distintos niveles de profundidad, superando los resultados obtenidos por la IA, lo que es cada vez más posible debido a los avances del poder computacional de las máquinas y a la tecnología del *cloud computing*. A su vez, este proceso de “apilado” de distintas capas de *input* permite el “aprendizaje” de mejores y más complejas representaciones de los datos que las conforman, lo que también aumenta las capacidades de entrenamiento de los algoritmos, a partir de la posibilidad de contar con una mejor estructura de organización temporal o espacial en los procesos de entrenamiento de los algoritmos⁸.

Dilucidados los términos que nos ofrece el ámbito tecnológico, queda referirnos a otra de las partes fundamentales que conforman este trabajo, y que refiere a los sesgos y la discriminación.

Según la Real Academia Española, la palabra “sesgo” significa torcido, cortado o situado oblicuamente. Es decir, podemos afirmar que el “sesgo” resulta ser una desviación de algo que continúa un “camino” al que llamaríamos lineal.

El autor Kahneman⁹ considera a los sesgos cognitivos como respuestas intuitivas, vinculadas a mecanismos automáticos de procesamiento de la información, que ofrecen los seres humanos ante una situación que involucra una toma de decisión.

Es decir, pareciera que, según este autor, el sesgo cognitivo se nos impone prácticamente de manera espontánea, y se nutre de cierto contexto que nos rodea, en lo que se juegan las experiencias vividas, la cultura, los prejuicios y demás componentes de nuestra vida diaria y cultural.

⁸ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, C., “Nuevas tecnologías e inteligencia artificial. El principio de la autonomía de la voluntad como mecanismo de gobernanza”, en *Pensar en Derecho*, vol. 21, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2022.

⁹ KAHNEMAN, D., “Pensar rápido. Pensar despacio”, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 2011.

Sin embargo, ya en 1973, Kahneman y Tversky describieron tres heurísticas: la disponibilidad, la representatividad y el anclaje-ajuste, que subyacen a muchos juicios bajo incertidumbre. Aunque la intuición heurística se distingue de los procesos de razonamiento formativo por pautas de juicios sesgados, los heurísticos en sí mismos son procedimientos de estimación que de ningún modo son irracionales. Son respuestas intuitivas normales, no sólo para los problemas de alta complejidad, sino para las más simples cuestiones de verosimilitud, frecuencia y predicción¹⁰.

Existen varios tipos de sesgos cognitivos¹¹, entre los que mencionaremos especialmente:

- *Sesgo optimista*: es la tendencia de ver el futuro como invariablemente más positivo que el pasado y el presente. Este mecanismo cognitivo nos lleva a desasociarnos de eventos negativos y verlos como ocurrencias lejanas, ajenas a nuestra realidad.
- *Sesgo de confirmación*: sucede al encontrar información nueva que contradice algo que sabíamos previamente; nuestra primera reacción es la de defender nuestro punto de vista. Cuando lo aplicamos es porque estamos leyendo o interpretando información nueva bajo el lente de nuestras propias creencias y conocimiento previo, de forma que las confirmen, no que las contradigan.
- *Sesgo de desinformación*: el sesgo de desinformación sucede al momento que intentamos recordar fielmente un evento y lo que recordamos no es el evento en sí, sino cómo lo procesamos.
- *Sesgo de actor versus observador*: sucede cuando al momento de explicar las acciones de otros y las nuestras usamos criterios diferentes para calificarlas.
- *La heurística de disponibilidad*: sucede cuando nuestra exposición a determinada cuestión nos hace subestimar o sobrestimar su reincidencia.

¹⁰ CORTADA DE KOHAN, N., “Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones”, Universidad Católica Argentina, Facultad de Psicología y Educación, Departamento de Psicología, 2006.

¹¹ GARCÍA-BULLÉ, S., “Cinco sesgos cognitivos y sus efectos. Instituto Para el Futuro de la Educación del Tecnológico de Monterrey”, en Observatorio, <https://observatorio.tec.mx/edu-news/sesgo-cognitivo/>.

No obstante las clases de sesgos mencionadas aquí, lo cierto es que al momento mismo de tomar decisiones, frente a la incertidumbre de lo que el interrogante representa, se ponen en juego sesgos cognitivos que de manera más o menos consciente incorporamos a lo largo de nuestras vidas, y tuerzan los juicios que realizamos respecto de esas situaciones enigmáticas.

Ahora bien, la situación se torna preocupante cuando los sesgos tienden a reforzar o reproducir conceptos y prejuicios que discriminan y expulsan a ciertos sectores de la sociedad, y –en lo que aquí nos ocupa– cuando esos sesgos discriminatorios son reproducidos por algoritmos que automatizan tomas de decisiones que reemplazan a la voluntad de los seres humanos.

Aquí resulta fundamental realizar una breve referencia al tratamiento que el ordenamiento jurídico argentino le otorga a los actos discriminatorios.

En primer lugar, y como corolario, el derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación se encuentran previstos en la Constitución Nacional (CN, artículos 16, 37 y 75, incisos 2º, 19, 22 y 23) y en diversos instrumentos internacionales.

Entre los instrumentos de protección de derechos humanos vigentes en nuestro país podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, artículo 2º), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH, artículo II), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, artículos 1º, 13.5, 17.4 y 24), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, artículos 2.1, 3º, 20.2, 23.4, 24.1 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc, artículos 2.2 y 3º), la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, artículo 2º), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD, artículos 3.b, 4.1.b, 5º, 6º, 7º y 12), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD, artículos 2º y ss.), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw, artículos 2º y ss.) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CPTMF, artículo 1.1).

En específico encontramos la ley 23.592, que define a los actos discriminatorios en su artículo 1º, el cual dispone: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”. Y continúa: “A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”.

Es importante tener en cuenta que discriminación no es solamente una distinción o diferencia, sino que implica un trato desfavorable a una persona por un motivo prohibido. En efecto, ciertos tratamientos diferenciados pueden ser legítimos.

En este sentido, en ocasión de determinar los alcances de la Ley de Actos Discriminatorios (ley 23.592), la CSJN sostuvo que “...ésta no sanciona toda discriminación, sino exclusivamente aquella que en forma arbitraria restrinja de algún modo o menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional” (*Fallos*: 314:1531 y ss.).

Por su parte, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, entendió que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma”. Es por ello que las normas constitucionales y los instrumentos de derechos humanos prohíben la discriminación con base en ciertas categorías o criterios de diferenciación expresamente señalados.

La lista de “categorías sospechosas o prohibidas” comprende habitualmente la raza, el género, la religión, la opinión política, el origen nacional o social, la posición económica y las características físicas, entre otras.

Así mismo, cabe poner de resalto que el derecho a la igualdad y a la no discriminación se encuentra plasmado en los artículos 16 y 75, inciso 22, de la CN a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ello implica, por un lado, que el Estado no puede mantener en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, pero, además, debe sostener una actitud activa para combatir las prácticas discriminatorias.

De este modo, la IA sesgada que arroje resultados discriminatorios, entendido en los términos ut supra expuestos, encuentra una valla en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que no exista una legislación en concreto que regule este tipo de tecnología, en tanto los actos de discriminación se encuentran en nuestro país expresamente prohibidos y dan lugar a la reparación.

3. Responsabilidad civil por sesgos algorítmicos discriminatorios

3.1. ¿A quién se le atribuye responsabilidad civil y qué factor de atribución se aplica?

Como se ha podido evidenciar, los algoritmos pueden contener sesgos y arrojar resultados discriminatorios. Actos discriminatorios que nuestro ordenamiento jurídico no sólo reprocha, sino que es llamado –conforme compromisos internacionales asumidos– a combatir y prevenir.

En este punto, queda claro que –ante la consumación del hecho dañador– deviene indubitadamente aplicable, en nuestro país, del artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), en tanto dispone el deber de reparar, según reza: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Ahora bien, ¿quiénes responderán por los daños ocasionados?

Debemos aquí formular una distinción según cuál sea la situación en la que emerge la responsabilidad civil. Es decir, debemos realizar un *distingo*, en tanto sea que se trate de un evento dañoso en el que se aplicará el plexo normativo de consumidores y usuarios, la responsabilidad del Estado o el ordenamiento jurídico que regula las relaciones en el ámbito de lo civil y comercial en general.

A. Resultados discriminatorios en relaciones jurídicas entre consumidores/usuarios y proveedores

Primariamente, me referiré al supuesto en el que la víctima sea un consumidor o usuario, entendido ello en los términos de la ley 24.240, según dispone en su artículo 1º, que “...Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Pareciera ser que, en estas situaciones, el camino hacia la atribución de la responsabilidad obra facilitado, en tanto el producto provisto al consumidor o usuario adolece de un defecto, en este caso el sesgo discriminatorio en el algoritmo, que ha provocado daños, por lo que debe –inexorablemente– aplicarse al caso el artículo 40 del mismo plexo normativo, según dispone que “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio...” De modo que no quedan dudas que el factor de atribución de responsabilidad será objetivo, siendo irrelevante la valoración de la culpa o el dolo para que la obligación de reparación nazca en cabeza del demandado, proveedor.

En estos casos, la víctima podrá incoar la acción contra todos o cualquiera que componga la cadena de producción y comercialización del producto, conforme la previsión del artículo 13 de la ley 24.240,

según dispone que “Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el artículo 11”.

B. Resultados discriminatorios en relaciones jurídicas donde no se aplica el sistema normativo de consumidores y usuarios

En estos casos, donde no estamos en presencia de una relación jurídica del ámbito de consumidores y usuarios, el camino hacia la atribución de responsabilidad parece más sinuoso.

Si consideramos la aplicación del factor subjetivo de la responsabilidad ante la presencia de un sistema de IA que arroja resultados discriminatorios, entonces deberemos analizar la conducta del legitimado pasivo. A su vez, este último podrá liberarse de responsabilidad si acredita la ausencia de culpa o dolo, es decir, un obrar diligente.

Adoptar esta tesitura resulta complejo, por un lado, porque no está claro –al día de hoy– cuál sería el obrar diligente de quien programa un sistema de IA de toma de decisiones automatizadas; y por otro lado, porque implica colocar en cabeza del damnificado el deber de acreditar la culpa o el dolo del responsable, lo que redundaría en una prueba más que diabólica, limitando –además– la legitimación pasiva sólo al programador del algoritmo, quien es el sujeto que ha fabricado el algoritmo sesgado, con todas las implicancias que aquello conlleva, máxime cuando en nuestro país la mayor parte de los softwares de IA utilizados son importados.

En este contexto, consideramos dable desechar esa postura, atento a lo desajustado e inconveniente de su aplicación a este tipo de situaciones.

Ahora bien, corresponde dirigirnos al otro factor de responsabilidad posible, que es la responsabilidad de tipo objetiva. Aquí, nos encontramos con el artículo 1757 del CCyCN, que establece: “*Hecho de las cosas y actividades riesgosas*. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o

por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

Nuestro CCyCN define en su artículo 16 a las “cosas” como bienes materiales susceptibles de recibir un valor económico, de modo que mal pudiéramos concederle el status de “cosa” a los algoritmos, al menos en un sentido jurídico. De modo que descartamos la aplicación al caso del primer párrafo del artículo 1757, restando el análisis de los algoritmos como posible actividad riesgosa o peligrosa por su naturaleza.

Se ha dicho que la actividad riesgosa o peligrosa constituye la conjunción de acciones, conductas, operaciones o trabajos desarrollados por una persona, empresa u organización económica que generalmente (aunque no de modo excluyente) puede estar vinculada causalmente con cosas o con conjuntos de cosas (máquinas, sustancias, herramientas, aparatos, establecimiento, explotación, etc.) en las que el riesgo (el peligro de daño) o el peligro (la situación que puede generar daño), para sus propios dependientes o terceros, deriva de tareas, servicios, productos o prestaciones que reportan utilidad para la sociedad y generan para sus dueños o beneficiarios un provecho, generalmente económico. Esa actividad lucrativa asociada con el riesgo o peligro conduce a imputar objetivamente el deber resarcitorio.

En la actividad riesgosa la legitimación pasiva es más amplia que en el riesgo creado. Las actividades riesgosas por su naturaleza son las intrínsecamente dañosas, o sea las que tienen dañosidad o peligro en sí mismas.

Señala con acierto la jurisprudencia que “la actividad será ‘riesgosa por su naturaleza’ cuando intrínseca y naturalmente, cualesquiera sean las circunstancias en las que se efectúe, la actividad conlleve un peligro inmanente (v. gr., explotación de energía nuclear). Será, en cambio, una actividad peligrosa ‘por las circunstancias de su realización’ cuando –no obstante no revestir un peligro regular o constante– las modalidades de tiempo, modo y lugar la tornan peligrosa. Por ejemplo, el trabajo en la construcción o en obra [...] Por los medios empleados es riesgosa la actividad que adquiere esa entidad aunque normalmente es inocua,

como por ejemplo cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias que son peligrosas por la velocidad que desarrollan”¹².

Así, es posible arribar a la conclusión de que las actividades de *machine learning* y *deep learning*, como parte del proceso de aprendizaje automático de los algoritmos, poseen una notable e intrínseca potencialidad dañosa para terceros cuando hacen uso de algoritmos defectuosos¹³, en este caso, sesgados.

En definitiva, podemos afirmar, y a aquella conclusión se ha arribado en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de “Daños”, realizadas en el año 2019, que la utilización de algoritmos es una actividad riesgosa en los términos que así lo prescribe la normativa del CCyCN.

En este punto, cabe dirigirse entonces a individualizar la legitimación pasiva de este tipo de responsabilidad, y resulta ineludible la aplicación del artículo 1758 del CCyCN, según entiende que “...En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial”.

Como explica Zabala de González, en el caso de actividades riesgosas lo que importa no es la autoría del daño sino la autoría del riesgo¹⁴, por lo que le caberá responsabilidad a todos aquellos quienes hayan introducido el riesgo a la actividad, en este caso, el desarrollador, programador, comercializador.

Pero la normativa también menciona a quienes se sirvan u obtengan provecho por aquélla, por lo que, en definitiva, responderán todos aquellos que realizan, ejecutan o desarrollan la actividad con un poder fáctico, autónomo e independiente de dirección sobre ella¹⁵.

¹² LORENZETTI, R. L., “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 587.

¹³ COLOMBO, op. cit., p. 3.

¹⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., “La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 902.

¹⁵ PARELLADA, C., “El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 1987, p. 977.

C. Resultados discriminatorios cuando el legitimado pasivo es el Estado

El CCyCN, en sus artículos 1763 a 1766, expresamente excluye su aplicación cuando se trata de responsabilidad civil del Estado o sus funcionarios y empleados, redirigiendo su tratamiento a la normativa que específicamente se dicte en el ámbito nacional o local, dentro del Derecho Administrativo.

Entonces –a priori–, si se trata de un sistema de IA que arroja resultados discriminatorios, que fuera creado y/o utilizado por el Estado nacional en los servicios que imparte, ya sea justicia, seguridad, educación, salud, resultará de aplicación la ley 26.944.

En su artículo 1º, la Ley de Responsabilidad del Estado establece: “Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas. La responsabilidad del Estado es objetiva y directa”.

El artículo 3º establece los requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.

En definitiva, el factor de atribución será objetivo, y deberá imputársele al Estado la falta de servicio.

Respecto de la falta de servicio se ha dicho que “está constituida por un funcionamiento defectuoso del servicio, siendo apreciado el carácter correcto o defectuoso de aquél pura y simplemente en relación con lo que debe ser el funcionamiento del servicio en aplicación de las leyes y reglamentos que lo definen.

”En suma: el funcionamiento defectuoso es el funcionamiento ilegítimo en el sentido que se le confiere usualmente a este término en el Derecho Administrativo, esto es, contrario al Derecho objetivo.

”La piedra de toque, la clave del arco de la doctrina de la falta de servicio se asienta en la antijuridicidad del funcionamiento del servicio”¹⁶.

Así, en el caso que nos ocupa, si un sistema de IA utilizada por el Estado en el cumplimiento de sus obligaciones de brindar servicio de justicia, seguridad, salud, educación, arroja resultados discriminatorios que restringen y/o vulneran derechos de los administrados, es dable concluir que se trataría de un caso de falta en esos servicios o servicio irregular.

4. Conclusiones

Hasta aquí podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico puede y da respuesta frente a los daños y perjuicios que los algoritmos discriminatorios pueden provocar. Sin embargo, no menos cierto resulta que la falta de especialidad en la legislación conspira contra los recursos jurídicos con los que contamos, y pone de manifiesto, cada vez más, las falencias para dar respuesta.

Ahora bien, en el debate por regular o no la IA una regla se impone, y es que, para mitigar los efectos de algoritmos sesgados, resulta crucial incorporar principios éticos en el diseño de algoritmos, promover la transparencia de los procesos de toma de decisiones y garantizar que haya mecanismos de rendición de cuentas. Además, se necesita un enfoque regulador que impulse la investigación sobre los sesgos algorítmicos y que imponga sanciones a quienes desarrollen o utilicen tecnologías discriminatorias.

En resumen, el rápido avance de la IA plantea desafíos significativos en términos de responsabilidad legal, ética y social. A medida que la tecnología continúa evolucionando, la legislación debe adaptarse más rápidamente, no sólo para atribuir responsabilidades de manera más clara, sino también para garantizar que se protejan los derechos fundamentales de las personas y se minimicen los riesgos de discriminación. Es imperativo que la regulación y las políticas públicas sigan el ritmo de la innovación tecnológica para evitar que los avances en la IA se utilicen de manera perjudicial para los individuos o la sociedad en su conjunto.

¹⁶ ANDRADA, A. D., “Responsabilidad del Estado y de los jueces en razón de una equivocada declaración de quiebra”, en *La Ley* 2006-D.

Bibliografía

- ALLONA, Ana, “Un algoritmo ¿te puede despedir en Argentina?”, Buenos Aires, Microjuris, 2022.
- ANDRADA, Alejandra D., “Responsabilidad del Estado y de los jueces en razón de una equivocada declaración de quiebra”, en La Ley 2006-D-4.
- COLOMBO, María Celeste, “¿La utilización de algoritmos es una actividad riesgosa?”, en La Ley 2019-F.
- DANESI, Cecilia, “Sesgos algorítmicos de género con identidad iberoamericana: las técnicas de reconocimiento facial en la mira”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia (1851) (1201), 2021.
- ELFENBAUM, Melisa, “El aprendizaje automático utilizado en los procesos de innovación de las organizaciones”, en Revista de Investigación en Modelos Financieros, Año 8, vol. II, Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, 2019.
- GENTILE, Julieta y VIALE, Aldana, “Responsabilidad del Estado luego de la sanción del CCC. Reflexiones ante la falta de adhesión de la Provincia de Santa Fe a la ley 26.944”, en Revista del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario, vol. 33, 2019.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Carolina, “Nuevas tecnologías e inteligencia artificial. El principio de la autonomía de la voluntad como mecanismo de gobernanza”, en Pensar en Derecho, vol. 21, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2022.
- LAMPARERO, María José, “Algoritmos y discriminación”, España, Universidad de Sevilla, 2022.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (coord.), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- PARELLADA, Carlos, “El tratamiento de los daños en el proyecto de unificación de las obligaciones civiles y comerciales”, Buenos Aires, La Ley, 1987.
- QUIROGA, Facundo M. y LANZARINI, Laura Cristina, “Aprendizaje automático. Aplicaciones en reconocimiento de gestos, acciones y señas”, en Investigación Joven, vol. 6 (174), 2019.
- SANMARTINO, Patricio, “Las bases de la responsabilidad del Estado”, en Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, Año 5 (núm. 5), 2021.

SOBRINO, Waldo, “Contratos, neurociencias e inteligencia artificial”, Buenos Aires, La Ley, 2020.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “La noción de actividades riesgosas en el Proyecto de Código Civil”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.

CIBERCULTURA: RETOS AL SISTEMA JURÍDICO

por ZAIRA SMAIL¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cibercriminalidad y el rol de la prevención. 3. Sobre-
expuestos: niños y adolescentes. 4. Contexto digital: nuevas inquietudes al sistema
jurídico. 5. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En la era de la cibercultura, donde la tecnología y la inteligencia artificial (IA) están revolucionando radicalmente la forma en que vivimos, interactuamos y nos relacionamos, surge una nueva serie de riesgos y desafíos para la sociedad. Para comprender este nuevo contexto es fundamental acudir a los aportes de la antropología y sociología, de las cuales surgen análisis científicos para comprender prácticas y sus significados. La exposición constante a la información y la conectividad puede poner en peligro la seguridad, la privacidad, la protección de datos y el bienestar de los individuos. La exposición temprana de los niños y adolescentes en el entorno digital se centra como prioridad absoluta en prevención y protección. Por ello, se señala como imperativo de políticas públicas priorizar en la seguridad de esta población. Ante este panorama, se vislumbran los desafíos técnicos que se presentan a los sistemas jurídicos: ciberdelincuencia, violencia digital, privacidad y seguridad en línea. En este contexto, es fundamental

¹ Abogada (UNR). Magíster en Derecho Procesal (UNR). Diplomada en Ciberdelitos. Evidencia digital. Prueba, recolección y preservación (UCA). Formación en curso: Licenciatura en Antropología (UNR). Correo electrónico: zais-
maa@hotmail.com.

reflexionar sobre cómo este proceso sociocultural tecnológico está solicitando una redefinición y adaptación de las instituciones para abordar los nuevos retos que plantea esta nueva cultura. Este artículo presenta un panorama integral sobre las problemáticas emergentes relacionadas con las tecnologías, sustentado en análisis antropológicos rigurosos. A partir de estos datos, se sugiere la necesidad de articulación de esta información en el ámbito jurídico, con el objetivo de mejorar el abordaje integral y efectivo de los nuevos desafíos que plantean las implicaciones tecnológicas. Este enfoque interdisciplinario busca contribuir a la construcción de un marco jurídico actualizado para enfrentar los desafíos del mundo digital.

Abstract

In the era of cyberculture, where technology and artificial intelligence (AI) are radically transforming the way we live, interact and relate, a new series of risks and challenges emerges for society. To comprehend this new context it is essential to draw on the contributions of anthropology and sociology, which provide insight into practices and their meanings. Constant exposure to information and connectivity can jeopardize security, privacy, data protection and individual well-being. The early exposure of children and adolescents to the digital environment makes prevention and protection an absolute priority. Therefore, prioritizing the security of this population is imperative for public policy. In light of this landscape, technical challenges arise for legal systems, including cybercrime, digital violence, online privacy and security. In this context, it is crucial to reflect on how this socio-cultural technological process requires a redefinition and adaptation of institutions to address the new challenges posed by this emerging culture. This article presents a comprehensive overview of the emerging issues related to technologies, grounded in rigorous anthropological analysis. Based on this data, I suggest the need for articulation of this information in the legal sphere, aiming to enhance the integral and effective approach to the new challenges posed by technological implications. This interdisciplinary approach seeks to contribute to the construction of an updated legal framework to tackle the challenges of the digital world.

Palabras clave

Cibercultura. Prevención. Justicia predictiva.

Keywords

Cyberculture. Prevention. Predictive justice.

1. Introducción

Desde hace unas décadas antropólogos que abordaron en análisis los procesos de hibridación sociotécnicos de informática e IA advirtieron sobre el avance de tecnologías especializadas con aspiraciones a la realización de un “*Homo sapiens* sintético”², distinguiendo tres momentos iniciales³ de este primer período de transformación: 1) la “cibernética”, donde se fijan los principios técnicos y teóricos dedicados al tratamiento automático de la información y se perfecciona los ordenadores digitales (unidades de entrada/salida, unidad de control, unidad de memoria y unidad de aritmética y lógica); 2) “la informática avanzada” que implicó la creación de programar expertos enlazados con la definición de IA de Alan Turing, se define como ordenadores capaces de adquirir, razonar y explicar razonamiento basándose en conocimientos especializados; 3) la “biocomputación”, que apunta la construcción de la informática neurocomputacional que permita construir redes con autonomía, con capacidad de autoreproducción y con la complejidad similar a una red neuronal de un cerebro humano.

Este proceso de transformación se nombró “*Cyberculture*”, cibercultura, cultura digital o cultura de la sociedad digital. Donde se desarrollan el conjunto de técnicas, prácticas, actitudes, modos de pensamiento y valores que se desenvuelven conjuntamente en el crecimiento del ciberespacio⁴. Donde la realidad virtual, como acepción filosófica de una nueva dimensión dentro de la realidad tangible, es

² ÁLVAREZ MUNÁRRIZ, L., “Antropología social e inteligencia artificial”, en *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, vol. 18, 2001, ps. 95-110.

³ Íd., ps. 95-98.

⁴ LÉVY, Pierre, “Cibercultura. Informe al Consejo de Europa”, trad. del francés y revisión técnica por B. Campillo, I. Chacón y F. Martorana, *Anthropo*, México, 2007, p. 13.

una entidad desterritorializada capaz de generar varias manifestaciones concretas en diferentes momentos y lugares: "...aunque no se le pueda fijar en ninguna coordenada espaciotemporal, lo virtual es sin embargo real. Una palabra, existe. Lo virtual existe sin estar ahí [...] las actualizaciones de la misma entidad virtual pueden ser muy diferentes unas de otras, y [...] lo actual nunca está completamente predeterminado por lo virtual"⁵. No consiste en una cultura que destituye la existente, sino que aporta y modifica la existente, se trata de una compleja realidad a la que van dando lugar las transformaciones tecnológicas que se extienden reticularmente por todos los ámbitos de nuestra vida⁶. Esta exposición se centra en explorar la relación hombre/máquina "inteligente" desde una amplia dimensión cultural, pero sin dejar de penetrar en los complejos e intrincados detalles existentes y eventuales entre los seres humanos y las computadoras⁷.

Ante esto, los aportes de la antropología y la sociología no sólo ayudan a comprender el nuevo contexto, sino que son la base indispensable para abordar la redefinición y adaptación de las instituciones jurídicas. Las transformaciones en las necesidades culturales implican las innovaciones tecnológicas de la vida social. Y consigo la emergencia de nuevos espacios, nuevas formas de participación, socialización, en fin, nuevas maneras de relacionarse y de pensar el mundo en el cual vivimos. Pero además de producirse nuevas prácticas y representaciones del mundo, se redefinen las existentes⁸. El hecho epistemológico mundial generado por el COVID-19 aceleró arduamente la transformación digital sufrida y consigo la migración tecnológica, la dependencia de todos los sectores de la vida social de nuestra cultura a procesos comandados por la informática y la IA.

⁵ Íd., p. 14.

⁶ PÉREZ TAPIAS, J. A., "Internautas y naufragos, la búsqueda de sentido en la cultura digital", Trotta, Madrid, 2003, p. 20.

⁷ PISCITELLI, A., "Ciberculturas. En la era de las máquinas inteligentes", Paidós, Buenos Aires, 1995, p. 284.

⁸ MOYA, M. y VÁZQUEZ, J., "De la cultura a la cibercultura: la mediatización tecnológica en la construcción de conocimiento y en las nuevas formas de sociabilidad", en *Cuad. Antropol. Social*, núm. 31, 2010, ps. 75-96; disponible en Scielo, https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-275X2010000100004&lng=es&nrm=iso, fecha de consulta: 10-10-2024.

Los sistemas jurídicos en general son dinámicos y cambiantes, se encuentran ligados a la sociedad y cultura en la cual se encuentran insertos; los problemas de la actual transformación en la organización social y en la vida individual, devenidos por nuevas tecnologías de información y comunicación, forman parte de la reestructuración del hombre y la nueva tecnología. Por lo tanto es en vano atarse a normas fijas y obsoletas ya que se produce un distanciamiento con la realidad. Es por ello que los aportes de otras disciplinas para entender los fenómenos socioculturales se transforman en una necesidad imperiosa.

El profesor Esteban Krots⁹ nos señala que los sistemas jurídicos no deben apreciarse como un fenómeno del orden natural, sino como creación histórica de humanos, por lo que resulta de gran importancia conocer cómo los miembros de un grupo son introducidos al mundo de los derechos y deberes, facultades y obligaciones en los que se desarrolla su vida, y de modo más específico para quienes realizan funciones destacadas en estos sistemas. En palabras del citado autor: “los sistemas normativos se modifican constante, y a veces drásticamente; son también de interés los procesos de reenculturación mediante los cuales los integrantes de un grupo se adecuan a los cambios de la situación...”¹⁰ En este breve análisis se pretende abordar de forma interdisciplinaria algunos de los nuevos desafíos que interpelan a los sistemas jurídicos, y brindar mayor protección, mejoras preventivas y estructurales ante los riesgos que atraviesa el nuevo sujeto pasivo de esta configuración cultural: la humanidad.

En noviembre de 2001 el Consejo de Europa firmó el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, también llamado Convenio de Budapest¹¹. Este tratado internacional sobre delitos informáticos y obtención de evidencia digital, además desarrollar la integración (u homogeneiza-

⁹ Antropólogo (Barcelona, 1947), de nacionalidad alemana y residente en México desde 1973. Doctor en Filosofía por la Hochschule für Philosophie München, y profesor e investigador en la Universidad Autónoma Metropolitana (UAM), Iztapalapa, desde 1976. Miembro del SNI y la AMC.

¹⁰ KROTZ, E., “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho”, *Anthropo*, Barcelona, 2002, p. 38.

¹¹ La aprobación del Convenio de Budapest en nuestro país tuvo lugar en fecha 22-11-2017 mediante ley 27.411.

ción) de normas procesales e investigación cooperativa de conductas ilícitas en Internet, implicó un gran avance en la instrumentalización ante los nuevos desafíos en los que nos adentramos más arduamente en este nuevo proceso cultural.

En nuestros días, además de los avances continuos en el mundo de la cibernética y los desafíos diarios a los que nos somete, nos encontramos atravesando otro desafío: el desarrollo de la IA. Ante ello y teniendo en mira los avances vertiginosos, la Unión Europea propone la aprobación del innovador Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho. Partiendo de un enfoque humanístico en sus objetivos, establece “garantizar que las actividades durante el ciclo de vida de los sistemas de IA sean plenamente coherentes con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho”¹², incluyendo medidas para proteger los derechos humanos, la seguridad, la fiabilidad, la rendición de cuentas y responsabilidad, la gobernanza y protección de datos, la transparencia y supervisión, la igualdad y la no discriminación, las capacidades y la alfabetización digitales, y garantías procesales como salvaguardias efectivas para las personas cuyos derechos se hayan visto significativamente afectados por el uso de dichos sistemas.

En este sentido, entonces, nos compele acercar una mirada sobre los usos y prácticas sociales de los sectores que los emplean con mayor asiduidad, los riesgos que se encuentran en estos nuevos espacios de interacción sociocultural y la transformación institucional y organizacional que exhorta día a día a los sistemas jurídicos. Este exhorto a los sistemas jurídicos exige una actitud más dinámica ante la velocidad de estas nuevas herramientas y de las nuevas relaciones sociales. El objetivo es evitar que se incrementen las fricciones entre la sociedad reclamante y los sistemas jurídicos, y, a su vez, transformar la percepción distorsionada de carente ductilidad, ya que es en vano atarse a lo inmutable. El abordaje interdisciplinario es la única vía para cerrar la distancia entre la realidad latente y el Derecho.

¹² Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho, expediente interinstitucional: 2024/0150, Consejo de la Unión Europea, de 26-9-2024.

2. Cibercriminalidad y el rol de la prevención

Es preciso destacar las características que tiene el espacio donde se concretan los llamados delitos informáticos. Este “ciberespacio” es un ámbito social que tiene caracteres intrínsecos propios, y una concreta configuración de espacio y tiempo diferencial a la que tiene el espacio real o físico. Este nuevo espacio es invisible a los sentidos, las coordenadas espacio-tiempo adquieren otro significado y ven redefinidos sus alcances y límites; supone la contracción total del espacio –de las distancias– y, a la vez, una dilatación de las posibilidades de encuentro y comunicación: “...el espacio se contrae, la intercomunicación se expande”¹³.

Los delitos llamados “informáticos” se pueden clasificar en dos grupos: los que requieren de una sofisticación técnica para su comisión, generalmente basados en la elaboración de programas maliciosos que buscan vulnerar los dispositivos o redes; y aquellos delitos que adquieren una nueva vida en la nube y son intermediados por servicios y aplicaciones web, los cuales se ejecutan apelando a la “ingeniería social”: proceso de la comunicación para engañar a un usuario con una finalidad económica, o producir suplantación de identidad, o para la obtención de datos personales o institucionales de terceros¹⁴.

La ciberdelincuencia es una problemática de años. Desde la incorporación de dispositivos informáticos, las organizaciones se encuentran expuestas a eventos accidentales o intencionados que pueden ocasionar daños a un sistema informático con pérdidas materiales o financieras. Sin embargo, a partir de la incorporación en la cotidianidad del conglomerado social, la masividad de hechos se ha incrementado y las víctimas son personas físicas.

Este fenómeno obliga a los sistemas jurídicos a reflexionar sobre

¹³ MIRÓ LLINARES, F., “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13, 2011, p. 7.

¹⁴ SAIN, G., “La estrategia gubernamental frente al cibercrimen: la importancia de las políticas preventivas más allá de la solución penal”, en PARADA, R. A. y ERRECAMBORDE, J. D. (comps.), *Cibercrimen y delitos informáticos: los nuevos tipos penales en la era de Internet*, 1ª ed., Erreius, Buenos Aires, 2018, p. 11.

una redefinición y adaptación de las instituciones, ya que la nueva conflictividad presenta desafíos técnicos como la ciberdelincuencia y la violencia digital.

En esta forma delictiva, caracterizada por su virtualidad y por el empleo de medios tecnológicos, se encuentran nuevas problemáticas (daños informáticos, transferencias no consentidas de activos, obstaculización de datos e infraestructuras informáticas, etc.), lo que para algunos autores obliga a repensar una serie de factores dogmáticos, políticos-criminales e incluso replantear varias nociones y categorías tradicionales¹⁵. Este fenómeno de los delitos informáticos del mundo cibernético es llevado a cabo por personas y organizaciones. Algunos organizados en empresas criminales, con utilización de avanzadas técnicas de ingeniería social, que cuentan con básicas y especializadas destrezas informáticas.

De aquí que el factor humano incide preponderantemente en la victimización, el desconocimiento y falta de cultura en seguridad informática, situaciones recurrentes que vitalizan nuestra fragilidad ante la ciberdelincuencia, esta última dedicada a burlar la ciberseguridad de los sistemas¹⁶. Además de la vulnerabilidad se suma el desconocimiento de las personas que están siendo víctimas de un delito informático, y el desaliento de los usuarios víctimas sobre una resolución efectiva en términos judiciales, y en consonancia con este último la falta de conocimientos por parte de las autoridades responsables de la aplicación de la ley¹⁷. En efecto, se incrementa potencialmente la concreción de esta clase de delitos y los riesgos a los que se someten las personas. En general la sociedad no cuenta con conocimientos especializados en ciberseguridad, como tampoco sobre el *modus operandi* y la potencia ofensiva de estos delitos sobre bienes jurídicos como la intimidad, el honor, la propiedad, la autodeterminación, la libertad sexual, la seguridad de mercado o consumo, entre otros.

¹⁵ POSADA MAYA, R., “El cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 13, núm. 88, 2017, p. 72; disponible en Dialnet, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6074006>, fecha de consulta: 15-9-2024.

¹⁶ PEÑA LABRIN, D. E., “Ciberdelitos y criminalidad informática”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, núm. 13, 2023, ps. 57-72.

¹⁷ SAIN, op. cit., p. 12.

La prevención resulta clave para el morigeramiento de la ciberdelincuencia. Siguiendo la idea central de Peña Labrin en cuanto a prevención, el factor humano es el franco más fácil de atacar en este fenómeno sociocultural, por ello es imperioso el desarrollo de un mecanismo de sensibilización y el fortalecimiento de la prevención a nivel de personas, de organizaciones y del propio Estado, quien debe cumplir el rol preventivo: “la criminalidad informática no se ralentiza sino que se sofisticada al azotar el planeta, y hoy con la fortaleza digital de la inteligencia artificial en la dinámica de los delitos en la red”¹⁸. La falta de estrategias preventivas integrales se debe, en parte, a la aplicación parcial de la ley generada por la división entre el mundo tangible y el mundo virtual.

Los lineamientos que sirvan de base para proteger a los usuarios –personas físicas– de estos delitos, donde se proteja la integridad, la privacidad y se respeten sus derechos humanos, sólo puede lograrse por medio de estrategias gubernamentales de desarrollo y técnica. Gustavo Sain expone la necesidad imperiosa a favor de políticas públicas en materia de ciberseguridad, señalando las falencias por aplicación parcial de la ley, por esta división de mundo tangible y de mundo virtual, usando como ejemplo la prevención para los delitos de juego azar o delitos contra la integridad sexual, y los vacíos generados por esta división¹⁹. Corresponde considerar la pregunta que realiza el autor referido, puesto que puede colaborar en una interpelación y reflexión de los desafíos presentes en esta nueva cultura digital: “¿Cuál sería el motivo por el cual los espacios físicos deben estar sometidos a normas de habilitación y control, y no así los espacios virtuales en la nube?”²⁰

Un sistema legal tradicional es una fortaleza diseñada para detener atacantes de delitos físicos. La cibercriminalidad, sin embargo, implica atacantes que han aprendido a usar túneles subterráneos, que el sistema no sabe dónde buscar. La prevención no es sólo reforzar con sanción penal, sino más bien entrenar a los habitantes de la fortaleza (sensibilización y cultura en seguridad) para que no abran las puertas desde

¹⁸ PEÑA LABRIN, op. cit., p. 64.

¹⁹ SAIN, op. cit., p. 12.

²⁰ Ídem, p. 30.

adentro y sellar los túneles mediante políticas públicas integrales. Para ello, los sistemas jurídicos deben buscar la instrumentalización necesaria a la época, que incluye el fortalecimiento de la prevención y la sanción del uso indebido en casos concretos. Esto requiere la articulación de la información socioantropológica en el ámbito jurídico para mejorar el abordaje integral y efectivo de los desafíos tecnológicos.

3. Sobreexpuestos: niños y adolescentes

En este apartado es importante destacar los sujetos sobre los cuales más prevención se debe proyectar y en ella trabajar. Nuevas generaciones nacieron en esta cibercultura, se apropian de estos contenidos y tecnologías que se encuentran dados e incorporados dentro del marco socioestructural en el cual se desarrollan; algunos autores los llaman “nativos digitales”²¹. En un trabajo conjunto de sociología y antropología las autoras De la Torre y Fourcade²² describen la transformación en cuanto a la socialización de los/as niños/as y adolescentes en esta nueva era de medios digitales. Refieren cómo estos sujetos hoy tienen oportunidad de convertirse en productores de contenidos; por estos medios pueden expresar con su propia voz y representar sus experiencias con sus propias palabras, tejen nuevas formas de vincularse y relacionarse que inciden en los procesos de socialización. Sin embargo, resaltan que estos procesos no son iguales para las infancias y juventudes; existen brechas socioeconómicas, más allá de las políticas de inclusión digital, que contrastan la manera de acercarse a estas tecnologías, el uso de estas herramientas y la frecuencia con la que la habitan.

Para los adolescentes los medios de comunicación e Internet son el lugar desde el cual dan sentido a su identidad; según su propia percepción, les pertenece a ellos, habla de y a ellos. Les permite entender quiénes son, cómo se los define socialmente y cómo es y funciona la sociedad en la que viven. A través de los medios modelan sus identidades individuales y

²¹ PRENSKY, M., “Digital Natives, Digital Immigrants”, adaptación al castellano del título original, Institución Educativa SEK, Albatros, Madrid, 2010, p. 3.

²² DE LA TORRE, L. y FOURCADE, H., “El uso de las redes sociales virtuales en niños, niñas y adolescentes”, en *Revista Infancias Imágenes*, vol. 11, núm. 2, 2012, ps. 69-73.

colectivas, aprenden a hablar de sí mismos en relación con los otros. Sus identidades están atravesadas por el texto escrito, la imagen electrónica y la cultura digital, que supone nuevas maneras de percibir, de sentir, de escuchar, de leer y de ver el mundo²³.

El espacio digital para estos actores, sobre todo los adolescentes, es un elemento crucial de las prácticas comunicativas y de intercambios. Desde la elaboración de perfiles en las redes sociales, hasta los juegos de seducción y prácticas sexuales *on line*, fotos y videos personales, presentación en redes sociales o páginas de contacto, intercambio de mensajería instantánea, correos electrónicos o mensajes móviles multimedia, son las formas de comunicación actual o estrategia contemporánea para este grupo de población²⁴.

En estos espacios estos actores se manejan de forma habitual por ser parte de la cultura en la que se encuentran inmersos, sin registrar el riesgo a los diferentes bienes jurídicos, entre ellos la integridad sexual y el libre desarrollo de la personalidad. Es incontrolable por la volatilidad misma de los datos, las intersecciones y el contenido que se sube. En este terreno digital se encuentran expuestos al *sexting*, al *ciberbullying* y al *grooming*.

En cuanto a las primeras de estas prácticas –*sexting*–, se trata de la “difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o videos) de tipo sexual, producidos por el propio remitente, utilizando para ello el teléfono móvil u otro dispositivo tecnológico. El contenido de carácter sexual, generado de manera voluntaria por su autor, pasa a manos de otra u otras personas, pudiendo entrar en un proceso de reenvío masivo, multiplicándose su difusión”²⁵. Por otro lado, el *grooming* abarca a todas aquellas prácticas *on line* que realizan adultos con ciertas patologías (pedófilos y pederastas) conocidos como “*gro-*

²³ MORDUCHOWICZ, R., “Los adolescentes y las redes sociales. La construcción de la identidad juvenil en Internet”, 1ªed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2012, p. 24.

²⁴ LASÉN, A., “Autofotos: subjetividades y medios sociales”, en GARCÍA CANCLINI, N. y CRUCES VILLALOBOS, F. (coords.), *Jóvenes, culturas urbanas y redes digitales*, Fundación Telefónica, Madrid, 2012, ps. 253-268.

²⁵ MENDOZA CALDERÓN, S., “El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. *Bullying, ciberbullying, grooming y sexting*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 169.

omers”, para ganarse la confianza de un menor fingiendo empatía, cariño, etcétera, generalmente bajo una falsa identidad de otro/a menor (conocido o no de la víctima) a través de las redes sociales, chats, foros de discusión, entre otros, con la finalidad de satisfacer sus apetencias sexuales, capturar imágenes con fines de derivarlas al circuito de pornografía infantil virtual o bien perpetrar en la vida real delitos contra la integridad sexual del menor²⁶.

Daniela Dupuy es una de las referentes en Argentina que acabadamente ha tratado una de las problemáticas que devienen de estas prácticas: la posesión de pornografía infantil, la cual, por la facilidad que da la red, expone a un continuo peligro la privacidad y la propiedad de los datos. La autora sostiene que este espacio facilita la comisión de delitos y, en muchos casos, permite la perpetuidad en el tiempo a través de la viralización, la indexación, la distribución y la facilitación del material delictivo²⁷. Además da cuenta de cómo se incrementa la distribución e intercambio de material pornográfico, que no se reduce a una finalidad comercial o de lucro sino con el objetivo de satisfacer las inclinaciones sexuales de los consumidores, creando de redes internacionales de intercambio de pornografía infantil: “la figura del vendedor de pornografía infantil fue sustituida por la de consumidores que se asocian sin ánimo de lucro, bajando, subiendo y facilitando cantidad de archivos de contenido pornográfico infantil rápidamente y ayudados por las técnicas avanzadas de la tecnología –red *peer to peer*–”²⁸. Advierte que es fundamental abordar la problemática que generan los ciberespacios y los riesgos a los que se exponen desde la prevención.

Un avance con fines de protección a estos sujetos vulnerables es la ley 27.590 (Ley “Mica Ortega”)²⁹, por el cual se crea el Programa

²⁶ VANINETTI, H. A., “El delito de *grooming*. La importancia de contar con un sólido plexo probatorio”, en *La Ley Online*, AR/DOC/253/2018.

²⁷ DUPUY, D., “La pornografía infantil y la tenencia recientemente legislada”, en PARADA y ERRECABORDE (comps.), op. cit., p. 94.

²⁸ Íd., p. 92.

²⁹ Micaela Ortega, cuyo caso impulsó la Ley de Grooming, fue asesinada en abril de 2016 tras ser engañada a través de las redes sociales por Jonathan Luna, condenado a perpetua en el primer juicio por *grooming* seguido de muerte en Argentina. Micaela fue asesinada tras mantener contacto con su agresor por Facebook. Santa Fe, mediante la ley 14.198, adhiere a la ley nacional 27.590.

Nacional de Prevención y Concientización del Grooming o Ciberacoso contra Niñas, Niños y Adolescentes. El objetivo de la norma es prevenir, sensibilizar y generar conciencia en la población sobre el ciberacoso, a través del uso responsable de las tecnologías de la información y de la capacitación de la comunidad.

Los nuevos formatos digitales que forman parte de esta nueva configuración sociocultural exigen nuevas soluciones antes los conflictos que de ellos devienen; los sistemas jurídicos se encuentran atravesando lagunas atento a que no pueden dar respuestas ante la nueva conflictividad; es necesaria la prevención para comprender las causas que generan el accionar criminal –aspectos sociológicos y psicológicos del delito–, y prevenir los riesgos en línea para que quienes acceden e interactúan en Internet como usuarios no se conviertan en víctimas y, a la vez, evitar la realización de las conductas que facilitan la ejecución del delito, ya que este nuevo fenómeno sociocultural tiende a incrementarse universalmente, en un permanente continuo de evolución tecnológica, el cual por el momento no atina a frenar ni a retroceder.

La nueva generación de “nativos digitales” utiliza el espacio digital de forma habitual para la socialización y la construcción de identidad. Sin embargo, esta apropiación continua del espacio virtual ocurre sin que los menores registren el riesgo a bienes jurídicos fundamentales, como su integridad sexual y el libre desarrollo de la personalidad. Esta vulnerabilidad se materializa en prácticas específicas y peligrosas, como el *sexting* (con su riesgo de reenvío masivo) y el *grooming* (una estrategia adulta para la explotación y obtención de pornografía infantil). Dado que la facilidad de la red permite la perpetuidad y viralización de este material delictivo, la protección de esta población constituye una prioridad absoluta, haciendo imperativo que el Estado desarrolle mecanismos de sensibilización y el fortalecimiento de la prevención, como lo evidencia la ley 27.590.

4. Contexto digital: nuevas inquietudes al sistema jurídico

Desde la ciencia que explora la producción cultural de humanidad se ha detallado cuáles son los dominios o focos de estudios para poder comprender este nuevo fenómeno. Señalan varios campos ines-

cindibles para abordar esta transformación social, entre ellos: la socialización de las personas desde espacios creados por las nuevas tecnologías; las prácticas asociadas con las nuevas tecnologías; los espacios encargados de la producción y servicios de nuevas tecnologías (corporaciones de alta tecnología/centros de diseño de realidad virtual); las comunidades mediadas por el ciberespacio; la hibridación de prácticas y formas culturales ya constituidas; el crecimiento y el desarrollo cualitativo de la comunicación humana mediada por el ciberespacio; las estructuras sociales e identidad cultural, y el desarrollo de los nuevos órdenes económicos y políticos a partir del auge de estos fenómenos³⁰.

Para poder hacer frente al estudio de todos estos dominios es imprescindible comprender el lenguaje de estos nuevos expertos para reorientar la comprensión dominante que se tiene de la tecnología. Por lo tanto, varias actividades se trasladan al mundo cibernético, estructurando nuevas realidades, nuevas necesidades, donde los datos personales tienen fuerte valor económico, de lo cual se desprende la necesidad de nuevas formas para la resolución de conflictos. Los ciudadanos son partícipes activos: buscan modificar, innovar o extinguir un orden jurídico preexistente³¹. Socialmente nos encontramos con mayor dependencia a tecnologías de información y comunicación, prácticas como interacciones por medio de plataformas digitales, el uso de la moneda virtual, el pago digital, la identidad por datos biométricos, el incremento de contratación electrónica por adhesión, los espacios dentro de ecosistemas digitales con un desborde de territorialidad, los inmensos volúmenes de información recabada sobre la base de procesos al menos parcialmente crípticos³², entre otros que generan un abanico de problemáticas que interpela a las formas de funcionamiento instauradas. Todas estas transformaciones, derivadas del crecimiento del ci-

³⁰ ESCOBAR, A., “Bienvenidos a cyberia. Notas para una antropología de la cibercultura”, en *Revista de Estudios Sociales*, núm. 22, 2005, ps. 15-35.

³¹ PÉREZ, M., “Abogacía digital. De la toga al metaverso”, en *El Derecho*, edición especial *El abogado del Futuro*, núm. 15369, 2022, p. 6.

³² WIERZBA, S. M.; MARHABA, D.; PÉREZ FELICIONI, N. y COSOY, D., “Justicia digital, inteligencia artificial y profesiones jurídicas”, en *La Ley* del 25-9-2024; *La Ley Online*, AR/DOC/2327/2024.

berespacio, implican una exposición constante a la información y la conectividad, lo cual puede poner en peligro la seguridad, la privacidad, la protección de datos y el bienestar de los individuos.

Ante este contexto –nueva cotidianidad– en el mundo jurídico se vienen instaurando aceleradamente procedimientos de modernización tecnológica: reducción del uso de papel con la incorporación del expediente electrónico, mayor digitalización del trámite judicial, presentación de escritos, gestión de notificaciones y de oficios a distancia, incremento (y mal uso) del ChatGPT para determinados requerimientos o presentaciones judiciales y popularización de las audiencias remotas³³. Del mismo modo, se incrementa la idea osada de “justicia digital-predictiva”, advirtiendo un futuro próximo donde la resolución del conflicto quedaría automatizado al dictado de resoluciones judiciales por medio de sistemas de IA.

Al mismo tiempo, estos avances tecnológicos traen consigo cambios en la eficacia simbólica³⁴ y en la eficacia instrumental de las instituciones jurídicas y prácticas judiciales en resolución del conflicto social, donde la construcción discursiva y la legitimidad están en juego. Este proceso sociocultural exige la revisión de los usos, costumbres y prácticas lingüísticas, la pragmática y persuasiva de la decisión judicial, de los discursos y las prácticas de los agentes involucrados social e institucionalmente. La eficacia reside en su poder de representar la sociedad y del carácter persuasivo de las representaciones que ella emite³⁵.

En lo que respecta a esta justicia predictiva y consigo el fantasma de la sustitución de la justicia humana³⁶, por el momento es una “utopía

³³ Íd., p. 5.

³⁴ Eficacia simbólica: es un término utilizado por el antropólogo Claude Lévi-Strauss, la cual comprende a la misma como “...[la] ‘propiedad inductora’ que poseerían, unas con respecto a otras, ciertas estructuras formalmente homólogas capaces de constituirse, con materiales diferentes en diferentes niveles del ser vivo: procesos orgánicos, psiquismo inconsciente, pensamiento reflexivo” (LÉVI-STRAUSS, C., “Antropología estructural”, Eudeba, Buenos Aires, 1968, p. 193).

³⁵ SEGATO, R. L., “La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del Derecho”, en *Las estructuras elementales de violencia*, 1ª ed., Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 2003, ps. 107 y ss.

³⁶ WIERZBA, MARHABA, PÉREZ FELICIONI y COSOY, op. cit., p. 2.

informática”³⁷. Esta última expresión fue utilizada por Ricardo Guibourg, para quien el razonamiento jurídico se acerca más a un arte que a una matemática; no siempre está controlado racionalmente y es de imposible deshumanización: “Si tomamos la inteligencia humana como paradigma del pensamiento, observaremos que la inteligencia artificial carece, al menos por ahora, de la capacidad de aprender por vía analógica y hasta subliminal en la magnitud en que el ser humano puede hacerlo [...] las máquinas no son tan desarrolladas. Ellas requieren programas en los que cada paso de razonamiento esté explícitamente indicado; procesan datos expresados en forma inequívoca y, finalmente, ofrecen resultados lógicamente deducibles de unos y de otros”³⁸.

Desde luego, este proceso social que atravesamos está transformando por completo la cotidianidad y reemplaza las prácticas diarias abriendo nuevas posibilidades. Cuanto más rápido es el cambio técnico, más parece venir del exterior. Ese sentimiento de extrañeza profundiza la separación de las actividades y la opacidad de los procesos sociales ante los avances técnicos. Es aquí donde interviene el papel central de la inteligencia colectiva, esta última como central para el mantenimiento dinámico de las memorias comunes, la activación de modos de cooperación flexibles y transversales, la distribución de coordenadas de los centros de decisiones para evitar estancamientos de actividades en los cambios de prácticas. De esta forma se apropian mejor de los cambios técnicos los individuos y los grupos, y con menos efectos excluyentes o humanamente destructores³⁹.

Consecuentemente la incorporación de herramientas digitales también se inscribe en un extendido reclamo de reforma, con el fin de brindar un mejor servicio a la comunidad, ante un sistema judicial que, de acuerdo con distintos sondeos, resulta ineficiente y desacreditado⁴⁰. En nuestros días, todo lo vinculado al mundo digital goza de legitimidad, y se instaura cada vez más en la conciencia grupal que estas nuevas tecnologías implican la optimización de recursos y la agilización de procesos. La adminis-

³⁷ GUIBOURG, R. A., “Bases teóricas de la informática jurídica”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 1998, ps. 189-200.

³⁸ Íd., p. 190.

³⁹ LÉVY, op. cit., p. 12.

⁴⁰ WIERZBA, MARHABA, PÉREZ FELICIONI y COSOY, op. cit., p. 13.

tración de justicia requiere de una profunda revisión, más allá de los nuevos adelantos (IA) que trae esta cultura digital.

La reingeniería procesal y judicial implica cuestionar la estructura procedimental, el sentido y objetivo del diseño formal existente, la razón de ser que subyace a las prácticas jurídicas sostenidas en el ámbito tribunalicio y el perfil de profesionales (jueces, funcionarios, empleados y abogados), con miras a generar una justicia abierta, transparente, al servicio de la población⁴¹ y entendida sobre las identidades y las problemáticas propias de los nuevos ciudadanos de estos tiempos.

5. Conclusiones

El proceso sociocultural en el que nos encontramos inmersos nos convoca a comprender y aprender de la tecnología en desarrollo, de la misma forma que interpela a adquirir las nuevas prácticas, usos y costumbres. Nos encontramos con una sociedad interconectada, equipada en su gran mayoría con tecnología, con conocimiento y hábil manejo, la cual resulta indispensable, constituye parte de la cotidianidad de los grupos sociales. El crecimiento de esta sistematización social implica la necesidad de ampliar los estudios sobre la naturaleza y los procesos de construcción sociocultural, valiéndose de los estudios, consideraciones y aportes de las disciplinas de las ciencias sociales. Los estudios antropológicos sobre esta cibercultura pueden servir de guía para discernir los contextos, los propios desbalances que éstos acarrearán y orientarnos en la comprensión cultural dominante que se tiene de esta nueva tecnología.

Por otro lado, este proceso convoca a los sistemas jurídicos a la protección de los grupos humanos inmersos en estas tecnologías emergentes, a la actualización del Derecho, como herramienta efectiva de protección del bienestar humano y social, ante los nuevos riesgos en el orden social que se incrementan con las nuevas prácticas, y los avances en biotecnología. Frente a esta coyuntura, los sistemas jurídicos son responsables de dar respuestas eficientes. El aceleramiento de estos

⁴¹ SEGURA, R. E., “Inteligencia artificial y administración de justicia: desafíos derivados del contexto latinoamericano”, en *Revista Bioética y Derecho*, núm. 58, 2023, ps. 45-72; disponible en Scielo, http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S1886-58872023000200004&lng=es&nrm=iso, fecha consulta: 30-9-2024.

procesos –hoy con el desarrollo de la IA– fuerza un fuerte replanteo y reflexión en cuanto a la eficacia de los mismos dentro de los procesos socioculturales contemporáneos. Estos últimos y la tecnología como mecanismos centrales son las bases para provocar un cambio a nivel estructural en los sistemas jurídicos con estrategia de modernización. Este cambio a nivel estructural debe traducirse en una reingeniería procesal y judicial que vaya más allá de los adelantos tecnológicos, exigiendo cuestionar el diseño formal, las prácticas y el perfil de funcionarios y auxiliares, con el objetivo de generar una justicia al servicio de la población y alineada con las problemáticas de esta cibercultura.

Bibliografía

- DE LA TORRE, Lidia y FOURCADE, Helga, “El uso de las redes sociales virtuales en niños, niñas y adolescentes”, en Revista Infancias Imágenes, vol. 11 (núm. 2), 2012.
- DUPUY, Daniela, “La pornografía infantil y la tenencia recientemente legislada”, en PARADA, Ricardo A. y ERRECABORDE, José D. (comps.), *Ciberdelitos y delitos informáticos: los nuevos tipos penales en la era de Internet*, 1ª ed., Buenos Aires, Erreius, 2018.
- ESCOBAR, Arturo, “Bienvenidos a cyberia. Notas para una antropología de la cibercultura”, en Revista de Estudios Sociales (núm. 22), 2005.
- GUIBOURG, Ricardo A., “Bases teóricas de la informática jurídica”, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho (núm. 21), 1998.
- KROTZ, Esteban, “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho”, Barcelona, Anthrope, 2002.
- LASÉN, Amparo, “Autofotos: subjetividades y medios sociales”, en GARCÍA CANCLINI, Néstor y CRUCES VILLALOBOS, Francisco (coords.), *Jóvenes, culturas urbanas y redes digitales*, Madrid, Fundación Telefónica, 2012.
- LÉVI-STRAUSS, Claude, “Antropología estructural”, Buenos Aires, Eudeba, 1968.
- LÉVY, Pierre, “Cibercultura. Informe al Consejo de Europa”, trad. del francés y revisión técnica por Beatriz Campillo, Isabel Chacón y Florentino Martorana, México, Anthrope, 2007.
- MENDOZA CALDERÓN, Silvia, “El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores. *Bullying, cyberbullying, grooming y sexting*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

- MIRÓ LLINARES, Fernando, “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (núm. 13), 2011.
- MORDUCHOWICZ, Roxana, “Los adolescentes y las redes sociales. La construcción de la identidad juvenil en Internet”, 1ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- MOYA, Marian y VÁZQUEZ, Jimena, “De la cultura a la cibercultura: la mediatización tecnológica en la construcción de conocimiento y en las nuevas formas de sociabilidad”, en Cuad. Antropol. Social (núm. 31), 2010; disponible en Scielo, https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-275X2010000100004&lng=es&nrm=iso, fecha de consulta: 10-10-2024.
- PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, “Ciberdelitos y criminalidad informática”, en Revista Iberoamericana de Derecho Informático (núm. 13), 2023.
- PÉREZ, Matilde, “Abogacía digital. De la toga al metaverso”, en El Derecho, edición especial El abogado del Futuro (núm. 15369), 2022.
- PÉREZ TAPIAS, José Antonio, “Internautas y naufragos, la búsqueda de sentido en la cultura digital”, Madrid, Trotta, 2003.
- PISCITELLI, Alejandro, “Ciberculturas. En la era de las máquinas inteligentes”, Buenos Aires, Paidós, 1995.
- POSADA MAYA, Ricardo, “El cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual”, en Revista Nuevo Foro Penal, vol. 13 (núm. 88), 2017; disponible en Dialnet, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6074006>, fecha de consulta: 15-9-2024.
- PRENSKY, Marc, “Digital Natives, Digital Immigrants”, adaptación al castellano del título original, Madrid, Institución Educativa SEK, Albatros, 2010.
- SEGATO, Rita Laura, “La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del Derecho”, en *Las estructuras elementales de violencia*, 1ª ed., Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2003.
- SEGURA, Romina E., “Inteligencia artificial y administración de justicia: desafíos derivados del contexto latinoamericano”, en Revista Bioética y Derecho (núm. 58), 2023; disponible en Scielo, http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872023000200004&lng=es&nrm=iso, fecha consulta: 30-9-2024.

VANINETTI, Hugo A., “El delito de *grooming*. La importancia de contar con un sólido plexo probatorio”, en La Ley Online, AR/DOC/253/2018.

WIERZBA, Sandra M.; MARHABA, Débora; PÉREZ FELICIONI, Nicolás y COSOY, Diego, “Justicia digital, inteligencia artificial y profesiones jurídicas”, en La Ley del 25-9-2024; La Ley Online, AR/DOC/2327/2024.

SECCIÓN LIBRE

PILARES DE NUESTRO DIGESTO SEMICOLONIAL

EXAMEN PRELIMINAR DE NUESTRO ORDEN JURÍDICO DEPENDIENTE

por **JUAN FACUNDO BESSON**¹

SUMARIO: I. Introducción: revisión de los antecedentes normativos semicoloniales. II. El nuevo entramado normativo semicolonial. III. Análisis de la arquitectura semicolonial financiera de la Argentina. IV. Los “Acuerdos” de Madrid o el Versalles argentino. V. Puertos en manos extranjeras. VI. El dominio originario de los recursos naturales. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Lejano en el tiempo Arturo Jauretche acuñó como “Estatuto Legal del Coloniaje” al Digesto semicolonial dentro del cual se encontraba el tristemente célebre “Pacto Roca-Runciman” –que poco tenía de acuerdo de voluntades–, ya que la Argentina quedaba como rehén, en las cuestiones vinculadas a las exportaciones de carne, al Imperio británico. Esta situación se pudo dar en un clima de época donde la entrega del patrimonio nacional, el fraude electoral y la genuflexión de los sectores oligárquicos eran moneda corriente y que muy atinadamente el pensador nacional José Luis Torres definió a esa Argentina de 1930 a 1943 como la “Década Infame”. Más cerca en el tiempo, el doctor Marcelo Gullo señaló que este “Estatuto Legal del Coloniaje” goza de buena salud ya que desde la sanción en 1977 de los decretos-leyes referidos al entramado financiero nacional, en adelante, se sancionaron en nuestro país un largo listado de

¹ Abogado (FDER-UNR). Especialista en Derecho del Trabajo (FDER-UNR). Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Político, Cátedra C y docente adjunto de Derecho de la Integración, Cátedra C. Miembro del Centro de Estudios e Investigaciones Sociales, Políticas y Jurídicas “Renato Treves” de la Facultad de Derecho, UNR. Correo electrónico: jfacundob@gmail.com.

instrumentos normativos –como los llamados Acuerdos de Madrid, la Ley 24.093 de Actividades Portuarias y la reforma constitucional de 1994 en cuanto al dominio originario de los recursos naturales–, los cuales tornarían ilusorio un horizonte de patria justa, libre y soberana.

Abstract

Far back in time, Arturo Jauretche coined the semi-colonial Digest within which was the infamous “Roca-Runciman Pact” –which had little agreement of wills– as the “Legal Statute of Colonialism”, since Argentina was held hostage, in issues linked to meat exports to the British Empire. This situation could have occurred in a climate of times where the handover of the national patrimony, electoral fraud and the genuflection of the oligarchic sectors were commonplace and where the national thinker José Luis Torres very correctly defined Argentina from 1930 to 1943 as the “Infamous Decade”. Closer in time, the thinker Marcelo Gullo pointed out that this “Legal Statute of Colonialism” is in good health since the sanction in 1977 of the decree-laws referring to the national financial framework, onwards, a long period of time has been sanctioned in our country list of regulatory instruments –such as the so-called Madrid Agreements, Law 24,093 on Port Activities and the 1994 constitutional reform regarding the original domain of natural resources–, which would make the horizon of a just, free and sovereign Homeland illusory.

Palabras clave

Argentina. Dependencia. Digesto semicolonial.

Keywords

Argentina. Dependency. Semicolonial Digest.

I. Introducción: revisión de los antecedentes normativos semicoloniales

En 1932, el Reino Unido de Gran Bretaña organizó en Ottawa, Canadá, una conferencia con representantes de sus colonias y antiguos

dominios para reformular su comercio exterior bajo una estrategia proteccionista. Como resultado, se firmaron doce acuerdos que establecían el compromiso del Imperio británico, sus colonias y dominios de incrementar el comercio interno, imponer barreras arancelarias a productos extranjeros y fijar cuotas máximas para su importación. Este sistema, conocido como “preferencia imperial”, priorizaba el intercambio dentro del Imperio, llevando al Reino Unido a sustituir importaciones de materias primas de países como Argentina por productos de Canadá, Australia y Nueva Zelanda. La medida provocó un fuerte malestar entre los exportadores argentinos, especialmente los de carne, al verse desplazados del mercado británico².

Durante la presidencia de Agustín P. Justo, Argentina consolidó su dependencia del Reino Unido mediante un pacto desventajoso firmado en 1933 por el vicepresidente Julio Roca (h). Este acuerdo otorgó a frigoríficos británicos y estadounidenses el 85% del comercio de carnes, excluyendo a empresas argentinas del mercado exportador, y liberó impuestos sobre 350 productos británicos. Además, se estableció una comisión angloargentina liderada por sir Otto Niemeyer, del Banco de Inglaterra, para diseñar el régimen bancario y monetario, cediendo el control de la emisión monetaria y la regulación de intereses a representantes británicos³. También se concedió a una corporación inglesa el monopolio del transporte público en Buenos Aires, profundizando la condición semicolonial agraria⁴ de Argentina en relación con el Imperio británico.

² MACKAY, R. A., “Imperial Economics at Ottawa”, en *Pacific Affairs*, vol. 5, núm. 10, 1932, ps. 873-885.

³ MARTOCCI, F., “Una historia económica argentina: de la etapa agroexportadora a la caída del peronismo 1880-1955”, 1ª ed., Universidad Nacional de La Pampa, Santa Rosa, 2018.

⁴ “En las naciones coloniales, despojadas del poder político director y sometidas a las fuerzas de ocupación extranjeras, los problemas de la penetración cultural pueden revestir menos importancia para el imperialismo, puesto que sus privilegios económicos están asegurados por la persuasión de su artillería. La formación de una conciencia nacional en ese tipo de países no encuentra obstáculos, sino que, por el contrario, es estimulada por la simple presencia de la potencia extranjera en el suelo natal [...] sólo predomina en la colonia el interés económico fundado en la garantía de las armas. Pero en las semicolonias, que gozan de un estatus político independiente decorado por la ficción jurídica, aquella ‘colonización pedagógica’ se revela esencial, pues no dispone de otra fuerza para asegurar la perpetuación del dominio imperialista, y ya

Asimismo, la entrega sin más del patrimonio nacional sería denunciada en 1935, por el senador santafesino Lisandro de la Torre, quien señaló al mencionado acuerdo como fraudulento y que producía su reglamentación una evasión impositiva a los frigoríficos Anglo, Armour y Swift. Además, presentó pruebas que comprometían directamente a los ministros Pinedo, de Economía, y a Duhau, de Hacienda. Estas pruebas demostraban fehacientemente el trato preferencial que obtenían estas empresas que casi no pagaban impuestos y que jamás eran inspeccionadas, cuando los pequeños y medianos frigoríficos argentinos eran asediados por continuas inspecciones impositivas. Asimismo, exhibió evidencias de cómo se ocultaba información contable en cajas selladas por el Ministerio de Hacienda y el alcance que tenía la impunidad de los frigoríficos ingleses⁵.

II. El nuevo entramado normativo semicolonial

En las Facultades de Derecho en Argentina la enseñanza jurídica suele centrarse en un normativismo ortodoxo que deja de lado el análisis político, social, económico y cultural del ordenamiento jurídico, formando operadores del Derecho desconectados de la realidad histórica y social de las normas. Carlos Cossio ya advertía en los años 40 sobre esta dicotomía entre el formalismo educativo y la realidad, señalando que este enfoque funcional favorecía intereses ideológicos procedimentales y vaciaba al estudiante de compromiso con lo social. Para Cossio, la formación debía vincularse a las “conductas humanas”, los procesos políticos y los sujetos concretos, superando el estudio aséptico de las normas y las idealizaciones jurídicas que dominan los programas y las instituciones⁶.

es sabido que las ideas, en cierto grado de su evolución, se truecan en fuerza material. De este hecho nace la tremenda importancia de un estudio circunstanciado de la cultura argentina o pseudoargentina, forjada por un signo de dictadura espiritual oligárquica...” (RAMOS, J. A., “Crisis y resurrección de la literatura argentina”, Indoa-mérica, Buenos Aires, 1954).

⁵ LARRA, R., “Lisandro de la Torre. El solitario de Pinás”, Hyspamérica, Buenos Aires, 1988.

⁶ COSSIO, C., “La función social de las Escuelas de Abogacía”, 3ª ed., Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, Buenos Aires, 1947.

La perspectiva fenomenológica de Carlos Cossio permite analizar cómo las políticas de soberanía económica impulsadas por Perón, como la nacionalización del Banco Central y la regulación bancaria, desmantelaron el “Estatuto Legal del Coloniaje” instaurado en la Década Infame. Sin embargo, la dependencia económica resurgió con el esquema financiero de Martínez de Hoz y los “Acuerdos de Madrid”, que reforzaron la subordinación de Argentina al Reino Unido mediante reformas en minería, puertos y la Constitución. Esta dinámica de semicolonía, descrita por Ramos y Jauretche, trascendió lo económico, consolidándose también en lo cultural a través de la “colonización pedagógica” y la reproducción de modelos externos que obstaculizaban un proyecto nacional soberano. A lo largo del siglo XX, intelectuales y movimientos populares, desde José Hernández hasta el peronismo, lucharon por una identidad arraigada en la justicia social y la soberanía, cuestionando las estructuras de dominación económica y cultural impuestas por las élites y el capital extranjero.

III. Análisis de la arquitectura semicolonial financiera de la Argentina

Al igual que Justiniano encomendó a Triboniano la unificación jurídica del Imperio romano, los juristas al servicio de la oligarquía argentina han diseñado un marco legal que perpetúa la dependencia económica y la pérdida de soberanía, configurando una “Pandecta Semicolonial”. El sistema financiero argentino es su capítulo inicial, establecido con el Decreto-Ley de Entidades Financieras durante la dictadura, que promovió la extranjerización del sector, la liberalización de tasas y la eliminación de la regulación estatal orientada al desarrollo. Este entramado jurídico incluye también la desnacionalización y descentralización de los depósitos⁷, la creación de la Cuenta Regulación Monetaria⁸, y las reformas a la Carta Orgánica del Banco Central de la Nación Argentina (BCRA)⁹, consolidando un esquema favorable a

⁷ Decreto-ley 21.495.

⁸ Decreto-ley 21.572 de creación de la Cuenta Regulación Monetaria.

⁹ Los decretos-leyes 21.364, 21.547 y 21.571 modificaban la Carta Orgánica del BCRA.

intereses extranjeros. Raúl Scalabrini Ortiz advertía sobre el uso del tecnicismo financiero para despojar a los ciudadanos de su capacidad de defender la patria en el ámbito económico, destacando que comprender estas políticas es esencial para preservar la soberanía. Aunque esta normativa ha sufrido modificaciones menores, su esencia se mantiene como una asignatura pendiente para la democracia argentina, que aún debe romper con un sistema jurídico diseñado para perpetuar la subordinación económica y financiera.

El Decreto-Ley de Entidades Financieras, influido por la filosofía de la Escuela de Chicago y el Consenso de Washington, buscó liberalizar las tasas de interés y flexibilizar la apertura de entidades financieras, priorizando el mercado sobre el Estado en la asignación de recursos. Este enfoque, que promovía tasas altas y una apertura comercial y de capitales, resultó perjudicial para la industria, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, principales generadoras de empleo. Además, consolidó una visión del crédito como mercancía, en lugar de un bien público accesible a todos. Como consecuencia, los bancos se concentraron en grandes empresas, muchas extranjeras, y en actividades de corto plazo más lucrativas, como créditos al consumo o la especulación cambiaria, debilitando el papel del crédito en el desarrollo económico y social del país¹⁰.

El esquema financiero semicolonial tuvo profundas repercusiones en la estructura productiva del país al modificar significativamente los márgenes de rentabilidad económica, promoviendo la especulación en detrimento del trabajo y la producción. Además, la eliminación de controles y restricciones en el sistema bancario permitió que entidades sin los requisitos necesarios operaran, otorgando a las instituciones financieras la discreción en la concesión de créditos al derogar normativas del Banco Central¹¹. A esta situación se le agrega la Cuenta Regulación Monetaria, la cual permitió la implementación de una compensación a los efectivos mínimos que por ley debían mantener las

¹⁰ LUKIN, T., “El huevo de la serpiente”, en Página 12, <https://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-132928-2009-10-05.html>, consultado el 8-6-2023.

¹¹ “Hoy sólo funcionan 78 entidades financieras, de las cuales 63 son bancos. De ellos sólo 10 controlan el 70% del mercado. Antes de 1977 operaban en el país 725 entidades: 423 cooperativas de crédito y 110 bancos comerciales”.

entidades financieras como respaldo de sus obligaciones a plazo. Los objetivos perseguidos por el gobierno autocrático eran dos: primero, usar esta cuenta para neutralizar la expansión monetaria provocada por la liberalización de los depósitos; y segundo, el gobierno pretendía, en un contexto inflacionario, compensar la pérdida de valor que dichas reservas encajadas tenían al estar inmovilizadas y, a la vez, cobrando un cargo sobre los depósitos a la vista de los bancos. Dicho de otro modo, se establecía un mecanismo por el cual se cobraba una prima sobre los depósitos y obligaciones a la vista para equiparar su rendimiento con el de los depósitos colocados a interés¹².

Esta arquitectura financiera sirvió como mecanismo para limitar los instrumentos que posibilitan un horizonte de independencia económica, conllevando que el sector financiero rápidamente comenzara a concentrar los excedentes económicos generados y a dominar la dinámica de acumulación del país. Aunque la democracia desde el año 1983 hasta hoy sigue vigente, el decreto-ley 21.526 sigue operativo, junto con otros cientos de normas aprobadas¹³ durante la Dictadura y en gobiernos posteriores que profundizaron nuestro carácter semicolonial, y en el caso financiero que tratamos en este apartado otorgaron al sector privado –ahora más concentrado y extranjerizado– la administración del ahorro nacional y los criterios de asignación de los recursos financieros según una lógica estrictamente especulativa y de maximización de ganancia privada.

El entramado financiero argentino privilegia el financiamiento para el consumo mientras limita los recursos para la inversión productiva, la industria, la vivienda o la investigación. Aunque el Estado ha intervenido en ocasiones con líneas subsidiadas, las grandes masas de dinero permanecen controladas por entidades financieras. La reforma financiera no sólo reconfiguró la rentabilidad del sector, sino que también afectó la economía real, provocando una caída en la inversión productiva. En lugar de impulsar el desarrollo económico, los recursos

¹² ROVELLI, H., “Propuestas sobre el sistema financiero y cambiario”, en IADE, <https://www.iade.org.ar/noticias/propuestas-sobre-el-sistema-financiero-y-cambiario>, consultado el 7-6-2023.

¹³ Hoy están vigentes 417 normas de la última dictadura cívico-militar, de las 4.449 que fueron sancionadas.

se fugaron al exterior, generando estancamiento y crisis. Además, la relación entre inversión pública y privada cambió drásticamente: la inversión pública, que representaba un 84% de la privada en 1977, cayó al 59% en 1984, mientras los fondos privados se redirigieron hacia el sector financiero en lugar de ser reinvertidos en actividades productivas¹⁴.

El sistema financiero semicolonial, vigente por más de 40 años, sigue determinando los parámetros de funcionamiento económico, lo que requiere su derogación y una transformación profunda para que el sector se convierta en un motor del desarrollo. Proyectos como el de Carlos Heller, con su Ley de Servicios Financieros, buscaban orientar el crédito hacia las pymes, limitar la concentración bancaria y aplicar un enfoque federal. En 2012, Cristina Fernández de Kirchner reformó la Carta Orgánica del Banco Central para incluir objetivos de empleo y crecimiento económico, y reguló los préstamos hacia la inversión productiva. Sin embargo, durante la Presidencia de Mauricio Macri se desmantelaron estas regulaciones: se liberalizó el mercado cambiario, se eliminó el encaje de capitales extranjeros y se redujo el crédito para la inversión productiva, desregulando tanto las tasas de interés como las comisiones bancarias.

Más allá de los vaivenes políticos y las tácticas para desarticular o revitalizar el entramado financiero semicolonial, es necesario instalar el tema a nivel comunitario, que la educación económica-financiera sea una materia obligatoria desde la escuela primaria para poder refutar el discurso tecnocrático y economicista –hoy tan en boga–, que se investigue la deuda pública argentina, ya que la necesidad de actualizar el sistema financiero, para que responda a un modelo más productivista y no de valorización financiera, es una asignatura que, tarde o temprano, la democracia deberá afrontar si no quiere seguir siendo un eco de la última dictadura cívico-militar y sus consecuentes democracias formales.

¹⁴ SANTARCÁNGELO, J., “La reforma financiera de 1977 como pilar del endeudamiento externo”, en *Voces del Fénix*, 64, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2017, ps. 112-119; disponible en Voces en el Fénix, <https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/la-reforma-financiera-de-1977-como-pilar-del-endeudamiento-externo/>, consultado el 6-6-2023.

IV. Los “Acuerdos” de Madrid o el Versalles argentino

Después de la Batalla de Ayacucho en 1824, el general Antonio José de Sucre proclamó que “de los esfuerzos de este día depende la suerte de la América del Sud”, marcando un hito en la lucha por la independencia sudamericana. A pesar de este triunfo inicial, la independencia no fue suficiente para evitar la posterior dominación extranjera en la región. En 1825 se firmó un tratado entre el Reino Unido y las Provincias Unidas del Río de la Plata, que estableció la transferencia del control económico a manos británicas a través de acuerdos similares con otros países de la región. Estos tratados otorgaron a los británicos privilegios significativos, como la inembargabilidad de sus bienes y la libre navegación en ríos y mares, beneficiando desproporcionadamente a las empresas británicas y consolidando la dependencia económica de la región. Esta situación se profundizó con la ocupación de las Islas Malvinas y el Pacto Roca-Runciman de 1933, que generó una trampa jurídica en la política exterior argentina¹⁵.

Tras la guerra de las Malvinas en 1982, las relaciones entre Argentina y el Reino Unido se tensaron considerablemente. El gobierno de Raúl Alfonsín intentó restablecer vínculos diplomáticos, realizando varias reuniones, como la de 1984 en Berna, pero sin avances significativos debido a la postura británica. En 1985 Alfonsín se reunió en París con Neil Kinnock para discutir la importancia del diálogo, aunque sin concretar medidas. A lo largo de los años siguientes, la reticencia británica impidió progresos, por lo que Argentina se centró en la vía multilateral, buscando apoyo en organismos internacionales.

Con la llegada de Carlos Menem en 1989 se reanudaron las negociaciones y, en octubre de ese año, se firmó el primer “Acuerdo de Madrid”. Este acuerdo, realizado en secreto y sin suficiente legitimación legislativa en Argentina, buscaba normalizar las relaciones diplomáticas. Se adoptó la fórmula del “Paraguas de Soberanía”, que permitió discutir otros temas sin afectar las posturas sobre la soberanía

¹⁵ Universidad Nacional del Nordeste, “Tratado de 1825 con Inglaterra”, Cátedra Historia Argentina Independiente, en UNNE, https://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_argen_indep/pactos_trat_acuer/tratado_1825_con_ingles.pdf, consultado el 19-11-2024.

de las Malvinas. En este marco, se firmaron acuerdos de cooperación, especialmente en pesca y recursos hidrocarburíferos, y se reabrieron embajadas en 1990.

Aunque el acuerdo promovió la paz y la cooperación, varios de sus artículos fueron controvertidos. El artículo 4º favorecía a Gran Bretaña en el control territorial, y el artículo 5º limitaba las acciones militares argentinas. Además, algunos artículos del acuerdo facilitaron el comercio y las inversiones británicas, lo que generó críticas sobre la desigualdad en las relaciones económicas y la soberanía de Argentina¹⁶.

El Acuerdo de Madrid II, firmado el 15 de febrero de 1990, dio continuidad al marco establecido por el primer acuerdo de octubre de 1989, con un enfoque en la creación de mecanismos de entendimiento entre Argentina y el Reino Unido. Uno de los elementos centrales de esta declaración fue la reafirmación de la fórmula de soberanía, introducida en el acuerdo anterior, la cual permite que ambos países mantengan abierta la discusión sobre la soberanía de las Malvinas sin que dicho desacuerdo interfiera en otros ámbitos de cooperación¹⁷.

Entre los aspectos más relevantes del acuerdo se incluyó la creación de un sistema de información y consulta recíproca destinado a evitar incidentes militares en el Atlántico Sudoccidental. Estas medidas de confianza, utilizadas comúnmente en la práctica internacional para prevenir conflictos en territorios disputados, promovieron una presunta transparencia en los movimientos militares y la comunicación directa entre las autoridades militares de ambos países. Además, el acuerdo contempló la reevaluación conjunta de los recursos pesqueros en el área, encuadrándose en el principio de gobernanza compartida de recursos naturales, con el fin de evitar conflictos adicionales relacionados con la explotación de dichos recursos en zonas de soberanía disputada¹⁸.

¹⁶ Dipublico, “Acuerdo de Madrid I: Declaración Conjunta de las Delegaciones de la República Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, en Dipublico, <https://www.dipublico.org/4049/acuerdo-de-madrid-i-declaracion-conjunta-de-las-delegaciones-de-la-republica-argentina-y-del-reino-unido-de-gran-bretana-e-irlanda-del-norte/>, consultado el 19-11-2024.

¹⁷ Instituto de Relaciones Internacionales (IRI), “Madrid II: Declaración Conjunta de la República Argentina y el Reino Unido”, en IRI, https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Malvinas/Madrid%20II.pdf, consultado el 19-11-2024.

¹⁸ Gobierno de la República Argentina, “La Comunidad Internacional y la cuestión

En cuanto a las dimensiones humanitarias, el acuerdo estableció la posibilidad de que los familiares de soldados argentinos fallecidos en el conflicto visitaran el cementerio en las Islas Malvinas, bajo los auspicios de la Cruz Roja. Sin embargo, el acuerdo generó críticas, particularmente en lo que concierne a la explotación de los recursos marítimos en las aguas circundantes. Se argumentó que la apertura a la pesca y otros recursos brindó al Reino Unido un acceso estratégico a éstos, mientras que el proceso de desinversión militar de Argentina debilitó su capacidad para proteger sus intereses en la región, lo que algunos consideraron una vulneración de la soberanía del país en el Atlántico Sur¹⁹.

Luego fue sancionado por el Congreso el 4 de noviembre de 1992 y promulgado el 24 de noviembre del mismo año el “Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la promoción y protección de inversiones” (ley 24.184), compuesto por 14 artículos. Este tratado, según Biangardi²⁰, garantizaba la intangibilidad de los bienes y capitales británicos en Argentina, siguiendo una lógica similar al Tratado de Amistad, Comercio y Navegación de 1825²¹. En su artículo 1º el Convenio define términos fundamentales como “inversor”, “inversión”, “ganancias” y “territorio”. En el artículo 2º se establece que ambas partes promoverán y crearán condiciones favorables para las inversiones en sus respectivos territorios, sujeto a sus leyes vigentes. No obstante, Biangardi criticó irónicamente este punto, señalando que, mientras no había inversores argentinos en Gran Bretaña, los capitales británicos “se ufanan de invadir la República Argentina”²². Esta crítica está en línea con la ley 23.696 que permitió la privatización de activos estatales, facilitando la adquisición de empresas y recursos argentinos por capitales británicos.

Malvinas”, en Argentina Gob, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/12/libro_la_comunidad_internacional_y_la_cuestion_malvinas_.pdf, consultado el 19-11-2024.

¹⁹ Íd.

²⁰ BIANGARDI, C. A., “El Tratado de Inversiones entre Argentina y el Reino Unido: historia y consecuencias”, Académica, Buenos Aires, 2017.

²¹ Íd., p. 142.

²² Íd., p. 138.

A raíz del mencionado instrumento normativo, entre 1992 y 2010, las inversiones británicas en Argentina se expandieron a sectores claves como agua potable, gas, banca, ferrocarriles, telecomunicaciones y la compra de tierras en la Patagonia. El artículo 3° del Convenio estipula que ninguna parte contratante podrá otorgar un trato menos favorable a las inversiones de la otra parte en comparación con las de sus propios inversores o los de terceros Estados, otorgando al Reino Unido el estatus de “nación más favorecida”. El artículo 4° amplía esta protección a situaciones de conflicto, garantizando compensaciones a los inversores británicos en casos de guerra, insurrecciones o actos arbitrarios de autoridades locales. El artículo 5° prevé que las expropiaciones de inversiones británicas sólo podrán realizarse por razones de utilidad pública y con compensación, mientras que el artículo 6° garantiza la libre transferencia de utilidades y capitales hacia el Reino Unido, sin requerimientos de reinversión en Argentina.

El Convenio también incluye mecanismos de arbitraje para la resolución de disputas (artículo 8°), y extiende su aplicabilidad a otros países del *Commonwealth*²³ (artículo 12). Además, prohíbe la modificación de sus términos por un período de quince años tras su denuncia (artículo 14). A pesar de su relevancia, el tratado fue aprobado sin un debate significativo en el Congreso, con sólo tres opositores: Hipólito Solari, Aguirre Lanari y Luis Zamora. Zamora argumentó que estos convenios con potencias imperiales, como el Reino Unido, eran perjudiciales para Argentina, favoreciendo los intereses británicos sobre las Islas Malvinas²⁴.

En ese contexto, la estrategia diplomática de Argentina experimentó un cambio bajo la gestión del canciller Guido Di Tella, quien introdujo un enfoque de “seducción” hacia los habitantes de las Islas Malvinas, buscando un acercamiento y rompiendo con la tradición diplomática de Naciones Unidas desde 1965. Esta política, aunque controvertida, planteó la posibilidad de considerar una tercera opción, como la independencia de las islas, en lugar de las tradicionales discusiones de soberanía. Finalmente, la delicada situación económica de Argentina,

²³ GONZÁLEZ, R., “El capital extranjero en la economía argentina: un análisis crítico”, Ediciones del Sur, Buenos Aires, 2004.

²⁴ *Íd.*, p. 103.

caracterizada por una creciente deuda externa, limitaba su capacidad de maniobra en el escenario internacional, haciendo difícil equilibrar la defensa de la soberanía sobre las Malvinas con la necesidad de acuerdos bilaterales que favorecieran la estabilidad económica y política de la región²⁵.

Desde una perspectiva crítica, el acuerdo benefició más a los intereses británicos que a los argentinos, ya que permitió el acceso a recursos naturales claves, como el petróleo y la pesca, sin abordar directamente la cuestión de la soberanía. Esta omisión puede interpretarse como un reconocimiento implícito de la autoridad británica sobre las Islas Malvinas, lo cual plantea preocupaciones sobre el impacto neocolonial de dicho acuerdo. Además, la colaboración económica en estas condiciones perpetúa un patrón de dominación que rememora dinámicas coloniales, en especial considerando la implicación de potencias extranjeras como Estados Unidos en la región.

Antes del Brexit, la clasificación de las Islas Malvinas como “territorios de ultramar” por parte de la Unión Europea complicó aún más el conflicto, mostrando apoyo internacional a los intereses británicos. Además, el Reino Unido reformó la Constitución de los kelpers para fortalecer su soberanía sobre las islas, dándole una apariencia de legalidad. En este contexto, la diplomacia argentina fue criticada, especialmente tras la firma del Acuerdo Foradori-Duncan en 2016, que buscaba promover la cooperación en comercio, pesca, navegación e hidrocarburos. Este acuerdo fue percibido como un reconocimiento tácito de la soberanía británica, lo que generó rechazo en Argentina, al considerar que despolitizaba la soberanía y consolidaba el control británico.

Además, el exministro británico Alan Duncan afirmó que el vicescanciller argentino Carlos Foradori firmó el acuerdo en estado de embriaguez, lo que sumó controversia. Posteriormente, bajo la gestión de Santiago Cafiero, Argentina decidió poner fin al acuerdo, señalando que el Reino Unido no respondió recíprocamente a las propuestas de cooperación y continuó con acciones unilaterales contrarias a las re-

²⁵ MIZRAHI, F., “El Atlántico Sur en peligro: los Acuerdos de Madrid y la ley 24.184 durante la década del noventa”, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1990.

soluciones de la ONU sobre la descolonización de las islas. Este quiebre marcó el fin de la estrategia diplomática impulsada en 2016 y reafirmó el reclamo de soberanía de Argentina sobre las Malvinas.

V. Puertos en manos extranjeras

Desde 1943 hasta 1991 el Estado nacional centralizó la propiedad, administración y operación de todos los puertos argentinos bajo la Administración General de Puertos (AGP) y la Capitanía General de Puertos. Aunque la Constitución permitía a las provincias o particulares operar puertos, el sistema era predominantemente centralista, con el Estado controlando servicios clave como el practicaaje, el remolque y el dragado. En 1969, la primera empresa privada obtuvo derechos exclusivos sobre un puerto industrial, y en los años 70 se introdujeron leyes que permitieron a empresas privadas operar puertos específicos.

El cambio más significativo ocurrió con la ley 23.696 de 1989, que permitió la provincialización, concesión y privatización de los puertos. Este proceso continuó con el decreto 817/92, que disolvió la Capitanía General de Puertos, liquidó la AGP y liberalizó los servicios portuarios, formando parte de una reforma mayor que incluyó la privatización de empresas estatales, incluida la infraestructura portuaria²⁶. En el marco de estas reformas se produjo un significativo cambio en la gestión y titularidad de los puertos, que hasta entonces habían sido mayormente de dominio público y gestionados por el Estado.

Con la desregulación portuaria y la posterior Ley de Puertos (ley 24.093) se permitió la existencia legal de puertos privados, que ya funcionaban de facto en el país sin un marco normativo claro²⁷. Con la promulgación de dicha ley se estableció un nuevo régimen portuario que permitió a las provincias y particulares operar puertos, con un marco legal innovador que influyó en otros países de la región. Se clasificaron los puertos en nacionales, provinciales, municipales y pri-

²⁶ DOMÍNGUEZ ROCA, L. J. y ARIAS, F. A., "Privatización y cambio tecnológico en el Puerto de Buenos Aires: su impacto en el espacio urbano", en Observatorio Geográfico de América Latina, <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal6/Geografiasocioeconomica/Geografiaurbana/407.pdf>, consultado el 20-11-2024.

²⁷ Íd.

vados, diferenciando entre puertos de uso público y privado. Además, los puertos comerciales, recreativos e industriales se regularon según su vinculación con actividades productivas o extractivas, y su habilitación quedó sujeta a decreto del Poder Ejecutivo nacional.

La ley 24.093 facilitó la transferencia de puertos a las provincias sin costo, permitiéndoles decidir su operación y destino. Además, permitió que los principales puertos fueran gestionados por entidades no estatales o sociedades privadas, como en Santa Fe, Rosario y Bahía Blanca, con la obligación de reinvertir sus utilidades. Sin embargo, el Puerto de Buenos Aires siguió bajo administración estatal, aunque Dock Sud fue transferido a la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, la ley liberalizó el régimen portuario, permitiendo que particulares y empresas gestionaran puertos de manera autónoma.

Este proceso de privatización fue visto por algunos como un nuevo capítulo del “colonialismo” en Argentina, pues implicó la entrega de sectores estratégicos a empresas extranjeras, principalmente británicas, a través de intermediarios. A raíz de los Acuerdos de Madrid, que restablecieron relaciones diplomáticas con Gran Bretaña, la privatización de los puertos reconfiguró la relación de Argentina con las potencias extranjeras. Este cambio también afectó las ciudades portuarias, alterando la dinámica económica y territorial. La modificación del Código Civil respecto al dominio público de los puertos permitió una mayor participación privada en un sector históricamente controlado por el Estado²⁸.

La reforma del sistema portuario en Argentina llevó a la creación de la Subsecretaría de Puertos y Vías Navegables, encargada de garantizar el cumplimiento de las normativas en todos los puertos, incluyendo seguridad, protección ambiental y libre competencia. A pesar de que el Estado nacional dejó de ser propietario y operador directo de los puertos, conservó su poder de habilitación y jurisdicción legislativa. Las actividades portuarias quedaron reguladas por el Derecho Privado, marcando un cambio respecto al modelo anterior, en el que los puertos eran considerados un servicio público.

En cuanto al trabajo portuario, el Estado mantuvo el control sobre

²⁸ Íd.

higiene y seguridad, pero permitió mayor libertad en la gestión laboral y contratación, adaptando los convenios colectivos a las necesidades de los puertos modernos. Esta desregulación coincidió con la expansión de la producción agrícola en la década de 1990, lo que llevó a la creación de terminales portuarias privadas a lo largo del río Paraná inferior. Sin embargo, esta descentralización dificultó la planificación coordinada del sistema portuario nacional, ya que las provincias y los operadores privados tienen el control de las infraestructuras, limitando la capacidad de la Subsecretaría de Puertos para influir en las decisiones de inversión²⁹.

La concentración de la industria del transporte marítimo, dominada por un pequeño número de grandes compañías navieras, reduce aún más la capacidad del Estado nacional para influir en las decisiones sobre el uso de infraestructuras portuarias. Estas empresas multinacionales definen qué tipos de buques y servicios se utilizarán en cada mercado, lo que tiene implicancias para la posición de los puertos argentinos en el sistema global de transporte³⁰.

En la región litoral, la actividad portuaria con su epicentro en el Gran Rosario ha evolucionado desde la década de 1980, cuando los puertos argentinos buscaban superar el letargo postsustitutivo y mejorar su inserción en el comercio internacional. En este contexto, el complejo agroexportador de la región se ha consolidado como un actor clave en las cadenas globales de valor, destacándose por su capacidad productiva y su vinculación con los grandes mercados internacionales³¹. La transformación de los puertos argentinos hacia un modelo más integrado en la economía global ha sido lenta, pero en el caso de Rosario ha logrado avances importantes en términos de especialización y competitividad³².

La importancia de las vías navegables y los puertos en el comercio

²⁹ GARCÍA, N., “La planificación del transporte por agua en Argentina. Límites y desafíos para los próximos años”, ABC, Buenos Aires, 2020.

³⁰ GARCÍA PIÑEIRO, F., “La logística del transporte marítimo global”, DEF, Buenos Aires, 2014.

³¹ SALAS, A., “Transformaciones portuarias en el Gran Rosario: nuevas dinámicas y desafíos en la era global”, en *Revista de Estudios Portuarios*, vol. 14, núm. 2, 2021, ps. 45-78.

³² Íd.

exterior argentino es fundamental, especialmente en el contexto del río Paraná, que se presenta como una arteria clave para la exportación de productos. Con más de 3.400 kilómetros, este río facilita el transporte anual de más de 100 millones de toneladas de mercaderías, incluyendo granos, harinas y aceites, que representan el 81% de las exportaciones argentinas en estos rubros. Sin embargo, la realidad que enfrenta el país es que el 100% de los buques que ingresan para cargar estas mercaderías son de bandera extranjera, sin la participación de armadores, empresarios ni trabajadores argentinos³³. Además, el 80% de los remolcadores y barcas que navegan por los ríos Paraguay y Paraná son paraguayos, mientras que empresas multinacionales dominan el comercio exterior argentino, controlando también la flota bajo bandera paraguaya³⁴.

La creación de una Flota Mercante nacional y estatal es clave para recuperar la soberanía sobre los ríos y mares de Argentina, y reducir las pérdidas económicas generadas por los pagos a multinacionales navieras. Entre 1995 y 2021 la empresa belga Jan de Nul recaudó unos 300 millones de dólares anuales por el control de peajes, usando dragas argentinas cedidas por el Estado. En 2020 se propuso la creación de la Agencia Federal de Regulación de la Hidrovía, pero el decreto 949/2020, que detuvo la estatización y favoreció la licitación pública, ha generado críticas por no permitir la gestión estatal completa de la hidrovía³⁵.

Otro proyecto estratégico es el Canal Magdalena, que ofrecería una salida directa al Atlántico y mejoraría la conexión de la Patagonia con el resto del mundo. Sin embargo, la licitación para esta obra quedó desierta en 2023 debido a problemas económicos³⁶. La necesidad de recuperar el control estatal sobre las vías fluviales y marítimas se discute en el contexto de la soberanía sobre el Río de la Plata y la dependencia de intereses privados.

³³ ORELLANO, L., "Argentina sangra por las barrancas del río Paraná", Ágora, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020.

³⁴ Íd.

³⁵ Íd.

³⁶ GIARDINELLI, M., "Urge recuperar nuestro río, o adiós Paraná", en Página 12, <https://www.pagina12.com.ar/589734-urge-recuperar-nuestro-rio-o-adios-parana.2023>, consultado el 20-11-2024.

En su obra, Arturo Jauretche critica la “zoncera” de la libre navegación de los ríos, vista como una renuncia a la soberanía argentina, favoreciendo a potencias extranjeras. El autor señala cómo, tras la batalla de la Vuelta de Obligado, la soberanía sobre los ríos se perdió, un hecho que aún impacta la economía y competitividad de las exportaciones argentinas. El país enfrenta la necesidad de un sistema moderno de puertos y vías navegables que apoye su desarrollo productivo³⁷.

En este sentido, la pérdida de control sobre los ríos ha tenido un impacto directo en la economía y la logística de Argentina. La falta de una autoridad eficiente sobre la cuenca del Paraná-Paraguay-de la Plata, y la dependencia de políticas extranjeras para el dragado de canales estratégicos como el de Montevideo y Punta Indio, debilitan la competitividad de las exportaciones argentinas. Esta situación nos lleva a pensar la necesidad de un sistema moderno de puertos y vías navegables que favorezca el desarrollo productivo nacional.

VI. El dominio originario de los recursos naturales

El dominio originario de los recursos naturales ha sido un tema central en la jurisprudencia y la doctrina argentina. Según Hugo N. Prieto, los establecimientos de utilidad nacional han sido definidos como aquellos espacios dedicados a actividades que son competencia del gobierno federal, conforme a la Constitución Nacional. Entre éstos se incluyen instalaciones como cuarteles, puertos, penitenciarías, aeropuertos internacionales, entre otros, dentro de los cuales se incluyen también los yacimientos de hidrocarburos³⁸.

Estela B. Sacristán, en su análisis sobre los recursos naturales en la Constitución Nacional, señala que éstos están contemplados en tres artículos clave: el artículo 41, que establece la obligación de las autoridades de garantizar el uso racional de los recursos naturales; el artículo 75, inciso 17, que asegura la participación de los pueblos

³⁷ JAURETCHE, A., “Manual de zonceras argentinas”, Peña Lillo, Buenos Aires, 1968.

³⁸ PRIETO, H. N., “La titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos”, en *La Ley* 2005-E-1181.

indígenas en la gestión de sus recursos; y el artículo 124, que asigna a las provincias el dominio originario de los recursos naturales en su territorio³⁹. Este último artículo ha sido destacado como una reivindicación federalista, permitiendo a las provincias recuperar la potestad soberana sobre los recursos naturales dentro de sus límites. No obstante, esta disposición ha generado desafíos cuando los recursos naturales cruzan los límites provinciales, como es el caso de los yacimientos hidrocarburíferos que se extienden entre más de una provincia.

El reconocimiento constitucional del dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales ha tenido un impacto inmediato en el ordenamiento jurídico, sin necesidad de legislación adicional. Antes, la Nación tenía la titularidad de estos recursos, respaldada por la Corte Suprema. Con la reforma de 1994 y la inclusión del artículo 124, las provincias recuperaron su dominio, diferenciándose claramente entre dominio y jurisdicción, siendo esta última de la Nación sólo de manera excepcional. Las normas provinciales recobraron su validez constitucional, ajustándose plenamente a la Constitución Nacional⁴⁰.

La diferencia entre “dominio” y “jurisdicción” es clave en este contexto. El dominio se refiere a la propiedad de los recursos, mientras que la jurisdicción alude a la autoridad que se ejerce sobre ellos. En este sentido, las provincias mantienen el dominio sobre los recursos naturales, pero la Nación tiene facultades concurrentes, especialmente en lo que respecta a la legislación ambiental y la regulación de los recursos. La Ley General del Ambiente establece los presupuestos mínimos de protección ambiental, lo que genera un modelo de federalismo de concertación, donde tanto la Nación como las provincias tienen competencias para regular el uso de los recursos naturales.

Según Prieto, el dominio originario permite a las provincias establecer tributos sobre aquellos bienes que forman parte de su riqueza, aunque con ciertas limitaciones fundadas en la Constitución o en la racionalidad legal⁴¹. Esta posición es compartida por Gelli, quien señala

³⁹ SACRISTÁN, E. B., “Algunas reflexiones sobre los recursos naturales en la Constitución Nacional”, en GELLI, M.ª A. *et al.*, *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 373.

⁴⁰ Íd.

⁴¹ PRIETO, *op. cit.*

que el dominio originario implica una titularidad patrimonial sobre los recursos naturales, siempre y cuando no afecte la economía nacional, en cuyo caso el Congreso tiene preeminencia en la fijación de políticas⁴².

Un aspecto central del debate es la interpretación del término “dominio originario” introducido en la Constitución de 1994. Como menciona Gelli⁴³, la adopción de este término en lugar de “propiedad”, utilizado en la Constitución de 1949, responde a una cuestión de conveniencia legislativa. Esta modificación plantea el desafío de armonizar el concepto de “dominio originario” con el de “dominio eminente”, previamente consagrado en las Constituciones provinciales⁴⁴. Autores como Cassagne equiparan el dominio originario al dominio eminente, enfatizando que este último otorga a las provincias derechos sobre los recursos naturales, mientras que el Estado nacional puede excepcionalmente ser titular del dominio originario bajo ciertos marcos constitucionales e internacionales⁴⁵.

Asimismo, la jurisprudencia ha sido crucial para delimitar los alcances del dominio originario. En casos como “Dinel SA c/Municipalidad de Buenos Aires” y “Comensa c/Provincia de Mendoza” se ha confirmado la potestad de las provincias para establecer tributos sobre los recursos naturales en su territorio, aunque bajo ciertas restricciones federales⁴⁶. Sin embargo, la regulación de las regalías y el poder impositivo sobre los recursos naturales continúa siendo un punto de conflicto, tanto a nivel provincial como en relación con la Nación⁴⁷.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el “dominio originario” reconocido en el artículo 124 no impide la interven-

⁴² GELLI, M.^a A., “Constitución de la Nación Argentina comentada”, 2^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2004.

⁴³ Íd.

⁴⁴ SAGÜÉS, N. P., “Derecho Constitucional”, 2^a ed., Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 187.

⁴⁵ CASSAGNE, J. C., “El artículo 124 de la Constitución: una visión crítica”, en *La Ley* 2018.

⁴⁶ Íd., p. 380.

⁴⁷ YOLIS, L., “La distribución de regalías en materia de hidrocarburos en países federales”, en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, 6, 2015, ps. 1-25.

ción del Estado nacional en la regulación de los recursos naturales, como se observó en el caso “Barrick Exploraciones Argentinas SA c/Estado Nacional”. En este caso, la Corte analizó la ley 26.639 de protección de glaciares y determinó que, aunque la Provincia de San Juan argumentó que la ley vulneraba su dominio originario, no se afectaba directamente su competencia en cuanto al dominio de los recursos naturales.

Cabe poner de relieve que la reforma de la Constitución de 1994 se da en un contexto donde la globalización había transformado y uniformado las estructuras económicas, políticas y sociales a nivel mundial, creando un escenario complejo en el que los países periféricos, como Argentina, se han visto obligados a adaptarse a las dinámicas impuestas por los países centrales. Este fenómeno estaba sin lugar a dudas vinculado a una nueva *lex mercatoria* moldeada al calor del proceso neoliberal, que tenía por objetivo la acumulación de capital en manos de grandes corporaciones transnacionales, exacerbando la desigualdad y afectando tanto la estabilidad económica como la soberanía política de los países latinoamericanos, particularmente Argentina.

En este contexto, Argentina experimentó un proceso de profundización de nuestra dependencia hacia los países desarrollados, principalmente a través de la exportación de recursos naturales. En especial, la minería se ha visto beneficiada por un marco legal que favorece la inversión privada a través de la desregulación del sector y la creación de incentivos fiscales, tal como lo establece la Ley 24.196 de Inversiones Mineras (1993). Esta legislación promovió un modelo de crecimiento basado en la explotación de recursos naturales no renovables, estableciendo exenciones impositivas y asegurando la estabilidad jurídica para las empresas mineras.

Este modelo extractivo, conocido como “neoextractivismo”, se consolidó en Argentina bajo el marco de reformas legales durante los años '90 y continuó bajo gobiernos posteriores. En este marco se sancionaron leyes como el Acuerdo Federal Minero de 1993 y el Tratado de Integración y Complementación Minera con Chile (1997), que consolidaron el papel de la minería como una “política de Estado”.

En este escenario de tensiones entre los diferentes niveles de go-

bierno, la sanción de la Ley de Glaciares (ley 26.639/2010) se presenta como un ejemplo de cómo el Estado nacional intenta regular la protección ambiental frente a la minería y otras actividades extractivas. Esta ley establece la preservación de los glaciares y los ambientes periglaciares como reservas estratégicas de recursos hídricos, prohibiendo actividades mineras e hidrocarburíferas en estos territorios. Sin embargo, a pesar de su sanción, la implementación efectiva de la ley ha enfrentado resistencias a nivel provincial, especialmente en aquellas provincias con mayores recursos mineros, como Santa Cruz, que, a pesar de haber adherido a la Ley de Glaciares, ha promovido políticas que favorecen la expansión de la minería a cielo abierto⁴⁸.

Este contraste entre la legislación nacional y las políticas provinciales refleja las tensiones inherentes al sistema federal argentino, donde las provincias tienen la facultad de regular las actividades en su territorio, lo que ha llevado a la creación de marcos legales que contravienen la legislación nacional de protección ambiental. Mientras que algunas provincias como Tierra del Fuego han adoptado leyes que prohíben la minería a cielo abierto, otras, como Santa Cruz, han priorizado el desarrollo de la minería, a pesar de los riesgos que esta actividad representa para el medio ambiente y las reservas de agua dulce⁴⁹.

El análisis de estos casos, como el de Santa Cruz y Tierra del Fuego, demuestra que, aunque la legislación nacional busca garantizar la preservación de los recursos naturales y el medio ambiente, su implementación efectiva se ve limitada por resabios soberanos de las provincias y sus intereses económicos. La falta de coordinación entre los diferentes niveles de gobierno, junto con las presiones del sector minero, pone en evidencia las dificultades para llevar a cabo una política ambiental coherente y eficaz en un país con un sistema federal.

En conclusión, el modelo extractivo promovido por la *lex mercatoria* neoliberal, reforzado por el impulso globalizador de las estructuras

⁴⁸ GAGO, M. E.; GÓMEZ ZAVAGLIA, T. y RIVAS, F., "Federalismo ambiental: los recursos naturales y la distribución de competencias legislativas en la Constitución Nacional Argentina", en *Revista Jurídica*, Universidad de Aquino, Bolivia, 2005.

⁴⁹ LUCERO, M.^a P., "De lo nacional a lo subnacional: políticas ambientales en las provincias argentinas", en *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*, núm. 10(20), 2021, ps. 329-355.

hegemónicas de poder y la intervención del Estado en beneficio de las oligarquías transnacionales, ha tenido un impacto negativo sobre la soberanía, la independencia, la justicia social y ambiental de nuestra comunidad.

Conclusiones

Desde el proceso independentista se fueron sancionando un sinnúmero de instrumentos normativos que reflejan la relación de dependencia económica y la pérdida de soberanía nacional, consolidando un entramado jurídico-político que favoreció a potencias extranjeras a costa del desarrollo del pueblo argentino. En este contexto, el estudio de la educación jurídica en Argentina revela la falta de conciencia crítica sobre los orígenes y los intereses detrás de las leyes del país, lo que permite que continúen reproduciéndose estructuras semicoloniales que imposibilitan una producción jurídica y judicial que se encolonne detrás de un horizonte de patria justa, libre y soberana.

En este contexto, el análisis de la pedagogía jurídica en las Facultades de Derecho de Argentina revela cómo, en muchas ocasiones, se privilegia un enfoque normativo ortodoxo que no aborda los orígenes ni las implicaciones sociales, políticas y económicas del ordenamiento jurídico. La crítica de Carlos Cossio a esta enseñanza formalista señala la desconexión entre el estudio de la norma y la realidad social y política del país. Cossio proponía una formación que acercara al futuro jurista a la realidad cotidiana, un enfoque que tomara en cuenta las conductas humanas, los procesos políticos y no sólo la idealización normativa.

La denuncia de este Digesto semicolonial, cuyo impacto sigue siendo relevante por su vigencia, subraya la necesidad urgente de revisar y dismantelar un sistema que ha mantenido a la Argentina atrapada en una lógica de dependencia política y económica. Sin embargo, esta dependencia también tiene una dimensión cultural, como lo han señalado pensadores como Jorge Abelardo Ramos y Arturo Jauretche, quienes han abordado la “colonización cultural”, basada en la “colonización pedagógica” y en una “superestructura cultural” que garantiza la perpetuación del dominio imperialista de forma sutil pero eficaz. En este

sentido, el concepto de “semicolonia” es tan actual como en el pasado, ya que refleja la experiencia de una Argentina que, a pesar de su independencia política formal, permanece atrapada en una profunda dependencia económica y cultural. Sólo a través de una perspectiva anclada en las tradiciones nacional-populares fue posible desarrollar un pensamiento propio que desafiara esa subordinación y sentara las bases para un proyecto verdaderamente nacional sostenido en los pilares de soberanía, independencia y justicia.

Bibliografía

- BIANGARDI, Carlos Alberto, “El Tratado de Inversiones entre Argentina y el Reino Unido: historia y consecuencias”, Buenos Aires, Académica, 2017.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “El artículo 124 de la Constitución: una visión crítica”, en La Ley 2018.
- COSSIO, Carlos, “La función social de las Escuelas de Abogacía”, 3ª ed., Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, 1947.
- Dipublico, “Acuerdo de Madrid I: Declaración Conjunta de las Delegaciones de la República Argentina y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte”, en Dipublico, <https://www.dipublico.org/4049/acuerdo-de-madrid-i-declaracion-conjunta-de-las-delegaciones-de-la-republica-argentina->, consultado el 19-11-2024.
- DOMÍNGUEZ ROCA, Luis Jorge y ARIAS, Fernando Alejandro, “Privatización y cambio tecnológico en el Puerto de Buenos Aires: su impacto en el espacio urbano”, en Observatorio Geográfico de América Latina, <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal6/Geografiasocioeconomica/Geografia-urbana/407.pdf>, consultado el 20-11-2024.
- GAGO, María Eugenia; GÓMEZ ZAVAGLIA, Tristán y RIVAS, Fernando, “Federalismo ambiental: los recursos naturales y la distribución de competencias legislativas en la Constitución Nacional Argentina”, en Revista Jurídica, Bolivia, Universidad de Aquino, 2005.
- GARCÍA, Norma, “La planificación del transporte por agua en Argentina. Límites y desafíos para los próximos años”, Buenos Aires, ABC, 2020.
- GARCÍA PIÑEIRO, Fernando, “La logística del transporte marítimo global”, Buenos Aires, DEF, 2014.

- GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina comentada”, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2004.
- Gobierno de la República Argentina, “La Comunidad Internacional y la cuestión Malvinas”, en Argentina Gob, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/12/libro_la_comunidad_internacional_y_la_cuestion_malvinas_.pdf, consultado el 19-11-2024.
- GONZÁLEZ, Rodolfo, “El capital extranjero en la economía argentina: un análisis crítico”, Buenos Aires, Ediciones del Sur, 2004.
- JAURETCHE, Arturo, “Manual de zoncercas argentinas”, Buenos Aires, Peña Lillo, 1968.
- LEWKOWICZ, Javier, “Cuarenta años de dominación financiera”, en Página 12, <https://www.pagina12.com.ar/autores/852-javier-lewkowicz>, consultado el 7-6-2023.
- LUCERO, María Pía, “De lo nacional a lo subnacional: políticas ambientales en las provincias argentinas”, en Revista Perspectivas de Políticas Públicas (núm. 10[20]), 2021, ps. 329-355.
- LUKIN, Tomás, “El huevo de la serpiente”, en Página 12, <https://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-132928-2009-10-05.html>, consultado el 8-6-2023.
- MACKAY, Robert Alexander, “Imperial Economics at Ottawa”, en Pacific Affairs, vol. 5 (núm. 10), 1932, ps. 873-885.
- MARTOCCI, Federico, “Una historia económica argentina: de la etapa agroexportadora a la caída del peronismo 1880-1955”, 1ª ed., Santa Rosa, Universidad Nacional de La Pampa, 2018.
- MIZRAHI, Franco, “El Atlántico Sur en peligro: los Acuerdos de Madrid y la ley 24.184 durante la década del noventa”, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 1990.
- ORELLANO, Luciano, “Argentina sangra por las barrancas del río Paraná”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ágora, 2020.
- PRIETO, Hugo Nelson, “La titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos”, en La Ley 2005-E-1181.
- RAMOS, Jorge Alberto, “Crisis y resurrección de la literatura argentina”, Buenos Aires, Indoamérica, 1954.
- ROVELLI, Horacio, “Propuestas sobre el sistema financiero y cambiario”, en IADE, <https://www.iade.org.ar/noticias/propuestas-sobre-el-sistema-financiero-y-cambiario>, consultado el 7-6-2023.

- SACRISTÁN, Estela B., “Algunas reflexiones sobre los recursos naturales en la Constitución Nacional”, en GELLI, M.^a A. *et al.*, *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*, 1^a ed., Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 373.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Derecho Constitucional”, 2^a ed., Buenos Aires, Astrea, 2017.
- SALAS, Andrea, “Transformaciones portuarias en el Gran Rosario: nuevas dinámicas y desafíos en la era global”, en Revista de Estudios Portuarios, vol. 14 (núm. 2), 2021, ps. 45-78.
- SANTARCÁNGELO, Juan, “La reforma financiera de 1977 como pilar del endeudamiento externo”, en Voces en el Fénix, 64, Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, 2017; disponible en Voces en el Fénix, <https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/la-reforma-financiera-de-1977-como-pilar-del-endeudamiento-externo/>, consultado el 6-6-2023.
- Universidad Nacional del Nordeste, “Tratado de 1825 con Inglaterra”, Cátedra Historia Argentina Independiente, en UNNE, https://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_argen_indep/pactos_trat_acuer/tratado_1825_con_ingles.pdf, consultado el 19-11-2024.
- YOLIS, Lucas, “La distribución de regalías en materia de hidrocarburos en países federales”, en Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, 6, 2015, ps. 1-25.

LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (ART. 60)¹

por FRANCISCO MARIO CHACÓN²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto. 3. Evolución histórica. 4. Marco constitucional. 5. Nuestro Código Civil y Comercial. 6. La forma. 7. Los menores de edad. 8. La cuestión de la eutanasia. 9. La cuestión del tiempo. 10. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

En el presente artículo se pretende mostrar un panorama general de la institución conocida en nuestro Derecho como “directivas anticipadas”. En éstas, como en muchas otras, vemos reflejado el afán con que el Código Civil y Comercial ha promovido aquellas manifestaciones pertenecientes al campo de la autonomía de la voluntad. Y si bien las directivas anticipadas se nos muestran, en principio, como altruistas, no por ello dejan de generar muchísimos interrogantes en su funcionamiento. Por este motivo, procuraremos –luego de conocer las circunstancias históricas que les dieron nacimiento– profundizar aquellos aspectos que suelen resultar polémicos, en gran medida, a causa de su escaso período de desarrollo.

Quisiéramos ir más allá de un análisis de puro tinte positivista, el

¹ El presente artículo forma parte del Proyecto de Investigación, dirigido por el profesor Javier Humberto Facco, titulado “Derechos estatutarios y tutelas especiales en Derecho Privado: convergencias y fragmentaciones. Particular análisis frente a los avances tecnológicos y digitales” (aa. 2023-2026), Código 80020220600006UR, acreditado mediante resolución CS 338/2023, de fecha 11-7-2023.

² 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.

cual es aquí a todas luces improcedente. Por el paso del tiempo y la nueva intensidad en el ritmo de vida hemos olvidado que nuestro positivismo actual es, en un alto porcentaje, naturalismo jurídico expresado de manera escrita y ratificado por autoridad competente. Como consecuencia de lo mencionado se han perdido las grandes discusiones. Todo lo esperamos de un organismo técnico. Por más sofisticado que sea el método de interpretación, el escenario es más parecido a la autopsia de una oración que a la verdadera búsqueda de justicia.

En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico de las directivas médicas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación, procurando ofrecer una visión general de la institución y examinar algunos de los principales interrogantes que su aplicación plantea. En particular, se abordarán sus fundamentos, su evolución normativa y su recepción en nuestro ordenamiento, así como ciertas cuestiones que continúan generando debate, con el propósito de contribuir a una mejor comprensión de esta herramienta como manifestación de la autonomía personal en el ámbito de la salud.

Abstract

This article aims to provide a general overview of the institution known in our Law as “advance directives”. In these, as in many other areas, we see reflected the Civil and Commercial Code’s commitment to promoting expressions rooted in the autonomy of the will. And although advance directives appear, at first glance, to be altruistic, this does not prevent them from raising many questions about their functioning. For this reason, after examining the historical circumstances that gave rise to it, we will seek to delve into those aspects that tend to be controversial, largely due to their limited development time.

We would like to go beyond a purely positivist analysis, which is clearly inappropriate here. Due to the passage of time and the new intensity in the pace of life, we have forgotten that our current positivism is, to a large extent, a form of legal naturalism expressed in written form and ratified by competent authority. As a consequence,

great discussions have been lost. We expect everything from a technical body. No matter how sophisticated the method of interpretation, the scene resembles more an autopsy of a sentence than a true pursuit of Justice.

Within this context, the purpose of this paper is to analyze the legal framework of advance healthcare directives in the National Civil and Commercial Code, seeking to provide an overview of the institution and examine some of the primary questions raised by its application. Specifically, it will address its foundations, its regulatory evolution, and its incorporation into our legal system, as well as certain issues that continue to generate debate, with the aim of contributing to a better understanding of this tool as a manifestation of personal autonomy in the field of healthcare.

Palabras clave

Autonomía. Directivas anticipadas. Eutanasia.

Keywords

Autonomy. Advance directives. Euthanasia.

1. Introducción

Si por algún motivo desaparecíamos de nuestro domicilio sin dejar noticias, muchos temas económicos podían no verse afectados gracias a la existencia de un poder general amplio. Si queríamos que nuestra herencia se distribuya de una manera determinada, teníamos la posibilidad de designar un albacea en nuestro testamento³. Pero si se trataba de recurrir a una herramienta que supliera nuestra voluntad cuando la misma, por el motivo que sea, se encontraba imposibilitada, y a su vez sirviera para desenvolverse dentro del ámbito extrapatrimonial, el Código Civil de Vélez carecía de respuestas. Es en este contexto que entran en acción las directivas anticipadas. Gracias a su implementación, la persona puede seguir involucrada en cuestiones de sumo interés

³ Testamento que, justamente, funciona como testimonio de nuestra voluntad.

en lo que a su dignidad respecta, aun careciendo –luego– de las facultades que la ley exige para la formulación de decisiones válidas.

Si bien no se trata de una herramienta destinada directamente a equilibrar las desigualdades en las que se encuentran las personas vulnerables, puede funcionar como un instrumento de utilidad para amenizar la problemática de aquellos que pudiesen hallarse en dicha circunstancia. Sea por el acaecimiento de los diversos presupuestos que establece el Código (alteraciones mentales o adicciones, graves y permanentes, o la imposibilidad absoluta de manifestar la voluntad), sea por el padecimiento de cualquier tipo de discapacidad, las personas pueden llegar a verse impedidas de tomar decisiones de relevancia en cuestiones que son de suma trascendencia para su vida (v. gr., respecto a su salud, o sobre la disposición del propio cuerpo, o hasta en cuestiones que potencialmente desencadenen su muerte). Sin embargo, y como anticipamos, no es una cuestión sencilla, porque las situaciones pueden llegar a ser tan extremas que, aun actuando con la mejor intención posible, se siembran de dudas las decisiones de todos los que acompañan al impedido (familiares, profesionales de la salud y magistrados), y hasta las del mismísimo convaleciente.

2. Concepto

Desde su aparición en agenda son muchas las definiciones practicadas: “Negocio jurídico (en el sentido de acto jurídico) por el cual una persona, que prevé su propia incapacidad, dicta disposiciones y directivas para el cuidado de su persona y el manejo de sus bienes, reglas que sólo han de ser utilizadas ante su propia incapacidad”⁴.

Algunas comparten muchos elementos, pero introducen términos que pueden dar lugar a confusiones: “Las directivas anticipadas constituyen un documento voluntario que contiene instrucciones que realiza una persona en pleno uso de sus facultades mentales, con el objeto de que surta efecto cuando no pueda expresar su voluntad o no tenga suficiente capacidad para darla. En otras palabras, se trata de una declaración de voluntad que hace un individuo para que se respete su

⁴ TAIANA DE BRANDI, N. A. y LLORENS, L. R., “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, Astrea, Buenos Aires, 1996, ps. 10/11.

voluntad cuando quede privado de capacidad por causa sobrevenida. Se trata, por tanto, de un consentimiento informado por anticipación”⁵.

Por nuestra parte, creemos que la definición de Tobías es la que mejor la describe, al condensar naturaleza jurídica, ámbito de actuación y elementos tipificantes: “toda declaración de voluntad emitida por una persona capaz y con discernimiento que contiene disposiciones relativas a eventuales tratamientos médicos futuros para el caso en que, por falta de capacidad o discernimiento para el acto, la persona emitente no esté en condiciones de expresar su voluntad”⁶. En un sentido similar, se ha dicho también que “por tal declaración entendemos la expresión formal de voluntad hecha por una persona jurídicamente capaz y bioéticamente competente, por la que deja expuestas sus decisiones y directivas sobre el comportamiento médico que eventualmente ha de observarse para con ella en el caso de encontrarse en circunstancias tales que, por sus condiciones psicofísicas, no pueda manifestarse válidamente al respecto”⁷.

Finalmente, y si bien no se destaca de manera expresa, la directiva anticipada, como manifestación unilateral de la voluntad referente a cuestiones que hacen a la propia salud, es esencialmente revocable.

⁵ BURGUÉS, M. B., “La autonomía de los niños y adolescentes en las decisiones vinculadas a su integridad física y espiritual”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2019 (septiembre), p. 135; *La Ley Online*, AR/DOC/511/2019, pto. II.2.d. En sentido similar, LAMM, E., en CAMELO, G.; PICASSO, S. y HERREIRA, M. (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, 1ª ed., Infojus, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 145; CALVO COSTA, C. A., “Las directivas médicas anticipadas frente al derecho de la autodeterminación de las personas”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros* 2019-IX-19; *La Ley Online*, AR/DOC/2349/2019, pto. II; LLORENS, L. R. y RAJMIL, A. B., “Derecho de autoprotección”, Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 13: “Podríamos hablar, en estos casos, de un consentimiento informado anticipado”. No vemos del todo preciso llamar a la institución como “documento” o, como se verá después, asimilarla de esa manera al consentimiento informado.

⁶ TOBIÁS, J. W., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, ps. 183/184.

⁷ ABBIATI, L. E.; BUENANUEVA, R. M.; NAMAN, M.ª E. y URQUIZU, P. J., “Algunas consideraciones sobre las declaraciones anticipadas de la voluntad vital”, en *Jurisprudencia Argentina* 2009-IV-994, pto. I.

3. Evolución histórica

Las directivas anticipadas son una institución jurídica netamente moderna. “En verdad, sorprende que desde el Derecho Romano hasta nuestros días no se haya buscado el molde adecuado para atender esta necesidad humana en el plano jurídico”⁸. Los autores, de manera unánime, ubican su nacimiento en los Estados Unidos de América, en la década de los ’70: “Ha sido la Corte Suprema de New Jersey en 1976 la primera en expedirse sobre esta cuestión, cuando en el caso ‘Quinlan’ le reconoció al guardián de una paciente que se encontraba en estado vegetativo el derecho a rechazar el tratamiento médico ante las particulares circunstancias en que se encontraba, a fin de posibilitar su fallecimiento, fundado en razones humanitarias. Y casi una década después la Corte Suprema de Massachusetts, en el caso ‘Brophy c/New England Sinai Hospital’ (1986) decidió respetar la decisión del paciente, quien previamente había dejado expresada su voluntad de no ser forzado a vivir con soporte vital en un estado de inconsciencia, ni con alimentación ni hidratación artificial. Estas tendencias jurisprudenciales se trasladaron posteriormente a las legislaciones de los Estados norteamericanos que, a comienzos de la década de los ’90 del siglo pasado, en su gran mayoría, contenían normas que se referían al respeto que debía guardarse hacia las directivas anticipadas que brindaban los pacientes”⁹. Con respecto a las causas que motivaron a la comunidad jurídica a plantearse este tema se ensayan varias (por ejemplo, los avances técnicos que permiten la previsibilidad del desarrollo de una enfermedad), pero –tristemente– los autores se inclinan por “el debilitamiento paulatino de la familia”¹⁰ como razón principal.

Paulatinamente, las legislaciones europeas fueron incorporando la institución a sus sistemas jurídicos y, como suele ocurrir, son luego discutidas entre nuestros doctrinarios.

⁸ TAIANA DE BRANDI y LLORENS, op. cit., p. 1. Algo similar sostiene Zannoni en el *Prólogo* de la obra: “Creo que en este caso nos hallamos ante un planteo auténticamente novedoso”.

⁹ CALVO COSTA, op. cit., pto. II. En el mismo sentido, TOBÍAS, op. cit., t. II, p. 182; WEINGARTEN, C. y GHERSI, C. A., en GHERSI, C. A., “Derechos personalísimos”, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 239.

¹⁰ TAIANA DE BRANDI y LLORENS, op. cit., p. 2.

Hasta la sanción del Código Civil y Comercial (CCyC), los institutos existentes no lograban cubrir el vacío legal que implicaban estas situaciones. Al mismo tiempo, “ninguno de los proyectos de reforma del Código Civil de Vélez Sarsfield contemplaba la regulación de las directivas anticipadas”¹¹. Se necesitaba que la voluntad de la persona continuara siendo vinculante en lo que respecta a las cosas más íntimas de su personalidad, a pesar de que perdiese su capacidad (y consecuentemente su voluntad sea representada). Se intentó reacomodar la figura del mandato irrevocable (art. 1977 del CC) o el mandato *post mortem*, sin que los logros convencieran a muchos de su conveniencia. Como sostenían Taiana de Brandi y Llorens: “aun admitiendo que el poder irrevocable subsista luego de la incapacidad, en el problema que pretendemos solucionar (la eficacia de la declaración de voluntad para la propia incapacidad, siempre revocable durante la capacidad), falta el negocio base que justifique esa irrevocabilidad. Menos factible es aquí utilizar el mandato *post mortem*, ya que el supuesto que nos ocupa es un problema de la vida y no de la muerte”¹².

Luego, en 1994, con la sanción de la ley 24.441 referente a fideicomisos, se vio la posibilidad de utilizar esta herramienta como alternativa. Sin embargo, seguía faltando algo más directo, que no importase la adaptación de otra figura creada para otros fines específicos. Cuentan Llorens y Rajmil que “la expresión ‘autoprotección’ nació a propuesta de la delegación española en las VIII Jornadas Iberoamericanas de Veracruz (México), en 1998, e intenta poner nombre a la regulación jurídica de este nuevo requerimiento: el de sujetos que quieren dejar asentadas sus previsiones para la eventual pérdida del propio discernimiento”¹³.

Recién con la ley 26.529 del año 2009, de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, nace oficialmente para nuestro país el instituto jurídico de las directivas anticipadas. La misma, en su artículo 11, dispuso: “*Directivas anticipadas*. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas

¹¹ TOBIÁS, op. cit., t. II, p. 200.

¹² TAIANA DE BRANDI y LLORENS, op. cit., ps. 23/24.

¹³ LLORENS y RAJMIL, op. cit., p. 3.

anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”. La ley 26.742 del año 2012, modificatoria de la antes mencionada, reforma el precepto agregando un párrafo: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

Junto a este proceso nuestros tribunales empezaban a analizar los casos que abarcan esta temática, más en sintonía con los nuevos planteos que ahora se habían incorporado a la discusión. Para el año 2005, los magistrados ya se expedían por la eficacia vinculante de las directivas anticipadas¹⁴. Pero es con los fallos “Albarracini” (2012) y “M. A. D.” (2015), de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la influencia del debate se traslada a todo nuestro territorio. En “Albarracini”, el “más alto tribunal nacional no hace lugar al pedido del padre del paciente a que se realice una transfusión de sangre en virtud de que el paciente la rechazó en una directiva anticipada”¹⁵. La transfusión no se efectuó y el paciente falleció. En el caso “M. A. D.”, si bien no contiene directivas anticipadas, se hace hincapié en el principio de autonomía del paciente, representada en esa instancia por las hermanas de una persona que se encontraba en estado vegetativo desde hacía 20 años. La Corte, en virtud de ese pedido, autorizó suspender la alimentación y la hidratación del paciente, que fallece por una neumonía antes de la ejecución de la sentencia¹⁶.

En conclusión, las directivas anticipadas empiezan como una forma de designar a una persona para que tome decisiones médicas por no-

¹⁴ JCCorr. núm. 4 de Mar de Plata, 5-7-2012, “R. R. T.”, *La Ley* 2012-D-669; *La Ley Online*, AR/JUR/35065/2012; *Jurisprudencia Argentina* 2005-IV-445, con nota de MORELLO, A. M. y MORELLO, G. C., “Las directivas anticipadas en un fallo notable”, en *Jurisprudencia Argentina* 2005-IV-458; *La Ley Online*, 0003/012303.

¹⁵ LAMM, en CARAMELO, PICASSO y HERRERA (dirs.), op. cit., t. I, p. 146.

¹⁶ PUCHETA, L. L., “Aspectos jurídicos de las directivas anticipadas. Análisis desde una perspectiva local”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2019 (octubre), p. 178; *La Ley Online*, AR/DOC/2129/2019, pto. II.

sotros, en caso de que estemos en imposibilidad de hacerlo. Pero su utilidad hoy también se orienta a la transmisión de la voluntad de la propia persona –sin intermediarios–, para determinadas circunstancias referentes a su salud, y de las cuales se encuentra imposibilitado de tomar.

4. Marco constitucional

Cuando la cuestión referente a directivas anticipadas empieza a replicarse en muchas naciones, se hace imprescindible darle algún marco normativo (sea en forma de recepción o de prohibición) dentro de sus regulaciones.

En Argentina encuentra respaldo constitucional en el artículo 19 de nuestra Carta Magna, como una manifestación de la autonomía personal¹⁷. Entonces, restaría analizar si puede entrar en contradicción con alguna de sus otras disposiciones (fundamentalmente, el derecho a la vida); y si bien el derecho a la vida se encuentra jerárquicamente por encima del de confeccionar directivas anticipadas, existen muchos puntos de contacto en las que ambos pueden coexistir armónicamente. El límite es la eutanasia, entendida como la conducta activa u omisiva que procura provocar la muerte de una persona, sin distinción de si el agonizante o preagonizante dio o no su consentimiento, o sin importar si la enfermedad mortal que está transitando es irreversible o no, o si ésta puede generar mucho o poco sufrimiento. La eutanasia es, en definitiva, una modalidad del homicidio.

“Bajo este prisma, y dentro de estos parámetros, no parece inconsistente con el entramado constitucional federal la existencia de estas llamadas ‘directivas anticipadas’, en donde el paciente deja constancia de su voluntad de no sujetarse a tratamientos de carácter invasivo o de ‘encarnizamiento terapéutico’ para la prolongación de su propia vida”¹⁸. Como sostiene el autor recién citado: “En la medida en que

¹⁷ CARNOTA, W. F., “Las directivas anticipadas del artículo 11 de la ley 26.529: su constitucionalidad”, en *La Ley* 2012-C-373; *La Ley Online*, AR/DOC/2395/2012. En el mismo sentido, LLORENS y RAJMIL, op. cit., p. 6; TOBÍAS, op. cit., t. II, p. 185, especificando: “el derecho a la autodeterminación del paciente, que no es sino una manifestación particular del derecho a la libertad”.

¹⁸ CARNOTA, W. F., “La constitucionalidad de las directivas anticipadas”, en *La Ley* 2005-F-52; *La Ley Online*, AR/DOC/2975/2005.

este acto haya sido realizado con cabal comprensión y con discernimiento, intención y libertad, es decir, voluntariamente, alojado en el ámbito de la conducta autorreferente y de la autonomía personal, no es repugnante al sistema jurídico que nos rige”¹⁹.

Ahora discutamos otro aspecto: el formal. En virtud del sistema de organización plasmado en nuestra Constitución, las provincias han otorgado a la Nación la potestad de regular en cuestiones específicas, reservando, obviamente, todo aquello que no delegaron. Y si bien entre estas reservas se encontraría la posibilidad de dictar normas en materia sanitaria, el Estado nacional compartiría esta facultad, dado que puede sancionar normas que promuevan el bienestar general. En definitiva, “queda configurado un escenario de competencias concurrentes que rige en la materia: una originaria (no delegada) de las provincias, usualmente referida como ‘poder de policía de bienestar’ y otra convencional (o delegada) del Estado federal”²⁰.

Sin embargo, existen posturas más rigurosas que sostienen un orden de jerarquía, en donde Nación tiene preferencia: “Tratándose de materia propia de ‘Derecho común’ [...] no cabe duda de que su regulación le compete al Congreso de la Nación por imperio de la atribución que le reconoce para ello el inciso 12 del artículo 75, CN. Se resguardan con norma de tal cuño los principios de generalidad y uniformidad que exige la regulación de una materia de tal entidad. Las leyes provinciales que puedan dictarse al respecto, a más de su improcedencia –explicable sólo por la inexplicable mora del legislador nacional–, corren el riesgo de incurrir en un diferente tratamiento de iguales cuestiones que, de existir, terminan lesionando el principio de igualdad”²¹.

5. Nuestro Código Civil y Comercial

La construcción jurídica elaborada hasta los albores de la sanción del CCyC fue plasmada en el artículo 60 del mismo: “*Directivas médicas anticipadas*. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su

¹⁹ Íd.

²⁰ PUCHETA, op. cit., pto. I.

²¹ ABBIATI, BUENANUEVA, NAMAN y URQUIZU, op. cit., pto. III, p. 995.

propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.

Su fundamento fue de la mano de la evolución lograda en materia de salud mental. Los progresos obtenidos en dicho ámbito arrastraron consigo la posibilidad de poder proyectar el tratamiento pretendido para el caso de sufrir alguna restricción a la capacidad o de llegar al grave caso de la incapacidad. Desde hace tiempo se venía pregonando que “las enfermedades mentales afectan determinadas áreas de la personalidad. Hasta en los casos más graves es conveniente escuchar al enfermo y sopesar sus deseos, pues muchas veces manifiestan ideas criteriosas y atendibles”²².

Esta norma debe ser interpretada armonizándola con la ya existente ley 26.529 (modificada por la ley 26.742), pues si bien es posterior se trata de una regla de contenido general, frente a pautas legales de contenido específico. Y aunque la norma parece clara y de fácil aplicación, mencionaremos importantes polémicas que pueden suscitarse. En este punto, sólo aludiremos a una pequeña crítica, más semántica que sustancial: la palabra “mandato”. No puede hablarse propiamente de mandato, de origen contractual, cuando sus reglas describen la situación contraria: el mandato se extingue con la incapacidad del mandante. Se podría plantear que la norma habilita la representación de un acto que es personalísimo²³. Pero se trata, simplemente, de una situación que se resuelve modificando la palabra por otra que pueda ser más apropiada.

6. La forma

En materia de formas aparece un primer dilema: “No es posible una contestación categórica acerca de la conveniencia (o no) de que

²² TAIANA DE BRANDI y LLORENS, op. cit., p. 33.

²³ RIVERA, J. C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, 7ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, t. I, p. 1176.

el legislador imponga una forma determinada a la manifestación de voluntad (y, en su caso, a qué título). Argumentos en pro de una contestación afirmativa son, entre otros, la facilidad del conocimiento de la voluntad (y su contenido) y la protección de una eventual ligereza en una materia tan ligada a derechos fundamentales de la persona. Pero el criterio puede requerir costos para el otorgante (caso del instrumento público), el riesgo que por vicios o defectos de forma se observe la validez de la manifestación o que debido a la ausencia de la forma se deba prescindir de una voluntad susceptible de ser acreditada por otros medios (cuando se impone a título de solemne absoluto)²⁴. Dentro de las positivas también se podría agregar que “[a]demás de otras ventajas propias de estos instrumentos, ella ofrece al juez el juicio de capacidad del otorgante dado por el notario”.

Por otra parte, “también confiere la certeza acerca de la fecha del otorgamiento del acto, lo que es de vital importancia en el análisis de la habilidad del sujeto, en relación con la evolución de la enfermedad que posteriormente lo lleve a la incapacidad”²⁵.

Fuera de ello, y como se ha observado, el artículo 60 del CCyC no alude a una forma determinada. Para encontrarla debemos remitirnos a la Ley de Derechos del Paciente y a su reforma. La ley 26.742 dispone: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”. Al mismo tiempo, el decreto reglamentario 1089/2012 ratifica la forma escrita y el resto de los requisitos antedichos, agregando en su artículo 11: “...se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza”. Y con mayor tino dice que “El paciente puede incluso designar un interlocutor para

²⁴ TOBÍAS, op. cit., t. II, ps. 203/204.

²⁵ TAIANA DE BRANDI y LLORENS, op. cit., p. 68; WEINGARTEN y GHERSI, op. cit., p. 240: “Se trata de ‘documentos’ que deben gozar de validez, eficacia e indubitabilidad, de tal forma que los profesionales y los establecimientos de salud no duden” (no olvidemos que de acaecer puede sobrevenir el fallecimiento con los consiguientes efectos económicos –sucesión– o extraeconómicos –por ejemplo, la viudez–).

que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones”, y obliga a que dicho interlocutor deje constancia de su aceptación.

En sus párrafos finales reza: “Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas, y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

”...Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente”.

En principio, hasta aquí no hay mayor inconveniente que el dilema primigenio antes mencionado. A lo sumo, podemos redundar diciendo que “El Código Civil y Comercial no se pronuncia respecto de la forma de las directivas anticipadas. Entendemos que subsiste la regla especial prevista en la Ley de Derechos del Paciente (conf. Crovi)”²⁶.

¿Pero qué ocurre con la revocación? Aquí la ley no dice nada. Si nos basásemos en principios generales, deduciríamos que, para revocar una directiva anticipada creada mediante el uso de una forma determinada, deberíamos recurrir a un instrumento que cumpla con similares requisitos legales. Sin embargo, el “testamento no vital”, paladín de la autonomía de la voluntad y estereotipo del acto jurídico formal solemne, no exige tales requisitos. Tampoco el consentimiento informado, con el que tantas veces es comparado, el cual sólo pide la expresión escrita, que sea firmada, y que de alguna manera pueda acreditarse la autenticidad de la rúbrica (hoy podría hacerse hasta en un archivo PDF con firma digital remota).

Por lo tanto, resulta prudente que el decreto reglamentario 1089/2012 destinase dos párrafos del artículo en comentario para referirse a esta cuestión: “...El paciente puede revocar en cualquier momento estas

²⁶ RIVERA, op. cit., t. I, p. 1174; LAFFERRIERE, J. N. y MUÑIZ, C., “Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial unificado”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* del 8-6-2015, p. 147; *La Ley Online*, AR/DOC/1411/2015, pto. III, i.

directivas, dejando constancia por escrito, con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las Leyes que se reglamentan por el presente Decreto.

”Si el paciente, no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos dos (2) testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante”²⁷.

A pesar de lo establecido, y debido a la peculiaridad del caso, consideramos que, aun de no darse las circunstancias del segundo párrafo transcrito, debe admitirse la revocación a través de cualquier medio de prueba que pueda acreditarla de manera fehaciente.

7. Los menores de edad

¿Qué ocurre cuando un menor de edad quiere hacer uso de directivas médicas anticipadas? La ley exige “persona capaz mayor de edad”. El artículo 60 del CCyC dispone de manera terminante: “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato...” Por otra parte, el artículo 26 del CCyC referente al ejercicio de los derechos por la persona menor de edad abre un abanico de circunstancias en torno a la relación del adolescente con las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Si confrontamos ambas normas, el primer pensamiento que nos viene a la cabeza es aquel viejo adagio, tantas veces repetido, cuya fórmula establece que *quien puede lo más, puede lo menos*. Pues, justamente, si siendo un joven de más de 16 años puedo decidir no someterme a un tratamiento, sin autorización de mis progenitores, ¿cuál sería el inconveniente legal que impida la elaboración de una directiva anticipada referida a la misma situación? Consideramos que resolver una situación concreta refiere a una cuestión jurídica de mayor relevancia que la disposición anticipada de un eventual suceso (remarcamos, que puede no acaecer).

De más está decir que tanto la Convención sobre los Derechos del

²⁷ Decreto reglamentario 1089/2012, art. 11, párrs. 9º y 10.

Niño como la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes se orientan a favor de la expresión de voluntad del menor en actos para los que cuenta con madurez suficiente. Y si bien de dichas directivas tal vez no pueda extraerse que las manifestaciones de la voluntad aludidas sean vinculantes²⁸, sí podemos inducir que, relacionadas con otras normas o para los casos de duda o contradicción (como el antes mencionado), resulten determinantes a la hora de convalidar la postura que defiende la admisión del derecho a confeccionar directivas anticipadas, como proyección de facultades conferidas por el artículo 26 del CCyC. “Como se dijo, el CCyC regula un núcleo duro en la materia y no deroga esta ley, por lo que, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos –el Código y la ley–, hay que buscar, pues, la norma más protectora de los derechos en juego”²⁹.

La bibliografía existente, previo a la sanción del CCyC, es favorable a esta tesis: “De allí que creemos que un adolescente, según su entendimiento y madurez intelectual, en el ejercicio de sus derechos personalísimos, puede otorgar, entre otros actos personalísimos, actos de autoprotección (p. ej., en materia de salud), por escritura pública, para que esa expresión sea tenida en cuenta por los médicos y los jueces, criterio que ha sido receptado por el ya mentado artículo 2º, inciso e, de la ley 26.529”³⁰. Este tema se plantea también en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015). Allí, “el despacho mayoritario afirma que el adolescente no cuenta con capacidad para otorgar directivas médicas anticipadas, pero mediaron dos despachos en minoría; el primero de ellos dice que el adolescente con grado de madurez suficiente debe ser considerado capaz para otorgar directivas anticipadas; y el último que puede hacerlo con autorización judicial”³¹.

²⁸ LAMM, en CAMELO, PICASSO y HERRERA (dirs.), op. cit., t. I, p. 146: “Entonces, aunque el artículo 26 reconoce la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y permite que con 16 años su consentimiento informado vincule al médico, en esos supuestos se trata de actos actuales que se diferencian de la posibilidad de emitir consentimientos anticipados vinculantes”.

²⁹ Íd.

³⁰ LLORENS y RAJMIL, op. cit., p. 56.

³¹ RIVERA, op. cit., t. I, ps. 1173/1174.

Sin embargo, la doctrina tiende a expedirse por la postura permisiva: “En este marco, no encontramos justificativo para que se le reconozca a un adolescente una determinada esfera de decisión actual en materia de salud, como son las prerrogativas que emanan del artículo 26, y se lo excluya de la posibilidad de adelantar dicha decisión para el futuro. Por tanto, proponemos la aplicación analógica de dicha presunción de discernimiento a las directivas anticipadas, dejando de lado la indicación «plenamente capaz»³².”

8. La cuestión de la eutanasia

Tal vez el tema más sensible dentro de este instituto gire en torno a la delicadísima gama de grises que existen entre la eutanasia y la ortotanasia. Conceptos que en abstracto no presentan mayores inconvenientes, pero estudiados en lo concreto pueden hacer titubear al más preparado de los moralistas. A esto agreguemos ciertas complicaciones que pueden derivar de una poco feliz redacción del CCyC. Respecto de esto último, la dificultad no está en los artículos de directivas anticipadas, los cuales con claridad establecen: “Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”. La problemática surge por el inciso g, del artículo 59 del CCyC, el cual opta por realizar una muy detallada casuística cuando, tal vez, lo conveniente hubiese sido describir una situación general que permitiese mayor participación profesional de especialistas en el arte de curar: “en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”.

³² PARODI, M.^a C. y RADCLIFFE, M.^a S., “Adolescencia y directivas médicas anticipadas. Ensayando respuestas desde una interpretación integradora del sistema de fuentes”, en *Revista de Derecho de Familia* 2019-II-387; *La Ley Online*, AR/DOC/1138/2019, pto. VIII.

Pensemos que aun quienes adhieren a posturas religiosas analizan este aspecto dividiendo entre medios ordinarios o extraordinarios, para sostener la vida³³. Dicha alternativa permite adaptar el contenido a los criterios más actuales de la ciencia médica con mayor facilidad. Y en otro orden de ideas, la mencionada casuística del CCyC puede hasta presentarse como contradictoria, porque ciertos procedimientos quirúrgicos hoy son claramente ordinarios; y el caso del rechazo de la hidratación y la alimentación, salvo circunstancias extremadamente específicas, no es más que una eutanasia pasiva encubierta. Igualmente, reconocemos que el “tema no está aún legislado en nuestro país y la normativización es dificultosa por cuanto la eutanasia involuntaria pasiva en especial plantea problemas delicados, espinosos, opinables y contingentes. Otro aspecto en cuestión es la diferencia real entre tratamientos ordinarios y extraordinarios”³⁴. “Obviamente, esto pone al intérprete en la necesidad de determinar qué es la práctica eutanásica, lo que no es simple, pues son múltiples –y a veces confusos– los criterios de los autores para configurar los distintos tipos de eutanasia y a su vez éstos de lo que son decisiones legítimas del paciente”³⁵.

Pero no podemos dejar de señalar que nuestra doctrina mayoritaria se opone terminantemente a la eutanasia pasiva, motivo que debería ser suficiente para instalar el principio *in dubio pro vita*: “Estos ‘derechos’ del paciente³⁶ son considerados, por algunos autores, como supuestos de eutanasia pasiva, pero que en nuestro régimen legal se encuentran reconocidos cuando el paciente está en las condiciones descritas por la norma. Las directivas anticipadas podrían, por lo tanto, prever las mismas decisiones para el caso de que el sujeto que las emite se encuentre en esas condiciones a las que alude el artículo 59. En cambio, no podría prever la supresión *de todo tratamiento*, de aquellos que pueden ser razonablemente eficaces para la recuperación de la salud sin que impliquen sufrimientos extremos, etcétera; en fin, la

³³ BASSO, D. O. P., “Nacer y morir con dignidad. Bioética”, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, ps. 415/472.

³⁴ KRAUT, A. J., “Los derechos de los pacientes”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 87.

³⁵ RIVERA, op. cit., t. I, p. 1175.

³⁶ Se refiere al art. 59, inc. g, del CCyC.

directiva no puede implicar un suicidio ni una eutanasia evidente. Es sin duda un sendero resbaladizo y que puede dar lugar a dificultades serias en la práctica³⁷. O, en otros términos: “entendemos que la palabra ‘eutanasia’ debe reservársela para la práctica intencionalmente dirigida a causar la muerte como efecto inmediato. Así pues, el advenimiento de la muerte fuera de esta intención obsta calificarla como eutanásica, y, por lo tanto, no es correcto darle a la eutanasia pasiva entidad ortotanásica y predicar de ella la calidad de muerte digna³⁸”.

Por estos motivos, nos parece prudente que el decreto reglamentario 1089/2012 de la Ley de Derechos del Paciente permita al médico a cargo, cuando considere que la medida a tomar implique desarrollar prácticas eutanásicas, y previa consulta al Comité de Ética de la institución respectiva (y, si no lo hubiera, de otro establecimiento), invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales actividades.

9. La cuestión del tiempo

Los autores suelen realizar un paralelismo entre las directivas anticipadas y el consentimiento informado; por ejemplo: “Consiste entonces en un consentimiento informado por anticipación. Estos documentos deben entenderse como un consentimiento informado y realizado con anterioridad al supuesto o supuestos en los que debería entrar en vigor³⁹”. El tema es que algo aparentemente anecdótico y muy poco advertido por los doctrinarios resulta ser una cuestión de suma trascendencia en esta materia. ¿Qué es de tanta importancia? Según el artículo 59 del CCyC, el “...consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada...” Ese “luego”, si bien no tiene que ser inmediato, implica no existir solución de continuidad, ergo, no hay interrupción entre la información brindada y la decisión tomada en base a esa información. Todo el acto se lleva a cabo dentro del mismo statu quo, por lo que nos permitimos la siguiente analogía: *pacta sunt servanda rebus sic stantibus* (los pactos deben cumplirse, mientras las cosas sigan así).

³⁷ RIVERA, op. cit., t. I, p. 1176.

³⁸ ABBIATI, BUENANUEVA, NAMAN y URQUIZU, op. cit., pto. IV, p. 996.

³⁹ LAMM, en CAMELO, PICASSO y HERRERA (dirs.), op. cit., t. I, p. 146.

Las directivas anticipadas tienen una esencia diferente, motivo que nos hace dudar de si pueden proyectarse ciertos fundamentos de una a otra institución. Las directivas anticipadas se toman sobre cuestiones hipotéticas, de inexistencia actual y de acaecimiento eventual. Curiosamente, se traslada aquí una discusión propia del área moral, y es que, justamente, la moral no existe en abstracto, fuera de las circunstancias concretas que la rodean⁴⁰. Por más detallada que sea la medida a tomar en el futuro, nunca puede saberse si es justa o injusta, porque es imposible prever exactamente las circunstancias concretas que vamos a encontrar cuando llegue el momento de su implementación.

Esta situación acarrea el interrogante por demás válido: ¿pueden tener eficacia vinculante plena? Entonces, reconociendo la existencia de esta problemática, ¿cómo puedo contrarrestar este inconveniente? Si la directiva no tiene eficacia vinculante, empieza el mismo problema probatorio que existía y que la directiva venía a solucionar. Si tiene plena eficacia vinculante, aparece en escena el problema de la temporalidad.

Dentro de este análisis se contraponen distintas cuestiones asociadas a la falta de simultaneidad entre la directiva y el momento concreto que, supongamos, terminó acaeciendo. Si la directiva era muy precisa, es muy probable que no coincida con la situación concreta; si es muy genérica, empiezan los juegos interpretativos y las posibles ambigüedades⁴¹. Entre las pautas recomendadas por los notarios, aconsejan: “Es importante incluir, además, las razones precisas que impulsan al otorgante, pues la subsistencia de ellas durante su incapacidad indicará la conveniencia o inconveniencia de apartarse de esas instrucciones y la medida del apartamiento”⁴².

Ahora bien, no sólo puede ocurrir que mis ideas vayan cambiando con el tiempo, sino que también evolucione la ciencia médica, siendo muy probable que no estemos al tanto de los últimos avances tecnológicos. ¿Cómo hacemos para conservar el mayor grado de eficacia vinculante posible? Cierta doctrina y alguna legislación comparada

⁴⁰ ROYO MARÍN, A. O. P., “Teología moral para seglares”, 4ª ed., Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1973, t. 1, p. 73.

⁴¹ TOBÍAS, op. cit., t. II, p. 186.

⁴² TAIANA DE BRANDI y LLORENS, op. cit., p. 34.

(Francia) postulan la actualización permanente de la voluntad: “La necesidad de la ratificación periódica de esta clase de declaraciones está dada no sólo por la modificación que puedan haber sufrido las distintas circunstancias concurrentes al tiempo de ser expresadas (p. ej., la relación de confianza en el albacea o curador), sino también por la incidencia que en su mantención pueden tener los avances científicos y tecnológicos en el campo de la medicina y la farmacopea”⁴³. Y concluyen con la siguiente idea: “proponemos que las mismas deban ratificarse (lo que conlleva la posibilidad implícita de la rectificación), al cabo de ese tiempo [dos años] o, quizá, de los tres años a fin de mantener su vigencia”⁴⁴.

Finalmente, es interesante destacar que esta misma legislación comparada⁴⁵ subordina la directiva anticipada al prudente dictamen médico, jerarquizando de esta manera el cumplimiento de los deberes profesionales. Nuestra legislación deja la puerta abierta a esta solución intermedia, dado que, si bien el decreto reglamentario 1089/2012 obliga “respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente”, también permite que, en casos de gravedad, el médico a cargo pueda convocar al Comité de Ética de la institución respectiva y concluir dictaminando “la imposibilidad legal de cumplir con tales directivas anticipadas”.

10. Conclusión

Con la confección del presente trabajo pretendimos aportar una visión del panorama actual de las directivas médicas anticipadas, procurando un análisis algo más transversal de la materia, sin apegarnos tanto al frío positivismo jurídico. Dicho estudio, sinceramente, nos ha dejado más intrigas que certezas, porque si bien las problemáticas pueden estar claras y a la vista, no así tanto las soluciones para ellas.

⁴³ ABBIATI, BUENANUEVA, NAMAN y URQUIZU, op. cit., pto. VIII, p. 999.

⁴⁴ Íd.

⁴⁵ TOBIÁS, op. cit., t. II, p. 193: “El señalado artículo 1111-11 establece que el médico debe ‘tener en cuenta’ las directivas para cualquier decisión de estudios, intervención o tratamiento relativo al paciente. La doctrina francesa, al parecer, considera por ello que si el médico estima que el mejor interés del paciente impone no seguir las directivas anticipadas, es su deber profesional no tenerlas en cuenta”.

Teorizar sobre estas cuestiones puede resultar de sumo interés, pero tomar decisiones sobre las mismas se vuelve estremecedor.

Por lo tanto consideramos que la institución surge ante una necesidad válida de la persona, y que le sirve como herramienta para desarrollar aspectos de su libertad y su dignidad. Al mismo tiempo, cuanto más valioso es el objeto comprometido, mayores son los riesgos que se corren. Es por ello que la comunidad jurídica, como garante de este preciado equilibrio, debe continuar profundizando estos estudios que tan sensibles e importantes resultan para las personas humanas.

Bibliografía

- ABBIATI, Luis E.; BUENANUEVA, Roberto M.; NAMAN, María Emilia y URQUIZU, Pedro J., “Algunas consideraciones sobre las declaraciones anticipadas de la voluntad vital”, en Jurisprudencia Argentina 2009-IV-994.
- BASSO, Domingo O. P., “Nacer y morir con dignidad. Bioética”, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1993.
- BURGUÉS, Marisol B., “La autonomía de los niños y adolescentes en las decisiones vinculadas a su integridad física y espiritual”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas 2019 (septiembre), p. 135; La Ley Online, AR/DOC/511/2019.
- CALVO COSTA, Carlos A., “Las directivas médicas anticipadas frente al derecho de la autodeterminación de las personas”, en Revista Responsabilidad Civil y Seguros 2019-IX-19; La Ley Online, AR/DOC/2349/2019.
- CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián y HERRERA, Marisa (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, 1ª ed., Buenos Aires, Infojus, 2015.
- CARNOTA, Walter F., “La constitucionalidad de las directivas anticipadas”, en La Ley 2005-F-52; La Ley Online, AR/DOC/2975/2005.
- “Las directivas anticipadas del artículo 11 de la ley 26.529: su constitucionalidad”, en La Ley 2012-C-373; La Ley Online, AR/DOC/2395/2012.
- GHERSI, Carlos A., “Derechos personalísimos”, 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015.

- KRAUT, Alfredo J., “Los derechos de los pacientes”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y MUÑIZ, Carlos, “Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial unificado”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas del 8-6-2015, p. 147; La Ley Online, AR/DOC/1411/2015.
- LLORENS, Luis Rogelio y RAJMIL, Alicia B., “Derecho de autoprotección”, Buenos Aires, Astrea, 2010.
- MORELLO, Augusto M. y MORELLO, Guillermo C., “Las directivas anticipadas en un fallo notable”, en Jurisprudencia Argentina 2005-IV-458; La Ley Online, 0003/012303.
- PARODI, María C. y RADCLIFFE, María S., “Adolescencia y directivas médicas anticipadas. Ensayando respuestas desde una interpretación integradora del sistema de fuentes”, en Revista de Derecho de Familia 2019-II-387; La Ley Online, AR/DOC/1138/2019.
- PUCHETA, Leonardo L., “Aspectos jurídicos de las directivas anticipadas. Análisis desde una perspectiva local”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas 2019 (octubre), p. 178; La Ley Online, AR/DOC/2129/2019.
- RIVERA, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2020.
- ROYO MARÍN, Antonio O. P., “Teología moral para seglares”, 4ª ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1973.
- TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis R., “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- TOBIÁS, José W., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, Buenos Aires, La Ley, 2018.

EL SEMINARIO EN LOS PLANES DE ESTUDIO DE LA CARRERA DE ABOGACÍA

por ARACELI M. DÍAZ¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Seminario en el Plan 1960. 2.1. El desarrollo de los Cursos de Seminario. 3. El Seminario en los planes de estudio posteriores. 4. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

El objetivo de este artículo es analizar el lugar que presenta el espacio de Seminario en los planes de estudio de la Carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Rosario, desde su creación hasta la actualidad. Para ello se examina un corpus de distintos documentos curriculares. Por un lado, resoluciones del Consejo Superior de la Universidad Nacional del Litoral y de la Universidad Nacional de Rosario, mediante las que se aprueban los distintos planes de estudio de la Carrera de Abogacía en el período comprendido entre 1959 y 2016. Asimismo, se analizan resoluciones del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho a través de las que se implementa el cursado del Seminario y se aprueban sus programas. Por último, se examinan la finalidad, los contenidos y la modalidad de cursado y de acreditación de los distintos programas del Seminario. El análisis muestra que la

¹ Abogada y docente investigadora (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario). Profesora titular del Seminario Disciplinar (Carrera de Abogacía, FDER, Universidad Nacional de Rosario). Ex-vicedecana de la Facultad de Derecho (2019-2023, Universidad Nacional de Rosario). Expresidenta del Colegio de Abogados de Rosario (2014-2015).

formación en investigación forma parte de los saberes requeridos para obtener la titulación en Abogacía desde la creación de la Escuela de Derecho en 1959 hasta la época actual y que dicha formación se indica en el espacio del Seminario disciplinar. Las modificaciones refieren principalmente a su ubicación en el plan de estudios y al nivel de articulación con otros espacios curriculares.

Abstract

The aim of this article is to analyze the role of the Seminar within the Law degree programs at the National University of Rosario, from their inception to the present. To this end, a corpus of various curricular documents is examined. These include resolutions from the Higher Councils of the National University of the Littoral and the National University of Rosario, which approved the different Law degree programs between 1959 and 2016. Resolutions from the Faculty of Law's Governing Council, which implemented the Seminar courses and approved their syllabi, are also analyzed. Finally, the purpose, content, delivery method and accreditation of the different Seminar programs are examined. The analysis shows that research training has been part of the knowledge required to obtain a Law degree since the creation of the Law School in 1959 and that this training is addressed within the disciplinary Seminar. The modifications mainly refer to its location in the curriculum and the level of articulation with other curricular spaces.

Palabras clave

Abogacía. Planes de estudio. Seminario. Investigación. Historia.

Keywords

Law. Curricula. Seminar. Research. History.

1. Introducción

El objetivo es revisar el lugar que ha tenido el Seminario en la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad

Nacional de Rosario, específicamente sus continuidades y modificaciones como espacio de iniciación en la investigación.

La documentación analizada corresponde a tres períodos históricos de la Carrera de Abogacía. El primero se extiende desde la creación de la Carrera como Escuela de Derecho en 1959, dependiente de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral (en adelante, UNL), con sede en Rosario. Un segundo período transcurre desde que la Escuela se convirtió en Facultad de Derecho en 1967², todavía dependiente de la UNL, hasta que se creó la Universidad Nacional de Rosario en 1968³. Por último, la etapa transcurrida desde ese momento hasta la actualidad.

2. El Seminario en el Plan 1960

El primer plan de estudios de la Escuela de Derecho se aprobó en 1959, pero se puso en marcha en 1960, año en el que comenzaron las actividades académicas; por eso se lo conoce como Plan 1960.

Este primer plan de estudios estaba conformado por 31 materias que se vinculan con uno de los fines de la universidad: la docencia. Para cumplir con los otros fines que rigen desde la Reforma Universitaria de 1918, la investigación y la extensión a la sociedad, se integraron en el Plan 1960 el Seminario y el Consultorio Jurídico Gratuito⁴, respectivamente.

El 3 de noviembre de 1961 el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la UNL⁵ aprobó la resolución de Consejo Directivo 1923, en la que se establecieron las normas de estructuración de los Seminarios de la Escuela de Derecho.

² El 15 de febrero de 1967, mediante resolución 75 del secretario de Cultura y Educación de la Nación, Carlos María Gelly y Obes, se transforma la Escuela en Facultad de Derecho de la UNL, con sede en Rosario.

³ La Universidad Nacional de Rosario se creó por ley 17.987 del 29 de noviembre de 1968. La fecha de constitución oficial es el 16 de diciembre del mismo año.

⁴ El Consultorio Jurídico atiende gratuitamente a personas carentes de medios económicos.

⁵ Hoy Facultad de Ciencias Económicas y Estadística de la Universidad Nacional de Rosario.

Esta norma, en sus considerandos, expresa que los Seminarios tienen

...la función específica de contribuir a la formación del espíritu científico disciplinando la labor del estudiante e investigador...

En su aspecto resolutivo dispone:

Incumbe al Seminario completar la formación cultural y técnica del estudiante de abogacía, acicateando sus aptitudes subjetivas e imprimiendo a su conducta normas de disciplina científica y cultural, mediante la acción individual y colectiva en la investigación de temas de orden jurídico...

La resolución se divide en cuatro puntos: I. Del Seminario (arts. 2º a 17). II. De los institutos (arts. 18 a 23). III. Del Secretario de Seminario e Institutos (art. 24). IV. Disposiciones comunes (arts. 25 a 28). El artículo 29 es de forma.

El punto I aborda distintos temas que corresponden a los contenidos de los seminarios, a la elección o disposición de la Dirección de la Escuela de los temas que se propondrán anualmente, los docentes a cargo, la carga horaria, los requisitos de asistencia para poder regularizar y las pautas formales de presentación del trabajo final.

En abril de 1960 se habilitaron las clases correspondientes a las asignaturas de primer y segundo años, con la inscripción de 617 estudiantes. Al año siguiente se habilitaron las clases para tercero y cuarto y, por último, en 1962, para los dos últimos años de la carrera.

...Cuatro meses después, abril de 1960, logramos la apertura de la Escuela, poniendo en marcha sus dos primeros años con una inscripción de 617 alumnos. En plazos sucesivos se completó luego el funcionamiento de los cuatro restantes que requería la carrera de abogacía y se puso en marcha el Ciclo de Enseñanza Práctica, dividido en Práctica forense y tribunalicia; oratoria, consultorios, visitas obligatorias, desarrollo de temas y trabajos, práctica notarial y Ética, que absorben la dedicación de un nutrido claustro profesoral, al que se agregan los seminarios jurídicos y las tareas de extensión universitaria...⁶

⁶ Discurso de Manuel de Juano sobre la fundación de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, en el acto inaugural del 11 de noviembre de 1979.

En 1963 se dictaron los primeros Cursos de Seminario, asignatura anual de regularización obligatoria⁷ que no tenía un programa aprobado por el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas de la UNL, y tampoco contaba con la dirección de un profesor titular sino de varios profesores adjuntos, dado que dependía de la Dirección de Enseñanza Práctica.

En 1964, la Escuela de Derecho editó el cuadernillo titulado *Cursos de Seminario*, de 25 páginas de extensión, cuyo contenido se organizaba en los siguientes puntos:

- I. Objetivos generales del Curso (p. 2).
- II. El método (p. 3).
- III. Técnicas de investigación (p. 8).
- IV. Técnica de las citas (p. 13).
- V. Bibliografía (p. 20).
- VI. Requisitos formales de presentación (p. 22).
- VII. Abreviaturas y locuciones usuales (p. 23).
- VIII. Normas reglamentarias (p. 24).

El cuadernillo presentaba cinco anexos que referían a modelos prácticos sobre márgenes de escritura y ubicación de la foliatura; modelo de portada o carátula; hoja inicial de capítulo; bibliografía e índice.

Además de este material, se editaron fichas destinadas a la recopilación de material para la investigación en tres formatos representativos de las distintas fuentes del Derecho: doctrina, jurisprudencia y legislación. Las fichas eran obligatorias en lo referido a todo lo que hubiera sido citado en la monografía final y debían acompañarse con su presentación.

2.1. *El desarrollo de los Cursos de Seminario*

Desde la Dirección de Enseñanza Práctica se ofrecían cada año un número de 3 o 4 temas que correspondían a distintas ramas del Derecho y los estudiantes se anotaban según su elección.

⁷ Se destaca este aspecto porque no había cursos regulares en la Escuela de Derecho. Las materias eran teóricas y los estudiantes asistían o no, sin posibilidad de cursar regularmente. Tardíamente, y sólo en algunas asignaturas, se comenzaron a dictar cursos regulares.

El Curso contaba con la atención de, por lo menos, dos docentes. Un profesor titular de la asignatura sobre la que trataba el Seminario y un docente de Metodología, quien acompañaba en las cuestiones formales de la presentación. La cursada era semanal en clases de dos horas cátedra.

El tema era uno, general para todos los estudiantes inscriptos en ese Seminario. El titular, según el número de estudiantes, dividía el tema general en subtemas. Cada grupo o estudiante individual (se podía trabajar de a dos) elegía de entre esos subtemas, de tal modo que, al sumar todos los trabajos del grupo total, se accede a un desarrollo detallado del tema genérico.

El profesor del tema de fondo, en sus clases, desarrollaba algunos aspectos más nuevos o más destacados de los distintos subtemas, los autores que hubieran escrito sobre ellos, la jurisprudencia vigente y los casos de fallos más destacados, las normas jurídicas de los diversos niveles de la pirámide jurídica desde la Constitución Nacional a un decreto o reglamento de organismos del Estado nacional o de las provincias y municipalidades, como otros (Ministerio de Educación, de Justicia, etc.).

Las clases eran dialogadas puesto que todos los estudiantes planteaban sus dificultades y colaboraban con los que trabajaban otro subtema por haber hallado materiales que les fueran útiles a otros/as compañeros/as.

Ordenadamente cada estudiante o grupo exponía sus avances y sus problemas.

El/la profesor/a de Metodología participaba activamente, sobre todo en lo referido al diseño de la investigación, los contenidos de la introducción y la división en capítulos, señalando cuándo había incorporaciones innecesarias o redundantes o en los casos en que se hubiera omitido algún desarrollo esencial para el progreso de la investigación. También colaboraban para hacer los recortes temporales y geográficos y la selección de conceptos y de lenguaje técnico.

3. El Seminario en los planes de estudio posteriores

El Seminario aparece en todos los planes de estudio de la Carrera

de Abogacía y, en todos los casos, se ha sostenido su carácter de regularización obligatoria. En la mayoría de los planes se ha conservado el esquema que se planteó en el punto anterior.

Plan 1970. No hay modificaciones en la currícula. Se conservan las 31 asignaturas del primer plan, pero algunas se modifican en su ubicación.

Plan 1974. En la resolución 100, del 2 de enero de 1974, el Consejo Académico de la Facultad propone al interventor de la Universidad Nacional de Rosario un nuevo plan para la Carrera de Abogacía: “En cumplimiento del objetivo del Gobierno Nacional de adecuar los planes de estudio, en cuanto a sus contenidos y métodos de enseñanza, a la etapa de Reconstrucción en que se encuentra empeñada la Nación toda”.

El plan se divide en tres ciclos: Básico, Superior y de Especialización, con 27 asignaturas obligatorias y 4 optativas. Lo más novedoso es el tercer ciclo en que se crean áreas, cada una de ellas de 4 materias. Se establecen seis (6) departamentos, en los que se agrupan las asignaturas. Los Trabajos Prácticos, el Seminario y el Consultorio Jurídico se incorporan en el Departamento de Derecho Procesal.

Adecuación del Plan 1974. La resolución 183 del 3 de septiembre de 1974 de la decana normalizadora, en función del Consejo Directivo, adecúa el Instituto de Enseñanza Práctica con esta reglamentación y nuevamente coloca al Seminario en el Departamento de Derecho Procesal.

Planes de 1976. En este año hubo dos planes, uno del Consejo Superior, con resolución 18 del 24 de febrero de 1976⁸ y el segundo con resolución 42 del 28 de mayo de 1976⁹.

El primero de estos planes vuelve a la estructura original, pero

⁸ En los considerandos se expresa que el Plan 1974 fue puesto en ejecución fácticamente porque nunca fue aprobado por el Consejo Superior. Y que el Plan 1976 se dicta para que no se causen perjuicios a los interesados y convalidar los actos realizados bajo la vigencia del Plan 1974.

⁹ El 25 de mayo de 1973 asumió como presidente de la Nación Héctor J. Cámpora y designó como ministro de Cultura y Educación a Jorge Alberto Taiana (25-5-73 a 13-7-73; el 12 de octubre asumió la Presidencia Juan Domingo Perón que falleció el 1-7-74). Asumida María Estela Martínez como presidenta el 1º de julio de 1974, designó como ministro de Educación a Oscar Ivanissevich (14-8-74 a 11-8-75). Por último, se designó ministro de Educación a Pedro J. Arrighi (11-8-75 a 24-3-76). Con el golpe de Estado cívico-militar del 24 de marzo de 1976 asumió como ministro de Educación el marino César Guzzetti y luego Ricardo P. Bruera.

agrega una novedad. En primer año, además de las ya tradicionales asignaturas de Introducción al Derecho, Historia Constitucional Argentina, Derecho Romano y Derecho Civil I, se agrega el Preseminario: Metodología. Sin embargo, en el plan que se dictó el 22 de noviembre de 1976 mediante resolución 567 del Consejo Directivo el espacio del Preseminario es omitido.

Mediante resolución 082/76 del 4 de junio de 1976 el secretario administrativo de la Facultad de Derecho, quien se encontraba a cargo de la institución, envía una resolución proponiendo al delegado militar en la Universidad un Reglamento de Seminarios. Se trata de un texto de tres secciones:

- I. Objetivos.
- II. Reglamento.
- III. Disposición General.

Con excepción del detalle de los objetivos, esta resolución es similar a la resolución por la que se reglamentan las normas de estructuración de los Seminarios en 1961.

a) *Objetivo General.*

La Universidad tiene como misión fundamental la formación y capacitación integral del alumno, en las distintas carreras que hacen el complejo educacional a nivel terciario.

A tal fin, se hace necesaria la inclusión del curso de “Seminario” como medio condicionante y en miras al logro del precitado objetivo.

Las múltiples facetas que presenta el mundo jurídico, deben conducir al alumnado a su profunda investigación, no sólo para contribuir a la dilucidación de meros problemas, sino asimismo con la realidad de que el estudiante de Derecho alcance el desarrollo de sus potencialidades subjetivas.

b) *Objetivo Específico.*

Incorporar al alumno que cursa la carrera de Abogacía a la efectiva investigación científica, disciplinando su accionar a través de tareas pedagógicas estructuradas.

*Plan 1985*¹⁰. Este plan, que consta de 37 páginas, se divide en

¹⁰ Con el advenimiento de la democracia el 10 de diciembre de 1983 se inició el proceso de normalización de las universidades nacionales para restablecer sus órganos de gobierno. La Universidad Nacional de Rosario se normaliza, con autoridades elegidas por los claustros, en 1986.

Ciclos, uno primero de 4 asignaturas introductorias y un Ciclo Superior compuesto por 26 asignaturas obligatorias y una electiva entre 4 que se proponen. Posteriormente se crea el Ciclo de Orientación Definida, que se presenta dividido en 8 Áreas (1. Derecho Civil. 2. Derecho Comercial. 3. Derecho Penal. 4. Filosofía. 5. Derecho Laboral. 6. Económico Financiera. 7. Procesal. 8. Derecho Público).

El Seminario se regula en las páginas 32 y 33 del plan:

...II.5.4. *Seminario.*

Finalidad:

Respondiendo a nuestros objetivos de incentivar en el estudiante el espíritu de investigación, consideramos que éste debe canalizarse fundamentalmente con el cambio de metodología de enseñanza, promoviendo la elaboración de monografías, trabajos de carácter introductorio en la investigación como el seminario, con las características que seguidamente detallamos.

El trabajo de seminario, permitirá por un lado una mayor profundización en el conocimiento de algún aspecto en particular de la ciencia jurídica, a la vez que cumplirá una función social. Lo será por la actividad que se desarrolla en cada Facultad a través de su centro de investigación, obteniendo conclusiones científicas y pedagógicas, brindando asesoramiento científico y técnico en los problemas que debe resolver la marcha del país o la legislación, atendiendo prioritariamente a las necesidades regionales en que se desenvuelve. Se lograría así una mayor vinculación de la Universidad con la vida y con las exigencias políticas, económicas y culturales de nuestra época. Sólo así la universidad será parte activa del proceso de la vida nacional.

Implementación:

1. El trabajo de seminario se realizará en el Ciclo de Orientación definida, dentro del área elegida por el alumno y sobre el tema por él propuesto.
2. Para poder elaborar el trabajo, se exigirán las mismas correlatividades que para el área elegida.
3. Los trabajos serán guiados por el o los profesores que el Departamento, correspondiente al área elegida, establezca, a través de entrevistas o consultas (una por mes) hasta el mes de diciembre inclusive. Las mismas tendrán por finalidad indicar al alumno la bibliografía necesaria y formular las sugerencias metodológicas convenientes.

4. Los alumnos recibirán un folleto explicativo sobre la finalidad del seminario e indicaciones formales sobre la confección de su monografía.
5. La monografía deberá presentarse antes del 31 de diciembre de cada año.
6. Los trabajos serán calificados por un Jurado designado por cada Departamento, integrado por el profesor guía y dos docentes. En la evaluación se tendrá en cuenta principalmente el contenido, considerándose la forma como algo accesorio.
7. Los trabajos que indiquen los jurados, serán incorporados a la biblioteca de la Facultad.

Plan 1994. Es una adecuación del Plan 1985, según la normativa emanada de la Secretaría de Política Universitaria del Ministerio de Educación de la Nación, conforme la intervención que ésta produjo en las universidades nacionales, al eliminar la autonomía en la aprobación de los planes de estudios que, hasta entonces, se aprobaban definitivamente en los consejos superiores de las instituciones de estudios superiores.

Según la resolución 1478 del 24 de junio de 1994, el ministro de Cultura y Educación reconoce los alcances del título de abogado que otorga la Universidad Nacional de Rosario, fundado en el decreto del Poder Ejecutivo nacional 256/94.

De este plan se destaca lo que se expresa en sus *Bases Generales (Finalidad)*:

La abogacía es una actividad de base científica cuyo objeto es la elaboración, estudio, análisis y aplicación del sistema jurídico.

Se pretende:

1. Estimular una concepción crítica del Derecho, que convierta a la Facultad en el ámbito adecuado para generar e incentivar inquietudes de investigación científica como modo y como firma de crecimiento académico y profesional.
2. Posibilitar la capacitación del egresado para resolver los problemas profesionales más complejos, fomentando un espíritu creativo para imaginar y obtener soluciones jurídicas originales.
3. Formar para una concepción acabada de la realidad de forma que permita reconocer las necesidades de la sociedad y las transformaciones requeridas en relación con el derecho.

4. Que los egresados hayan aprendido a pensar y relacionarse jurídicamente en la actividad que desarrollen como graduados.

Es decir, enseñar Derecho y no sólo legislación. Los conceptos y toda otra información necesaria para el cumplimiento de los valores que deben realizarse en su actuación.

El graduado ha de contar con la preparación necesaria para desempeñarse con eficiencia en las incumbencias. Con un sólido conocimiento de nuestro sistema jurídico para que sirva con conciencia a los ideales de libertad, igualdad, comunidad y justicia consagrados en nuestra Constitución Nacional y se manifiesta en el consenso de los pueblos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre [...] Ninguna profesión obliga en mayor medida a la defensa de la libertad, el derecho, la moral política que la del jurista, y el coraje cívico es una de las cualidades que más debe valorarse en un abogado. En suma, que además de los deberes de la profesión, tiene un deber cívico esencial: el de la defensa de la constitución y sus principios¹¹.

Además, al establecer áreas de especialidad de las distintas asignaturas, se crea por primera vez un Área de Residencias y Seminarios.

En los contenidos mínimos se indica:

...2.36. *Seminario*. Se implementarán cursos anuales con contenidos a determinar en cada área en que se divide la carrera como forma de promover el trabajo de profundización e investigación en distintos temas de interés para el estudiante.

Modificación del año 2008. En este año se produjo una innovación específica en el dictado del Seminario y se aprueba, por primera vez, un programa de la asignatura en el que se detallan los contenidos organizados en unidades y se incorpora una sección de bibliografía. Este programa rigió hasta la presentación de la carrera a los fines de su acreditación de la Carrera por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (Coneau).

Se establecía que se dictarían, en forma anual, clases regulares de Metodología de la Investigación y que los estudiantes decidirían la comisión en que cursarían. Asimismo, el tema a investigar sería elegido

¹¹ BIELSA, R., “Abogacía y colegiación”, Hammurabi, Buenos Aires, 1981, ps. 16-17.

por los estudiantes, quienes deberían contar con un/a profesor/a tutor/a para que los orientara en el proceso de investigación del tema seleccionado.

Plan 2012. Fue aprobado el 29 de diciembre de 2011 por resolución del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario 447/2011. En la mención de su finalidad se establece:

La abogacía es una actividad de base científica cuyo objeto es la elaboración, estudio, análisis y aplicación del sistema jurídico.

Se pretende: a) Estimular una concepción crítica del Derecho, que convierta a la Facultad en el ámbito adecuado para generar e incentivar inquietudes de investigación científica como modo y como forma de crecimiento académico y profesional, b) [...] En síntesis se aspira a que el egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, haya desarrollado y acreditado capacidad para: a) [...] e) analizar críticamente el sistema jurídico e incentivar el interés por la investigación.

Este plan divide la currícula en dos ciclos:

- a) Ciclo Básico o Introductorio que prepara al estudiante para el conocimiento del derecho, aprender a pensar el Derecho e interpretarlo.
- b) Ciclo Superior, en el que se estudian las distintas disciplinas de Derecho, se hacen las residencias, el seminario y los talleres de formación práctica.

Por primera vez el Seminario figura como asignatura en un plan de estudios, específicamente en quinto año de la carrera. En los contenidos mínimos se indica:

Se implementarán cursos anuales a fin de aportar herramientas básicas para promover la investigación en la ciencia jurídica.

No obstante, el programa de la asignatura siguió siendo el que se aprobó en 2008.

Plan 2016. El Seminario en el plan de estudios vigente. En la actualidad, la Carrera de Abogacía se rige por el plan de estudios aprobado por resolución del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario 126/2015, del 22 de octubre 2015, que ha modificado de modo sustancial el cursado de la asignatura Seminario.

El plan de estudios tiene una duración de 6 años, dividiéndose cada año en semestres. En el último semestre del sexto año está previsto el denominado Ciclo de Formación Especial (en adelante, CFE). Todas sus asignaturas son cuatrimestrales y de regularización obligatoria.

En el plan se han establecido los distintos ciclos que se han considerado como importantes hasta la fecha, pero no como número taxativo, sino que es meramente enunciativo y está previsto que se puedan agregar otros.

Los ciclos, hasta ahora, son doce, y en cada uno de los semestres se habilita el dictado de algunos de ellos. Los estudiantes eligen el que se vincula con sus intereses, y cuando se inscriben, lo hacen en todas las materias de ese determinado ciclo.

Los ciclos que se han incorporado en el plan de estudios son los siguientes:

1. Ciclo de Formación en Derecho Penal.
2. Ciclo de Formación en Derecho Administrativo.
3. Ciclo de Formación en Derechos Humanos y Garantías.
4. Ciclo de Formación en Derecho Tributario.
5. Ciclo de Formación en Derecho de la Responsabilidad Patrimonial.
6. Ciclo de Formación en Derecho de la Empresa.
7. Ciclo de Formación en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
8. Ciclo de Formación en Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes, Vejez y otros colectivos.
9. Ciclo de Formación en Derecho Internacional.
10. Ciclo de Formación en Nuevas Perspectivas de la Juridicidad.
11. Ciclo de Formación en Teoría Jurídica.
12. Ciclo de Formación en Derecho Agrario, Ambiental y de los Recursos Naturales.

El CFE comprende cinco asignaturas: dos son teóricas, una de procedimiento, una práctica profesional –que se desarrolla fuera del ámbito de la Facultad– y el Seminario Disciplinar, que en este caso no es como lo ha sido en los planes anteriores, en que el estudiante elegía

libremente la temática a investigar, sino que, obligadamente, debe pertenecer al contenido de la especialidad del ciclo que cursa.

Al igual que la modalidad implementada en 2008, los estudiantes concurren a clases de Seminario en las que se abordan temas de Metodología de Investigación y, para la dirección del contenido del tema a investigar definen, entre los docentes de la Carrera de Abogacía, a un/a tutor/a.

Los trabajos monográficos pueden ser realizados en forma individual o en grupo de hasta tres estudiantes y se presentan quince días antes de la fecha del examen final, instancia oral en la que exponen la investigación realizada y la elaboración de la monografía ante los profesores de Seminario.

Todos los trabajos aprobados son archivados en la Biblioteca de la Facultad y pueden ser consultados.

En relación con el programa de la asignatura, el del año 2008 estuvo vigente hasta 2018, año en que se revisaron todos los programas de las asignaturas y se modificaron para adecuarlos a la presentación que se hizo por ante la Coneau para la acreditación de la Carrera de Abogacía. El programa del plan actualmente vigente de 2016 se aprobó mediante resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho 876/2018.

4. Conclusión

Con la Reforma Universitaria de 1918 quedó plasmado en los claustros universitarios que la universidad no era un espacio destinado exclusivamente a la enseñanza. Son tres las actividades que se desarrollan en el ámbito universitario: enseñar, es decir, formar ciudadanos en distintos saberes; realizar actividades de extensión con el medio e investigar.

En la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario esas actividades han estado siempre presentes. En el caso específico de la investigación ha estado radicada en los Seminarios desde la creación de la Escuela de Derecho en 1959 hasta la actualidad.

En estos más de 60 años de historia, en forma sostenida, se incorporaron entre los saberes requeridos para obtener la titulación en Abo-

gacía los conocimientos iniciales de una investigación científica, más allá de las modificaciones que se implementaron en los distintos planes de estudios de la Carrera de Abogacía.

Con el Plan 2016, actualmente vigente, se observan cambios positivos que nacen de la convivencia de los grupos de estudiantes que cursan un Ciclo de Especialización y, por lo tanto, estudian una especialidad, hablan un lenguaje específico de ese campo de indagación, estudian materiales semejantes, realizan una práctica profesional sobre los contenidos del CFE y eligen un tema de investigación y escriben sobre ello.

Bibliografía

- BIELSA, Rafael, “Abogacía y colegiación”, Buenos Aires, Hammurabi, 1981.
- DÍAZ, Araceli, “La creación de la Escuela de Derecho”, Rosario, s/f; disponible en FDER, <https://www.fder.unr.edu.ar/historia/>.
- FIERRO, Guillermo, “Los orígenes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, en Revista de la Facultad de Derecho (núm. 16), Rosario, UNR, 2003.
- LATTUCA, Ada, “Historia de la Facultad de Derecho de la UNR”, en Revista de la Facultad de Derecho (núm. 4/6), Rosario, UNR, 1986.

DERECHOS Y ACTOS PERSONALÍSIMOS: FRAGMENTACIONES Y SÍNTESIS¹

por JAVIER HUMBERTO FACCO²

SUMARIO: 1. Exordio. 2. Concepto y terminología. 3. Fundamento. 4. Caracteres. 5. Naturaleza jurídica. 6. Antecedentes históricos. 7. Derecho Comparado. 8. Evolución en el Derecho Privado argentino. 9. Convergencia con los derechos humanos. 10. Palabras finales. Bibliografía.

Resumen

Los derechos de la personalidad constituyen una incumbencia prioritaria del Derecho Privado. Tales prerrogativas se fundan en la premisa de que hay “bienes” dignos de tutela, aunque carentes de valor patrimonial: la vida, el propio cuerpo, la integridad física, el honor, la privacidad, la imagen, la identidad. Bajo la impronta del *Code* francés (1804) los Códigos Civiles decimonónicos no contemplaron un régimen integral tuitivo de esta clase de prerrogativas. En cambio, cuando la doctrina alcanzó el grado de madurez necesario para consolidar las bases dogmáticas que permitieron catalogarlos como genuinos derechos

¹ El presente trabajo es un resultado parcial del Proyecto de Investigación titulado “Tutelas especiales y derechos estatutarios en Derecho Privado: convergencias y fragmentaciones. Particular análisis frente a los avances tecnológicos y digitales” (2023-2026). Código de acreditación: 800 202206 00006 UR, SCyT-UNR.

² Abogado (Facultad de Derecho, UNR). Doctor y magíster en “Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho” por la Università di Roma II “Tor Vergata” (Italia). Doctor en Derecho y máster en Derecho Privado por la UNR (Argentina). Profesor titular ordinario de “Derecho Privado. Parte General” y de “Derecho Civil I” (Facultad de Derecho, UNR). Licenciado y profesor de Filosofía (Facultad de Humanidades y Artes, UNR). Investigador independiente del Consejo de Investigaciones, UNR (CIUNR).

subjetivos individuales, los ordenamientos jurídicos de segunda (siglo XX) y de tercera generaciones (siglo XXI) consagraron un marco normativo de protección; incluso dedicando un capítulo específico en su articulado. En el presente trabajo, tras conceptualizar y caracterizar la figura, reponemos la célebre discusión doctrinal que tuvo lugar sobre la naturaleza jurídica de estas potestades. También añadimos una breve reseña del derrotero histórico y de los modelos ofrecidos por las legislaciones extranjeras y su recepción constitucional. Así, pues, ambas dimensiones (diacrónica y sincrónica) otorgan un contexto de sentido a la marcha evolutiva seguida en el Derecho nacional, a partir de los esfuerzos plasmados en eventos científicos y proyectos de reformas, hasta llegar a la síntesis normativa plasmada en el Código Civil y Comercial de la Nación (2015).

Abstract

The personality rights are central in the framework of subjective rights. These rights are based on a premise: there are “assets” worthy of protection even if they lack patrimonial value (life itself, one’s own body, physical integrity, honor, privacy, image, identity). Following the imprint of the French Code (1804), the nineteenth-century Civil Codes did not contemplate a comprehensive regime protecting this type of prerogatives. On the other hand, when the doctrine reached the degree of maturity necessary to consolidate the dogmatic bases that allowed them to be classified as genuine subjective rights, the legal systems of the second (20th century) and third generations (21st century) consecrated a discipline structured of protection; even dedicating a specific chapter in its articles. In this essay, after conceptualizing and characterizing the figure, we return to the famous doctrinal discussion that took place on the legal nature of these powers. Below is a brief review of the historical course and the models offered by foreign legislation and its constitutional context. Thus, both dimensions (diachronic and synchronic) provide a framework of meaning to the evolutionary march followed in national Law, after scientific events and reform projects that served as background, until reaching their express inclusion in Argentine Civil and Commercial Code (2015).

Palabras clave

Derechos personalísimos. Generalidades. Derecho Comparado.

Keywords

Personality rights. Generalities. Comparative Law.

1. Exordio

Todo orden de normas debe propender a realizar los fines que la sociedad reputa indispensables, entre los cuales el más alto en la escala axiológica –enseñaba el maestro Roberto Brebbia– es “...garantizar la persona humana y realzar la dignidad de la misma, en la forma más completa posible, toda vez que el Derecho ha sido creado para el hombre y éste, en última instancia, es su único destinatario (*hominum causa omne ius constitutum*)”³.

En un fallo señero la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que “...el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”⁴.

La persona humana representa la instancia valorativa rectora del sistema jurídico; y ello implica –evocando la segunda formulación del imperativo categórico kantiano– que la misma ha de ser siempre concebida como un fin y nunca como un mero medio⁵. Semejante exigencia ético-jurídica adquiere una mayor significación a la luz de la acuciante necesidad de preservar al individuo de las agresiones (abiertas o sub-

³ BREBBIA, R. H., “El daño moral”, 2ª ed., Orbir, Rosario, 1967, p. 15. La cita en latín es del jurista Hermogeniano y figura en el “Digesto” de Justiniano (D. 1, 5, 2).

⁴ CSJN, 6-4-93, *in re* “Bahamondez, Marcelo s/Medida cautelar”, *Fallos*: 316:479. Se trata de un auténtico *leading case* de nuestra jurisprudencia, en el cual se abordó una situación frecuente: la negativa a realizarse transfusiones de sangre por quienes pertenecen a la comunidad “Testigos de Jehová”.

⁵ Recuérdese el enunciado de la fórmula: “Obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio”. Cfr. KANT, I., “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, trad. de J. Mardomingo, Ariel, Barcelona, 1996, p. 189.

repticias) procedentes de la ciencia, la tecnología y el mercado, las cuales van impregnando –con una creciente lógica mercantilista– el plexo de las relaciones interhumanas⁶.

2. Concepto y terminología

Julio César Rivera define a los *derechos personalísimos* como “...una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral”⁷. La categoría comprende aquellas prerrogativas innatas del ser humano y de las cuales no puede ser privado sin que resulte amonorada o suprimida su propia personalidad⁸.

Con respecto a la terminología adoptada para designar a este género de prerrogativas, ella ha sido múltiple y variable. Entre las locuciones más antiguas cabe recordar: a) *ius in se ipsum* (derechos *en* la propia persona); b) derechos *sobre* la propia persona; c) derechos *innatos* u originarios. La objeción a la primera denominación es que el derecho no está *dentro* del sujeto, sino que su objeto es interior. La segunda nomenclatura es criticable por la idea de posesión, señorío o dominio que encierra y es incompatible con la esencia de estos derechos. La tercera evidencia un carácter distintivo, pero dicho carácter no es el único.

En la doctrina actual se encuentran consolidadas las expresiones “derechos de la personalidad” y “derechos personalísimos”. Esta última nomenclatura hace empleo del calificativo superlativo para poner de realce que dichas potestades son personales en grado sumo: “los más personales” de todos los derechos individuales. Hay tres connotaciones, a nuestro juicio, derivadas de dicho carácter superlativo:

⁶ El tema “Derechos personalísimos y nuevas tecnologías” fue discutido en la Comisión N° 1, “Parte general”, de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mendoza, 2022).

⁷ RIVERA, J. C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, 7ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2020, t. I, p. 1099.

⁸ Cfr. BORDA, G. A., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 281; LLAMBÍAS, J. J., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, Perrot, Buenos Aires, 1961, t. I, p. 275.

- a) En primer lugar, son “los más personales” porque corresponden a la persona humana por el solo hecho de ser tal, es decir, considerada en sí misma y con prescindencia de cualidades accidentales que determinan la titularidad de otros derechos subjetivos⁹.
- b) En segundo término, reflejan aspectos intrínsecos de la subjetividad individual: vida, salud e integridad física; honor y privacidad; imagen y voz; identidad. Se trata de bienes inmanentes a la condición humana, consustanciados con su propia esencia (de ahí que sean calificados como *emanaciones* de la personalidad)¹⁰. De ahí que cada individuo sea su propia *medida* en la estimación de esos bienes (no caben a este respecto parámetros objetivos con arreglo a los cuales se pueda justipreciar de manera universal y abstracta el “valor” del bien personalísimo vulnerado)¹¹.
- c) Por último, son “los más personales” desde un punto de vista jerárquico, pues en el concierto de los derechos subjetivos individuales –patrimoniales (creditorios, reales e intelectuales) o extrapatrimoniales (de la personalidad y de familia)– se ubican en el nivel más alto de la gradación axiológica; ergo, su protección debe ser garantizada con particular énfasis frente a otros derechos en eventual conflicto.

⁹ Si, por ej., pensamos en los derechos creditorios (obligacionales), ellos son titularizados por quien reviste la condición de “acreedor” (sea la fuente del crédito un contrato o un acto ilícito); tampoco los derechos reales pertenecen a todas las personas, sino a quien ostenta una condición jurídica particular: propietario, usufructuario, acreedor prendario o hipotecario, etc. Del mismo modo, los derechos derivados de las relaciones de familia sólo son exigibles entre quienes mantienen un vínculo de parentesco o están emplazados en un cierto estado de familia (cónyuges; progenitores/hijos; hermanos, etc.).

¹⁰ Del verbo latino *emanare*: proceder, derivar, traer origen y principio de algo de cuya sustancia se participa (cf. *Diccionario de la lengua española*, RAE-Espasa, Madrid, 2023, *ad vocem*). He aquí la diferencia entre derechos personalísimos y *atributos* de la persona (capacidad, estado, nombre y domicilio): cualidades necesarias para constituir al individuo en *sujeto* de derechos/deberes derivados de relaciones jurídicas.

¹¹ En este sentido, el art. 1741, *in fine*, CCCN (*Indemnización de las consecuencias no patrimoniales*) reza: “...El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las *satisfacciones substitutivas y compensatorias* que pueden procurar las sumas reconocidas” (las cursivas son nuestras).

Por lo demás, corresponde hacer referencia a los *actos personalísimos* (nótese que el CCCN los incluye en la rúbrica del capítulo donde aborda la problemática: Capítulo 3, Título I, Libro Primero). Ellos constituyen la faz dinámica de los derechos homónimos: los medios a través de los cuales estos últimos se hacen valer frente a los demás¹². Así, cuando el titular otorga –con los alcances autorizados por la ley– un acto de conservación, disposición o defensa de sus derechos personalísimos, ejerciendo las facultades reconocidas sobre los bienes objeto de tutela jurídica (vida, integridad, propio cuerpo, privacidad, imagen, etc.), “efectiviza” y “actualiza” dichos derechos¹³. En línea con esta noción, también configuran actos jurídicos personalísimos –de naturaleza procesal– las *acciones* deducidas ante los organismos estatales competentes para obtener una protección jurisdiccional en caso de amenazas y ataques ilegítimos a dichos bienes.

3. Fundamento

Los derechos personalísimos constituyen el piso de facultades civiles necesarias para desplegar el propio *proyecto vital*: el espacio de libertad que todo individuo requiere –parafraseando a Ciuro Caldani– para poder convertirse en persona según un principio supremo de justicia¹⁴. Y, precisamente, la posibilidad de libre desarrollo de la propia personalidad, desde ya que nunca en forma aislada sino en un contexto de interrelaciones sociales significativas, es lo que hace *digno* al ser humano.

Es de Perogrullo que el fundamento de los derechos personalísimos estriba en la *dignidad*, entendida como la consideración y respeto de

¹² Entre los actos jurídicos de carácter extrapatrimonial (aquellos cuyo objeto no son bienes de contenido económico) se distinguen dos subespecies: los actos personalísimos y los actos familiares.

¹³ En la doctrina nacional la categoría del *negocio jurídico personalísimo* cuenta con un antecedente de notable valía en la obra de NICOLAU, N. L., “Vida humana y Derecho Civil. Exigencia y posibilidad de una teoría del negocio jurídico personalísimo en el Derecho argentino”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL), Santa Fe, 1990 (tesis doctoral).

¹⁴ Cfr. CIURO CALDANI, M. Á., “Estudios jusfilosóficos”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), Rosario, 1986, p. 72.

la persona humana en su individualidad, integridad, autonomía, responsabilidad e integración. En el artículo 51 del CCCN aparece la *dignidad* formando endíadris con el concepto de *inviolabilidad* de la persona humana (el cual sirve además de epígrafe a la norma): “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene el derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”¹⁵.

A su turno, el artículo 52 del CCCN –bajo el rótulo *Afectaciones a la dignidad*– contempla la lesión a diversos bienes objeto de tutela (a título ejemplificativo: intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen e identidad, o “...que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal...”), lo cual habilita a la víctima a reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, reenviando a este efecto el comentado artículo 52 a las reglas de la responsabilidad civil (Libro Tercero, Título V, Capítulo 1, CCCN).

De tales reglas es dable reparar en el artículo 1738, 2ª parte, CCCN, cuando *in fine* enuncia las consecuencias dañosas derivadas de la interferencia en el proyecto de vida. Así, pues, en ocasión de determinar los alcances de la “indemnización”, luego del detalle de los rubros del daño material (daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance), en homenaje al principio de la reparación integral se dispone que la indemnización: “Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”. De ahí la conexión de esta norma con las “afectaciones a la dignidad” derivadas del agravio a los derechos personalísimos (cf. art. 52, CCCN); en suma, tales “afectaciones” configuran la causa adecuada del daño resarcible en los términos del artículo 1738 del CCCN¹⁶.

¹⁵ La fuente del art. 51, CCCN es el art. 19 del Código Civil del Bajo Canadá (inviolabilidad de la persona) y el art. 10 del Código Civil de Quebec (integridad de la persona). La expresión que emplea la norma (“en cualquier circunstancia”) no es casual y tiene una intencionalidad muy clara: afirmar de modo apodíctico la dignidad del ser humano al margen de cómo tramita su existencia singular. Significa que la persona es merecedora de un trato digno, aun en situaciones de encierro, migración y extranjería, enfermedad, edad avanzada, o cualquier tipo de factores que tornen a la persona vulnerable (más expuesta a los males y con menos autodefensas).

¹⁶ Es de notar la conexión lógico-sistemática existente entre ambos preceptos,

4. Caracteres

Siguiendo la catalogación propuesta por Guillermo Borda a continuación repasaremos las notas definitorias de los derechos de la personalidad, realizando algunas acotaciones que reputamos oportunas¹⁷:

- *Innatos*: se adquieren desde el nacimiento (y algunos de ellos incluso antes, a partir de la concepción o implantación del embrión –obtenido mediante técnicas de reproducción humana asistida [TRHA]– en la persona gestante; aunque debe señalarse el carácter condicional de los derechos del concebido, pues sólo “...quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida” [cf. art. 21, CCCN]).
- *Vitalicios*: acompañan a la persona humana durante toda su vida, e incluso en algunos de ellos la exigencia de que sean respetados se extiende *post mortem* (por ej., el honor y buen nombre de la persona del difunto).
- *Inalienables*: están fuera del comercio jurídico. No obstante, algunos de ellos pueden ser *relativamente disponibles*¹⁸: piénsese, verbigracia, en el asentimiento dado para disponer del propio cuerpo, conferir directivas médicas anticipadas, disponer del destino del cadáver, difundir la propia imagen, revelar la vida privada, o permitir a otro que recolecte y utilice para ciertos fines nuestros datos personales (el art. 55, CCCN regula en general el consentimiento informado para disponer de los derechos personalísimos).
- *Imprescriptibles*: no se adquieren ni se pierden con el transcurso del tiempo.
- *Absolutos*: en el sentido de resultar oponibles y exigibles a toda la comunidad (*erga omnes*).

puesto que si entre las especies de “daño a la persona” el art. 1738, *in fine*, CCCN menciona las interferencias al *proyecto de vida*, la posibilidad de despliegue de este último constituye la esencia de la noción de *dignidad humana*.

¹⁷ Cfr. BORDA, op. cit., t. I, ps. 281 y ss.

¹⁸ Sobre esta característica de “disponibilidad relativa” *vid.* RIVERA, op. cit., t. I, p. 1119; CIFUENTES, S., “Derechos personalísimos”, 2ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 186-187.

- *Extrapatrimoniales*: no son susceptibles de apreciación pecuniaria, su objeto inmediato carece de valor económico. Empero, sí pueden tener una implicación patrimonial toda vez que cuando son vulnerados corresponde reparar los perjuicios ocasionados al damnificado¹⁹.

Por lo demás, en su definición Santos Cifuentes puntualiza ciertos rasgos adicionales²⁰:

- *Inherentes*: su objeto está dado por manifestaciones intrínsecas de la persona (*emanaciones*), tales como la apreciación de su cuerpo, honor, privacidad, identidad, etcétera.
- *Necesarios*: son constitutivos e ineludibles de la persona.
- *Comunes y universales*: pertenecen a todos los seres humanos (no es óbice de esta característica el hecho de que la necesidad de protección se acentúe en el caso de ciertos sujetos o grupos vulnerables: niños, personas con discapacidad, ancianos, etc.).
- *Privados*: en el sentido que interesan las consecuencias jurídicas civiles derivadas de la vulneración de los bienes tutelados: inhibición y enmienda de los daños causados (resarcimiento, cesación de la conducta lesiva, publicación de la sentencia reparadora, derecho de retractación o réplica)²¹.

5. Naturaleza jurídica

Durante largo tiempo la doctrina sostuvo una encendida polémica sobre la naturaleza jurídica de los derechos personalísimos. El nudo de la discusión consistía en elucidar si representaban o no auténticos derechos subjetivos. Si bien el debate se encuentra ya saldado, las

¹⁹ Es más correcto el vocablo “compensación”, pues “indemnizar” significa dejar *indemne* (sin daño). Así, el art. 1741, *in fine*, CCCN, con mayor precisión, acuña la expresión “satisfacciones sustitutivas y compensatorias”.

²⁰ El autor los caracteriza como aquellos derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical. Cfr. CIFUENTES, *op. cit.*, p. 199.

²¹ Amén de que los mismos “bienes protegidos” (vida, integridad, honor, privacidad, identidad, etc.) resultan captados por ramas jurídicas del Derecho Público (Constitucional y Penal).

posiciones enfrentadas contribuyeron con sus argumentos a configurar un marco dogmático más elaborado en torno a los derechos de la personalidad.

El corifeo de la postura negatoria en la doctrina vernácula fue Alfredo Orgaz. Entre las razones esgrimidas este prestigioso jurista señalaba que: (a) no hay un deber correlativo ni sujeto pasivo definido; (b) no poseen un objeto delimitado y preciso sobre el cual recaer (si su objeto es la misma personalidad se cae en el absurdo de confundir objeto y sujeto activo); (c) tampoco tienen modos de adquisición, transferencia o extinción. Así, al no configurarse la estructura típica de los derechos subjetivos (con sus elementos esenciales: sujeto, objeto y contenido), el autor concluye que serían “presupuestos jurídicos de la personalidad”²².

Entre los autores civilistas ha prevalecido la opinión positiva²³, que refuta uno a uno los argumentos de la postura negatoria: a) Sí hay un deber correlativo y es el que pesa sobre todos los miembros de la sociedad de respetar tales potestades; aunque se trate de un deber general e indeterminado de abstención (“obligación pasivamente universal”, se decía en referencia a los derechos reales), el mismo guarda un ligamen de reciprocidad con el derecho respectivo; b) puede identificarse su objeto en los diversos bienes jurídicamente protegidos ante eventuales acciones ilícitas o abusivas que impliquen su menoscabo. Sobre este particular cabe recordar una sutileza muy oportuna de Beltrán de Heredia y Castaño, quien apunta que el objeto de los derechos

²² Cfr. ORGAZ, A., “Personas individuales”, Assandri, Córdoba, 1961, ps. 121 y ss. Son calificados como “axiomas” (verdades autoevidentes), no “derechos” en sentido propio, por ARAUZ CASTEX, M., “Derecho Civil. Parte general”, ETJA, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 227. Ambos autores se remontan a RAVÁ, A., “I diritti sulla propria persona: nella scienza e nella Filosofia del Diritto”, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. XXXI (1901), Roma, ps. 289-313.

²³ La posición mayoritaria ha sido sostenida con sólidas razones por numerosos autores. Cfr., entre otros, BUTELER CÁCERES, J. A., “Manual de Derecho Civil. Parte general”, Ábaco, Buenos Aires, 1979, p. 39; BORDA, op. cit., t. I, ps. 276 y ss.; LLAMBÍAS, op. cit., t. I, ps. 273 y ss.; CIFUENTES, S., “Elementos de Derecho Civil. Parte general”, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, ps. 49 y ss.; ABELENDA, C. A., “Derecho Civil. Parte general”, Astrea, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 237; RIVERA, op. cit., t. I, ps. 1116-1117. En la doctrina española véase GARCÍA AMIGO, M., “Derecho Civil de España. I. Parte general”, Universidad Complutense, Madrid, 1997, p. 284.

de la personalidad no es el bien en sí mismo (la vida, el honor, la privacidad) sino el *interés* que el bien representa para su titular²⁴ (esta apreciación ha sido receptada en nuestro Derecho; recuérdese que “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un *interés* no reprobado por el ordenamiento jurídico, *que tenga por objeto la persona*, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” [art. 1737, CCCN]; las cursivas son nuestras)²⁵; c) los derechos personalísimos nacen y se extinguen con la persona humana (innatos y vitalicios); empero, este aspecto no es decisivo en la cuestión debatida pues la cesibilidad no es de la esencia de los derechos subjetivos (en efecto, hay derechos creditorios intransmisibles por su propia naturaleza –inherentes a la persona o *intuitu personæ*– o por disposición legal o convencional [cf. art. 1024, CCCN]; también hay derechos reales intransferibles por actos entre vivos o por causa de muerte, por ej., el derecho de habitación [cf. art. 2160, CCCN]).

6. Antecedentes históricos

En el Derecho Romano, en sintonía con su espíritu pragmático, no hubo construcciones especulativas sistemáticas sobre los derechos personalísimos, pero eso no significa que el fenómeno haya sido desconocido. La *actio injuriarum* era concedida para tutelar el honor de los *cives* romanos²⁶; acerca de ella nos brinda noticias un texto del jurista Ulpiano conservado en el “Digesto” de Justiniano: Libro 47, Título X (*De las injurias y de los libelos infamatorios*), Fragmento 1, *principium*²⁷. Aquí la injuria presenta dos acepciones: a) En sentido genérico,

²⁴ Cfr. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., “Construcción jurídica de los derechos de la personalidad. Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública del Excmo. Señor Don José Beltrán de Heredia y Castaño el día 29 de marzo”, Real Academia, Madrid, 1976.

²⁵ La frase (el daño) “que tenga por objeto la persona” alude –mediante la figura retórica de la *sinécdoque*– a los perjuicios producidos a los *bienes* inherentes a la persona humana.

²⁶ Cfr. BURDESE, A., “Manuale di Diritto Privato Romano”, UTET, Torino, 2003, ps. 525-528.

²⁷ D. 47, 10, 1 pr.: “Se dijo injuria por esto, porque no se hace con derecho; porque todo lo que no se hace con derecho, se dice que se hace con injuria. Esto en general; pero en especial, la injuria se llama contumelia. A veces con la denominación

injuria equivale a ilicitud, acto contrario a derecho; b) en sentido propio, significa afrenta u ofensa, *contumelia*, y proviene del verbo *contemnere* que se traduce como “despreciar”²⁸.

Ulpiano replica las explicaciones plasmadas en las “Institutas” de Justiniano: Libro 4, Título IV (*De injuriis: De las injurias*) proemio. En otro pasaje contenido en el mismo capítulo relativo a la *actio injuriarum*, el jurista repara en la injuria –en su acepción estricta de *contumelia*– hecha “al entierro al cadáver de alguien” (dirigida a salvaguardar la “reputación del difunto”)²⁹.

Ya en la Edad Moderna aparece el “Tractatus de potestate in se ipsum” (1609) de Baltazar Gómez de Amescua, donde discurre extensamente sobre las potestades sobre sí mismo (*ius in se ipsum*). Éste fue el primer ensayo específico sobre el tema. En 1675 Samuel Stryck publica “De iure hominis in se ipsum” (“El derecho del hombre sobre sí mismo”)³⁰.

7. Derecho Comparado

Los Códigos decimonónicos, al calor del *Code Civil* francés de 1804, omitieron reglamentar la materia de los derechos personalísimos. Sin embargo, en Francia hacia fines del siglo XX sendas reformas confirieron protección a la vida privada (Ley N° 70-643, de 17 de

de injuria se significa el daño causado con culpa, como lo solemos decir en la Ley Aquilia. Otras veces llamaremos injuria a la injusticia; porque cuando alguno pronunció sentencia inicua o injustamente, se la llama injuria, porque carece de derecho y de justicia, como si fuera *no-juria* [no-conforme a derecho]; pero contumelia, de *contemnere* [despreciar]”.

²⁸ En el mismo texto Ulpiano especifica y ejemplifica los sentidos de “injuria”: a) como daño producido con culpa castigado por la Ley Aquilia; b) como equivalente a injusticia y hace alusión a los pronunciamientos judiciales de los magistrados ilegales o inicuos; c) como contumelia o menosprecio, de donde nace la intencionalidad ofensiva, elemento esencial de este delito.

²⁹ D. 47, 10, 1, 6: “Cuando se hace la injuria al entierro o al cadáver de alguien, si se hace después de adirse [aceptarse] la herencia, se dirá que se ha hecho en cierto modo al heredero, pues siempre tiene interés el heredero en salvar la *reputación del difunto*...”

³⁰ Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., “Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 12, núm. 4, 1959, ps. 1241, y 1248-1249.

julio de 1990) y al “respeto debido del cuerpo humano” (Ley N° 94-653, de 29 de julio de 1994)³¹.

Una nominación alusiva, con explícitas reminiscencias jusnaturalistas, consigna el Código Civil de Austria (1811-1812) –*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB)– cuyo § 16 dispone: “Todo hombre tiene derechos innatos, evidentes por la propia razón, y por ello tiene que ser considerado como persona”. Al margen de las influencias que el cuerpo legal austríaco recibió del Proyecto prusiano de 1784 y del Código Civil francés, la impronta de la doctrina del Derecho natural reflejada en el citado precepto (§ 16) es patente en virtud de la remisión al *innatismo* y al *racionalismo* para definir a los derechos derivados de la naturaleza humana³².

El Código Civil alemán (1896-1900) –*Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)– contiene una cláusula general en materia de responsabilidad civil en su § 823, acápite 1, cuando impone la obligación de indemnizar a quien lesiona “bienes vitales”: vida, cuerpo, salud, libertad. Recordemos que a los presupuestos típicos de la responsabilidad civil (acción antijurídica e imputable, daño, nexo causal) en la experiencia jurídica germana, para la órbita extracontractual, se añade la exigencia de que el daño afecte intereses tutelados mediante derechos oponibles *erga omnes* (absolu-

³¹ Estas leyes modificaron, respectivamente, los arts. 9° y 16 del Código Civil francés. Recientemente, la protección de la imagen de los niños tuvo lugar en virtud de la Ley N° 449/2024 (21-5-2024), con el objetivo de regular las prácticas parentales que difunden imágenes de niños en redes sociales.

³² Sobre el influjo del *jusnaturalismo* en el Código Civil austríaco (preparado por el profesor Franz von Zeiller) *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J.; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a y LÓPEZ CABANA, R. M., “Los sistemas jurídicos contemporáneos”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 47, nota 71, quien recuerda a juristas como Josef Kohler y Otto von Gierke que reconocieron el germen de los derechos de la personalidad en el § 16 del *ABGB*, y precisa: “Así, el parágrafo 16 reconoce en todo hombre la existencia de derechos innatos. Y en el parágrafo 7, con gran confianza en la sagacidad del juez permite acudir a los principios generales del Derecho natural, tomando en consideración las circunstancias del caso cuando ni el texto, ni el sentido de la ley, ni la analogía, den solución al mismo” (obsérvese que el § 7 del Código Civil austríaco ha sido la fuente del art. 16 del Código Civil de 1871, aunque Vélez Sarsfield quiso depurarlo del resabio jusnaturalista; cf. la *nota* del Codificador a esta disposición). Para ampliar sobre el *ABGB* y su matriz jusnaturalista *vid.* GAMBARO, A. y SACCO, R., “Sistema Giuridici Comparati”, 3ª ed., UTET, Torino, 2009, ps. 291-292.

tos), quedando por lógica excluidos los derechos (siempre relativos) que provienen de una fuente contractual.

En el siglo XX los derechos personalísimos fueron expresamente legislados en varios Códigos Civiles: italiano de 1942, portugués de 1966, boliviano de 1975 y peruano de 1984.

El *Codice Civile* italiano de 1942 tiene el mérito de haber ido a la vanguardia en introducir una regulación de los derechos de la personalidad, aunque la misma denote un grado de madurez incipiente y, por lo tanto, resulte escasa e inorgánica. Sólo se contemplan los actos de disposición del propio cuerpo (art. 5°); el derecho al nombre, su tutela por razones individuales y sociales, al igual que la del seudónimo (arts. 6° a 9°); y, finalmente, el abuso de la imagen de otro (art. 10).

Puede observarse una disciplina legal más completa y estructurada en el Código Civil portugués de 1966: el primero en dedicar un capítulo específico a los *Direitos da Personalidade*. Así, comienza por sentar el principio de tutela general de la personalidad (art. 70) y sigue con una protección tópica a diversos bienes: ofensas a personas ya fallecidas (art. 71); derecho al nombre, legitimidad para las acciones en defensa del mismo, protección del seudónimo (arts. 72 a 74); cartas misivas confidenciales, su publicación (arts. 75 a 76); memorias familiares y otros escritos confidenciales (art. 77); cartas misivas no confidenciales (art. 78); derecho a la imagen (art. 79); derecho a la reserva sobre la intimidad de la vida privada (art. 80); imposibilidad de limitación voluntaria de los derechos de la personalidad (art. 81).

Aún más amplio es el Código Civil de Bolivia de 1975, cuyo capítulo respectivo contiene normas sobre protección a la vida (art. 6°); actos de disposiciones sobre el propio cuerpo (art. 7°); derecho a la libertad personal (art. 8°); derecho al nombre, apellido del hijo y de la mujer casada, protección del nombre, seudónimo (arts. 9° a 13); negativa a examen o tratamiento médico (art. 14); nulidad (art. 15); derecho a la imagen (art. 16); derecho al honor (art. 17); derecho a la intimidad (art. 18); inviolabilidad de las comunicaciones y papeles privados (art. 19); cartas misivas confidenciales (art. 20); naturaleza de los derechos de la personalidad y su (no) limitación (art. 21); igualdad (art. 22) e inviolabilidad (art. 23).

El Código Civil peruano de 1984 dedica un régimen integral y

bien articulado sobre los “derechos de la persona” (natural), a partir del reconocimiento del presupuesto de la capacidad jurídica (art. 3°); consagrar la igualdad entre varón y mujer en el goce y ejercicio de los derechos (art. 4°), así como la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales (art. 5°). Luego, regula los actos de disposición del propio cuerpo (art. 6°); donación de órganos o tejidos (art. 7°); disposición del cuerpo *post mortem* (art. 8°); revocación de la donación del cuerpo humano (art. 9°); disposición del cadáver por entidad competente (art. 10); validez de obligación de sometimiento a examen médico (art. 11); inexigibilidad de contratos peligrosos para la persona (art. 12); actos funerarios (art. 13); derecho a la intimidad personal y familiar (art. 14); derecho a la imagen y voz (art. 15); confidencialidad de la correspondencia y demás comunicaciones (art. 16). Se innova con respecto a los Códigos anteriormente citados, entre otras cosas, en que aparecen los derechos de autor e inventor (art. 18), añade la tutela de la voz de la persona junto a la propia imagen (art. 15) y prevé los medios de defensa de los derechos de la persona (art. 17). Además, en Perú el nombre no es considerado un derecho personalísimo y es tratado como un atributo de la persona (arts. 19 a 32). Este temperamento será replicado en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación de 2015.

El Código Civil peruano de 1984 ha sido, incluso hasta la fecha, el más completo y sistemático de todos los que integran la serie. Este cuerpo legal recepta los aportes de Carlos Fernández Sessarego, activo precursor de la doctrina latinoamericana en precisar los contornos de los derechos personalísimos, trazando la evolución de la protección de la persona humana en el ordenamiento jurídico peruano (civil y constitucional)³³. Sus enseñanzas han trascendido las fronteras de su país natal y fueron aprovechadas por juristas de todo el subcontinente.

³³ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “Protección jurídica de la persona”, Universidad de San Marcos, Lima, 1992, ps. 84 y ss. El autor explica cómo la Constitución del Perú de 1936 no contenía normas sobre los derechos fundamentales de la persona, las cuales recién son incluidas en la Constitución de 1979 cuya orientación ideológica supera el positivismo jurídico y los enfoques patrimonialistas, revalorizando al ser humano como núcleo del Derecho Civil (vid. ps. 89 y ss.). Del mismo autor véase su ópera prima: “La noción jurídica de persona”, Universidad de San Marcos, Lima, 1962 (reed. de 1968).

Los Códigos del siglo XXI, inspirados en el Código Civil peruano de 1984 (y en las experiencias precedentes), han incorporado importantes enclaves normativos enderezados a la tutela de los derechos personalísimos; así es el caso del Código Civil brasileño de 2002 (arts. 11 a 21) y el argentino de 2015 (arts. 51 a 61).

En Brasil su Código Civil introduce el Capítulo II (en el Libro I, Título 1), titulado *Dos Direitos da Personalidade*. Entre sus reglas, el artículo 11 refuerza su carácter intransmisible e irrenunciable, no pudiendo su ejercicio sufrir una limitación voluntaria (lo cual se remonta al Código de Portugal, art. 81, y al de Bolivia, art. 21). Una norma verdaderamente trascendente, a nuestro juicio, es el artículo 12, referido a los mecanismos de protección de los derechos de la personalidad. En tal sentido, dispone que el afectado puede exigir el cese de la amenaza o lesión al derecho, y reclamar las pérdidas y daños, sin perjuicio de otras sanciones previstas en la ley (como puede ser la publicación de la sentencia en los supuestos de violación a la intimidad de las personas). Si la víctima ha muerto, tienen legitimación activa, aunque la acción no haya sido incoada en vida, el cónyuge superviviente y cualquier pariente en línea recta o colateral hasta el cuarto grado.

El Código Civil brasileño también aborda lo relativo a los actos de disposición del propio cuerpo, con fines médicos, científicos o altruistas, tanto en vida como para después de la muerte, y el recaudo de que tales actos sean voluntarios y libremente revocables (arts. 13 a 15). La protección del nombre, reputado un derecho personalísimo, incluye al seudónimo (arts. 16 a 19). Se tutelan los registros privados (escritos o de voz) y la imagen de la persona, prohibiéndose su divulgación o publicación sin autorización del titular (art. 20). La vida privada es inviolable y el juez a solicitud del interesado puede adoptar las providencias necesarias para impedir o hacer cesar todo acto contrario a esta disposición (art. 21).

8. Evolución en el Derecho Privado argentino

En consonancia con el criterio dominante en el siglo XIX, Dalmacio Vélez Sarsfield en su Código Civil (1871) no incluyó disposiciones en materia de derechos personalísimos. Solamente hay referencias elíp-

ticas en la categorización de algunos ilícitos civiles (cfr. arts. 1068, 1069, 1071 a 1073, 1077 a 1079, 1081, 1083, 1089, 1090, 1099 y 1109)³⁴. Empero, el paso del tiempo y las nuevas dinámicas sociales comenzaron a exhibir el anacronismo del texto legal velezano; de tal suerte, la doctrina nacional advirtió la necesidad de elaborar una reglamentación metódica de los derechos personalísimos.

Así, en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969) se aprobó una recomendación propiciando –ante la eventual revisión del Código Civil– una “...legislación orgánica sobre los derechos de la personalidad, en cuanto derechos subjetivos de carácter especial”; y que, por lo tanto, “...se incluyan en el Código Civil o en leyes especiales preceptos que regulen las consecuencias civiles del principio constitucional de respeto a la personalidad humana, como pueden ser, entre otros, los relativos a los derechos a la intimidad, a la imagen y a la disposición del propio cuerpo”³⁵.

Asimismo, en dicho certamen Luis Moisset de Espanés propuso sistematizar los diversos aspectos de los derechos personalísimos en una disciplina integral sobre el derecho a la vida, a la integridad física y moral; los derechos a la esfera reservada de la vida o intimidad, entre los cuales el derecho a la propia imagen y al secreto de la correspondencia; y el derecho a la individualidad a través del nombre³⁶.

³⁴ Recuérdese el texto originario del art. 1075 del Código Civil (1871): “Todo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior o bien se confunda con la existencia de la persona” (el destacado es propio). Nota (de Vélez Sarsfield) al art. 1075: “No puede negarse que el honor y la reputación de una persona pueden ser la materia de un delito. L. 3, Tít. 15, Part. 7^a”. Vélez Sarsfield cita, en refuerzo del comentario, las *Leyes de las Siete Partidas* del rey don Alfonso X “el Sabio” (1265): específicamente el Título 15 de la Partida 7 versa sobre los “daños que los homes ó las bestias facen en las cosas de otro, de qual natura quier que sean”. No obstante, no se encuentra alusión alguna al honor o reputación en la referida Ley 3, titulada *A quáles et ante quién puede ser demandada enmienda del daño*.

³⁵ Cfr. Recomendación N° 1 en *Actas del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil* (Córdoba, 22 a 27 de septiembre de 1969), Imprenta Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1971, t. I, ps. 100-103.

³⁶ Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, L. y HIRUELA DE FERNÁNDEZ, M.^a del P., “Derechos de la personalidad”, en *Revista Persona. Revista Electrónica de Derechos Existenciales*, núm. 46 (octubre de 2005), Astrea, Buenos Aires; disponible en *Revista Persona*, <https://www.revistapersona.com.ar/Persona46/46Moisset.htm>, fecha de consulta: 26-10-2024.

Las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, Provincia de Buenos Aires, 2 a 4 de junio de 1983) sentaron las bases para regular los derechos personalísimos, siguiendo una ponencia de Augusto César Morello en cuya virtud se aprobó la recomendación de incorporar al Código Civil (en el Libro I, Sección Segunda, Título II) una reglamentación completa de los derechos personalísimos³⁷.

A partir de esta ponencia Santos Cifuentes y Julio César Rivera redactaron el denominado “Anteproyecto de régimen integral de los derechos personalísimos”³⁸. El documento, con el título “Estatuto de las Libertades Civiles”, fue presentado al Congreso de la Nación por la diputada María Cristina Guzmán; y, aunque en su hora perdiera estado parlamentario, sería retomado en los ulteriores proyectos de reforma integral del Código Civil.

El Proyecto de Código Civil redactado por la Comisión designada mediante decreto PEN 468/92, en sus artículos 110 a 125, regulaba la materia de los derechos de la personalidad física y espiritual. El esquema normativo se replicó en el Proyecto de 1998 (arts. 105 a 116, dentro del Capítulo IV, *Derechos personalísimos*; Título I, *De la Persona Humana*; Libro II, *Parte General*) y de ahí pasó, con algunas variaciones, al Anteproyecto de 2012.

Con la sanción del Código Civil y Comercial de 2015 se logra concretar el anhelo de sintetizar una regulación general en el núcleo del sistema de Derecho Privado. Así, un capítulo específico, dentro del Título I (*Persona humana*), Libro Primero (*Parte General*), legisla sobre los aspectos fundamentales de los *derechos y actos personalísimos* (arts. 51 a 61, CCCN). El marco tuitivo halla su complemento en las protecciones tópicas de ciertos bienes presentes en otras normas dispersas en el articulado del cuerpo legal (por ej., el art. 1770 sobre protección de la intimidad ante intromisiones arbitrarias y el art. 1771 que resguarda el honor ante acusaciones calumniosas), así como en

³⁷ Remitimos a los comentarios vertidos sobre dichas conclusiones por RIVERA, J. C., “Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos”, en *La Ley* 1983-D-846.

³⁸ Cfr. CIFUENTES, S. y RIVERA, J. C., “Anteproyecto de régimen integral de los derechos personalísimos”, en *El Derecho* 115-832.

sendas leyes especiales y convenciones internacionales, cuyo desarrollo dejamos para un ensayo futuro, junto a un análisis más pormenorizado de los artículos 51 a 61, CCCN³⁹.

9. Convergencia con los derechos humanos

El estudio de los derechos humanos revela su singular entramado sociohistórico de surgimiento y aplicabilidad. En todo caso, converge con el Derecho Privado en orden a los mecanismos de tutela civil contemplados en los instrumentos internacionales ratificados por Argentina. De momento nos limitaremos a dividir dos grupos de declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos.

Las llamadas de la primera generación han tenido un alcance amplio (reconociendo los derechos humanos de todas las personas), siendo los dos tratados más paradigmáticos la Convención Universal de Derechos Humanos (ONU, 1948) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), también conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”.

A este primer momento sucede una segunda generación de tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos cuyos destinatarios son determinados “colectivos” humanos dignos de protección especial en virtud de alguna condición particular (mujeres, niños, personas con discapacidad, personas con padecimientos mentales, ancianos)⁴⁰.

³⁹ El criterio taxonómico más difundido para agrupar las diferentes especies de derechos de la personalidad tiene en consideración los bienes jurídicos protegidos. De esta manera se distingue entre derechos que tienden a preservar la integridad física (vida, salud, cuerpo y restos mortales) y derechos dirigidos a la salvaguardia de la integridad espiritual (honor, privacidad, imagen y voz) y la identidad de las personas. Una nomenclatura equipolente otrora utilizada era la de “derechos corporales” y “derechos morales”, respectivamente.

⁴⁰ Las dos primeras aparecen al inicio del art. 75, inc. 22, CN entre los tratados sobre derechos humanos que integran el denominado bloque de constitucionalidad (con rango superior a las leyes); también se menciona la *Convención sobre los Derechos del Niño* aprobada por ley 23.849 (1990). Las convenciones no enumeradas y aprobadas con posterioridad a la reforma constitucional requieren de una ley especial para tener jerarquía constitucional (por ej., la ley 27.044/2014 confirió rango constitucional a la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, que fuera aprobada en el año 2008 por ley 26.378).

10. Palabras finales

El objetivo del presente recorrido ha sido relevar los perfiles generales de los derechos personalísimos, dando cuenta de las transiciones operadas en su devenir temporal y de la comparación sincrónica entre los ordenamientos normativos de base romanista que han sintetizado la figura.

Para concluir, respecto a los cambios ideológicos subyacentes en la evolución de la figura tratada, nos parece oportuno citar un pasaje de los *Fundamentos* del Anteproyecto del CCCN del 2012 (antecedente inmediato del CCCN de 2015): “La concepción patrimonialista ha ido cambiando, y aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etc. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente propiedad del Estado”.

Del párrafo transcrito se desprende la premisa de que hay “bienes” dignos de tutela jurídica –tanto individuales como colectivos– aunque carentes de valor monetario (cf. art. 17, CCCN). Este reconocimiento es sintomático del tránsito ideológico operado en el sistema de Derecho Privado: de la fisonomía economicista y patrimonialista típica del Código Civil de Vélez Sarsfield –matizada con algunas gotas de aceite social inyectadas por la ley 17.711/68 y otras reformas– basada en la protección de la persona en su carácter de sujeto de derechos económicos (como *contratante*, como *propietario* y como *heredero*), hacia una configuración más humanista cuyo centro es la persona a secas (*tout court*), sin cualificaciones especiales.

Bibliografía

ABELENDA, César A., “Derecho Civil. Parte general”, Buenos Aires, Astrea, 1980.

- ARAUZ CASTEX, Manuel, "Derecho Civil. Parte general", Buenos Aires, ETJA, 1968.
- BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- BREBBIA, Roberto H., "El daño moral", 2ª ed., Rosario, Orbir, 1967.
- BURDESE, Alberto, "Manuale di Diritto Privato Romano", Torino, UTET, 2003.
- BUTELER CÁCERES, José A., "Manual de Derecho Civil. Parte general", Buenos Aires, Ábaco, 1979.
- CASTÁN TOBEÑAS, José; CASTÁN VÁZQUEZ, José María y LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Los sistemas jurídicos contemporáneos", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- CIFUENTES, Santos, "Derechos personalísimos", 2ª ed. act. y ampl., Buenos Aires, Astrea, 1995.
- "Elementos de Derecho Civil. Parte general", 4ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997.
- CIFUENTES, Santos y RIVERA, Julio C., "Anteproyecto de régimen integral de los derechos personalísimos", en El Derecho 115-832.
- CIURO CALDANI, Miguel Á., "Estudios jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas (FIJ), 1986.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales", en Anuario de Derecho Civil, vol. 12 (núm. 4) (1959), ps. 1237-1276.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "La noción jurídica de persona", Lima, Universidad de San Marcos, 1962 (reed. de 1968).
- "Protección jurídica de la persona", Lima, Universidad de San Marcos, 1992.
- GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo, "Sistema Giuridici Comparati", 3ª ed., Torino, UTET, 2009.
- GARCÍA AMIGO, Manuel, "Derecho Civil de España. I. Parte general", Madrid, Universidad Complutense, 1997.
- KANT, Immanuel, "Fundamentación de la metafísica de las costumbres", trad. de José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996.
- LLAMBÍAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Buenos Aires, Perrot, 1961.

- MOISSET DE ESPANÉS, Luis y HIRUELA DE FERNÁNDEZ, María del Pilar, “Derechos de la personalidad”, en Revista Persona. Revista Electrónica de Derechos Existenciales (núm. 46) (octubre de 2005), Buenos Aires, Astrea; disponible en Revista Persona, <https://www.revistapersona.com.ar/Persona46/46Moisset.htm>, fecha de consulta: 26-10-2024.
- NICOLAU, Noemí L., “Vida humana y Derecho Civil. Exigencia y posibilidad de una teoría del negocio jurídico personalísimo en el Derecho argentino”, Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL), 1990 (tesis doctoral).
- ORGAZ, Alfredo, “Personas individuales”, Córdoba, Assandri, 1961.
- RAVÁ, Adolfo, “I diritti sulla propria persona: nella scienza e nella Filosofia del Diritto”, en Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche, vol. XXXI (1901), Roma, ps. 289-313.
- RIVERA, Julio C., “Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos”, en La Ley 1983-D-846.
- “Instituciones de Derecho Civil. Parte general”, 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2020.

SOBRE LA POSIBILIDAD DE INSTRUIR NUEVAMENTE AL JURADO LUEGO DE IMPARTIDAS LAS INSTRUCCIONES FINALES

por VICTORIA FERNÁNDEZ¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La sanción de la Ley de Juicio por Jurados en Santa Fe. 3. Breve conceptualización del instituto. 4. Modelos de jurado. 4.1. El modelo escabinado. 4.2. Un jurado sin deliberación. 4.3. Jurado reducido y con votos mayoritarios. 4.4. Jurado clásico sin plena exigencia de unanimidad. 4.5. Jurado clásico modelo. 5. Las instrucciones iniciales y finales. 6. El artículo 82 de la ley 14.253. 7. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

En este breve trabajo haré un análisis del artículo 82 de la ley 14.253, que implicó para la Provincia de Santa Fe adoptar el juicio por jurados para algunos casos penales, denominados “graves”. Me centraré concretamente en la posibilidad de instruir nuevamente al jurado luego de finalizado el debate oral e impartidas las instrucciones finales, para que el jurado pase a deliberar y emitir su veredicto. Abordaré algunos conceptos generales, comenzando por una conceptualización del instituto que facilitará la lectura del presente trabajo a quien sea ajeno a la materia penal, que será acompañada por un repaso de los modelos de jurado: el escabinado, el jurado sin deliberación, el reducido, el clásico sin exigencia de unanimidad, y el clásico modelo. Luego abordaré un tema central para la temática elegida: las instruc-

¹ Abogada, diplomada en la Universidad Nacional de Rosario. Aspirante a adscripta en Derecho Procesal III y Litigación Penal, ambas materias en la Universidad Nacional de Rosario.

ciones que se imparten a quienes ofician de jurado en un juicio oral. Asimismo, realizaré una crítica del artículo citado, al entender que colisiona con la presunción de inocencia de la que goza la persona imputada, reconocida constitucionalmente y convencionalmente. Por último, esbozaré una propuesta para mejorarla, con el fin de enriquecer el sistema de justicia penal acusatorio adversarial que se encuentra en funcionamiento en el territorio de la Provincia de Santa Fe desde hace diez años.

Abstract

In this brief work I will analyze article 82 of Law 14,253, which implied that the Province of Santa Fe adopted the jury trial for some criminal cases, called “serious”. I will focus specifically on the possibility of instructing the jury again after the oral debate has ended and the final instructions have been given, so that the jury can deliberate and issue its verdict. I will address some general concepts, starting with a conceptualization of the institute that will facilitate the reading of this work for those who are not familiar with criminal matters, which will be accompanied by a review of the jury models: the mixed court system, the jury without deliberation, the reduced jury, the classic jury without unanimity requirement, and the classic model. Then I will address a central issue for the chosen topic: the instructions given to those who serve as jurors in an oral trial. I will also criticize the cited article, considering that it collides with the presumption of innocence that has the accused, recognized constitutionally and conventionally. Finally, I will outline a proposal to improve it, in order to enrich the adversarial accusatory criminal justice system that has been in operation in the territory of the Province of Santa Fe for ten years.

Palabras clave

Juicio. Jurado. Instrucciones.

Keywords

Trial. Jury. Instructions.

1. Introducción

Por historia y por tradición, los países anglosajones jamás confiaron el juzgamiento de las causas penales y civiles a funcionarios del Estado, sino que, en consonancia con principios profundamente democráticos y republicanos, reservaron en exclusiva el juicio a sus ciudadanos.

Sabido es que desde 1853 la Constitución Nacional de este territorio dispuso que el juzgamiento de los juicios criminales quedaría a cargo de un jurado popular. En Argentina, el primer paso hacia la operatividad de las disposiciones constitucionales en la materia lo dio Córdoba en el año 2004. A partir de allí, distintas provincias del territorio nacional se sumaron a su regulación.

Hace cinco meses el Poder Ejecutivo de esta provincia promulgó la ley 14.253. Hasta ese momento, la Provincia de Santa Fe sufría una deformación del debido proceso². En esa línea, la sanción de la ley implicó la adopción total de un sistema acusatorio adversarial en materia penal.

Aunque coincido con el destacado jurista, al analizar la ley observé algunas disposiciones que me llamaron la atención, teniendo en cuenta el estudio previo del tema y el –limitado– conocimiento de las leyes que adoptaron otras provincias del país en esta materia.

En este breve ensayo intentaré esbozar una propuesta para mejorar el artículo 82 de la ley citada, que si bien se encuentra bajo el título de *Unanimidad* haciendo referencia a la cantidad de votos necesarios para emitir un veredicto de culpabilidad o no culpabilidad, lo cierto es que contiene otros detalles que, a mi humilde modo de ver, desnaturalizan el modelo clásico de jurado que pareciera haber elegido la Legislatura santafesina. Me centraré en la posibilidad que otorga el artículo a las partes para emitir una nueva instrucción al jurado, encontrándose cerrado el debate e impartidas las instrucciones finales, frente al supuesto de estancamiento del jurado.

Por último, pretendo evidenciar que esa posibilidad implica un riesgo para la persona imputada en un proceso penal y su presunción de

² YouTube, “Encuentro sobre juicio por jurados. Héctor Granillo Fernández”, en YouTube, <https://youtu.be/eTTGVDpLXfo?si=B4YB8BfYIEJV9PB>, consultado el 20-8-2024.

inocencia. Un destacado académico de la ciudad de Rosario expresó en una charla reciente que el proceso penal es la Constitución Nacional en movimiento³, por lo que espero que estas líneas colaboren con esa idea y fortalezcan el modelo procesal penal acusatorio adversarial por el que tanto se luchó en esta provincia.

2. La sanción de la Ley de Juicio por Jurados en Santa Fe

La instauración de este modelo de enjuiciamiento en la provincia, determinado para algunos delitos denominados “graves”, fue a partir de un camino iniciado hace años. El último proyecto presentado en la Legislatura provincial, bajo el número 5066, retoma la finalidad de cumplir la manda que la Constitución Nacional trae desde 1853 en sus artículos 24, 75, inciso 12, y 118, ratificados en la reforma constitucional de 1994. Surge del mismo que se plasmaron las ideas principales que en su momento esbozó la gestión del gobernador Miguel Lifschitz.

Desde la sanción, Santa Fe se incorporó al bloque de provincias que completaron la adopción del sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial, algo que para quienes nos consideramos juradistas es motivo de celebración.

Según datos extraídos de la página del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip), la iniciativa contó con un amplio consenso en los recintos legislativos, así como con disidencias en aspectos puntuales⁴.

En particular, se cuestionó la incorporación de la “regla inglesa”, que habilita veredictos con una mayoría agravada de 10 personas en los casos en que no logren ponerse de acuerdo los 12 jurados. Sobre este último punto fueron destacables las intervenciones de los legisladores Ariel Bermúdez, Lucila De Ponti y Carlos del Frade en defensa

³ CUENCA, D., en la Jornada debate “Reformas en la legislación procesal penal de Santa Fe”, celebrada el 24-7-2024, en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

⁴ Inecip, “Santa Fe: media sanción al proyecto de juicio por jurados en materia penal”, del 14-2-2024, en Inecip, <https://inecip.org/noticias/santa-fe-media-sancion-a-la-ley-de-juicio-por-jurados/>, consultado el 20-8-2024.

de la unanimidad de los veredictos populares como regla de decisión sin ninguna excepción, tal como establecen las leyes más modernas de nuestro país⁵.

3. Breve conceptualización del instituto

El juicio por jurados consiste, sintéticamente, en convocar a un grupo de personas que van a decidir sobre la existencia de un hecho delictivo, y si la persona acusada por ese hecho es culpable o no.

Los jurados realizan una tarea de colaboración con el juez técnico, ya que este último les imparte instrucciones iniciales y finales para que comprendan el hecho objeto del proceso en clave con el Derecho aplicable al caso. A partir de las mismas, y del litigio del caso que realicen las partes involucradas, pasarán a deliberar para tomar una decisión que se materializa en un veredicto. En ese momento finaliza la intervención del jurado.

En caso de declarar culpable a la persona acusada, las cuestiones legales y el monto de pena serán determinados por un juez profesional, tras un breve debate posterior sin los jurados.

En el fallo “Patton vs. United States”⁶, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos enumeró cuáles son los pilares fundamentales de su sistema de jurados. En 2017 los mismos fueron acogidos por el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires⁷. Serían los siguientes:

- *Integración plural*: con doce ciudadanas y ciudadanos convocados a prestar el servicio en forma accidental.
- *Participación de las partes en el litigio para la conformación del jurado*: etapa conocida como “audiencia de selección de jurados” o “*voir dire*”.
- *Separación clara de las funciones del juez y del jurado*: el primero, a cargo de preparar y conducir el juicio, interpretar la ley para instruir al jurado respecto del Derecho aplicable y decidir

⁵ Íd., p. 2.

⁶ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (281 U. S. 276), 14-4-30.

⁷ Trib.Cas.Pen. de Buenos Aires, sala I, 11-7-2017, “Ruppel, Néstor Fabián s/Recurso de casación”, 606/2017.

la pena o medida de seguridad cuando corresponda; el segundo, a cargo de la deliberación y decisión del veredicto –tarea que consiste en valorar la prueba, determinar los hechos y aplicar la ley suministrada en las instrucciones del juez–.

- *Respeto a la soberanía e independencia del jurado*: a través del secreto de la deliberación y la prohibición de intromisiones externas.
- *Exigencia de unanimidad tanto para condenar como para absolver*: es indispensable, en miras a la adopción de decisiones de calidad prácticamente incuestionable, que los doce desconocidos que accidentalmente integran el panel deban deliberar hasta pulir las diferencias de apreciación y alcanzar una decisión unánime.
- *Centralidad del juicio y recurso sólo para el acusado*: el juicio es la etapa central del proceso y el recurso no es un “nuevo juicio” o una etapa más en un largo trámite secuencial, sino un derecho del acusado a la realización de un “juicio al juicio” para descartar cualquier posible arbitrariedad, tal como lo establecen los tratados internacionales de derechos humanos.

Los jurados deben formar su convicción en un contexto en el que se asegure que todo lo que constituya prueba y pueda ser valorado al momento de deliberar y dictar el veredicto haya sido introducido al juicio y ofrecido al conocimiento del jurado de modo oral, ante el público que podrá apreciar y controlar, a su vez, el funcionamiento de los actos del Poder Judicial⁸.

4. Modelos de jurado

4.1. El modelo escabinado

Como se anticipó, Córdoba cuenta con este modelo. La nota distintiva de este tipo de sistemas es que, llegado el momento de la deliberación, los integrantes técnicos y permanentes del tribunal de jurados participan junto a los accidentales.

Esta modalidad nació en Europa Continental durante el siglo XX

⁸ GRANILLO FERNÁNDEZ, H., “Juicio por jurados”, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 43.

como deformación del jurado de tipo clásico. Serios vicios en la puesta en funcionamiento de los sistemas de jurados instaurados al abrigo de las ideas del Iluminismo, en un entorno de tradición inquisitorial y de monarquías absolutas con gran desconfianza en la ciudadanía, pretendieron ser solucionados con la infiltración de un funcionario estatal en las funciones naturalmente propias del jurado.

En resumen, un modelo como el cordobés reposa en la confusión de las funciones de jueces permanentes y accidentales, lo que implica una intromisión externa indebida en la deliberación del jurado⁹.

4.2. *Un jurado sin deliberación*

Es el caso de Brasil. La mayor crítica a su diseño procesal es que omite la etapa más importante de todo sistema de jurados, en miras a la calidad de sus decisiones: la deliberación.

Clausurado el debate, los jurados pasan simple y directamente a votar con base en sus íntimas convicciones y sin necesidad de debatirlas y contrastarlas con las de los restantes integrantes del panel. El proceso funciona, en esencia, de la siguiente manera: en primer lugar, el juez distribuye a los jurados boletas con la palabra “sí” y boletas con la palabra “no”; seguidamente comienza a formular, de a una, las siguientes cuestiones a resolver: 1) ¿se encuentra probado el hecho principal?; 2) ¿concorre la defensa alegada?; 3) ¿concorre la agravante alegada? El proceso se repetiría por cada hecho diferente y por cada acusado, cuando corresponda; cada una de esas cuestiones debe ser respondida por los jurados insertando en una urna una de esas boletas.

El proceso de deliberación secreta y continua a través del que cada uno de los integrantes de un jurado debe confrontar sus subjetivas impresiones personales con las de los restantes, en un proceso de objetivación y depuración de las subjetividades individuales, hasta alcanzar la unanimidad, no existe e incluso se encuentra terminantemente prohibido¹⁰.

⁹ HARFUCH, A. y PENNA, C., “El juicio por jurados en el continente de América”, en *Publicación Anual de Ceja e Inecip*, núm. 21, 2017; disponible en Inecip, <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-Juicio-por-Jurados.pdf>.

¹⁰ *Íd.*, p. 4.

4.3. *Jurado reducido y con votos mayoritarios*

Cientos de siglos de funcionamiento de los jurados en el ámbito del *common law* han comprobado la efectividad del tradicional número de doce integrantes.

Desde un punto de vista meramente pragmático, ese número ha demostrado ser lo suficientemente amplio como para permitir deliberaciones intensas y profundas al tiempo de ser lo suficientemente acotado como para que en esa deliberación todos los integrantes puedan hablar y ser escuchados por los restantes.

A menor cantidad de integrantes, menor intensidad de las deliberaciones, lo que muy probablemente podría traducirse en una mengua de la calidad de las decisiones.

Éste es el problema de los jurados como el panameño, de siete integrantes o, peor aún, de Nicaragua y El Salvador, integrados por cinco miembros.

A ello se le suma que en ninguno de esos casos se exige otra regla fundamental en miras a la calidad de las decisiones: la unanimidad. En el caso de Nicaragua se admite hasta una disidencia, pues deben coincidir al menos cuatro de los cinco integrantes. En los otros casos, las decisiones pueden ser tomadas por simple mayoría¹¹.

4.4. *Jurado clásico sin plena exigencia de unanimidad*

Los nuevos sistemas de jurados que proliferan en Argentina representan un monumental salto cualitativo, pues van acercándose al modelo clásico, ajustándose cada vez en mayor medida a sus pilares fundamentales. En ellos, en efecto, encontramos jurados con doce integrantes seleccionados luego de una audiencia de *voir dire*, una clara división de sus funciones y las de los jueces técnicos permanentes, la existencia de la etapa de deliberación con prohibición de intromisiones externas y la prohibición del recurso del acusador contra la decisión del jurado.

Sin embargo, los diseños de Neuquén y, parcialmente, Buenos Aires padecen de una deficiencia que podría poner en crisis la afirmación

¹¹ Íd., p. 5.

de que se trata de modelos clásicos, pues las dos leyes han omitido la fundamental exigencia de unanimidad de los veredictos ya mencionada. En el caso de Neuquén alcanzan tan sólo ocho votos –de doce– para tan importante decisión. Buenos Aires, en una posición más avanzada, ha establecido un complejo sistema que depende del tipo de decisión: la unanimidad sólo es una exigencia para el dictado de un veredicto de culpabilidad por un delito que contempla pena de prisión perpetua, pero para la declaración de la culpabilidad de un acusado en cualquier otro caso alcanza con diez de los doce votos, y la declaración de “no culpabilidad” puede ser alcanzada con tan sólo ocho votos en cualquier caso. La Provincia de Santa Fe adoptó un sistema que en principio sería por unanimidad, pero que frente al estancamiento del jurado permitiría el dictado de un veredicto de culpabilidad por una mayoría agravada de diez votos¹².

4.5. *Jurado clásico modelo*

Chaco y Río Negro han aprobado las que hasta el momento son las dos mejores leyes de jurados del país y exigen unanimidad para cualquier decisión.

Cabe aclarar, incluso, que ésa no es la única mejora de estas leyes respecto de las otras de Argentina –por ejemplo, por el respeto a los pueblos originarios indígenas y a un jurado especial para ellos–. Sin embargo, es sin dudas la que más interesa destacar¹³.

5. Las instrucciones iniciales y finales

Las instrucciones constituyen uno de los momentos fundamentales del debate con jurados, a punto tal que, sin ellas, no podría haber nunca un veredicto válido. Un juicio por jurados sin instrucciones del juez es el equivalente a una sentencia profesional sin fundamentos ni cita legal¹⁴.

Desde un punto de vista procesal, las instrucciones son el modo en que el juez le transmite al jurado el Derecho Penal, Procesal, Pro-

¹² Íd.

¹³ Íd., p. 6.

¹⁴ HARFUCH, A., “El veredicto del jurado”, 1ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019, p. 381.

batorio y Constitucional que se aplica a los hechos ventilados en el juicio¹⁵. Son el canal directo de comunicación entre el juez y el jurado, hasta el instante previo a la deliberación.

Las instrucciones iniciales están orientadas a hacerles saber a quienes participen como jurados que deberán atender todo lo que ocurra en la audiencia, que su convicción sólo puede tener base en la prueba que ellos presencian y reciben durante el juicio oral, destacarles que el imputado es inocente y que, como tal, nada debe probar sino que la carga está en cabeza de la parte acusadora, que el imputado continuará siendo inocente hasta que se demuestre lo contrario conforme le garantiza la Constitución Nacional¹⁶.

En el caso de Santa Fe, a las instrucciones iniciales se agrega que deberán contemplar los lineamientos de protección integral de víctimas, así como perspectiva de género e interés superior del niño en los casos que así lo requieran.

Las finales se dan cuando finaliza el debate y les explican las cuestiones sobre lo que deberán discutir, deliberar y decidir, las reglas que deberán observar al efecto, el estado jurídico de inocencia del que goza el imputado, la importancia de la duda razonable a favor de éste, el apartamiento de prejuicios tanto a favor como en contra del imputado, el contenido fáctico del o de los delitos que han sido el motivo de la apertura del juicio y todos los otros extremos sobre los que se deberá pronunciar el veredicto¹⁷.

Es importante destacar que, antes del cierre del debate, las partes serán convocadas sin la presencia del jurado en sala para litigar sobre esas instrucciones finales. Las partes no sólo pueden presentar propuestas para la elaboración de las mismas, sino que también podrán en esa oportunidad dejar constancia de sus disidencias u oposiciones, exponiendo claramente sus motivos para el caso de impugnación de la sentencia. Esto es trascendental ya que es el juez técnico el que decide el contenido de esas instrucciones finales, que para las partes funcionan como un instrumento de control de la decisión que se tome al resolver el caso.

¹⁵ *Íd.*, p. 6.

¹⁶ GRANILLO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 80.

¹⁷ *Íd.*, p. 7.

6. El artículo 82 de la ley 14.253

Adentrándonos ahora en la ley santafesina, el artículo 82 expresa: “*Unanimidad*. El jurado admite una sola de las propuestas por el voto unánime de sus doce (12) integrantes. Si el jurado no alcanzare la unanimidad en un plazo razonable de deliberación, el juez y las partes procurarán acordar todas las medidas necesarias que permitan asistir al jurado para superar el estancamiento, tales como la reapertura de cierto punto de prueba, nuevos argumentos o alegatos de las partes o una nueva instrucción del juez. A ese fin, el juez puede preguntarle al jurado si desean poner en su conocimiento mediante breve nota escrita el o los puntos que les impidan acordar, sin revelar ningún aspecto o detalles de las deliberaciones ni del número de votos a favor de una u otra postura. La sesión termina cuando se consiga un veredicto, pero, en casos excepcionales, a solicitud de los jurados, el juez puede autorizar el aplazamiento de la deliberación por un lapso breve destinado al descanso”.

Me detendré específicamente en la segunda oración, que permitiría, luego de impartidas las instrucciones finales y terminado el debate, acordar todas las medidas necesarias para que el jurado supere el estado de estancamiento. El legislador utilizó el verbo “procurar” para facultar a las partes y al juez a reabrir cierto punto de prueba, realizar nuevos argumentos o alegatos e incluso una nueva instrucción. Procurar significa hacer esfuerzos, por lo que la intención allí estimo que es incentivar a las partes para que realicen esas acciones. La redacción aquí toma especial importancia, ya que las medidas necesarias a las que se refiere no están identificadas con precisión, ni se define cómo operarían en el plano práctico frente a casos que vendrán. Del artículo que sigue se desprende que el jurado tiene la posibilidad de dictar un veredicto por mayoría agravada si luego de adoptadas aquellas medidas necesarias tampoco pudiese tomar una decisión unánime. A esto se agrega que la ley expresamente prohíbe que el jurado sepa de la posibilidad de dictar el veredicto por diez votos, más allá de que esté redactado el supuesto en el texto legal.

En primer lugar, advierto con preocupación que la regulación permita incorporar nueva información al jurado luego de impartidas las

instrucciones finales que fueron litigadas por las partes después de los alegatos de clausura. A mi modo de ver, ello implica un riesgo para la presunción de inocencia de la persona imputada, ya que es un supuesto que se habilita con el objetivo de que el jurado llegue a un veredicto de culpabilidad. Ello queda demostrado con lo que expuse en el párrafo anterior. No sucedería siuviésemos en cuenta que, luego de la presentación de un caso sólido a nivel probatorio por parte de la persona que acusa y la deliberación de las doce personas que ofician como jurados, se debería arribar a la culpabilidad por unanimidad sin necesidad de contaminar el juicio con estas posibilidades.

En segundo lugar, considero que adoptar un sistema clásico de jurado implica aceptar que luego de impartidas las instrucciones el jurado debe deliberar y decidir. Frente a una teoría del caso sólida y clara no se necesitan nuevos argumentos o nuevas instrucciones. En esa línea, valoro positivamente que el legislador haya optado por capítulos que siguen una temporalidad y marcan la preclusión de una etapa sobre otra, por lo que estimo desacertadas esas posibilidades que trae la norma.

En tercer lugar, pienso que facultar a las partes y al juez para realizar estas medidas es una forma más de desconfianza de la voluntad ciudadana. Pese a que me inclino por el modelo clásico de unanimidad, creo que de estancarse el jurado se podría habilitar la posibilidad de la decisión por mayoría agravada. A mi entender, sin recurrir a la adopción de todas esas medidas necesarias, que no sabemos bien cuáles son, pero que podrían lesionar el estado de inocencia que posee la persona imputada, ya sometida a juicio oral y público. Se abre con esta regulación, quizá, la posibilidad de manipuleos sobre la prueba de testigos y peritos, por lo que continuar con el juicio sería forzado y artificioso y, peor aún, inconstitucional.

Por último, según mi punto de vista, frente al supuesto de estancamiento sería mejor que el jurado, a través de su portavoz, solicite una aclaración respecto a algún punto de prueba, que responderán las partes y el juez en conjunto. En definitiva, para no perder de vista que la prueba ya se produjo, que las instrucciones ya fueron debatidas e impartidas, y que será la calidad del litigio realizado la que se reflejará en la decisión que adopte el jurado.

7. Conclusión

Con estas líneas celebro la adopción del juicio por jurados de Santa Fe, sin perder la mirada crítica como motor para mejorar el servicio de justicia. Expuestos algunos conceptos, considero que es importante tener en cuenta que las posibilidades que trae aparejado el artículo 82 pueden traer numerosos conflictos a los casos que se litiguen por jurados.

La ambigüedad y vaguedad en la regulación de la segunda oración del citado artículo implican librar al azar cuestiones fácticas y jurídicas que se relacionan con la posibilidad de condenar a una persona. Más aún si consideramos que las instrucciones funcionan como una piedra basal en esta forma de juzgamiento.

Personalmente, propongo mejorar la disposición analizada y facultar a la ciudadanía para que exprese aquello que no entienda, que no quedó claro, y que necesita comprender para dictar un veredicto. Esto permitirá fortalecer el sistema de justicia con respuestas de mayor claridad y calidad.

Bibliografía

- GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor, “Juicio por jurados”, 1ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2013.
- HANS, Valerie P. y GASTIL, John, “El juicio por jurados. Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia”, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.
- HARFUCH, Andrés, “El jurado clásico. Manual modelo de instrucciones al jurado. Ley Modelo de Juicio por Jurados”, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.
- “El veredicto del jurado”, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019.
- HARFUCH, Andrés y PENNA, Cristian, “El juicio por jurados en el continente de América”, en Publicación Anual de Ceja e Inecip (núm. 21), 2017; disponible en Inecip, <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-Judiciales-Juicio-por-Jurados.pdf>.
- Inecip, “Santa Fe: media sanción al proyecto de juicio por jurados en materia penal”, del 14-2-2024, en Inecip, <https://inecip.org/noticias/santa-fe-media-sancion-al-proyecto-de-juicio-por-jurados-en-materia-penal/>, consultado el 20-8-2024.

ÉTICA Y ARBITRAJE

por OSCAR FREDDI¹, con la colaboración
de EVELYN ANAHÍ ZELAYA²

SUMARIO: 1. Principios éticos clave en el Tribunal Arbitral. 2. Ética del árbitro. 3. Neutralidad y deber de información. 4. Conflictos de interés y deber de divulgación. 5. Responsabilidad de los árbitros. 6. Normativas y estándares éticos emergentes. 6.1. Mayor énfasis en la transparencia. 6.2. Ética en la conducta de los árbitros. 6.3. Ética en la selección de árbitros. 6.4. Inclusión de cuestiones de sostenibilidad y derechos humanos. 6.5. Uso de tecnología. 6.6. Sostenibilidad y arbitraje “verde”. 6.7. Deber de eficacia y responsabilidad hacia las partes. 6.8. Confidencialidad y protección de datos. 6.9. Desafíos éticos del financiamiento por terceros (*third-party funding*). 6.10. Mayor atención a la cultura de cumplimiento. 6.11. Impacto de las infracciones éticas en el laudo arbitral. 7. Objetivos de un Tribunal Arbitral. 8. Ética profesional en el proceso de arbitraje. 9. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

La ética en un Tribunal Arbitral es fundamental para asegurar la legitimidad y la confianza en el proceso de arbitraje, utilizado como una alternativa a los tribunales judiciales para resolver disputas. Los principios éticos guían la conducta de los árbitros y de las partes involucradas, garantizando que las decisiones se tomen de manera imparcial y justa.

En los últimos años, la ética en el arbitraje internacional ha cobrado

¹ Abogado. Profesor adjunto de Derecho Político, Cátedra A, FDER, UNR. Exjuez del Tribunal de Ética del Colegio de Abogados, 2ª Circunscripción (Santa Fe). Secretario del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Rosario.

² Abogada por la Facultad de Derecho, UNR (Argentina). Docente y doctoranda en Derecho de la Facultad de Derecho, UNR. Especialista en Proceso Civil, Arbitraje y Mediación por la Universidad de Salamanca, España.

mayor relevancia debido a la creciente complejidad y globalización de los procedimientos arbitrales en los cuales se les exige a los árbitros el deber de actuar con la misma integridad moral que se espera de los jueces estatales. En efecto, el presente artículo tiene por fin brindar un panorama de las nuevas tendencias y desarrollos en la ética de los procesos arbitrales locales e internacionales, que reflejan tanto las preocupaciones sobre transparencia, imparcialidad, y conflictos de interés, como la necesidad de adaptar los estándares éticos a los cambios tecnológicos y sociales.

Abstract

Ethics in an Arbitral Tribunal is essential to ensure legitimacy and trust in the arbitration process, used as an alternative to judicial courts to resolve disputes. Ethical principles guide the conduct of arbitrators and the parties involved, ensuring that decisions are made impartially and fairly.

In recent years, ethics in international arbitration has gained greater relevance due to the growing complexity and globalization of arbitration procedures in which arbitrators are required to act with the same moral integrity that is expected of judges state. The purpose of this article is to provide an overview of new trends and developments in the ethics of international arbitration, which reflect both concerns about transparency, impartiality, and conflicts of interest, and the need to adapt ethical standards to technological and social changes.

Palabras clave

Derecho. Arbitraje. Ética.

Keywords

Right. Arbitration. Ethics.

1. Principios éticos clave en el Tribunal Arbitral

Los principales principios que se proclaman desde los códigos éticos son la independencia e imparcialidad. Los árbitros deben actuar de

forma independiente y sin intereses que puedan influir en sus decisiones. Cualquier conflicto de interés debe ser revelado, y si surge durante el proceso, el árbitro debe abstenerse de continuar. La imparcialidad asegura que no exista favoritismo hacia ninguna de las partes, permitiendo un juicio justo y objetivo.

Asimismo, muchos códigos éticos también buscan impulsar otros valores, tales como la confidencialidad, la transparencia, la diligencia, la celeridad, la flexibilidad, la calidad, y la mesura en cuanto a gastos³. Así, el artículo 17.1 del Reglamento de la CNUDMI (Uncitral) dispone que, en el ejercicio de su discrecionalidad, el Tribunal Arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes⁴.

2. Ética del árbitro

- Tanto las normas legales argentinas (CPCCN) como las de la Convención de Nueva York no hacen referencia directa a la ética del árbitro.
- Los reglamentos internacionales más conocidos, como los de la CCI, LCIA y Uncitral, tampoco mencionan explícitamente la ética del árbitro⁵.
- La IBA ha emitido las “Rules of Ethics for International Arbitrators”, precursoras de las “Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional”⁶.

³ “Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)”, Estudio Mario Castillo Freyre, Biblioteca del Arbitraje, Palestra, Perú, noviembre de 2011, vol. 18, p. 359; disponible en Congreso Gob, [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D3E7686B5269E48F05257D020054946E/\\$FILE/DiccionarioTerminol%C3%B3gicoArbitrajeNacionalEInternacionalvol18.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D3E7686B5269E48F05257D020054946E/$FILE/DiccionarioTerminol%C3%B3gicoArbitrajeNacionalEInternacionalvol18.pdf), consultado el 30-10-2024.

⁴ “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, 2021, en Uncitral, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/21-07999_ebook_s.pdf, consultado el 30-10-2024.

⁵ Uncitral, “Uncitral Arbitration Rules”. Las reglas de arbitraje de la Uncitral son una referencia global para procedimientos arbitrales.

⁶ International Bar Association, “IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, 2014. Un documento clave sobre cómo gestionar los conflictos de interés en el arbitraje”.

- La American Arbitration Association (AAA) y la American Bar Association (ABA) han desarrollado el “Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”⁷.

Aunque estas normas no son de cumplimiento obligatorio, a menos que las partes así lo dispongan, los árbitros deben actuar con independencia e imparcialidad, garantizando la objetividad del proceso. Además, deben desempeñarse de manera diligente y eficiente, brindando a las partes una resolución justa de sus disputas.

También hay códigos dirigidos no a los árbitros, sino a las instituciones arbitrales, como es el caso del Código de Buenas Prácticas Arbitrales elaborado por el Club Español de Arbitraje (CEA) en el año 2005⁸.

Entonces, para que un determinado código ético sea de aplicación obligatoria debe ser previamente aceptado por acuerdo, mediante una cláusula específica en el convenio arbitral. No obstante, pueden servir a los árbitros como guía orientadora, si la legislación nacional en materia de ética arbitral no brindase respuestas. En cualquier caso, los códigos éticos no contienen una serie de reglas fijas, sino que contemplan unas líneas de actuación flexibles, generalmente aceptadas y extraídas de la práctica internacional y son menos estrictos que aquellos que rigen la actuación de los jueces. La aplicación de reglas rígidas dificultaría el arbitraje y contravendría su esencia, ya que se limitaría el número de árbitros competentes y se reducirían las posibilidades interpretativas que admiten los principios que comparten los distintos códigos éticos⁹.

3. Neutralidad y deber de información

El árbitro debe ser neutral, lo que implica ser independiente e imparcial, y debe distanciarse de sus propios valores personales, ya sean legales, culturales, religiosos o políticos. La nacionalidad o el domicilio del árbitro, distintos de los de las partes, pueden reforzar su neutralidad. Si el árbitro duda de su independencia o imparcialidad, debe declinar su designación.

⁷ American Arbitration Association (AAA) y American Bar Association (ABA), “Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”, 2004.

⁸ “Diccionario...” cit., p. 359.

⁹ Íd.

4. Conflictos de interés y deber de divulgación

¿Qué debe hacer un árbitro en caso de que exista un conflicto de interés entre él y las partes?

- *Fortalecimiento de las reglas sobre conflictos de interés*: Las “IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”¹⁰ han jugado un papel central en la definición de las obligaciones de los árbitros de revelar posibles conflictos. Sin embargo, la implementación rigurosa de estas reglas está siendo constantemente actualizada para abordar nuevas formas de conflicto de interés, incluyendo las relaciones indirectas entre árbitros y partes.
- *Obligación de divulgación continua*: Se ha intensificado el enfoque en la divulgación continua durante todo el proceso arbitral, en lugar de limitarse al momento de la designación del árbitro. Esto implica que los árbitros deben revelar cualquier nueva circunstancia que pueda comprometer su imparcialidad.

El deber de revelación es la obligación que tiene cada árbitro de dar a conocer a las partes lo que considere que es necesario y que pueda poner en duda su independencia e imparcialidad. Es la declaración que debe realizar al momento de aceptar su designación como árbitro y subsiste su obligación durante todo el proceso arbitral, por cualquier otra circunstancia, hecho o conflicto de interés, que pueda suceder después de designado el revelar las circunstancias correspondientes. De esta manera, el deber de revelación tiene un carácter preventivo ya que el árbitro se preserva ante recusaciones futuras y también se evitan ataques de nulidad o no reconocimiento al laudo. En este sentido, la Ley de Arbitraje Comercial Internacional 27.449, en su artículo 27, dispone: “La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas”¹¹.

¹⁰ International Bar Association, ob. cit.

¹¹ “Ley de Arbitraje Comercial Internacional 27.449”, en Servicios Infoleg, <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>, consultado el 29-10-2024.

Asimismo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional establece en su artículo 12 que la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas¹².

5. Responsabilidad de los árbitros

Resulta importante remarcar el rol que cumplen los árbitros, destacando su responsabilidad ante las partes y las posibles consecuencias de violaciones éticas en su ejercicio. A tal fin, y en caso de incumplimiento de su parte, es importante destacar las consecuencias que su comportamiento podría acarrear en el ejercicio de su función, como por ejemplo, la aplicación de *sanciones o remociones*, ya que, en ciertos casos, la falta de ética por parte de un árbitro podría llevar a su destitución del caso o a la nulidad del laudo arbitral.

En este sentido, la doctrina ha sostenido que “la consecuencia de no revelar toda la información disponible podría determinar que el árbitro sea, en razón de un presumible ocultamiento o de su falta de diligencia, recusado y eventualmente sancionado. Adicionalmente, el no revelar toda la información disponible podría determinar que el laudo sea anulado y consecuentemente que el arbitraje no explote su ventaja competitiva de celeridad. Y, como los árbitros quieren serlo y como el sistema no quiere perder sus atributos, parecería que revelar toda la información disponible –sin filtros ni miramientos– resultaría la regla más recomendable para los árbitros”¹³.

Atento a lo expuesto, resulta fundamental el correcto comporta-

¹² “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, en Uncitral, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf, consultado el 30-10-2024.

¹³ OSTERLING PARODI, F. y MIRÓ QUESADA MILICH, G., “Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros”, en Osterlingfirm, www.osterlingfirm.com/Documentos/articulosEl%20Deber%20de%20Declaración%20de%20Árbitros.pDf, consultado el 20-10-2024.

miento del árbitro a fin de lograr el mantenimiento de la confianza en el sistema arbitral. Si los árbitros no actúan con ética, la credibilidad del arbitraje como método alternativo de resolución de disputas se ve seriamente comprometida.

6. Normativas y estándares éticos emergentes

A medida que el arbitraje ha ganado popularidad a nivel mundial, se han desarrollado nuevas tendencias en la ética del arbitraje internacional, las cuales reflejan un enfoque creciente en la transparencia, la integridad y la responsabilidad, todo ello impulsado por la evolución de las expectativas de las partes y las preocupaciones sobre la legitimidad del proceso arbitral.

Las principales tendencias actuales son las siguientes.

6.1. *Mayor énfasis en la transparencia*

Una de las tendencias más significativas es la presión por aumentar la transparencia en los procedimientos arbitrales, particularmente en casos de arbitraje de inversión, donde se involucran intereses públicos. Se busca equilibrar la confidencialidad tradicional del arbitraje con la necesidad de rendición de cuentas. Lo expuesto puede lograrse a través de:

- *Divulgación de conflictos de interés*: Implementando normas más estrictas sobre la divulgación de posibles conflictos de interés por parte de los árbitros. Las Directrices de la International Bar Association (IBA) han sido revisadas para mejorar la claridad sobre qué constituye un conflicto y cómo debe ser manejado¹⁴.
- *Audiencias abiertas*: Aunque el arbitraje se caracteriza por su naturaleza confidencial, hay una tendencia hacia la apertura de audiencias y la publicación de laudos, especialmente en casos que involucran a entidades estatales o asuntos de interés público. A modo de ejemplo podemos mencionar que, en el arbitraje de inversión, se están introduciendo audiencias más abiertas al público, particularmente en casos donde las disputas afectan el interés público.

¹⁴ International Bar Association, op. cit. Estas Directrices son clave para gestionar los conflictos de interés y la divulgación continua de posibles conflictos durante los procedimientos.

- *Publicación de laudos*: Algunas instituciones de arbitraje han comenzado a publicar los laudos de manera anónima para aumentar la transparencia, como es el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y la de la LCIA, y el Reglamento Administrativo y Financiero del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) que dispone que si ambas partes lo consienten podrán publicarse el laudo, las actas y demás actuaciones del procedimiento (Regla 22).

6.2. *Ética en la conducta de los árbitros*

- *Códigos de conducta*: Se han desarrollado y adoptado códigos de ética más detallados para los árbitros. Estos códigos abordan la imparcialidad, la independencia y la conducta profesional, proporcionando directrices claras sobre las expectativas éticas de los árbitros.
- *Formación ética*: Algunas instituciones arbitrales han comenzado a ofrecer programas de formación y sensibilización sobre ética para árbitros y abogados, lo que refleja la importancia de la educación continua en este ámbito.

En tal sentido creemos conveniente incluir la formación continua de los árbitros en temas éticos ya que los Centros de Arbitraje juegan un papel crucial en garantizar que se mantengan altos estándares éticos.

Ello puede lograrse a través de:

- a) *Programas de formación ética*: Los Centros de Arbitraje deberían ofrecer programas de formación en ética para garantizar que los árbitros se mantengan actualizados con los estándares éticos más recientes.
- b) *Certificaciones éticas*: También deberían introducir certificaciones o evaluaciones periódicas que garanticen que los árbitros mantienen los estándares éticos adecuados.
- c) *Supervisión institucional*: Establecer mecanismos específicos para monitorear el comportamiento ético de los árbitros durante los procedimientos.
- d) *Revisión de la conducta arbitral*: Al final de los procedimientos, las instituciones deberían llevar a cabo revisiones para garantizar

que las actuaciones de los árbitros y las partes cumplan con los principios éticos establecidos.

6.3. *Ética en la selección de árbitros*

A menudo, las partes en un arbitraje eligen a los árbitros. Ahora bien, la pregunta que debemos hacernos es: ¿qué criterios éticos deben influir en la selección de los mismos? En tal sentido consideramos que algunos de ellos podrían ser, a modo de ejemplo:

- *Transparencia en la designación de árbitros*: Las partes deben asegurarse que los árbitros seleccionados no sólo cumplan con los requisitos técnicos, sino que también cuenten con un historial ético.
- *Procedimientos para abordar conflictos de interés en la selección*: El Tribunal debe establecer los mecanismos que permitan detectar y resolver posibles conflictos de interés antes de la designación formal del árbitro.

La ética también abarca cuestiones de igualdad y diversidad dentro del arbitraje:

- *Diversidad en la selección de árbitros*: Ya hemos adelantado que la inclusión de árbitros con distintos orígenes y experiencias contribuye a una mayor imparcialidad y legitimidad del proceso arbitral¹⁵. En este sentido, a nivel internacional se está prestando mayor atención al impacto del sesgo inconsciente en la selección de árbitros y en la toma de decisiones. Las instituciones arbitrales están fomentando una mayor sensibilización sobre este tema mediante capacitaciones específicas.
- *Normas éticas y la lucha contra el sesgo inconsciente*: Incorporar una referencia a cómo las normas éticas deben abordar posibles sesgos inconscientes en la toma de decisiones arbitrales.

6.4. *Inclusión de cuestiones de sostenibilidad y derechos humanos*

- *Arbitraje sostenible*: Hay un creciente reconocimiento de que el

¹⁵ Iniciativas como *ArbitralWomen* y la *Equal Representation in Arbitration Pledge* están ganando tracción, promoviendo la inclusión de mujeres y profesionales de orígenes subrepresentados.

arbitraje debe abordar cuestiones de sostenibilidad y responsabilidad social. Esto incluye considerar el impacto ambiental de los proyectos en disputa y los derechos de las comunidades afectadas.

- *Derechos humanos*: Se está incorporando un enfoque más fuerte en el respeto de los derechos humanos en las decisiones arbitrales, impulsado por el aumento de la inversión extranjera en sectores sensibles y el interés de las partes en la responsabilidad corporativa.

6.5. *Uso de tecnología*

- *Digitalización del arbitraje*: La pandemia de COVID-19 aceleró la adopción de tecnología en el arbitraje, incluyendo la realización de audiencias virtuales. Esto plantea nuevas preguntas sobre la ética y la privacidad, y ha llevado a debates sobre las mejores prácticas para garantizar la equidad y la transparencia en un entorno digital.
- *Inteligencia artificial*: La implementación de herramientas de inteligencia artificial en la selección de árbitros y la gestión de procesos arbitrales plantea consideraciones éticas sobre la imparcialidad y la justicia. En tal sentido, el uso creciente de inteligencia artificial en la revisión de pruebas y análisis de datos plantea nuevos desafíos éticos. Los árbitros y las partes deben garantizar que el uso de estas herramientas respete los principios de imparcialidad y no sesgo, dado que los algoritmos pueden estar influidos por datos o programaciones que no sean completamente neutrales. Asimismo, las partes deben ser transparentes en cuanto a qué tecnologías están utilizando para procesar información o evaluar el caso, asegurando que los árbitros y contrapartes comprendan su aplicación y limitaciones.
- *Privacidad y ciberseguridad*: Por último, con la creciente digitalización, la protección de datos personales y la ciberseguridad son componentes clave para mantener la confidencialidad del proceso arbitral.

6.6. Sostenibilidad y arbitraje “verde”

- *Ética ambiental*: El concepto de sostenibilidad está comenzando a formar parte de las consideraciones éticas en el arbitraje, con un movimiento hacia el arbitraje “verde”. Las instituciones están implementando prácticas que minimizan el impacto ambiental, como la reducción del uso de papel, el uso de videoconferencias en lugar de desplazamientos, y la promoción de la neutralidad de carbono en los procedimientos arbitrales.
- “*Green Arbitration Pledge*”: Éste es un compromiso reciente de la comunidad arbitral para reducir el impacto ambiental de los procedimientos, tanto en términos de viajes como de uso de recursos¹⁶.

6.7. Deber de eficacia y responsabilidad hacia las partes

- *Eficiencia en los procedimientos*: La ética arbitral también se está enfocando en la eficiencia del proceso. Los árbitros ahora tienen una mayor responsabilidad de gestionar los casos de manera rápida y eficiente, evitando dilaciones innecesarias que afecten el derecho de las partes a una resolución expedita.
- *Revisiones de comportamiento arbitral*: Algunas instituciones arbitrales están introduciendo mecanismos de evaluación o retroalimentación sobre la conducta de los árbitros en términos de ética y eficiencia. Esto fomenta la responsabilidad y mejora la calidad del servicio arbitral.

¹⁶ *Green Arbitration Pledge* es una iniciativa destinada a reducir el impacto ambiental de los procedimientos de arbitraje internacional, lanzada por la *Campaign for Greener Arbitrations*. *Green Arbitration Pledge* es parte de un esfuerzo más amplio por integrar consideraciones medioambientales en los procesos legales y de resolución de disputas, en respuesta a las crecientes preocupaciones globales sobre el cambio climático y la sostenibilidad. Fue lanzada en 2019 por la árbitra internacional *Lucy Greenwood*. Esta promesa fomenta que los profesionales y las partes involucradas en arbitrajes adopten prácticas sostenibles: incluyen minimizar los viajes, reducir el uso de papel mediante la adopción de la comunicación y gestión documental electrónica, y utilizar audiencias virtuales cuando sea posible. Para más información se puede consultar el sitio web de la *Campaign for Greener Arbitrations*.

6.8. *Confidencialidad y protección de datos*

- *Regulaciones de privacidad*: Con el aumento de los procedimientos digitales y la transferencia de grandes volúmenes de información, las normativas sobre protección de datos, como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) en Europa, están exigiendo nuevos estándares en cuanto a la protección de la privacidad de las partes y la seguridad de los datos.
- *Ciberseguridad en el arbitraje*: La ética del arbitraje también debe abarcar la responsabilidad de proteger la información confidencial de posibles ataques cibernéticos. Las instituciones arbitrales están comenzando a implementar políticas específicas de ciberseguridad para salvaguardar la integridad del proceso.

6.9. *Desafíos éticos del financiamiento por terceros (“third-party funding”)*

- *Transparencia en el financiamiento*: El crecimiento del financiamiento por terceros en el arbitraje ha generado preocupaciones éticas relacionadas con la imparcialidad. Actualmente, las reglas éticas están evolucionando para garantizar que cualquier participación de terceros en el financiamiento de los costos del arbitraje sea completamente revelada, evitando posibles conflictos de interés entre el financiador, las partes y los árbitros.
- *Normativas emergentes*: Instituciones como la IBA y el Ciadi están comenzando a establecer directrices más estrictas sobre la divulgación de la participación de terceros, así como los deberes éticos de los árbitros en estos casos.

6.10. *Mayor atención a la cultura de cumplimiento*

- *Cumplimiento de normas éticas*: Se está fomentando una cultura de cumplimiento que involucra a todas las partes interesadas en el proceso arbitral, incluyendo las empresas, los abogados y los árbitros, para garantizar que se sigan los estándares éticos y de conducta.

Estas tendencias indican un movimiento hacia un arbitraje más ético

y responsable, donde la transparencia y la integridad se conviertan en pilares fundamentales para garantizar la legitimidad y la confianza en el proceso.

6.11. *Impacto de las infracciones éticas en el laudo arbitral*

A fin de asegurar un laudo exitoso, resulta necesario aumentar al máximo el detalle sobre las posibles consecuencias de las violaciones éticas en el resultado del arbitraje. A tal fin podemos agregar qué impacto producen estas infracciones:

- *Anulación del laudo arbitral*: En muchos sistemas legales, una violación ética significativa, como la falta de imparcialidad de un árbitro, puede dar lugar a la anulación del laudo arbitral.
- *Procedimientos de impugnación*: También, hoy en día, la mayoría de los reglamentos establecen los mecanismos legales que las partes tienen para impugnar un laudo basado en irregularidades éticas.

7. **Objetivos de un Tribunal Arbitral**

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, el Tribunal Arbitral debe buscar exaltar la honestidad y el prestigio profesional de los árbitros, asegurando un comportamiento ético durante todo el procedimiento y en la emisión del laudo arbitral, que es la piedra angular de este servicio a la comunidad.

8. **Ética profesional en el proceso de arbitraje**

Hasta aquí nos hemos referido, casi con exclusividad, a la ética que deben seguir los árbitros en su comportamiento a lo largo del proceso a fin de evitar cualquier tipo de nulidad en el laudo a dictarse. Ahora bien, seguidamente nos centraremos en cuál debe ser el comportamiento y los principios que deben tener las partes durante el arbitraje. En tal sentido podemos mencionar los siguientes principios que deben seguir los profesionales del Derecho a la hora de litigar ante un Tribunal Arbitral:

1. *Lealtad y buena fe*: Las partes deben actuar con lealtad y buena fe, presentando información veraz y evitando tácticas engañosas que puedan distorsionar el proceso.

2. *Confidencialidad*: El arbitraje es confidencial. Las partes deben garantizar que toda la información sensible se mantenga reservada, salvo que acuerden lo contrario o la ley lo requiera.
3. *Prohibición de conflicto de intereses*: Las partes no deben intentar influir de manera inapropiada sobre los árbitros ni establecer vínculos que comprometan su imparcialidad. Cualquier conflicto de interés debe ser revelado desde el inicio.
4. *Presentación honesta de pruebas*: Las pruebas deben presentarse de manera íntegra y sin manipulación. Alterar u ocultar pruebas afecta la credibilidad y puede tener consecuencias legales.
5. *No utilizar tácticas dilatorias*: El arbitraje es conocido por su eficiencia, por lo que las partes no deben emplear tácticas que prolonguen el proceso de manera innecesaria.
6. *Colaboración con el Tribunal Arbitral*: Las partes deben cooperar con el tribunal, cumplir con los plazos y evitar obstruir el desarrollo del arbitraje mediante conductas de mala fe.

9. Conclusiones

La evolución de la ética en el arbitraje internacional está guiada por un enfoque más riguroso en la transparencia, la imparcialidad, la protección de datos y la responsabilidad de las partes involucradas. Los avances tecnológicos y el cambio hacia una mayor diversidad e inclusión también están transformando los estándares éticos tradicionales. La adaptación a estas nuevas realidades no sólo fortalece la legitimidad del arbitraje, sino que también garantiza su sostenibilidad como un método eficaz y confiable para la resolución de disputas globales.

El comportamiento ético de las partes y sus representantes es clave para la legitimidad y eficacia del arbitraje. Cumplir con los principios de lealtad, transparencia, confidencialidad y colaboración garantiza una resolución justa y protege la confianza en este método de resolución de disputas. Las violaciones éticas pueden tener graves consecuencias, tanto para el resultado del arbitraje como para la reputación profesional de los involucrados. Mantener altos estándares éticos asegura la efectividad y el respeto por el proceso arbitral.

Para cerrar debemos destacar la importancia del hecho de que la

ética no es un aspecto secundario en el proceso arbitral, sino que, por el contrario, resulta un principio rector fundamental para garantizar la legitimidad del arbitraje.

Asegurar altos estándares éticos protege la reputación y eficacia del arbitraje como medio de resolución de disputas, beneficiando a todas las partes involucradas y a la comunidad en general.

Bibliografía

- American Arbitration Association (AAA) y American Bar Association (ABA), “Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes”, 2004.
- Arbitral Women, “Equal Representation in Arbitration Pledge”, 2016, en Arbitral Women, <https://www.arbitralwomen.org/>.
- ASHFORD, Peter, “Handbook on International Commercial Arbitration”, Juris Publishing, 2014.
- BLACKABY, Nigel *et al.*, “Redfern and Hunter on International Arbitration”, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- BORN, Gary, “International Arbitration: Cases and Materials”, 2ª ed., Kluwer Law International, 2021.
- “International Arbitration: Law and Practice”, 3ª ed., Kluwer Law International, 2020.
- Cámara de Comercio Internacional, “ICC Rules of Arbitration” (las reglas de arbitraje de la CCI son de gran relevancia en arbitrajes comerciales internacionales).
- “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) de Argentina” (aunque no aborda directamente la ética del árbitro es relevante para los procedimientos arbitrales en el país).
- “Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras” (un tratado clave para el reconocimiento de laudos arbitrales internacionales, con implicaciones éticas).
- “Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)”, Estudio Mario Castillo Freyre, Biblioteca del Arbitraje, Palestra, Perú, noviembre de 2011, vol. 18; disponible en Congreso Gob, [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D3E7686B526-9E48F05257D020054946E/\\$FILE/DiccionarioTerminol%C3%B3gicoArbitrajeNacionalEInternacionalvol18.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D3E7686B526-9E48F05257D020054946E/$FILE/DiccionarioTerminol%C3%B3gicoArbitrajeNacionalEInternacionalvol18.pdf), consultado el 30-10-2024.

- GILL, Judith, “Conflicts of Interest in International Arbitration: Can International Rules Provide a Unified Solution?”, *The International Lawyer*. Green Pledge, “Campaign for Greener Arbitrations”, 2020.
- GUSY, Christian *et al.*, “A Guide to the ICDR International Arbitration Rules”, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- ICCA-QMUL, “Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration”, International Council for Commercial Arbitration, 2018 (este informe es una referencia sobre los problemas éticos del financiamiento por terceros).
- International Bar Association (IBA), “IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, 2014.
- “Rules of Ethics for International Arbitrators” (ofrecen una serie de directrices sobre el comportamiento ético de los árbitros en contextos internacionales).
- “Ley de Arbitraje Comercial Internacional 27.449”, en Servicios Infoleg, <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>, consultado el 29-10-2024.
- “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, en Uncitral, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf, consultado el 30-10-2024.
- London Court of International Arbitration, “LCIA Arbitration Rules” (las reglas de arbitraje también cubren aspectos éticos y de imparcialidad).
- MOSES, Margaret L., “The Principles and Practice of International Commercial Arbitration”, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- OSTERLING PARODI, Felipe y MIRÓ QUESADA MILICH, Gustavo, “Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros”, en Osterlingfirm, www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos-EI%20Deber%20de%20Declaración%20de%20Árbitros.pdf, consultado el 20-10-2024.
- PARK, William W., “Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice”, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- PAULSSON, Jan, “Ethics in International Arbitration”, en The Journal of International Arbitration, vol. 25 (núm. 4), 2008, ps. 647-666.
- “The Idea of Arbitration”, Oxford, Oxford University Press, 2013.

- REDFERN, Alan *et al.*, “Law and Practice of International Commercial Arbitration”, 5ª ed., United Kingdom, Sweet & Maxwell, 2009.
- REED, Lucy, “Autonomy and Ethics in International Arbitration”, en International Arbitration Review, vol. 15, 2018, ps. 35-57.
- “The Role of Ethics in International Arbitration: Critical Perspectives”, en International Arbitration Review, 2016.
- “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, 2021, en Uncitral, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/21-07999_ebook_s.pdf, consultado el 30-10-2024.
- ROGERS, Catherine, “Arbitrator Ethics: Regulation, Roles, and Accountability”, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- SCHERER, Maxi *et al.*, “Artificial Intelligence and International Arbitration: The Dawn of a New Era”, Kluwer Law International, 2019.
- Uncitral, “Uncitral Arbitration Rules” (las reglas de arbitraje de la Uncitral son una referencia global para procedimientos arbitrales).
- VAN HARTEN, Gus, “Investment Treaty Arbitration and Public Law”, Oxford, Oxford University Press, 2007.

REFLEXIONES Y PROPUESTAS EN TORNO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA

por ALEJANDRO J. TOMÁS¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Control de constitucionalidad. III. Otras teorías. IV. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En el presente artículo se buscará realizar un análisis respecto de la división de poderes en la Constitución de Argentina. Para lograr un esquema constitucional que permita la realización de los postulados referidos en la primera parte del texto constitucional (parte dogmática) es necesario lograr cierta armonía entre las distintas funciones del Estado: ejecutiva, legislativa y judicial. En tal sentido, el eje fundamental del presente será el sistema de control de constitucionalidad. Si bien en nuestro país poseemos un sistema judicial-difuso, no todos los sistemas son idénticos: cada uno posee sus propias falencias, virtudes y adquieren rasgos propios que los caracterizan. A tales fines se utilizarán los métodos deductivo e inductivo, tanto al analizar distintos ejes sobre los que se sustentan los distintos sistemas de control constitucional, como así también considerando ciertas características

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de Rosario, ha participado en proyectos de extensión universitaria referidos al “Acceso a la Justicia” y a la “Violencia Institucional”. Autor de artículos en libros y revistas e integrante de la Cátedra de Pensamiento Constitucional Latinoamericano (UNR). Representante de su universidad en el Concurso de Audiencias Temáticas ante la CIDH (2021) organizado por la CIPDH-Unesco. Autor de uno de los artículos premiados en el Concurso Federal de Ensayos, “Cuatro décadas legislando en democracia” (2023), organizado por la Agencia I+D+i, Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación.

propias del control en nuestro país. A partir del método comparativo se buscará indagar respecto a procesos constitucionales como, por ejemplo, los que se han dado con el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Por otro lado, se buscará investigar diversas teorías y corrientes de pensamiento referidas a la temática en cuestión como puede ser el constitucionalismo popular estadounidense a fin de contribuir al debate académico desde una óptica del Derecho Constitucional.

Abstract

In this article we will seek to carry out an analysis regarding the division of powers in the Constitution of Argentina. To achieve a constitutional scheme that allows the realization of the postulates referred to in the first part of the constitutional text (Dogmatic Part) it is necessary to achieve a certain harmony between the different functions of the State: Executive, Legislative and Judicial. In this sense, the fundamental axis of the present will be the Constitutional Control system. Although in our country we have a diffuse judicial system, not all systems are identical: each one has its own shortcomings, virtues and acquires its own features that characterize them. For these purposes, deductive and inductive methods will be used, both when analyzing different axes on which the different systems of constitutional control are based, as well as considering certain characteristics of control in our country. Using the comparative method, we will seek to investigate constitutional processes such as, for example, those that have occurred with the New Latin American Constitutionalism. On the other hand, we will seek to investigate various theories and currents of thought related to the topic in question such as Popular American Constitutionalism in order to contribute to the academic debate from a perspective of Constitutional Law.

Palabras clave

Derecho Constitucional. Control de constitucionalidad. Argentina.

Keywords

Constitutional Law. Constitutional Control. Argentina.

I. Introducción

Este trabajo tiene como eje fundamental reflexionar acerca del sistema de control de constitucionalidad en Argentina. Para ello, debemos comenzar por situarnos dentro de la órbita del Derecho Constitucional: “sabemos que en la Constitución hay dos partes: la que organiza el poder y la que emplaza políticamente al hombre en el Estado. ‘Parte orgánica’ y ‘Parte dogmática’ integran en pie de igualdad a la Constitución formal, por manera que las normas de una parte y otra gozan de igual jerarquía normativa dentro de la supremacía total del texto completo. No obstante, los valores que hacen a la persona humana y a sus derechos son más eminentes que los que se refieren a la estructura de poder. De ahí que la interpretación coherente y armónica de toda la Constitución debe reconocer a la parte orgánica un valor instrumental respecto de la parte dogmática”².

Para simplificar lo que desarrolla Bidart Campos, se puede sostener que para garantizar el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales que se encuentran en la parte dogmática de la Constitución, a su vez se requiere de una parte orgánica acorde a dichos intereses. Se puede dotar de una inmensa cantidad de derechos a los y las habitantes, pero para que ello suceda se debe adoptar un sistema de organización del poder que otorgue garantías suficientes para lograr su cumplimiento. Esto ha quedado demostrado con la reforma constitucional de 1994 respecto de la cual algunos autores sostienen que “la deseada incorporación de derechos sociales importa la transferencia de poderes adicionales al Poder Judicial (esto es, la rama menos democrática del poder)”³.

Para lograr un sistema armónico es necesario que los distintos poderes –funciones– del Estado se hallen en igualdad, que no puedan imponer decisiones de manera ilegítima o abusiva a los otros poderes.

² BIDART CAMPOS, G., “Manual de la Constitución reformada”, t. 1, en Aula Virtual UNL, https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/7043/mod_folder/content/0/Bidart%20Campos%20-%20Manual%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20Reformada%20Tomo%20I.pdf?forcedownload=1 (citado el 13-11-2022).

³ GARGARELLA, R., “La sala de máquinas de las Constituciones latinoamericanas”, en *Revista Nueva Sociedad*, núm. 257, julio-agosto de 2015, p. 104; disponible en UAbierta, https://uabierta.uchile.cl/asset-v1:Universidad_de_Chile+CA_1+2020+type@asset+block@TEXT1M2.pdf (citado el 20-10-2023).

Montesquieu sostenía que el hombre que tiene poder abusa del mismo hasta que encuentra límites; y “para que no pueda abusarse del poder, es absolutamente preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder”⁴. Para sostener el equilibrio se requiere de un sistema de pesos y contrapesos entre los distintos poderes del Estado, para evitar justamente que uno de ellos pueda verse supeditado a otro.

Sin dudas la organización de funciones del Estado en Argentina merece ser objeto de un profundo análisis a fin de determinar su efectividad en el cumplimiento de los objetivos planteados en la Constitución Nacional. Para desarrollar propuestas de reforma que permitan optimizar la existencia de un adecuado sistema de pesos y contrapesos, el control de constitucionalidad se constituye como uno de los ejes fundamentales a tener en cuenta.

En este sentido, son diversos los elementos del Poder Judicial que merecen ser abordados, entre los cuales podríamos mencionar los siguientes:

1. En primer lugar, el Consejo de la Magistratura: órgano incorporado a la Constitución con la reforma de 1994 y que resulta de vital importancia para garantizar un adecuado funcionamiento de la justicia. Entre sus potestades –reguladas en el artículo 114 de la Constitución– se puede observar que tiene un rol fundamental para la designación de magistrados inferiores, ya que es quien selecciona a los postulantes mediante concursos públicos; por otro lado, es el órgano facultado para ejercer facultades disciplinarias, decide la apertura de procedimientos de remoción sobre los/as magistrados/as; y es quien dicta los reglamentos relacionados con la organización judicial y aquellos necesarios para asegurar la independencia de los jueces y juezas.

Respecto de este órgano, corresponde destacar que “para un Poder Judicial cuyos jueces y juezas son prácticamente vitalicios y vitalicias, contamos con un sistema de selección que es dudosamente meritocrático y carecemos de mecanismos sólidos y consistentes de rendición de cuentas”⁵. Así, suele sostenerse que el Poder Judicial es aquel que

⁴ Montesquieu, “El espíritu de las leyes”, en PRD, <https://www.prd.org.mx/libros/documentos/libros/espíritu-leyes.pdf> (citado el 15-1-2023), p. 160.

⁵ BENENTE, M., “(¿)Rendición de cuentas(?) de jueces y juezas en la Argentina”, en FERNÁNDEZ, A. (comp.), *La justicia acusada*, Sudamericana, Buenos Aires, 2020, p. 314.

posee las credenciales democráticas más débiles, y ello queda evidenciado en su mecanismo de designación, la ausencia de periodicidad y las controversias en cuanto a los mecanismos de sanción para con sus integrantes.

2. En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación: máximo tribunal judicial del país. Actualmente compuesta por 5 miembros “recibe anualmente entre 20.000 y 27.000 causas, de las cuales resuelve aproximadamente 7.000, rechazando sin expresar ningún argumento el 90% de las mismas”⁶. Sobre la misma se realizarán algunas apreciaciones posteriormente a partir de su estrecha relación con el control de constitucionalidad.

A su vez, se entiende que las decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen una relevancia fundamental, ya que la misma “ha reiterado siempre el principio según el cual, si bien la misma sólo decide en los casos concretos que le son sometidos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a las conclusiones arribadas en aquéllos, a menos que sustenten su discrepancia en razones no examinadas o resueltas por el tribunal. Este sistema ha sido calificado por el profesor Sagüés como «doctrina de la eficacia vinculante aunque condicionada»”⁷.

En base a esto, corresponde sostener que la Corte posee actualmente un rol preponderante a la hora de definir criterios sobre la constitucionalidad de las normas ya que sus sentencias aplican como una suerte de jurisprudencia obligatoria que los tribunales inferiores sólo podrían modificar en base a discrepancias propias de cuestiones no tomadas en cuenta por dicho tribunal.

De lo desarrollado en el párrafo precedente surge la imperiosa necesidad de incluir en el análisis referido al control de constitucionalidad a la Corte Suprema de Justicia en cuanto a cuestiones nodales de la

⁶ GIL DOMÍNGUEZ, A., “Los problemas de la Corte Suprema y un debate impostergable”, en diario *La Nación*, del 16-2-2021; disponible en *La Nación*, <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-corte-suprema-debate-impostergable-nid2604018/>.

⁷ SAIJ, “Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en la República Argentina”, 1996, en SAIJ, http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca980156-lopez-reflexiones_sobre_control_constitucionalidad.htm?bsrc=ci#:~:text=SISTEMA%20ARGENTINO%20DE%20CONTROL%20DE,jurisdicci%C3%B3n%20pueden%20llevarlo%20a%20cabo (citado el 15-8-2024).

misma tales como su composición, designaciones y criterios de evaluación para sus sentencias.

3. En tercer lugar, el sistema de control de constitucionalidad, el cual será el objeto del presente trabajo y comenzaremos a desarrollar en profundidad en los siguientes apartados.

Si bien son variados los rasgos del Poder Judicial en Argentina que en primera instancia podrían ser susceptibles de debate, esto no quiere decir que la organización de las funciones del Estado y en particular del Poder Judicial sea deficiente en su totalidad, ni que todos los elementos mencionados anteriormente deban ser reformados de manera inapelable.

Lo que se busca plantear es que los tiempos corren y las instituciones deben adecuarse a las necesidades propias de cada momento y lugar determinado. En este sentido, replantearse lógicas jurídicas establecidas desde hace décadas, o incluso siglos, debe ser un ejercicio que no debe ser observado de forma negativa, sino que debe ser un proceso constante. En consonancia con ello, el presente trabajo busca reflexionar sobre el sistema de control de constitucionalidad que posee Argentina, sus virtudes y/o vicios o falencias, explorar otros sistemas y esbozar algunos ejes que puedan servir como disparadores para contribuir al estudio de la temática en cuestión.

II. Control de constitucionalidad

Al momento de referirse al control de constitucionalidad, es necesario remarcar que a lo largo de la historia se han instrumentado distintos sistemas: “en el sistema jurídico británico (al igual que en Holanda y en los países escandinavos) no hay un control *judicial* de constitucionalidad”⁸, es decir que no se encuentra en manos del Poder Judicial, lo que sucede es que “en estos países, rige el principio de que el Parlamento es quien tiene la última palabra, aun en materia de derechos individuales”⁹. Otro ejemplo de control no judicial podría ser el caso de Francia a partir de la Constitución de la Quinta República

⁸ THEA, F. y KODELIA, G., “Control de constitucionalidad: los peligros del jugador que crea sus propias reglas”, en FERNÁNDEZ (comp.), op. cit., p. 328.

⁹ Ídem.

(1958) cuyo sistema consta de un Consejo Constitucional compuesto por nueve miembros (nombrados tres por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea nacional y tres por el presidente del Senado) y por expresidentes de la República como miembros vitalicios, cuyo funcionamiento es preventivo (control a priori), su actuación se desarrolla en abstracto y antes de que la ley sea promulgada¹⁰. Corresponde destacar que se ha instituido un sistema de filtro doble ya que “la revisión constitucional del 23 de julio de 2008 introdujo un nuevo artículo 61-1 en el título que regula al Consejo Constitucional introduciendo un control a posteriori de las leyes promulgadas”¹¹.

Por otro lado, se puede ubicar el modelo continental-europeo (sistema judicial, concentrado) y el modelo estadounidense (judicial y difuso) que tiene su origen en el conocido fallo “Marbury vs. Madison”. Si bien estos sistemas guardan entre sí una similitud fundamental –que son judiciales–, poseen grandes diferencias: “en el sistema concentrado la declaración de inconstitucionalidad produce efectos *erga omnes*, con la consiguiente anulación de la norma cuestionada que pierde sus efectos en forma total y con prescindencia del acto político, esto es que en los sistemas concentrados es el propio órgano de control ‘la Corte Constitucional’ que recibe de la Constitución la competencia necesaria para producir esa anulación con los efectos generales, ocupando así el lugar de los otros poderes (el legislador o el Ejecutivo, según el caso) el conflicto queda diluido con la desaparición de la norma cuestionada”¹².

Una de las ventajas del sistema concentrado es que posee un criterio

¹⁰ TORICELLI, M., “Organización constitucional del poder. Distribución de competencias estatales. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial”, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 1, p. 72.

¹¹ MACAYA LIZANO, A., “Justicia constitucional en Francia”, en *Revista de la Sala Constitucional*, núm. 6, 2024; disponible en *Revista de la Sala Constitucional*, https://revistasalacons.poder-judicial.go.cr/images/2024/Articulos/PDF/Justicia_Constitucional_en_Francia_El_Consejo_Constitucional_frances_una_institucion_sui_generis.pdf, p. 90.

¹² DUARTE, C.; DUARTE, M.ª de los Á.; GUEVARA, S. y LADO, G., “Control de constitucionalidad concentrado y difuso”, en *Estudiantes UBA*; disponible en *Derecho UBA*, <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/duarte.pdf> (citado el 5-7-2024).

unificado en materia de control de constitucionalidad ya que “toda norma es válida hasta tanto sea declarada inconstitucional por el órgano de competencia para hacerlo. A partir de ese momento, la norma deja de tener vigencia en el ordenamiento jurídico, con efecto *erga omnes*”¹³. A diferencia de lo que sucede en un sistema difuso, la norma pierde vigencia, por lo cual no podrán someterse cuestiones similares frente a otros tribunales que podrían fallar de distinta forma.

En sentido contrario, el sistema difuso implica que cualquier tribunal se encuentra habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica. Corresponde resaltar que las decisiones tomadas por los tribunales respecto al ejercicio de dicho control quedan sujetas al caso en concreto (efecto *inter partes*), no produciéndose así modificaciones o derogaciones respecto de las leyes vigentes.

A diferencia de lo que ocurre en un sistema concentrado, la declaración de inconstitucionalidad de una norma ya no va a depender solamente de un solo tribunal, “lo cual aumenta considerablemente el número de defensores de la supremacía y, sobre todo, pone a disposición de todos los jueces del sistema un mecanismo que le permite cumplir con su obligación de no aplicar leyes inconstitucionales”¹⁴.

Por último, se puede notar el surgimiento de esquemas combinados, los cuales integran ambos sistemas con la intención de lograr un mejor funcionamiento del control constitucional: “los sistemas mixtos existen en aquellos países en los cuales de un mismo ordenamiento jurídico coexisten los sistemas difusos y concentrados. Ejemplos clásicos de este sistema se encuentran en las Constituciones de Ecuador y Perú”¹⁵.

Siguiendo uno de los ejemplos mencionados, la Constitución Política de Perú reconoce el sistema concentrado en sus artículos 201 a

¹³ AGRETI, M.^a M. y ALONSO, M.^a V., “Conveniencia de complementar el control de constitucionalidad difuso con el control concentrado”, en Derecho UBA, http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/agresti_alonso.pdf (citado el 20-10-2023).

¹⁴ CIORCIARI, A., “Control de constitucionalidad argentino: ventajas y desventajas”, del 6-11-2016, en Terragni Jurista, https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/control_const.htm (citado el 18-10-2023).

¹⁵ CAPPELLETTI, G., “Controles de constitucionalidad comparados”, en *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 10, del 16-11-2017; disponible en IJ Editores, https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=ad78deb6d3321d276d72f7b65411b00d&hash_t=b4cc0da6016b610cf673decc1dd31bdb (citado el 28-10-2023).

205 al regular determinados aspectos de su Tribunal Constitucional, entre los que podrían destacarse: composición, requisitos y forma de elección; sus atribuciones; personas facultadas a interponer acción de inconstitucionalidad, y los efectos de las sentencias del mencionado tribunal. Por otro lado, en su artículo 138, bajo el título de *Administración de Justicia. Control difuso*, sostiene que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes”, y prosigue: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”.

Del modelo peruano se puede concluir “que ambos sistemas, al haberse respetado su lógica interna y autonomía originaria de funcionamiento, no se contaminan ni absorben”¹⁶, lo cual conlleva pros y contras que –por motivos de extensión– no serán susceptibles de análisis en el presente trabajo.

Como bien puede observarse, cada sistema tiene sus fundamentos, ventajas y desventajas. Lo importante es lograr determinar cuál es el sistema que mejor se acopla a las necesidades de cada país. Sin dudas, las características desarrolladas precedentemente responden –en mayor medida– a cuestiones teóricas o conceptuales; al momento de analizar la conveniencia de un sistema u otro se deben analizar características propias de cada Estado, no sólo en el ámbito normativo (dimensión normológica), sino también en el plano social (dimensión sociológica) y también aquello relacionado con el valor justicia (dimensión dikeológica).

La Constitución Argentina ha tenido una fuerte influencia estadounidense ya que los constituyentes “tomaron la Constitución de Filadelfia de 1787 como modelo en muchos aspectos y podría decirse que específicamente en lo atinente a la organización del Poder Judicial”¹⁷.

¹⁶ MUSUMECI, G. A., “El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional de Derecho”, en Academia de Derecho, <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/MUSUMECI.pdf> (citado el 12-11-2023), p. 12.

¹⁷ BIANCHI, A., “Control de constitucionalidad”, 2ª ed., act., reest. y aum., Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. 1, p. 118.

En ese contexto es que también nuestro país recepta el sistema de control de constitucionalidad judicial y difuso: “puede decirse que su acta de incorporación formal tuvo lugar con ocasión del célebre caso ‘Eduardo Sojo’, donde nuestra Corte Suprema repitió con significativa fidelidad lo que la de los Estados Unidos había escrito en «Marbury vs. Madison»”¹⁸.

Lo que está claro es que este fenómeno constitucional intenta ubicar al Poder Judicial como guardián de la Constitución, pero en realidad nada puede asegurar esto, ya que si la Corte Suprema falla en vulneración de un derecho fundamental, estaría haciendo prevalecer su opinión por encima de la Constitución. En razón de esto, es necesario reflexionar respecto al alcance de las potestades que posee la Corte para decidir sobre cuestiones relativas a la vida de los y las habitantes: “lo que ocurre es que se toma partido por resguardar la completa libertad decisoria de los jueces, aun a pesar de que ello implique la permanente incerteza de todos nosotros acerca del significado del Derecho, y la permanente posibilidad de que los jueces nos traten de modo desigual y de acuerdo con su discrecional voluntad”¹⁹.

En la actualidad, la supremacía constitucional en Argentina se reduce a la prevalencia de la opinión de la magistratura superior sobre cada tema en concreto, lo cual deja abierta la puerta a una posible inestabilidad de criterios frente a variantes en la acotada composición de la Corte a partir de los cuales podrían darse drásticos cambios de postura, dado que, por ejemplo, en un período podría competir a un mismo Poder Ejecutivo proponer una cantidad de jueces superior o cercana al 50% de su composición, permitiendo así mayores probabilidades de obtener sentencias favorables a sus intereses. Al analizar esto debemos ser conscientes de que en los últimos 10 años han habido dos intentos de designar magistrados superiores sin respetar los procedimientos establecidos constitucionalmente (decreto 83/2015 y decreto 137/2025), y, más allá del resultado en cada uno de los casos, estos intentos evidencian la necesidad de tomar recaudos para evitar

¹⁸ Ídem, p. 136.

¹⁹ GARGARELLA, R., “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/6.pdf> (citado el 12-11-2023), p. 63.

que ello suceda ya que en ambos casos se podría generar un vicio en la imparcialidad en los magistrados independientemente de que las propuestas retomen o no los canales ordinarios para su designación. Consideramos que al ampliar la cantidad de magistrados superiores e incluso con la división en salas se podría reducir considerablemente este riesgo. Con un supremo tribunal de composición reducida la rotación de magistrados permite con facilidad la conformación de mayorías exiguas²⁰ que pueden alterar el sentido de sus posturas.

Otro fenómeno a tener en cuenta es aquel que el doctor Sagüés denomina como “proceso de desconstitucionalización inconstitucional”; se refiere al mismo como una serie de leyes o decretos que son notoriamente contradictorios con el texto supremo, pero que no son declarados inconstitucionales por los órganos de control de constitucionalidad, bloqueando, de este modo, normas constitucionales. Frente a la ausencia de la aplicación del mismo, el Poder Judicial, al no efectivizar el contrapeso correspondiente, estaría habilitando que se legisle por encima de la Constitución²¹. Corresponde destacar la posibilidad de que suceda el fenómeno inverso, que de la jurisprudencia resulten inconstitucionales normas que no revistan esa calidad, de modo que el Poder Judicial se estaría atribuyendo potestades propias de los Poderes Ejecutivo (veto) o Legislativo (posibilidad de que una Cámara no apruebe una ley). En este sentido, es importante destacar que el control judicial es la última instancia prevista en el caso de que fallen otros mecanismos de control (ej., la posibilidad del PE de vetar una ley o, por otro lado, el control parlamentario a los DNU del PE). La falla de esos mecanismos es uno de los motivos por los cuales existe el control judicial, que es el único que no resulta de la elección popular directa y que tiene requisitos de especialización de los tres poderes (requisitos técnicos para ser juez/a) y por ello consideramos que es el contrapeso que más responsabilidades tiene y el que mejor debe

²⁰ WALDRON, J., “Contra el gobierno de los jueces”, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2018.

²¹ SAGÜÉS, N. P., “El concepto de desconstitucionalización”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*; disponible en Dialnet, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6119788.pdf> (citado el 15-9-2024).

funcionar para asegurar la legitimidad de las decisiones de gobierno y evitar cualquier tipo de decisión desproporcionada.

III. Otras teorías

En el sistema argentino se puede observar que “el ejercicio por parte del Poder Judicial del control de constitucionalidad no está sujeto a ningún contrapeso por parte de esos poderes”²², lo cual implica una absoluta prevalencia del Poder Judicial al momento de ejercerlo. Independientemente de que en Argentina el ejercicio de dicho control tiene un efecto sólo para el caso en concreto, “cualquier juez o jueza, de cualquier jurisdicción, fuero y jerarquía, monopoliza el discurso constitucional, se reserva la última palabra en esa materia y desafía al resto de los poderes”²³, y en el caso de llegar a una última instancia, sería la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien tendría la decisión definitiva, es decir, nuevamente quedaría en manos de los miembros de dicho poder.

Destacamos la necesidad de que exista un control confiable que se instrumente en forma adecuada, ya que ello contribuye a fortalecer la democracia de un país y el respeto por sus instituciones: “el control de constitucionalidad es una posible (aunque, lo destaco, sólo una posible) estrategia para mejorar la legitimidad de un gobierno –gracias a la protección de la independencia ética de una minoría, por ejemplo– y, de ese modo, garantizar el derecho moral de una mayoría a imponer su voluntad en otros asuntos”²⁴. En razón de esto, consideramos que resulta de vital importancia analizar –brevemente– las diversas posturas que han surgido a partir de distintas corrientes de pensamiento con el objetivo de enriquecer el debate respecto a una temática de tanta relevancia para el diseño institucional de cada país.

En este sentido, corresponde destacar la existencia de diversas teorías constitucionales que presentan fuertes críticas al control judicial. Podríamos poner como ejemplo el *constitucionalismo popular*: “el pun-

²² THEA y KODELIA, op. cit., p. 318.

²³ Ídem, p. 334.

²⁴ DWORKIN, R., “Justicia para erizos”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2014, p. 467.

to clave es la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo. Es popular, nos dice Tushnet, porque distribuye ampliamente la responsabilidad sobre la Constitución y refuerza el papel de la gente en su interpretación. En palabras de Kramer: el papel del pueblo no está limitado a actos ocasionales de creación constitucional, sino a un control activo y continuo sobre la interpretación e implementación de la Constitución, sin que el tribunal supremo pueda monopolizar la interpretación de la misma”²⁵.

Por otro lado, “las jurisdicciones constitucionales en los países del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano se dividen en control difuso y concentrado”²⁶. Respecto de esta corriente, se puede distinguir su carácter disruptivo con relación al constitucionalismo tradicional. El mismo puede ser caracterizado como un “proyecto decolonial, plurinacional, pluricultural, comunitario, democrático, participativo; supone también una profunda conmoción de los conceptos de Constitución y de las narrativas de desarrollo hegemónicas y operantes en nuestra región, que se transforman en un campo de conflicto”²⁷.

Una clara muestra de esto –en el tema que nos aboca– ha sido la incorporación de mecanismos de elección democráticos: “la elección popular de los miembros del Tribunal Constitucional emerge entonces como la solución del NCL a la tensión entre la ideología popular/populista y la institución del control judicial de constitucionalidad”²⁸.

²⁵ NIEMBRO, R., “Una mirada al constitucionalismo popular”, en *Isonomía*, núm. 38, abril de 2013, p. 195; disponible en Scielo, <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n38/n38a7.pdf> (citado el 15-9-2024).

²⁶ STORINI, C. y ESCUDERO SOLIZ, J., “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 9, 2011, p. 2; disponible en Ecotec, https://www.ecotec.edu.ec/material/material_2017D_DER206_11_71436.pdf (citado el 18-9-2024).

²⁷ MEDICI, A., “Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las Constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador”, en *Revista Otros Logos*, Año 1, núm. 1, p. 116; disponible en Ceapedi, <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/revistas/0001/medici.pdf> (citado el 3-7-2024).

²⁸ SALAZAR UGARTE, P., “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, 2012, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf> (citado el 8-7-2024), p. 380.

Corresponde destacar que estos intentos han sido fuertemente criticados ya que resultan insuficientes para lograr los objetivos postulados por esta corriente constitucional. Algunos autores sostienen que “la decisión es errada porque la elección popular de los jueces constitucionales no evita la objeción contramayoritaria: por más que cuenten con una legitimidad democrática directa, los jueces de una Corte Constitucional, al ser quienes determinan los significados constitucionales mediante sus interpretaciones, siguen ejerciendo su poder contra las mayorías políticas”²⁹.

Entre los opositores al control judicial de constitucionalidad, a su vez, es posible encontrarse con autores que fundamentan su postura argumentando una profunda contradicción entre el ejercicio democrático y este tipo de control: “los ideales democráticos están destinados a mantener una relación difícil con cualquier práctica que establezca que los legisladores electos operarán sólo bajo la tolerancia de jueces que no han sido electos de manera democrática”³⁰. Sin embargo, no todas las posturas suelen manifestarse de forma tan imperativa, sino que suelen aceptar que es un sistema que podría utilizarse en casos determinados. Incluso el mismo Tushnet en su análisis plantea el interrogante: “¿Qué ocurre si los procesos democráticos generan políticas posiblemente incompatibles con los límites establecidos en la Constitución?”³¹

A partir de esto, Spector sostiene la posibilidad de democratizar el control constitucional al disponer que “los ciudadanos deberían tener el *derecho opcional* a que sus reclamos relacionados con derechos sean resueltos por un *jurado constitucional*”³². Este autor sostiene la teoría de que no resulta descabellada la posibilidad de integrar el control constitucional con las formas más puras de la democracia.

²⁹ Ídem.

³⁰ WALDRON, J., “Contra el gobierno de los jueces”, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2018, p. 56.

³¹ TUSHNET, M., “Tribunales débiles, derechos fuertes. Cómo pueden los jueces proteger derechos sin imponerse a la autoridad democrática”, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2023, p. 46.

³² SPECTOR, H., “Un sistema democrático de control constitucional”, en GARGARELLA, R. (comp.), *Por una justicia dialógica*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014, p. 195.

En su obra plantea el problema del ejercicio del control de constitucionalidad desde varias ópticas que nos permitirían integrar al mismo dentro de un sistema republicano y también, en cierto punto, en razón de una fuerte conexión con principios democráticos. Sostiene que “un jurado constitucional es una opción útil cuando los ciudadanos tienen que defender sus derechos frente a grupos corporativos que pueden ejercer influencia sobre la judicatura de una u otra forma”³³, es decir, la posibilidad de que una disputa en cuanto a una vulneración de algún derecho constitucional sea juzgada por pares podría generar mayor confianza en la sociedad por entender que existiría una menor posibilidad de imposición de intereses ajenos a los de la propia ciudadanía. Si bien Spector refiere a un jurado multitudinario al estilo del *graphé paranómōn* (500 miembros), a nivel práctico se podría pensar en un jurado de ciudadanos legos, compuesto por 12 a 20 miembros elegidos por sorteo para casos específicos que impliquen una grave vulneración en los derechos constitucionales para que decidan –luego de que el juez valore la prueba– si existió o no la vulneración alegada, sentenciando luego el juez una declaración –o no– de inconstitucionalidad con efecto *inter partes*. Se podría constituir como un mecanismo excepcional por el cual la persona afectada (legitimación activa) en forma voluntaria decida someter la cuestión a un jurado en vez de a un tribunal ordinario.

A su vez, se plantea que los “jurados constitucionales no deberían tener un monopolio en las decisiones constitucionales. El sistema de control judicial estándar debería continuar dada su función fundamental de proteger los derechos de las minorías frente a las decisiones de las mayorías en el poder”³⁴, con lo cual nos plantea una doble protección: la de las mayorías frente a los posibles abusos de quienes ejercen el poder; y la de las minorías frente a los posibles abusos de las mayorías de turno. En este sentido, *The federalist* (núm. 51) sostenía que “es muy importante en una república no sólo proteger a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino también proteger a una parte de la sociedad

³³ Ídem.

³⁴ Ídem, p. 202.

contra la injusticia de la otra parte”³⁵. En el modelo con características similares al que plantea Spector lo primero se protegería por medio del jurado constitucional, y lo segundo, a través del control judicial.

IV. Conclusiones

En razón de lo desarrollado en las páginas precedentes, resulta la necesidad de comenzar a replantear ciertas lógicas en el sistema de control de constitucionalidad argentino. A tales fines, es indispensable un análisis exhaustivo de las experiencias que han surgido de los distintos tipos de sistemas, tomar aquellos elementos positivos y descartar los que no han funcionado o han producido graves inconvenientes.

Sin duda, no existen los sistemas perfectos. A priori resulta imposible saber qué tipo de estructura sería la más apropiada para las necesidades de Argentina. Lo cierto es que existen diversas posturas y corrientes constitucionales que han comenzado a revisar esta cuestión. A la hora de referirse al control constitucional, no es obligatorio definirse por un sistema puro o tradicional, sino que lo fundamental consiste en lograr sistemas idóneos a las necesidades de cada país: esto consiste, en el caso argentino, en lograr mayor seguridad jurídica, claros criterios de resolución, mecanismos de protección de la ciudadanía y evitar la discrecionalidad en las sentencias.

En rigor de ello, la solución no se basa en copiar el sistema de algún país en particular, sino que el objetivo debe ser lograr un análisis adecuado de los distintos sistemas y experiencias de cada Estado y lograr establecer cuál sería el diseño más conveniente a las circunstancias propias. A partir de esto, resulta como necesidad imperiosa plantearse el interrogante de “qué es lo que puede hacer el pueblo frente a una decisión pública que considera profundamente equivocada y qué es lo que puede hacer a favor de otra que considera imperioso adoptar”³⁶, ya que esto permite tener una noción respecto a las posibilidades de la ciudadanía de actuar frente a cualquier abuso por parte de los organismos del Estado.

³⁵ PRZEWORSKI, A., “Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno”, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016, p. 203.

³⁶ GARGARELLA (comp.), “Por una justicia...” cit., p. 145.

Al momento de realizar propuestas para posibles reformas en cuanto al sistema argentino, se debe tener en cuenta –entre otros– dos importantes factores: las consecuencias de un cambio rotundo de sistema, y la dificultad de romper con la estructura de poder fáctica que ha surgido a partir de la conformación de un control judicial. Por ende, se estima que, en un posible estudio de reforma, necesariamente debería incluirse un mecanismo judicial de control constitucional.

En virtud de lo trabajado en el presente artículo, consideramos que los ejes que deben tenerse en cuenta al momento de proyectar una posible reforma son:

- *Ampliación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y división por salas*: esto evitaría la posibilidad de cambios abruptos en su composición y una mayor capacidad de respuesta frente a la inmensa cantidad de casos que llegan a sus escritorios. A su vez, con magistrados que tengan mayor especialización en determinadas áreas (según las necesidades materiales con respecto a las demandas que lleguen a esa instancia) se permitirían mejores resultados, incluyendo una sala o tribunal constitucional que ejerza el control de constitucionalidad³⁷.
- *Profesionalización de los mecanismos de designación y sanción de magistrados*: como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, el Poder Judicial tiene la última palabra en defensa de nuestra Carta Magna, y por ello es indispensable que su funcionamiento sea el más óptimo posible. En este sentido, el Consejo de la Magistratura debería constituirse como un órgano menos político y más especializado ya sea tanto para la elección/propuesta de candidatos a magistrados como así también para ejercer de la forma más independiente, idónea y especializada las sanciones que se requieran para garantizar ese buen funcionamiento. En

³⁷ Se podrían poner como ejemplo de Cortes Supremas con composiciones mayores las de Estados Unidos (9 miembros) –teniendo en cuenta lo que Waldron denomina el 5 a 4 como una crítica similar a la que realizamos a la Argentina en el presente trabajo– y Brasil (11 miembros). Como ejemplo de la división por salas se podrían mencionar Chile (21 miembros, divididos en 3 salas) y Colombia (23 miembros, divididos en 4 salas).

este sentido se propone incorporar una mayor cantidad de miembros de los ámbitos académico y científico.

- *Análisis de la posible incorporación de herramientas de participación democráticas*: en este caso, con el ejemplo brindado en las páginas precedentes (jurado constitucional opcional para casos concretos de vulneración a derechos constitucionales) consideramos que se podría proporcionar una alternativa democrática viable para que aquellos/as ciudadanos/as que no confíen o no se sientan seguros frente al sistema de justicia puedan ser juzgados por pares.
- *Avanzar hacia un sistema de control de constitucionalidad mixto*: en la actualidad, las leyes declaradas inconstitucionales sólo tienen efecto en el caso concreto, y muchas veces esto provoca inseguridad jurídica con respecto a conductas que podríamos realizar o no los/as ciudadanos/as. Es por ello que creemos necesario un sistema que permita derogar las leyes que sean declaradas inconstitucionales, pero sin limitar el control a un único tribunal, es decir, que siga existiendo un control difuso a fin de no limitar el número y variedad de defensores de la supremacía constitucional. En rigor de ello, cualquier juez podría declarar la inconstitucionalidad de una norma en un caso concreto en el mismo sentido y con los mismos alcances que nuestro sistema tiene actualmente; pero se debería agregar la posibilidad de que determinados sujetos legitimados puedan reclamar la inconstitucionalidad frente a un tribunal o sala constitucional cuyo resultado tenga efectos *erga omnes*, brindando así mayor seguridad con respecto a la validez o no de esa norma. Como se mencionó en el apartado anterior, este sistema mixto podría verse complementado con una opción de jurado constitucional como una alternativa excepcional.

A modo de conclusión, no quedan dudas de que debe existir un control judicial de constitucionalidad como mecanismo para contrarrestar los abusos de las mayorías y prevenir que frente a distintos “climas de época” se pueda ver vulnerada la Constitución. El eje fundamental de una eventual reforma debe, sin embargo, apostar por una mayor seguridad jurídica y brindar alguna alternativa para casos concretos y en circunstancias especiales en las cuales un particular afectado

pueda decidir someterse al juzgamiento de sus pares. A su vez, se debería trabajar con el objetivo de mejorar la estructura del Poder Judicial para lograr un mejor funcionamiento del mismo, a partir del cual se pueda generar una mayor confianza por parte de la ciudadanía.

En rigor de ello, no vemos con malos ojos que el estudio de un posible cambio de sistema pueda incluir un análisis de las distintas corrientes constitucionales que han surgido en los últimos tiempos; se pueda discutir la ampliación y división por salas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; se busque apostar a una mayor profesionalización del Consejo de la Magistratura; se pueda aceptar la posibilidad de la instrumentación de un sistema mixto de control de constitucionalidad y por último contemplar la posibilidad de incorporar alguna herramienta de participación democrática.

Bibliografía

- AGRESTI, María Mercedes y ALONSO, María Victoria, “Conveniencia de complementar el control de constitucionalidad difuso con el control concentrado”, en Derecho UBA, http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/agresti_alonso.pdf (citado el 20-10-2023).
- BENENTE, Mauro, “(¿)Rendición de cuentas(?) de jueces y juezas en la Argentina”, en FERNÁNDEZ, Alberto (comp.), *La justicia acusada*, Buenos Aires, Sudamericana, 2020, ps. 295-315.
- BIANCHI, Alberto, “Control de constitucionalidad”, 2ª ed., act., reest. y aum., Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. 1.
- CAPPELLETTI, Guillermo, “Controles de constitucionalidad comparados”, en *Revista de Derecho Constitucional* (núm. 10), del 16-11-2017; disponible en IJ Editores, https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=ad78deb6d3321d276d72f7b65411b00d&hash_t=b4cc0da6016b610cf673decc1dd31bdb (citado el 28-10-2023).
- CIORCIARI, Adrián, “Control de constitucionalidad argentino: ventajas y desventajas”, del 6-11-2016, en Terragni Jurista, https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/control_const.htm (citado el 18-10-2023).
- DUARTE, Carolina; DUARTE, María de los Ángeles; GUEVARA, Silvia y LADO, Gilda, “Control de constitucionalidad concentrado y difuso”, en *Estudiantes UBA*; disponible en Derecho UBA, <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/duarte.pdf> (citado el 5-7-2024).

- DWORKIN, Ronald, “Justicia para erizos”, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/6.pdf> (citado el 12-11-2023).
- “Por una justicia dialógica”, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Los problemas de la Corte Suprema y un debate impostergable”, en diario La Nación, del 16-2-2021; disponible en La Nación, <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-corte-suprema-debate-impostergable-nid2604018/>.
- GORRA, Daniel, “Neoconstitucionalismo: concepción epistemológica”, Buenos Aires, Astrea, 2019.
- MACAYA LIZANO, Ariana, “Justicia constitucional en Francia”, en Revista de la Sala Constitucional (núm. 6), 2024; disponible en Revista de la Sala Constitucional, https://revistasalacons.poder-judicial.go.cr/images/2024/Articulos/PDF/Justicia_Constitucional_en_Francia_El_Consejo_Constitucional_frances_una_institucion_sui_generis.pdf.
- MEDICI, Alejandro, “Teoría constitucional y giro decolonial: narrativas y simbolismos de las Constituciones. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador”, en Revista Otros Logos, Año 1 (núm. 1); disponible en Ceapedi, <http://www.ceapedi.com.ar/otroslogos/revistas/0001/medici.pdf> (citado el 3-7-2024).
- MUSUMECI, Gustavo Alberto, “El control dual o paralelo de constitucionalidad como garantía de la jurisdicción constitucional en un Estado Constitucional de Derecho”, en Academia de Derecho, <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/MUSUMECI.pdf> (citado el 12-11-2023).
- NIEMBRO, Roberto, “Una mirada al constitucionalismo popular”, en Isonomía (núm. 38), abril de 2013, ps. 191-224; disponible en Scielo, <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n38/n38a7.pdf> (citado el 15-9-2024).
- PRZEWORSKI, Adam, “Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno”, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2016.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El concepto de desconstitucionalización”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay; disponible en Dialnet, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6119788.pdf> (citado el 15-9-2024).

- SAIJ, “Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en la República Argentina”, 1996, en SAJJ, http://www.sajj.gob.ar/doctrina/daca980156-lopez-reflexiones_sobre_control_constitucionalidad.htm?bsrc=ci#:~:text=SISTEMA%20ARGENTINO%20DE%20CONTROL%20DE,jurisdicci%C3%B3n%20-pueden%20llevarlo%20a%20cabo (citado el 15-8-2024).
- SALAZAR UGARTE, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, 2012, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf> (citado el 8-7-2024).
- SPECTOR, Horacio, “Un sistema democrático de control constitucional” en GARGARELLA, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, ps. 193-208.
- STORINI, Claudia y ESCUDERO SOLIZ, Jhoel, “El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Revista General de Derecho Público Comparado* (núm. 9), 2011; disponible en *Ecotec*, https://www.ecotec.edu.ec/material/material_2017D_DER206_11_71436.pdf (citado el 18-9-2024).
- THEA, Federico y KODELIA, Gonzalo, “Control de constitucionalidad: los peligros del jugador que crea sus propias reglas”, en FERNÁNDEZ, Alberto (comp.), *La justicia acusada*, Buenos Aires, Sudamericana, 2020, ps. 317-339.
- TORICELLI, Maximiliano, “Organización constitucional del poder. Distribución de competencias estatales. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial”, Buenos Aires, Astrea, 2010, t. 1.
- TUSHNET, Mark, “Tribunales débiles, derechos fuertes. Cómo pueden los jueces proteger derechos sin imponerse a la autoridad democrática”, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2023.
- VITA, Leticia, “¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso ‘Prusia c/Reich’ de 1932”, en Conicet, https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/103777/CONICET_Digital_Nro.ab3a77b6-f94b-449a-addd-8cf6503d025e_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y.
- WALDRON, Jeremy, “Contra el gobierno de los jueces”, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2018.

LA NARCOCRIMINALIDAD Y SU VINCULACIÓN CON LOS TIPOS PENALES ECONÓMICOS

por JOAQUÍN VALLEJOS HUMMEL¹

SUMARIO: 1. Tipos penales económicos relevantes. 2. Lavado de activos. 3. Delitos tributarios. 4. Contrabando y comercio ilegal. 5. Impacto en el sistema judicial y desafíos en la persecución. 6. Reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen

El fenómeno del narcotráfico es una cuestión que excede los límites geográficos de nuestro país y se hace presente a lo largo de todo el globo con intensidades disímiles, pero con ciertas características y patrones comunes que distinguen esta particular forma de crimen organizado. Resulta imperativo interpelarse respecto de cómo operan los diferentes sujetos involucrados en la actividad y cómo mediante estas operatorias –que el “Manual de delitos económicos” define como *flujos financieros ilícitos*– incurrir en la comisión de diferentes figuras de índole penal-económica, verbigracia, el lavado de activos, construyendo mecanismos destinados a garantizar su impunidad².

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de Rosario. Diplomado en Políticas Públicas en la Universidad Abierta Interamericana. Miembro de la Comisión de Jóvenes del Cemar (Centro de Mediación y Arbitraje Comercial) de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios. Exmiembro del equipo de la Facultad de Derecho en la Competencia Internacional de Arbitraje Mercantil (Universidad Carlos III de Madrid, España) y en la Competencia Internacional de Libre Competencia (Universidad del Pacífico de Lima, Perú). Miembro de AYAP (Argentina Young Arbitration Practitioners). Auxiliar en Agroindustria (Bolsa de Comercio de Rosario). Aspirante a adscripto en la Cátedra de Derecho de la Empresa y el Mercado en la Universidad Nacional de Rosario. Estudiante de Profesorado en Derecho.

² Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones (DAFI), “Manual de delitos económicos: tipologías y herramientas de inves-

Por otro lado, es menester señalar que la narcocriminalidad no se reduce únicamente a lo que se exhibe como su faceta más expuesta. Gran parte del crimen económico organizado es llevado a cabo por grandes corporaciones, las cuales, en materia de evasión fiscal, tienen un peso muy relevante³. Esto refiere a lo que Sutherland define como “delitos de cuello blanco”, quien en su tesis planteó la existencia de una clase de delincuencia que es generalmente omitida por los métodos más tradicionales de investigación y que, a diferencia de lo que conciben otras escuelas criminológicas, los individuos que cometen esos hechos provenían de clases sociales que gozaban de una posición de poder dentro de la sociedad⁴.

La narcocriminalidad, como crimen organizado, opera a través de actividades que son captadas por la tipología penal económica, y resulta insoslayable el estudio del aspecto económico del delito como parte fundamental de toda investigación de casos de criminalidad compleja.

Abstract

The phenomenon of drug trafficking transcends the geographic boundaries of our country, manifesting across the globe with varying intensities but displaying certain common characteristics and patterns that distinguish this particular form of organized crime. It is imperative to critically examine how the various actors involved in the activity operate and how through these schemes –which the “Manual on Economic Crimes” defines as *illicit financial flows*– they engage in conduct constituting different economic and financial criminal offenses, *inter alia* money laundering, thereby constructing mechanisms aimed at ensuring their impunity.

Additionally, it is essential to highlight that drug-related criminality

investigación”, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, Buenos Aires, 2022, ps. 9-10; disponible en MPF, <https://www.mpf.gob.ar/dafi/files/2022/06/Informe-Tipologi%CC%81as-1-de-junio.pdf> (consultado el 20-4-2024).

³ Global Financial Integrity (GFI), “Trade-Related Illicit Financial Flows in 135 Developing Countries: 2008-2017”, Washington D. C., marzo de 2020; disponible en Global Financial Integrity, <https://gfintegrity.org/report/trade-related-illicit-financial-flows-in-135-developing-countries-2008-2017/> (consultado el 20-4-2024).

⁴ SUTHERLAND, E. H., “El delito de cuello blanco”, trad. de R. del Olmo, La Piqueta, Madrid, 1999, ps. 59-69.

is not confined to its most visible aspects. A substantial portion of organized economic crime is carried out by large corporations, whose role in tax evasion is particularly significant. This connects to what Sutherland terms “white-collar crime”. In his thesis, he posited the existence of a form of criminality often overlooked by conventional approaches, where, in contrast to traditional criminological perspectives, those committing these acts often belong to socially powerful classes.

As organized crime, narcocriminality operates through activities that fall within economic criminal typologies, making the study of crime’s economic aspects indispensable to any investigation of complex criminality cases.

Palabras clave

Narcocriminalidad. Criminalidad compleja. Tipología penal-económica.

Keywords

Narcocriminality. Complex criminality. Economic criminal typology.

1. Tipos penales económicos relevantes

Las conductas vinculadas con la criminalidad organizada en lo relativo al narcotráfico y delitos conexos quedan subsumidas bajo el término de “narcocriminalidad”. Esto es, comportamientos criminales vinculados con la producción, tráfico, venta de sustancias estupefacientes y delitos conexos criminalizados por la ley 23.737, así como también otros comportamientos delictivos asociados con esas actividades. Es un fenómeno sociopolítico de alcance estructural, que permea múltiples dimensiones de la vida social y cuyos efectos resultan profundamente lesivos tanto para las personas como para los bienes jurídicos⁵.

⁵ Procuraduría de Narcocriminalidad (Procunar), “Narcocriminalidad y perspectiva de género. La perspectiva de género y enfoque interseccional en la persecución penal de la narcocriminalidad”, Argentina, 2022, p. 15; disponible en Ministerio Público Fiscal, https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/06/Procunar-informe_Narcocriminalidad-y-g%C3%A9nero.pdf (consultado el 10-8-2024).

En este sentido, y en consonancia con la noción de Sutherland señalada anteriormente, resulta dificultosa una concepción de la narcocriminalidad sin un mínimo de connivencia con otros agentes de la sociedad. El delito económico organizado es una especie de organización delictiva dedicada a negocios legales-ilegales de una cierta complejidad política-jurídica, y que no podría ser tal sin la necesaria participación (por acción u omisión) de instituciones y/o funcionarios estatales, que gozan de cierta impunidad tanto social como jurídica⁶.

A fin de analizar la relación existente entre la narcocriminalidad y los delitos económicos, resulta imperativo definir primeramente cuál es la noción de delito económico.

La definición más tradicional de lo que es considerado como un delito económico se concibe, como todo delito, en función del bien jurídico tutelado. Estos delitos afectan la capacidad de los gobiernos para regular las economías dentro de su jurisdicción territorial. Para lograr dicha afectación, implica necesariamente la existencia de un orden económico preestablecido por la legislación y el marco jurídico vigente. Por consiguiente, el orden económico no debe ser visto simplemente como un aspecto económico per se, sino como un elemento estructural que constituye la razón de ser del ordenamiento jurídico, el cual abarca todas las regulaciones del Estado sobre el comportamiento de los individuos, esto es, las normas que definen qué acciones están permitidas y cuáles están prohibidas. En definitiva, el orden económico y financiero refiere a cómo el Estado regula las relaciones económicas, y es el bien jurídico que pretende proteger.

Desde esta perspectiva, el narcotráfico no se clasifica estrictamente como un delito económico, porque su tipificación en el Derecho Penal se fundamenta en la protección de la salud pública y, en términos amplios, en el orden público. Sin embargo, todos los delitos vinculados al narcotráfico están intrínsecamente relacionados con la obtención de un lucro. Si entendemos a los delitos económicos como aquellos que

⁶ OLAETA, H. y COMBA, A., “Delincuencia económica organizada, tres aproximaciones desde la criminología”, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2016, p. 54; disponible en Blog UNQ, <http://posgrado.blog.unq.edu.ar/wp-content/uploads/sites/7/2024/02/PGD-2-spetiembre2016-EC.pdf> (consultado el 20-4-2024).

se cometen con el fin de obtener un beneficio pecuniario, y consideramos características adicionales, como la existencia de una lógica de mercado dentro de los fenómenos criminales, con variables como oferta, demanda, provisión, escasez, suministro, etcétera, entonces el narcotráfico puede ser visto como un tipo de delincuencia económica. Esto se debe a que el narcotráfico crea esquemas de circulación de bienes y servicios, en este caso, ilegales⁷.

La discusión dogmática sobre la definición de los delitos económicos se articula en torno al concepto de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales.

En tanto “los intereses de contenido económico por un lado siempre están referidos a un titular determinado”, la economía en cambio concierne al “régimen económico de la comunidad” y de esa discriminación es de donde puede deducirse el deslinde de los delitos económicos⁸.

En el marco de la narcocriminalidad, los delitos económicos tienen un rol crucial para mantener y expandir las operaciones ilícitas. Estas actividades delictivas no sólo se limitan al tráfico de estupefacientes, sino que se entrelazan con una variedad de delitos que permiten a los narcotraficantes maximizar sus ganancias y protegerse de los intentos de mitigación por parte de las autoridades. Es por esto que resulta de extrema relevancia indagar la relación entre la narcocriminalidad y este tipo de delitos, con un enfoque particular en aquellos tipos penales más relevantes, tales como el lavado de activos, los delitos tributarios y el contrabando. Estos delitos no sólo facilitan el movimiento y la ocultación de los ingresos ilícitos generados por el narcotráfico, sino que también socavan la economía formal y representan un desafío significativo para las autoridades en su lucha contra el crimen organizado.

⁷ Información extraída de entrevista realizada al fiscal Sebastián Narvaja, en las oficinas del Ministerio Público de la Acusación, a los 20 días del mes de agosto de 2024, en Rosario.

⁸ ZARZA, Alejandra, “Delitos contra el orden económico y financiero en el Anteproyecto del Código Penal”, Asociación Pensamiento Penal, Buenos Aires, 2015, ps. 178-179; disponible en Asociación Pensamiento Penal, <https://www.pensamiento-penal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41496.pdf> (consultado el 8-12-2025).

2. Lavado de activos

La economía ilícita generada por el narcotráfico se entrelaza con aspectos importantes de la economía formal, por lo que es preciso considerar especialmente los resultados económicos y analizar cómo opera el lavado de activos frente a la problemática que enfrentan los narcotraficantes debido al gran flujo de dinero en el sector⁹.

Para comprender el delito de narcotráfico es fundamental tener presente que la mayoría de los delitos del Código Penal están pensados como acciones que pueden llevarse a cabo independientemente de la existencia de un Estado. Verbigracia, homicidios o lesiones. La estructura típica de estos delitos puede existir con prescindencia del Estado, porque no es a éste a quien se afecta directamente.

No obstante, y en lo que a lavado de activos respecta:

...Es un delito que, para pensarlo y explicarlo, se necesita pensar en el Estado del otro lado, porque todo el sentido de las maniobras de lavado de activos es evitar que la mirada del Estado advierta lo que está ocurriendo¹⁰.

El creciente aumento de delitos relacionados con actividades de blanqueo ilícito de capitales ha demostrado la insuficiencia de estas previsiones, ya sea por no contemplar la variedad y complejidad de las maniobras constitutivas del blanqueo de dinero como también, principalmente, por su pena relativamente leve y por la carencia de órganos especializados que cooperen en la investigación de estos delitos¹¹.

⁹ La expresión “lavado” proviene de la costumbre de las mafias estadounidenses en la década de los años veinte, de adquirir o montar lavanderías para ocultar los ingresos procedentes de sus actividades. El delito de lavado de dinero no constituye, ciertamente, un fenómeno nuevo en el Derecho Penal argentino. Incluso antes de la ley 23.737 sobre estupefacientes y psicotrópicos nuestra legislación previó, como una forma de encubrimiento, el denominado “favorecimiento real” en el artículo 277 del Código Penal, como así también la figura conocida como “receptación” (cfr. BUOMPADRE, J. E., “Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y gráficos”, 3ª ed. ampl., ConTexto, Resistencia, 2021, p. 723).

¹⁰ Información extraída de entrevista realizada al fiscal Sebastián Narvaja, en las oficinas del Ministerio Público de la Acusación, a los 20 días del mes de agosto de 2024, en Rosario.

¹¹ BUOMPADRE, op. cit., p. 723.

Una definición precisa la ofrece Daniel Pontón, quien señala:

El lavado de dinero consiste en la actividad que hace lícito, por varios medios, el “dinero sucio”, es decir, el proveniente de actividades ilícitas [...] El lavado de activos tiene dos funciones estratégicas para las organizaciones delictivas: 1) proteger las actividades ilícitas de estos grupos a través del ocultamiento de sus finanzas en la economía legal y 2) la reproducción económica de las ganancias ilícitas; aumenta así su estela de poder e influencia en la sociedad y la economía¹².

El autor concibe una lógica económica del narcotráfico que se integra muy bien en la lógica financiera de cualquier actividad legal, basada en maximizar beneficios y minimizar riesgos.

El delito de lavado de activos es una expresión de la criminalidad organizada transnacional, lo que ha generado preocupación en la comunidad internacional. Esta preocupación se ha reflejado en la creación de estándares normativos que buscan la armonización jurídica a nivel global. Nuestro país no ha sido ajeno a esta influencia, la cual ha incidido de manera decisiva en la configuración normativa del delito de lavado de activos. En efecto, las principales convenciones internacionales –particularmente la Convención de Viena de 1988 y la Convención de Palermo de 2000– impulsaron sucesivas adecuaciones legislativas en Argentina, reflejadas en las reformas de 1989, 2000, 2011 y, más recientemente, 2024. Tales modificaciones se inscriben en un proceso más amplio de armonización impulsado por el GAFI, cuyo sistema de recomendaciones ha orientado la política criminal nacional en materia de prevención y represión del lavado de activos. La legislación en este ámbito ha tendido a debilitar el principio de legalidad mediante la creación de tipos penales ambiguos, en un intento por reprimir este tipo de delincuencia organizada y limitar el poder económico de las organizaciones “que terminan controlando sectores de manera mafiosa”¹³.

¹² PONTÓN, D., “La economía del narcotráfico y su dinámica en América Latina”, en *Iconos: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 17 (47), 2013, p. 148; disponible en Flacso, <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/5570/1/RFLACSO-Ic47-09-Ponton.pdf> (consultado el 19-8-2024).

¹³ REGGIANI, C., “Lavado de activos”, en *Código Penal comentado*, Asociación Pensamiento Penal, Buenos Aires, s/f, p. 2; disponible en Asociación Pensamiento

Nuestro Código Penal regula el delito de lavado de activos en el artículo 303¹⁴. Así, por lavado de activos debe entenderse a aquella operación mediante la cual el dinero, siempre que sea de origen ilícito, es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido al mercado económico-financiero legal, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita¹⁵.

El proceso de lavado de activos pretende dar apariencia de legalidad al dinero o bienes procedentes de la comisión de un delito. Este proceso recorre diferentes etapas, comenzando con la obtención ilícita del producto, hasta culminar con la reinserción del mismo al circuito económico-financiero legal, de manera que aparezca como un bien de procedencia lícita y que circule de modo regular con otros bienes lícitamente adquiridos.

En este orden de ideas, y en consonancia con lo señalado *ut supra*, es posible afirmar que el fin último de las actividades vinculadas al narcotráfico es alcanzar la opacidad –e incluso la completa invisibilidad– de los flujos económicos que generan. En este marco, la legitimación de fondos y bienes de origen ilícito mediante el lavado de activos se erige como su estrategia central: no sólo persigue desdibujar la frontera entre lo legal y lo ilegal, sino suprimirla por completo, permitiendo la inserción plena y funcional de dichos recursos en la economía formal¹⁶.

3. Delitos tributarios

En el ámbito tributario se califican como “actos ilícitos” aquellas conductas que infrinjan los mandatos y prohibiciones establecidos por

Penal, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37803.pdf> (consultado el 20-8-2024).

¹⁴ En Servicios Infoleg, <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17> (consultado el 8-12-2025).

¹⁵ BUOMPADRE, *ob. cit.*, p. 726.

¹⁶ OTTO, A. *et al.*, “Repensando el tráfico ilícito de drogas en Centroamérica: un enfoque desde las ciencias sociales”, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, San José de Costa Rica, 2020, p. 106; disponible en Flacso, <https://www.flacso.org/sites/default/files/2022-03/Tr%C3%A1fico%20ilicito%20de%20drogas%20-%20Completo.pdf> (consultado el 19-8-2024).

la legislación impositiva, en tanto importan un menoscabo del cumplimiento debido de las obligaciones fiscales. Sin embargo, tales infracciones sólo adquieren la categoría de “delitos tributarios” cuando el ordenamiento penal –particularmente la Ley Penal Tributaria– las erige normativamente en figuras típicas. Así, prácticas como la denominada “venta en negro” constituyen, en principio, meras ilicitudes administrativas por cuanto reducen de manera indebida la base imponible o el tributo a ingresar, pero se transforman en delitos cuando su realización se subsume en un tipo penal específicamente previsto por la legislación penal tributaria vigente¹⁷.

Todo ello es relevante puesto que, aun cuando el lavado de activos constituye la figura penal-económica central en la operatoria del narcotráfico, ciertos delitos fiscales pueden aparecer de forma accesoria –por ejemplo, en actividades legales utilizadas como pantalla–, al margen de que gran parte de la doctrina discute si una obligación tributaria pueda recaer sobre la renta ilícita en sí¹⁸. Si tomamos la evasión fiscal, por ejemplo, ésta es una modalidad de fraude que consiste en ocultar ciertas cantidades de dinero al Fisco para evitar, de esta forma, su sujeción a impuestos¹⁹.

¹⁷ SALGADO, D. C., “La evasión fiscal y el lavado de dinero en Argentina: algunas consideraciones”, Trabajo Final de Posgrado, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2015, p. 14; disponible en Asociación Pensamiento Penal, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina42025.pdf> (consultado el 23-8-2024).

¹⁸ Cfr. RUBIO, D. E., “Los bienes y fondos provenientes del delito: ¿deben pagar impuestos?”, en *Ámbito Financiero*, 2019; disponible en *Ámbito Financiero*, https://www.ambito.com/novedades-fiscales/novedades-fiscales/los-bienes-y-fondos-provenientes-del-delito-deben-pagar-impuestos-n5056164?utm_source=chatgpt.com (consultado el 13-12-2025).

¹⁹ En este sentido es importante diferenciar entre la *planificación fiscal legítima* (o economía de opción) y la *defraudación fiscal*. Esta última supone el incumplimiento fraudulento de obligaciones tributarias mediante la utilización de medios ilegales, lo que comprende un delito tanto en Argentina como en numerosos ordenamientos comparados. La *planificación fiscal legítima* –también denominada *economía de opción* o *ahorro fiscal lícito* según la doctrina y la jurisprudencia de la CSJN– es el conjunto de decisiones y estrategias que un contribuyente adopta dentro de los márgenes que permite la ley con el fin de reducir, diferir o evitar la carga tributaria (cfr. SALGADO, op. cit., p. 14).

En palabras del doctor Lopetegui, especialista en Derecho Penal Económico y Derecho Tributario:

La evasión fiscal debe ser caracterizada como un delito doloso y de resultado lesivo que consiste en el empleo de un ardid para alterar algún aspecto de la obligación tributaria que se traduce en la falta de ingreso exacto de la cuota tributaria, provocando así un daño a la actividad recaudatoria y financiera del Estado en un momento específico²⁰.

El artículo 1° de la Ley Penal Tributaria 24.769 tipifica el delito tributario de evasión simple, cuya acción típica consiste en realizar declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro tipo de ardid o engaño, ya sea por acción u omisión, con el fin de evadir total o parcialmente el pago de tributos al Fisco²¹.

La figura presenta dos elementos constitutivos del tipo: el ardid o engaño, y el daño patrimonial. Respecto del primero, es menester señalar:

Las maniobras ardidosas o engañosas desplegadas conforme la descripción típica no tienen por objeto inducir a error al Fisco a fin de obtener de éste una disposición patrimonial, sino que procuran que el Estado no advierta el daño padecido, dificultando o impidiendo la fiscalización de tributos con el propósito de obtener la impunidad²².

La relación entre delitos fiscales y narcocriminalidad no es directa, sino funcional y operativa. No se trata de que el narcotráfico “necesite” de la evasión para lavar dinero, sino que las organizaciones narcocriminales necesitan justificar ingresos y movimientos patrimoniales falsos. En este proceso cometen frecuentemente delitos de

²⁰ LOPETEGUI, R. D., “Delito fiscal: la evolución del monto mínimo en el particular caso de Argentina”, Centro de Información Jurídica, Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, 2020, p. 3; disponible en Cijur, https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr._Robertino_D._Lopetegui_-_Delito_Fiscal_30-8.pdf (consultado el 23-8-2024).

²¹ En Servicios Infoleg, <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40-000-44999/41379/texact.htm> (consultado el 8-12-2025).

²² CNCas.Pen., sala I, autos “Effron, Ariel Hernán s/Recurso de casación”, sentencia del 22-8-2008, ID SAIJ FA08261156; SAIJ, <http://www.saij.gob.ar/buscador/jurisprudencia-nacional> (consultado el 23-8-2024).

índole tributaria que funcionan como “delitos instrumentales” del lavado, no como su antecedente. Es decir, no son el delito precedente del lavado de activos, pero definitivamente son cometidos para poder lavar, porque permiten sostener la fachada empresarial y justificar operaciones económicas destinadas a mezclar capitales ilícitos con lícitos. El lavado de activos requiere interactuar con el sistema financiero y tributario, y es en dicha interacción que emergen maniobras típicamente fiscales²³.

La relación entre el narcotráfico y los delitos fiscales plantea una serie de problemas dogmáticos relevantes. La doctrina y jurisprudencia argentinas han sostenido de modo prácticamente unánime que las rentas ilícitas no se encuentran sometidas a imposición. En consecuencia, los ingresos derivados del narcotráfico no generan obligación tributaria, sino que quedan sometidos a un régimen jurídico distinto, centrado en el secuestro y posterior decomiso de los bienes provenientes del delito, conforme a las exigencias de las convenciones internacionales y del Derecho interno²⁴.

Ahora bien, ello no significa que las organizaciones narcocriminales no interactúen con el sistema económico formal. Por el contrario, el lavado de activos exige, para su eficacia, la inserción del dinero ilícito en circuitos legales mediante la simulación de actividades comerciales, financieras o empresariales. En este marco, el sujeto que lava activos busca presentarse ante el Estado como un contribuyente legítimo: declara actividades lícitas, constituye empresas de fachada, registra movimientos financieros y, en muchos casos, paga los tributos correspondientes a esa actividad simulada. Lo que se oculta no es la existencia del ingreso, sino su origen delictivo previo.

²³ WAINSTEIN, M. y CASAL, A. M., “El problema del narcotráfico y sus implicancias para la economía”, Instituto de Investigaciones Contables, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2002, ps. 8-29; disponible en Biblioteca Digital, http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/cya/cya_v8_n15_01.pdf (consultado el 14-12-2025).

²⁴ TSJ de CABA, autos “GCBA c/Scrum SA s/Ejecución fiscal s/Recurso de inconstitucionalidad”, sentencia del 9-3-2004, expte. 2584/03, Boletín Oficial, https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativaba/norma/54860?utm_source=chatgpt.com (consultado el 13-12-2025).

La evasión procura precisamente ocultar ingresos y reducir la carga fiscal, mientras que el lavado requiere exteriorizar ingresos aparentemente lícitos para dotarlos de una fachada jurídica válida. Se trata, por tanto, de lógicas dogmática y funcionalmente contrapuestas²⁵.

Finalmente, debe recordarse que las organizaciones narcocriminales frecuentemente recurren a diversas formas de fraude financiero –como la manipulación contable, la utilización de empresas pantalla, el falseamiento de balances o las operaciones de sobre o subfacturación– que complementan la estructura de lavado y constituyen mecanismos idóneos para insertar capitales ilícitos en la economía formal. Estos dispositivos representan los verdaderos puentes entre la narcocriminalidad y la criminalidad económica compleja²⁶.

4. Contrabando y comercio ilegal

El narcotráfico se vincula con el contrabando en tanto requiere del traslado transfronterizo ilícito de materias primas o estupefacientes listos para el consumo, eludiendo los controles aduaneros y los mecanismos de fiscalización estatal.

El tráfico de drogas, que involucra la producción, distribución y venta de estupefacientes, depende en gran medida del contrabando, ya que constituye un medio operativo fundamental para la introducción, salida o circulación clandestina de sustancias dentro de los circuitos del comercio internacional. Permite importar o exportar materia prima y/o estupefacientes listos para la venta que luego serán distribuidos

²⁵ La discusión más relevante, y que la literatura especializada aborda de manera extensa, reside en determinar si los delitos tributarios pueden ser considerados ilícitos precedentes del lavado de activos. Mientras algunos autores sostienen que la evasión fiscal podría –al menos en abstracto– generar bienes susceptibles de ser objeto de lavado cuando se encadenan maniobras de ocultamiento y reintroducción de fondos evadidos, otros consideran que ello desnaturaliza el sentido de la figura, dado que la evasión constituye una infracción cuyo objeto material proviene de una actividad económica lícita. Este debate, con implicancias dogmáticas y prácticas significativas, sigue abierto en la doctrina y carece de una solución uniforme en el Derecho Comparado (CUCCI BRAVO, J., “Los actos ilícitos y el concepto de renta”, Instituto Peruano de Derecho Tributario, Perú, 2004, ps. 3-16; disponible en IPDT, https://www.ipdt.org/uploads/docs/04_VIIIJorIPDT_JBC.pdf [consultado el 13-12-2025]).

²⁶ WAINSTEIN y CASAL, op. cit., ps. 8-29.

dentro del mercado interno o redirigidos nuevamente a otro país utilizando a la Argentina como país de paso²⁷.

En nuestro país, en lo que respecta al narcotráfico, el contrabando es determinante. La mayoría de los insumos o mercancías provienen del extranjero, por lo que el suministro interno de estupefacientes depende en gran medida de que, a través del contrabando, éstos puedan ingresar al país. En esta línea, muchas investigaciones judiciales han revelado casos de narcotráfico en los que se envían grandes cargamentos desde Argentina hacia Europa y Oceanía. Ciertos cargamentos, como la cocaína, no se producen en nuestro país sino en países como Bolivia, Perú, Colombia y Ecuador. Por consiguiente, el contrabando es un elemento fundamental para que la cadena de suministro subsista²⁸.

El contrabando es un delito aduanero previsto en el Código Aduanero (ley 22.415). En este sentido, el artículo 863 del mismo señala que

Será reprimido con prisión de dos (2) a ocho (8) años el que, por cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardido o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones²⁹.

Asimismo, regula diferentes supuestos de contrabando de estupefacientes en particular, con circunstancias agravantes que en su conjunto pretenden desalentar la realización de este tipo de actividad, privando a su autor de los beneficios económicos derivados de estas acciones mediante el decomiso. La conceptualización del contrabando de estupefacientes, en tanto delito aduanero, expresa el modo en el

²⁷ Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina (Sedronar), "El tráfico de estupefacientes en la Argentina. Un estudio sobre sus condicionantes estructurales y coyunturales", Argentina, 2007, p. 12; disponible en Biblioteca Sedronar, <https://biblioteca.sedronar.gov.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=1401> (consultado el 11-8-2024).

²⁸ Información extraída de entrevista realizada al fiscal Sebastián Narvaja, en las oficinas del Ministerio Público de la Acusación, a los 20 días del mes de agosto de 2024, en Rosario.

²⁹ En Servicios Infoleg, https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16536/Ley22415_S12_TituloI.htm (consultado el 14-12-2025).

que el Estado aborda el control de fronteras y la gestión de flujos ilegales, aspectos que, además, están relacionados con la soberanía y la seguridad nacional³⁰. Tanto es así que esta norma establece penas más severas si se demuestra que la sustancia está destinada a la comercialización³¹.

En otro orden de ideas, el narcomenudeo, como materialización de la oferta y demanda en pequeña escala, opera a través de los “camellos”, esto es, personas que se encargan de la venta al por menor de drogas en las calles o en lugares específicos. Actúan como intermediarios entre los grandes distribuidores o traficantes y los consumidores finales. A este respecto, la figura del camello también se identifica con el contrabando de estupefacientes entre fronteras, sea por tierra, agua o aire. Lo que se pretende es burlar el control aduanero de cualquier forma, ya sea para exportar o importar estupefacientes al territorio nacional³².

Esta articulación entre narcotráfico y contrabando adquiere especial relevancia en el plano de la investigación penal, donde se evidencian importantes dificultades operativas y de competencia. De esta forma, la persecución de los delitos vinculados a estupefacientes se encuentra fragmentada entre distintos fueros, lo que obstaculiza un abordaje integral del fenómeno. En efecto, el narcomenudeo suele ser investigado por la justicia penal local, mientras que la comercialización a mayor escala y el contrabando de estupefacientes corresponden a la órbita de la justicia federal. Esta dispersión de competencias puede derivar en investigaciones parciales, superpuestas o desconectadas entre sí, dificultando la reconstrucción completa de las cadenas de tráfico, la identificación de las estructuras organizadas

³⁰ Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina (Sedronar), op. cit., p. 12.

³¹ Arts. 866 y conc. del Código Aduanero, en Servicios Infoleg, https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16536/Ley22415_S12_TituloI.htm (consultado el 14-12-2025).

³² IRIBARNE, J. I., “La narcocriminalidad desde la óptica de los que menos hacen y más sufren”, Trabajo Final de Ciclo Profesional Orientado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2020, ps. 3-5; disponible en Asociación Pensamiento Penal, <https://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/49589-narcocriminalidad-optica-menos-hacen-y-mas-sufren> (consultado el 24-4-2024).

subyacentes y el seguimiento de los flujos de bienes y capitales asociados a la narcocriminalidad³³.

5. Impacto en el sistema judicial y desafíos en la persecución

Nuestro sistema judicial enfrenta múltiples desafíos al intentar perseguir y sancionar delitos económicos relacionados con el narcotráfico, una actividad propia del crimen organizado que, desde su perspectiva económica, ha evolucionado hasta convertirse en un complejo entramado de operaciones financieras. Estos delitos no sólo generan enormes ganancias para las organizaciones criminales, sino que también socavan la efectividad de los mecanismos legales diseñados para combatirlos.

La sofisticación de las técnicas utilizadas por los narcotraficantes para ocultar sus ganancias ilícitas, la corrupción que puede permear las instituciones judiciales y las limitaciones en la cooperación internacional son algunos de los principales obstáculos que impiden que la justicia actúe con eficacia. Este contexto plantea la necesidad urgente de fortalecer las capacidades investigativas y legislativas para enfrentar con éxito este desafío global, puesto que la carencia de una supervisión rigurosa también contribuye a su sostenimiento³⁴.

En este sentido, en el año 2000 se estableció la Unidad de Información Financiera (UIF) mediante la ley 25.246, como un organismo estatal encargado de analizar, procesar y transmitir la información financiera del país, y con el propósito de detectar y prevenir el lavado de activos de origen ilícito, la financiación del terrorismo y otros delitos económico-financieros complejos³⁵. La UIF opera con autonomía y

³³ CSJN, autos “González, Claudio Martín y otros s/Incidente de incompetencia”, sentencia del 13-6-2024, FPA 7016/2022/6/CSI, Asociación Pensamiento Penal, <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/91346-csjn-competencia-federal-investigacion-comercializacion-estupefacientes-forma> (consultado el 14-12-2025).

³⁴ Información extraída de entrevista realizada al fiscal Sebastián Narvaja, en las oficinas del Ministerio Público de la Acusación, a los 20 días del mes de agosto de 2024, en Rosario.

³⁵ AOUN, F. C., “Narcotráfico y lavado de activos en Argentina”, Trabajo Final de Especialización, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2020, p. 27; disponible en Biblioteca Digital, http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tpos/1502-1629_AounFC.pdf (consultado el 11-8-2024).

cuenta con autarquía financiera. Los sujetos obligados (v. gr., entidades financieras) están obligados a investigar e informar a la UIF sobre operaciones sospechosas que puedan estar vinculadas con el lavado de activos³⁶. Asimismo, en la Argentina existe una cuestión de gran trascendencia, la cual refiere al gran volumen de la economía que puede ser movilizad o en negro. Y esto también tiene una estrecha vinculación con la deficiencia de los controles estatales en materia impositiva³⁷.

En otro orden de ideas, las políticas de control del dinero asociado al crimen organizado en Argentina han estado influenciadas por intereses políticos y comerciales de actores no estatales, favoreciendo a aquellos que protegen la estructura de las organizaciones criminales. Este escenario se inserta en un contexto de corrupción que forma parte de las organizaciones criminales, dificultando su persecución y creando un círculo vicioso que es difícil de romper. En el sistema judicial local, y en consonancia con lo expresado precedentemente, una de las principales dificultades en la persecución económica del narcotráfico radica en la falta de capacidades técnicas de los organismos encargados de la investigación y persecución³⁸.

Otra dificultad significativa es que los delitos puramente económicos suelen tener penas relativamente bajas en comparación con los delitos de narcotráfico. Esta disparidad influye en la capacidad de las autoridades para ejercer presión en términos de castigo sobre los infractores.

³⁶ En este sentido, se consideran como “operaciones sospechosas” a aquellas transacciones aisladas o reiteradas que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica, o de una complejidad inusitada o injustificada. En el art. 12 del decreto reglamentario 169/2001 de la ley 25.246 se establece un listado a mero título enunciativo de “hechos” u “operaciones sospechosas” (cfr. SALGADO, op. cit., p. 25).

³⁷ El 20 de mayo de 2020 la UIF emitió un comunicado a los sujetos obligados, advirtiendo sobre un aumento en las operaciones con activos virtuales. La UIF destacó que estas operaciones podrían estar siendo utilizadas por personas que buscan eludir los estándares internacionales y evitar el sistema preventivo de lavado de activos y financiación del terrorismo (cfr. AOUN, op. cit., ps. 28-29).

³⁸ Información extraída de entrevista realizada al fiscal Sebastián Narvaja, en las oficinas del Ministerio Público de la Acusación, a los 20 días del mes de agosto de 2024, en Rosario.

Adicionalmente, existe un problema en la interpretación de la competencia jurisdiccional entre los ámbitos provincial y federal. Es común que tras el desarrollo de una investigación en una de estas jurisdicciones se determine en última instancia que el caso no es de su competencia, lo cual genera demoras y, en muchos casos, impunidad.

De esta forma, siendo estos obstáculos un fenómeno constante y exponencial en detrimento del sistema judicial en su labor de persecución de estas conductas delictivas, en lo que respecta a la prevención del lavado de activos y otros delitos relacionados con la narcocriminalidad, una de las alternativas más efectivas podría ser el fortalecimiento de los sistemas de control, particularmente los sistemas de prevención del lavado de activos y los sistemas fiscales e impositivos. Asimismo, para mejorar la persecución de estos delitos es esencial que las agencias de persecución prioricen estas cuestiones, ya que a menudo son desplazadas de la agenda pública debido a que generan menos conmoción social y, en algunos casos, hasta son más toleradas socialmente³⁹.

6. Reflexiones finales

A lo largo del presente se ha efectuado un relevamiento del fenómeno de la narcocriminalidad, partiendo de la hipótesis de que dicha actividad, como crimen organizado, opera a través de actividades que son captadas por la tipología penal-económica y que, en efecto, resulta insoslayable el estudio del aspecto económico del delito como parte inescindible de toda investigación de casos de criminalidad compleja.

De ahí que se ha analizado cómo la faz económica es una dimensión esencial para comprender y abordar el fenómeno.

Se ha evidenciado que los delitos económicos juegan un rol central en la sostenibilidad y expansión de las organizaciones narcotraficantes, constituyendo una herramienta clave para el manejo y ocultamiento de los ingresos ilícitos. El lavado de activos, los delitos tributarios y el contrabando son los pilares fundamentales que per-

³⁹ Íd.

miten a las redes delictivas integrar sus ganancias en la economía formal y eludir a las autoridades.

Estos tipos penales económicos no sólo instauran un espacio natural de desenvolvimiento de la narcocriminalidad, sino que también representan un desafío complejo para los sistemas judiciales debido a la sofisticación y complejidad de las redes delictivas involucradas. Las organizaciones del narcotráfico utilizan estrategias financieras, estructuras legales y corrupción para evadir la justicia, lo que complejiza significativamente su persecución.

Esta perspectiva pondera que los delitos económicos son el vínculo que permite a las organizaciones del narcotráfico integrar sus operaciones ilegales en la economía formal, lo cual les permite persistir en sus actividades. Esta interrelación revela que el aspecto económico del delito es un elemento central en la narcocriminalidad y su investigación es esencial para desarticular sus redes. Sin una debida atención a los delitos económicos, toda medida persecutoria del fenómeno deviene incompleta e ineficaz.

En conclusión, el abordaje de la narcocriminalidad desde una perspectiva penal-económica es fundamental en toda investigación que tenga por objeto la persecución de la criminalidad compleja. Permite aproximarse a las configuraciones, racionalidades e intereses criminales que se construyen alrededor de este fenómeno. Esto permite, además, hacer una valoración coyuntural y dinámica de la economía política del narcotráfico, y evaluar la situación regional, la de diferentes países o mismo la de Argentina.

Uno de los principales aportes de esta perspectiva económica de la narcocriminalidad es, sin lugar a dudas, la necesidad de tener una nueva mirada estratégica del problema. Esto abre la posibilidad de un nuevo marco metodológico para el diseño de políticas, que pretenda adaptar las capacidades estatales de control, neutralización y prevención del fenómeno a las nuevas y cambiantes racionalidades de la economía mundial del narcotráfico. Esta perspectiva obliga a las autoridades a repensar el direccionamiento de sus políticas en relación con la gestión del problema en el largo plazo, y a la mitigación inmediata de su incidencia.

Bibliografía

- AOUN, Florencia C., “Narcotráfico y lavado de activos en Argentina”, Trabajo Final de Especialización, Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, 2020, ps. 1-37; disponible en Biblioteca Digital, http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tpos/1502-1629_AounFC.pdf (consultado el 11-8-2024).
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo, “Derecho Penal. Parte especial. Doctrina y gráficos”, 3ª ed. ampl., Resistencia, ConTexto, 2021.
- CUCCI BRAVO, Jorge, “Los actos ilícitos y el concepto de renta”, Perú, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2004, ps. 3-16; disponible en IPDT, https://www.ipdt.org/uploads/docs/04_VIIIJorIPDT_JBC.pdf (consultado el 13-12-2025).
- Dirección General de Asesoramiento Económico y Financiero en las Investigaciones (DAFI), “Manual de delitos económicos: tipologías y herramientas de investigación”, Buenos Aires, Ministerio Público Fiscal, Procuración General de la Nación, 2022, ps. 9-15; disponible en Ministerio Público Fiscal, <https://www.mpf.gob.ar/dafi/files/2022/06/Informe-Tipologi%CC%81as-1-de-junio.pdf>.
- Global Financial Integrity (GFI), “Trade-Related Illicit Financial Flows in 135 Developing Countries: 2008-2017”, Washington D. C., marzo de 2020; disponible en Global Financial Integrity, <https://gfintegrity.org/report/trade-related-illicit-financial-flows-in-135-developing-countries-2008-2017/> (consultado el 20-4-2024).
- IRIBARNE, Juan Ignacio, “La narcocriminalidad desde la óptica de los que menos hacen y más sufren”, Trabajo Final de Ciclo Profesional Orientado, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2020; disponible en Asociación Pensamiento Penal, <https://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/49589-narcocriminalidad-optica-menos-hacen-y-mas-sufren> (consultado el 24-4-2024).
- KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Universitaria, 1994.
- LOPETEGUI, Robertino D., “Delito fiscal: la evolución del monto mínimo en el particular caso de Argentina”, Buenos Aires, Centro de Información Jurídica, Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, 2020; disponible en Cijur, https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr._Robertino_D._Lopetegui_-_Delito_Fiscal_30-8.pdf (consultado el 23-8-2024).

- OLAETA, Hernán y COMBA, Antonella, “Delincuencia económica organizada, tres aproximaciones desde la criminología”, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2016, p. 54; disponible en Blog UNQ, <http://posgrado.blog.unq.edu.ar/wp-content/uploads/sites/7/2024/02/PGD-2-spetiembre-2016-EC.pdf> (consultado el 20-4-2024).
- OTTO, Argueta *et al.*, “Repensando el tráfico ilícito de drogas en Centroamérica: un enfoque desde las ciencias sociales”, San José de Costa Rica, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2020, ps. 19-182; disponible en Flacso, <https://www.flacso.org/sites/default/files/2022-03/Tr%C3%A1fico%20Ilícito%20de%20drogas%20-%20Completo.pdf> (consultado el 19-8-2024).
- PONTÓN, Daniel, “La economía del narcotráfico y su dinámica en América Latina”, en *Iconos: Revista de Ciencias Sociales*, vol. 17 (47), 2013; disponible en Flacso, <https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10-469/5570/1/RFLACSO-Ic47-09-Ponton.pdf> (consultado el 19-8-2024).
- Procuraduría de Narcocriminalidad (Procunar), “Narcocriminalidad y perspectiva de género. La perspectiva de género y enfoque interseccional en la persecución penal de la narcocriminalidad”, Argentina, 2022, ps. 15-23; disponible en Ministerio Público Fiscal, https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/06/Procunar-informe_Narcocriminalidad-y-g%C3%A9nero.pdf (consultado el 10-8-2024).
- REGGIANI, Carlos, “Lavado de activos”, en *Código Penal comentado*, Buenos Aires, Asociación Pensamiento Penal, s/f; disponible en Asociación Pensamiento Penal, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37803.pdf> (consultado el 20-8-2024).
- RUBIO, Diego Ezequiel, “Los bienes y fondos provenientes del delito: ¿deben pagar impuestos?”, en *Ámbito Financiero*, 2019; disponible en *Ámbito Financiero*, https://www.ambito.com/novedades-fiscales/novedades-fiscales/los-bienes-y-fondos-provenientes-del-delito-deben-pagar-impuestos-n5056164?utm_source=chatgpt.com (consultado el 13-12-2025).
- SALGADO, Daniel César, “La evasión fiscal y el lavado de dinero en Argentina: algunas consideraciones”, Trabajo Final de Posgrado, Córdoba, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Córdoba, 2015; disponible en Asociación Pensamiento Penal, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina42025.pdf> (consultado el 23-8-2024).
- Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina (Sedronar), “El tráfico de estupefacientes en la Argentina. Un estudio sobre sus condi-

cionantes estructurales y coyunturales”, Argentina, 2007, ps. 3-49; disponible en Biblioteca Sedronar, <https://biblioteca.sedronar.gov.ar/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=1401> (consultado el 11-8-2024).

STURLA LOMPRÉ, Paula, “Mulas, la cara visible del narcotráfico. Estudio sobre el tráfico de drogas a través de aeropuertos argentinos bajo la modalidad de correos humanos”, Trabajo Final Integrador, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2021; disponible en Universidad Nacional de Quilmes, https://ridaa.unq.edu.ar/bitstream/handle/20.500.118-07/3103/TFI_2021_sturlalompres_018.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

SUTHERLAND, Edwin H., “El delito de cuello blanco”, trad. de Rosa del Olmo, Madrid, La Piqueta, 1999.

WAINSTEIN, Mario y CASAL, Armando Miguel, “El problema del narcotráfico y sus implicancias para la economía”, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Contables, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires, 2002, ps. 8-26; disponible en Biblioteca Digital, http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/cya/cya_v8_n15_01.pdf (consultado el 14-12-2025).

ZARZA, Alejandra, “Delitos contra el orden económico y financiero en el Anteproyecto del Código Penal”, Buenos Aires, Asociación Pensamiento Penal, 2015; disponible en Asociación Pensamiento Penal, <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/07/doctrina41496.pdf> (consultado el 8-12-2025).

DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS

por ANA MARCELA WOLKOWICZ*
y MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA**

SUMARIO: I. Introducción. II. Consentimiento informado en materia de salud y directivas médicas anticipadas. Concepto. Regulación en el Derecho argentino. a) Directivas médicas anticipadas. b) Algunas definiciones. c) Regulación en el Derecho argentino. III. Forma. IV. Capacidad para otorgar directivas médicas anticipadas. a) Niños, niñas y adolescentes. a.1) Adolescentes a partir de los 16 años. a.2) Adolescentes entre los 13 y 16 años. b) Mayores de edad con capacidad restringida y con incapacidad. V. Las directivas médicas anticipadas y las prácticas eutanásicas prohibidas: dignidad y autonomía en jaque. VI. Palabras finales. Bibliografía.

Resumen

El consentimiento informado como expresión de la autonomía de las personas en el ámbito de la salud ha significado un cambio de

* Profesora titular de “Derecho Privado. Parte general” (Cátedra A) de la Carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, UNR. Profesora titular de “Elementos de Derecho Privado” de la Carrera de Licenciatura en Corretaje Inmobiliario, Facultad de Derecho, UNR. Integrante del Consejo Universitario de Inclusión de la UNR en representación de la Facultad de Derecho. Directora del Proyecto 80020240200058UR, “Desafíos actuales de la Parte general del Derecho Civil: La resignificación de la teoría general del acto voluntario en la nueva era”, FDER-UNR. Correo electrónico: wolkowiczana@gmail.com.

** Profesora adjunta de “Derecho Privado. Parte general” (Cátedra A). Profesora adjunta de “Derecho de la Salud”, “Derecho de la Educación, de la Ciencia y el Arte”, “Taller Integrador” y “Filosofía del Derecho”, todas de la Carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, UNR. Investigadora adjunta de la CIC, Consejo de Investigaciones de la UNR. Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de la Salud, FDER-UNR. Subdirectora del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social, FDER-UNR. Coordinadora del Área de Salud Mental del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho de la UBA. Coordinadora del Observatorio de Salud Mental y Adicciones del CEI, UNR. Codirectora del Proyecto 80020240200058UR, “Desafíos actuales de la Parte general del Derecho Civil: La resignificación de la teoría general del acto voluntario en la nueva era”, FDER-UNR. Correo electrónico: mfernandez21@gmail.com.

paradigma en la relación de los/as profesionales de la salud con la persona que ha de tomar una decisión sobre tratamientos en particular. El mismo permite la toma de decisiones informadas y libres en el marco de un proceso participativo, gradual, de interacción. La autonomía implica entonces que la persona puede optar por distintas alternativas luego de recibir información adecuada y accesible. Las directivas anticipadas en salud, como otro de los instrumentos centrales de este modelo, son la expresión de la autonomía de la persona, entendidas como las decisiones y manifestaciones autorreferentes, que tienen como centro la concreción del proyecto vital en la previsión de cómo deseamos ser tratados/as en caso de no poder manifestar nuestra voluntad. La construcción de una respuesta jurídica facilitadora de su implementación favorece el acceso y ejercicio efectivo al derecho humano a la salud.

Abstract

Informed consent as an expression of human persons' autonomy in the field of health has meant a paradigm shift in the relationship between health professionals and the person who has to make a decision about particular treatments, which allows making informed and free decisions within the framework of a participatory, gradual, interaction process that enables decision-making. Autonomy then implies that the person can choose different alternatives after receiving adequate and accessible information. Advance directives in health, as another of the central instruments of this model, are the expression of the autonomy of the person, understood as self-referential decisions and manifestations, which have as their center the realization of the vital project in the forecast of how we would like to be treated in case we cannot express our will. The construction of a legal response that facilitates its implementation is a facilitator of access and effective exercise of the human right to health.

Palabras clave

Consentimiento informado. Directivas médicas anticipadas. Derecho a la salud. Dignidad.

Keywords

Informed consent. Advance medical directives. Right to health. Dignity.

I. Introducción

La Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, según texto de la ley 26.742, en el artículo 2º, inciso e, establece que la *autonomía de la voluntad* de la persona constituye uno de sus derechos esenciales en la relación con el o los profesionales de la salud, los agentes del seguro de salud y cualquier efector de que se trate. Ello implica, según dispone la norma, el derecho del paciente a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad. El principio de autonomía de la voluntad, central en la toma de decisiones, es un derecho indisoluble de la dignidad de la persona humana y también su inviolabilidad, los cuales se encuentran consagrados en la Constitución Nacional, en los tratados internacionales de derechos humanos y por primera vez incorporados en un código, como lo hace el Código Civil y Comercial de la Nación al regular los derechos y actos personalísimos en los artículos 51 y 52, que refieren a la inviolabilidad y dignidad de la persona humana respectivamente.

La dignidad de la persona se relaciona con la facultad de decidir en todos los aspectos de la vida, tomar decisiones autorreferentes sobre los proyectos de vida en el marco del artículo 19 de la Constitución y de todo el plexo de convencionalidad del artículo 75, inciso 22.

El consentimiento informado como expresión de la autonomía de las personas en el ámbito de la salud ha significado un cambio de paradigma en la relación de los/as profesionales de la salud con la persona que debe tomar una decisión sobre tratamientos en particular; el modelo de toma de decisiones informadas y libres pasó a centrarse en un proceso participativo, gradual, de interacción, que permite, luego de recibir una información accesible y adecuada a la posibilidad de comprensión, tomar decisiones. Conforme con lo expuesto abordaremos las directivas anticipadas en salud, como expresión de la autonomía de la persona.

II. Consentimiento informado en materia de salud y directivas médicas anticipadas. Concepto. Regulación en el Derecho argentino

El artículo 5° de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud incorpora expresamente el “consentimiento informado” y lo define como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, de alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable, y h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

El consentimiento informado resulta una de las más importantes herramientas jurídicas con las que cuenta el nuevo paradigma de la autonomía de la voluntad a la hora de considerar las posibilidades de las personas humanas para la toma de decisiones en materia de salud; otra importantísima herramienta son las directivas médicas anticipadas.

a) *Directivas médicas anticipadas*

La doctrina ha utilizado terminologías diversas para nombrarlas: testamento vital, derecho de autoprotección, declaración de voluntad vital anticipada, entre otras¹. Para introducir la temática diremos que la directiva médica anticipada (en adelante DMA) es un acto jurídico unilateral, dirigido a terceros, que contiene instrucciones realizadas por una persona en pleno uso de sus facultades mentales con el objeto de que surtan efecto para cuando no pueda expresar su voluntad. En otras palabras, se trata de una declaración que hace la persona para que se la respete cuando quede privada por razones psicofísicas sobrevenidas de manifestarse.

b) *Algunas definiciones*

Son documentos o expresiones claras e inequívocas de voluntad de una persona respecto de situaciones a futuro, ya previsibles o simplemente hipotéticas, relacionadas con su propia salud²; expresión formal de voluntad hecha por una persona jurídicamente capaz y bioéticamente competente, por la que deja expuestas sus decisiones y directivas sobre el comportamiento médico que eventualmente ha de observarse para con ella en el caso de encontrarse en circunstancias tales que, por sus condiciones psicofísicas, no pueda manifestarse válidamente³.

Como señala Kemelmajer de Carlucci⁴, parte de la doctrina en la materia sostiene que las directivas médicas anticipadas funcionan a la manera del consentimiento informado, posibilitando la autonomía de la voluntad y “encarnando el resultado de un proceso de comunicación permanente, cuya característica sobresaliente debe ser la exigibilidad, de modo tal que puedan ser actualizadas conforme los nuevos deseos y circunstancias de cada autobiografía”. En este sentido, las DMA

¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y HERRERA, M. (dirs.), “Tratado de persona humana y Derecho de las Familias”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, t. I, ps. 546 y ss.

² HOOFT, P., “El derecho a morir en paz. La autonomía personal y las directivas anticipadas. Reflexiones en torno a la ley de muerte digna”, en *Jurisprudencia Argentina* 20212-IV-935.

³ PELLE, W. D., “La edad mínima para otorgar directivas médicas anticipadas”, en *Microjuris*, MJ-DOC-9830-AR, MJD9830, del 7-4-2016.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Las directivas anticipadas en el Derecho argentino”, en *Revista Cubana de Derecho*, vol. 4, núm. 1, número centenario, 2024, p. 331.

completan e integran la regulación del consentimiento informado. En ciertos aspectos, algunos han señalado que consiste en un *consentimiento informado por anticipación*⁵.

Desde la óptica del Derecho de la Salud, se entiende por DMA a ciertas decisiones y manifestaciones de los pacientes que refieren a cómo desearían ser tratados en decisiones que atañen a su salud y al cuidado de su propio cuerpo en el eventual e hipotético caso de que no puedan manifestar su voluntad para que su manifestación anticipada a esa hipotética circunstancia sea tenida en cuenta por los/as profesionales de la salud. Podríamos decir entonces que son declaraciones unilaterales de voluntad, vinculantes para terceros, profesionales de la salud, familiares, operadores jurídicos, jueces, que, de igual modo que el consentimiento informado, constituyen un instrumento importantísimo para hacer efectiva la autonomía de la voluntad de la persona humana como contracara del modelo médico hegemónico.

De todas formas, doctrina⁶ que compartimos ha señalado algunos puntos distintivos entre ambas figuras que merecen tenerse en cuenta: 1) *sujeto que puede otorgarlo*: el consentimiento informado puede ser dado por un tercero en los casos previstos por la ley, mientras que las DMA constituyen un acto personalísimo que no puede ser otorgado por representante; 2) *proponente*: en el consentimiento informado la actividad es propuesta por el equipo de salud, mientras que en las DMA es la persona sobre cuya salud se trata, quien de forma anticipada propone el curso de acción a ser cumplido por el equipo de salud; 3) *tiempo de otorgamiento*: mientras que el consentimiento informado se otorga en el momento del acto médico que ha de intervenir en la salud del paciente, la DMA se otorga como previsión, y carece de la inminencia de la práctica; 4) *certeza de la intervención terapéutica*: el consentimiento se otorga ante una práctica que se realizará de manera efectiva (salvo casos excepcionales) y por lo cual el equipo de salud interviniente ha de cumplimentar con la “información” que caracteriza a este tipo de manifestación de voluntad; las DME se otorgan en un contexto de previsión para un futuro eventual sobre el que no existe

⁵ LAMM, E., “Acerca de las directivas medicas anticipadas en la legislación nacional argentina”, en *Microjuris*, MJ-DOC-9927-AR, MJD9927, del 23-6-2016.

⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, op. cit., p. 332.

certeza alguna, y su configuración no dependerá de la calidad, cantidad y adecuación de la información que se reciba, siempre que no haya situación concreta sobre la que informar ni interlocutor actual.

c) *Regulación en el Derecho argentino*⁷

Como adelantáramos más arriba, la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud dispone en su artículo 11 –conforme con la ley 26.742–: “Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

El Código Civil y Comercial regula las DNA en el *artículo 60*. El mismo dispone que “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.

La regulación sobre directivas anticipadas en materia de salud previa al Código (ley nacional especial 26.529 –y modificatoria 26.742–) expresamente se consignaba como respuesta jurídica válida; no obstante ello, su incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación implica otorgarle a este instituto mayor relevancia jurídica, acentuando su importancia en orden a garantizar el *principio de autonomía y dignidad de la persona humana*. Las dos regulaciones coinciden en que la di-

⁷ WOLKOWICZ, A. M. y FERNÁNDEZ OLIVA, M., “Directivas anticipadas”, en WOLKOWICZ, A. M. y FERNÁNDEZ OLIVA, M. (coords. generales), *Persona humana. El Código Civil y Comercial de la Nación en el paradigma de los derechos humanos*, 1ª ed., Zeus, Rosario, 2017, p. 227.

directiva anticipada es una *declaración de voluntad* que puede ser libremente revocada en todo momento, respetándose así el principio general en materia de disposición de derechos personalísimos. Sobre las diferencias entre ambas regulaciones quizá vale señalar que la ley 26.529 (artículo 11) refiere que la persona humana puede consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos y decisiones relativas a su salud, en tanto que el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora dos supuestos más a los ya enumerados, cuando consigna la posibilidad de conferir mandato respecto de la salud y en previsión de la propia incapacidad, como así también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela.

El artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación no hace referencia a las formas requeridas para implementar válidamente la *directiva anticipada*, situación que sí describe el artículo 11 de la Ley de Derechos del Paciente –con incorporación expresa de la ley 26.742, decreto reglamentario 1089/2012–; en el punto alguna doctrina ha entendido que la no incorporación supone el reconocimiento de la innecesidad de exigir formalidades especiales como regla, dada la naturaleza de los actos comprometidos, tema sobre el que seguidamente nos explayaremos. Por otro lado, el artículo 11 (ley 26.529) refiere que las *directivas* “...deberán ser aceptadas por el médico a cargo...”, expresión que no se reitera en el artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación; va de suyo que la falta de reiteración no autoriza la no aceptación por el médico a cargo, la aceptación en los términos regulados está fuera de discusión. En ambas normas se mantiene que las *directivas anticipadas* no pueden implicar desarrollar *prácticas eutanasias*, las que se tendrán por no escritas.

Finalmente, en lo relativo a la capacidad, el artículo 11 establece como recaudo para la validez de las *directivas anticipadas* en materia de salud que el sujeto sea *capaz mayor de edad*, expresión que omite el artículo 60, ya que sólo refiere a *persona plenamente capaz*, sin referirse a la edad.

III. Forma

La ley 26.529 dispone en su artículo 11 –conforme con la ley 26.742–

que “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

El decreto reglamentario 1089/2012, al reglamentar el artículo 11, establece que “Las Directivas Anticipadas sobre cómo debe ser tratado el paciente, deberán ser agregadas a su historia clínica. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con la presencia de dos (2) testigos, por ante escribano público o juez de primera instancia competente, en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza. El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones. Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales Directivas Anticipadas”.

El artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación, por su parte, nada dice de manera expresa en materia de forma, y tampoco lo decía la ley 26.529 en su redacción originaria, incorporándose el requisito de forma señalado recién con la modificación de la ley 26.742.

Dado el plexo normativo descripto, la doctrina viene debatiendo y reflexionando en distintos sentidos acerca de la incorporación del recaudo formal que realizó la ley 26.742. Algunos señalaron la importancia de incorporar la directiva a la historia clínica; otros han hablado de la onerosidad que representa la nueva forma impuesta que debilitaría su uso; otros han efectuado comparaciones con la forma requerida para el consentimiento informado, en donde el requisito, por escrito, es excepcional; otros han referido que la exigencia de otorgamiento ante escribano público o juez competente saca a la directiva del ámbito sanitario en el que debería otorgarse; en definitiva, el debate central se afina en establecer respecto de la normativa aplicable si es de aplicación el artículo 60 del Código, que no se expidió ni reguló sobre la forma o la ley especial anterior que introdujo la forma.

En este sentido debemos señalar que si bien la sanción del Código no derogó la ley especial 26.529 y su modificatoria 26.742, la normativa del Código constituye un piso mínimo de protección, por lo que, en supuestos de conflicto, ha de regir la norma más beneficiosa; conforme los artículos 1º y 2º, la interpretación, especialmente en esta materia en donde están en juego derechos personalísimos y humanos, ha de ser en un todo de acuerdo con el principio *pro homine*.

De acuerdo a las reflexiones y desarrollos que venimos realizando entendemos que la forma requerida por la ley 26.529, según texto de la ley 26.742 y del decreto reglamentario 1089/2012 (*por escrito con presencia de dos testigos por ante escribano público o juez de primera instancia*), ha de interpretarse como un acto jurídico formal de forma *impuesta relativa no absoluta, no exigible bajo sanción de nulidad*, o sea que el incumplimiento de la forma no generaría la invalidez del acto. En consecuencia, la DMA podría ser otorgada por otros medios, integrándola a la historia clínica para priorizar la autonomía en la toma de decisiones y así facilitar el acceso a esta importante herramienta jurídica. Parte de la doctrina, asimismo, ha señalado que la reglamentación de la forma de las DMA sólo ha conducido a una reducción significativa de su implementación y al mismo tiempo una alienación de su sentido sanitario, trasladando *el carácter médico-sanitario de la institución a un marco primordialmente notarial-judicial*⁸. El requisito que limita su formalización por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, con presencia de dos testigos, *juridiza* de forma excesiva un acto primariamente sanitario y el papel preponderante de la historia clínica. En este sentido, cuando se analizan las similitudes entre la razón de ser de las DMA con las del consentimiento informado, se advierte que las DMA se complejizan infundadamente tanto en la onerosidad como en la formalidad de la implementación. En consecuencia, la DMA podría ser otorgada por escrito por otros medios, integrándose a las historias clínicas del paciente, con todos los recaudos para garantizar su integridad e inalterabilidad de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Derechos del Paciente, en especial en su artículo 13. Pueden observarse en este sentido los recaudos de traza-

⁸ TINANT, E. L., *Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina*, en *Microjuris*, MJ-DOC-9927-AR, MJD9927, del 2-8-2024.

bilidad, inmodificabilidad y encriptación que han sido tomados por la plataforma utilizada por el Hospital Italiano para incluir DMA en las historias clínicas electrónicas⁹.

En las conclusiones de la Comisión N° 1 de las recientes XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas entre el 26 y 28 de septiembre del 2024¹⁰, en despacho de mayoría, se concluyó *de lege lata* que la forma requerida por la ley 26.529 y su decreto reglamentario 1089/2012 para el otorgamiento de DMA tiene carácter de *ad probationem*, y no es exigible bajo sanción de nulidad.

IV. Capacidad para otorgar directivas médicas anticipadas

a) Niños, niñas y adolescentes

El artículo 11 de la ley 26.529 y modificado por la ley 26.742 establece como recaudo para la validez de las directivas anticipadas en materia de salud que el sujeto sea *capaz mayor de edad*, y el decreto reglamentario arriba referenciado amplía la disposición de la norma cuando ordena que no se tendrán por válidas las directivas otorgadas por menores o por personas incapaces al momento de su otorgamiento.

⁹ AGUILERA DIAZA, J. y PAZZANO, L., “Integración de directivas anticipadas a la historia clínica electrónica de un hospital universitario de alta complejidad”, en Hospital Italiano, https://www.hospitalitaliano.org.ar/multimedia/archivos/servicios_attachs/7084.pdf (9-9-2024); PEZZANO, L., “Directivas anticipadas. Una expresión de planificación anticipada del cuidado médico”, 2010, en Hospital Italiano, <http://www.hospitalitaliano.org.ar/docencia/nexo/attachs/4186.pdf> (9-9-2024); MORRISON, R. S.; OLSON, E.; MERTZ, K. R. y MEIER, D. E., “The inaccessibility of advance directives on transfer from ambulatory to acute care settings”, en *JAMA*, 1995, 274:478-82; disponible en Pubmed, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/7629957/> (9-9-2024).

¹⁰ XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión núm. 1, “Parte general”, tema: “Consentimiento informado para actos médicos”. Autoridades: conferencista: Noemí L. Nicolau; presidentes: Juan Carlos Palmero, Edgardo I. Saux y José W. Tobías; vicepresidentes: Luis Daniel Crovi, Jorge Nicolás Lafferriere y Sandra M. Wierzba; relator: Franco A. Melchiori; secretario: Federico G. Menéndez (en Austral, <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/10/Comision-1-1.pdf?x43598&x43598> [9-9-2024], ps. 14 y ss.).

El artículo 60 del Código Civil y Comercial de la Nación, por su parte, refiere a personas plenamente capaces. Parecería entonces que, pese a lo dispuesto por el artículo 26, último párrafo, del Código no se admitiría que la persona que tenga entre 16 y 18 años de edad pueda otorgar DMA. A este análisis nos abocaremos a continuación.

a.1) *Adolescentes a partir de los 16 años*

De conformidad con el último párrafo del artículo 26 del Código Civil y Comercial: “A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”; es decir que en materia de derechos personalísimos, la competencia bioética plena se adquiere a los 16 años para la toma de decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo; el concepto de competencia es más apropiado que el de capacidad, como lo ha sostenido buena parte de la doctrina, para regular y abordar el cuidado del propio cuerpo, y esta interpretación se encuentra en diálogo con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061).

Asimismo, si el adolescente de 16 años es competente y puede prestar por sí el consentimiento informado, nada obstaría a que pueda otorgar DMA para que se respeten sus decisiones cuando no pueda manifestar su voluntad. De lo expuesto y realizando una interpretación de la ley en un todo de acuerdo con el artículo 2º del Código, teniendo en cuenta sus finalidades y las disposiciones que surgen de los documentos internacionales y regionales sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos de modo coherente con todo el ordenamiento, estimamos que el adolescente a partir de los 16 años puede otorgar válidamente DMA, en consonancia con los principios de progresividad, participación en la toma de decisiones y derecho a ser oído que campean los nuevos paradigmas sobre la regulación de niños, niñas y adolescentes, constituyendo, en materia de decisiones sobre el cuidado del cuerpo y la salud, lo que se ha dado en llamar “conceptos jurídicos indeterminados”, que posibilitan la singularización y la mayor autonomía.

A esta conclusión también abordaron en minoría las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en

el año 2015¹¹: “...en materia de menores de edad la regla es la capacidad de ejercicio y la excepción la incapacidad de ejercicio. Asimismo, que la aplicación del principio de capacidad progresiva del menor en materia de ejercicio de sus derechos personalísimos consagrado por el artículo 26 del CCyC exige aplicar los principios de la bioética. Para establecer la capacidad de los menores para decidir por sí mismos sobre actos médicos se ha de distinguir si generan o no riesgo para su salud psíquica y física. En relación con los menores de 16 años se resolvió que, de acuerdo a lo normado por el artículo 26 del CCyC, deben ser considerados adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. También con conclusión en minoría, se resolvió que la equiparación al adulto de la capacidad del adolescente que cuente con más de dieciséis años para decidir sobre su propio cuerpo no ha de ser limitada al cuidado de su cuerpo; el adolescente con grado de madurez suficiente debe ser considerado capaz para otorgar directivas anticipadas...”

Debe tenerse presente también en esta interpretación lo dispuesto en la resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación al referenciar en las reglas generales de interpretación normativa la prevalencia del principio *pro persona* (*pro homine*) en materia de derechos humanos. Este principio funciona como directiva de aplicación de todas las normas jurídicas, e implica que se debe tomar siempre como criterio para definir la norma aplicable aquella que favorece una decisión de la persona frente a uno o varios textos normativos relacionados o que puedan afectar derechos humanos. Es decir que se debe preferir la aplicación de la norma o interpretación jurídica que conceda un alcance más amplio a los derechos para el mayor número de personas.

a.2) *Adolescentes entre los 13 y 16 años*

El supuesto se configura con los siguientes elementos: una persona menor de edad, por ejemplo, de 15 años, tiene una enfermedad terminal, tiene discernimiento para actos lícitos, está lúcido, y desea dictar una

¹¹ XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015, conclusiones de la Comisión núm. 1 (en Jornadas Nacionales de Derecho Civil, <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-01.pdf> [9-9-2024]).

DMA para dejar sentado que no es su voluntad que se prolongue su vida por medios artificiales; que no desea recibir quimioterapia si el resultado no modificará lo irreversible de la enfermedad, que desea designar un interlocutor para que manifieste su voluntad en caso de estar impedido de hacerlo.

En relación con los NNA existe un *prius* de protección por tratarse de grupos vulnerables. Así, el artículo 2.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño protege el derecho a la salud; la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes regula en el artículo 14 sobre el derecho a la salud que debe ser garantizado por el Estado; de igual modo, la Constitución Nacional en el artículo 75, inciso 23, establece que “Corresponde al Congreso [...] Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. La CIDH viene sosteniendo: “en todo supuesto en que exista una situación de vulnerabilidad existe un deber del Estado de protección especial, los NNA cuentan con un derecho especial y complementario”¹²; por tanto, y en línea con esta rigurosa normativa de protección detallada en forma sucinta, la situación de los adolescentes entre 13 y 16 años en este campo posee un tratamiento distinto¹³. La temática no es sencilla y ha sido motivo de estudio y evaluación en distintas legislaciones.

Si bien los adolescentes entre 13 y 16 años no están habilitados para otorgar DMA, tienen discernimiento para actos lícitos, por cuanto

¹² SOSA, G. L., “Vulnerabilidad: los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como respuesta a la dispersión”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1869/2022 (10-8-2024).

¹³ Quien desee ampliar v. GARAY, O. E. y BORENSZTEJN, C., “Derecho a la autonomía y transfusión de sangre. El derecho a la salud de los menores”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, núm. 9, 2014, p. 234; Trib.Coleg.Fam. núm. 5 de Rosario, 21-6-2014, “G., L. A. s/Autorización supletoria”, *La Ley Online*, AR/DOC/3144/2014; MAGLIO, I.; WIERZBA, S. M.; BELLI, L. F. y SOMERS, M.ª E., “El Derecho en los finales de la vida y el concepto de muerte digna”, en *Revista Americana de Medicina Respiratoria*, Asociación Argentina de Medicina Respiratoria, vol. 16, núm. 1, 2016, ps. 71-77; disponible en Conicet, <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/39776>, consulta del 10-8-2024.

no existiría obstáculo jurídico alguno para que manifiesten su voluntad con el asentimiento de uno de sus progenitores, dejándose constancia de la misma en la historia clínica (resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061, el artículo 7° del decreto reglamentario 415/2006 y el artículo 59 del CCyC) acerca de cómo querrían ser tratados cuando no puedan manifestar su voluntad. Esta manifestación aportaría seguridad jurídica y claridad para los profesionales de la salud y terceros, en línea con lo dispuesto por el artículo 2° de la ley 26.742 en cuanto a que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos y a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisiones sobre procedimientos médicos que involucren su vida o su salud. Asimismo, nada impediría que el adolescente entre 13 y 16 años designara (decreto reglamentario 1089/2012) un interlocutor para que, llegado el momento, procure el cumplimiento de sus instrucciones, por ser quien, a su entender, mejor conoce los deseos y voluntad del adolescente.

Las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil sostuvieron en mayoría que las personas menores de edad y las personas incapaces no cuentan con capacidad para otorgar DMA según los artículos 60 del Código y 11 de la Ley de Derechos del Paciente.

El artículo 26, cuarto párrafo, del Código establece como presunción que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí, respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física.

A nuestro entender, de acuerdo a la regulación vigente es necesario efectuar la distinción entre adolescentes a partir de los 16 años que son considerados adultos para la toma de decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo y la franja etaria entre 13 y 16 en donde la norma distingue entre tratamientos invasivos y no invasivos; en la interpretación de lo que debe entenderse por invasivo o no invasivo la doctrina ha generado importantes debates. En apretada síntesis, algunos autores y autoras han considerado tratamientos no invasivos a aquellos que no involucran instrumentos que rompan la piel o que penetren físicamente el cuerpo, contrariamente cualquier tratamiento cruento que im-

plique romper la piel o tejidos sería un acto médico invasivo cuya decisión está vedada al adolescente. Estas afirmaciones han resultado insuficientes para delinear con alguna precisión los conceptos involucrados que son fundamentales para determinar la forma en que los/as adolescentes pueden tomar decisiones válidas; de allí la importancia y el rol preponderantes que vino a cumplir en la interpretación normativa el documento elaborado por el Ministerio de Salud de la Nación que culminó con la resolución 65/2015 del 9 de diciembre del 2015, algunas de cuyas reglas seguidamente transcribimos.

En el acápite 2 titulado *Reglas sobre capacidad para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos*, punto 2.2, la norma dispone que “El criterio de ‘invasividad’, utilizado por el artículo 26 del CCyC debe leerse como tratamientos de «gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud»”. Asimismo, la norma refiere: “Cabe remarcar que en los dos párrafos del art. 26 en que se menciona el término ‘invasivo’ se lo asocia con el compromiso del estado de salud o el riesgo para la vida o integridad física. De esta forma, el cuarto párrafo refiere a ‘tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física’. Y en el quinto, a «tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida»”. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no sólo califica el término como “invasivo que comprometa el estado de salud” sino que además se lo asocia a tratamientos que “provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”. La evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica que contemple los diversos aspectos de la salud integral. El riesgo de una práctica sanitaria es generalmente definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa probabilidad. El artículo 26 del Código califica la práctica en tanto que “comprometa el estado de salud” de niños, niñas y adolescentes, o de que exista riesgo grave para la vida o afectación de la integridad física.

b) *Mayores de edad con capacidad restringida y con incapacidad*

En relación con las personas mayores de edad, el artículo 60 del Código requiere la plena capacidad para el otorgamiento de directivas

anticipadas, recaudo que a nuestro entender no impide que las personas con capacidad restringida¹⁴, a quienes no se les haya restringido la capacidad para ese acto jurídico en particular, puedan ejercer el derecho con el acompañamiento del apoyo respectivo. De otro modo se estaría contrariando la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (arts. 12 y concs.) y la propia regulación del Código Civil y Comercial, en sus artículos 32, siguientes y concordantes. En efecto, tal como lo dispone la Convención y el artículo 31 del Código, la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume. Por esto, las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en su beneficio. Por lo tanto, ha de favorecerse la autonomía en la toma de decisiones y la asunción del riesgo. Entendemos, entonces, que si la capacidad no se encuentra limitada especialmente para este tipo de actos, la persona con capacidad restringida podrá dictar DMA.

En el supuesto de personas mayores de edad incapaces –expresión en cacofonía con el paradigma de los derechos humanos–, de acuerdo al artículo 32, *in fine*, del Código Civil y Comercial, no podrán otorgar directivas anticipadas. No podrán hacerlo primariamente porque están imposibilitados de interactuar con su entorno y expresar su voluntad, por cualquier medio o formato y además porque al tratarse de un acto personalísimo no puede ser otorgado por representación.

Aquí creemos que vale la pena, sólo a modo de introducción temática, la muy compleja trama interpretativa que supone el decreto 603/2013 que reglamenta la Ley 26.657 de Salud Mental, cuando al reglamentar el inciso k, del artículo 7° dice que “k) Todo paciente, con plena capacidad o, sus representantes legales, en su caso, podrán disponer directivas anticipadas sobre su salud mental, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos y decisiones relativas a su salud, las cuales deberán ser aceptadas por el equipo interdisciplinario interviniente a excepción que aquéllas constituyeran riesgo para sí o para terceros. Dichas decisiones deberán asentarse en la historia clínica. Asimismo, las decisiones del paciente o sus representantes legales, según sea el caso, podrán ser revocadas. El equipo

¹⁴ PALACIOS, A., “Interrupción voluntaria del embarazo y personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* 3-2021, ps. 136-155.

interdisciplinario interviniente deberá acatar dicha decisión y adoptar todas las formalidades que resulten necesarias a fin de acreditar tal manifestación de voluntad, de la que deberá dejarse expresa constancia en la historia clínica”.

Las DMA son un acto personalísimo y, por tanto, no pueden ser otorgadas por otra persona distinta a la persona sobre cuya salud se trate, problemática que abordaremos en otro trabajo.

Las recientes XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, por unanimidad, concluyeron *“de lege lata” que las personas con capacidad restringida pueden otorgar DMA si las decisiones que implican las directivas no han sido limitadas y, en su caso, podrán hacerlo con el apoyo designado.*

Una cuestión que toma especial relevancia en materia de DNA es la necesidad de reafirmar el carácter obligatorio de las mismas para los profesionales de la salud, tal como lo dispone el artículo 11 de la Ley de Derechos del Paciente, lo que evitaría una inapropiada judicialización de situaciones de salud que se han resuelto por la decisión de los mismos protagonistas, a quienes se les niega sistemática e ilegítimamente el derecho de autodeterminación sanitaria.

Podemos señalar el paradigmático caso “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/Medidas precautorias”¹⁵, en donde se dio paso a la judicialización de una situación de salud prevista por el mismo paciente. En ocasión del caso “Albarracini Nieves”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que el paciente había dejado plasmada su voluntad en relación con una situación como la que se había generado, al obrar en el expediente un documento que daba cuenta de “directivas anticipadas” en el que expresamente se negaba a recibir transfusiones de sangre, aunque peligrase su vida. Las DMA debían ser aceptadas por los médicos, habida cuenta de que resguardaban el principio constitucional de libertad de autodeterminación del señor Albarracini Nieves, entendido como soporte de conductas autorreferentes.

¹⁵ Fallos: 316:479; SAJJ, <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-na-cion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-albarracini-nieves-jorge-washington-medidas-precautorias-fa12000076-2012-06-01/123456789-670-0002-1ots-eupmocsollaf> (10-8-2024).

Pero como todo derecho humano, su punto de realización efectiva es la posibilidad de que las mismas sean ejecutadas. Es en esta instancia en donde nos topamos con la realidad que ha de aceptar la relativamente “nueva” práctica de la autonomía de la voluntad en materia de salud. El paradigma médico-hegemónico ha presentado fuertes resistencias, concretamente materializado en los equipos médicos que reciben las directivas anticipadas y luego han de cumplirlas debidamente, por lo que creemos imprescindible el desarrollo y ejecución de políticas públicas sanitarias que acompañen a la implementación de este instrumento jurídico-bioético.

V. Las directivas médicas anticipadas y las prácticas eutanásicas prohibidas: dignidad y autonomía en jaque

En Argentina la eutanasia activa es una práctica prohibida. El 9 de mayo de 2012 fue sancionada la ley 26.742, llamada de “muerte digna”, que significó, como hemos señalado, una modificación significativa a la ley 26.529 de 2009.

La ley 26.742 consagra en su artículo 1º una ampliación de la autonomía de la voluntad del paciente. Así, la persona tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud¹⁶.

Como hemos dicho, en el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de

¹⁶ Se puede ampliar en BLANCO, L. G., “Muerte digna. Consideraciones bioético-jurídicas”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 31; “La ley de muerte digna en el marco ético y jurídico de la ley de derechos de los pacientes”, en GIL DOMÍNGUEZ, A. (dir.), *Muerte digna*, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 159 y ss.

mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

Ahora bien, la ley 26.529 dispone en relación con las DMA, en su artículo 11, que si bien “[l]as directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”, en sintonía, el Código Civil y Comercial de la Nación (artículo 60) expresa: “Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas”.

El nudo de nuestra problemática se finca en establecer qué debe entenderse en las DMA como “desarrollar prácticas eutanásicas”. La eutanasia se puede clasificar en *activa*, que es la acción directa de finalizar con la vida del paciente, o *pasiva*, que implicaría la muerte por omisión sin medidas terapéuticas. Otra clasificación la ordena como *voluntaria*, que se produce cuando el paciente toma la decisión estando lúcido, o *no voluntaria*, cuando la decisión es tomada por parte de otros, médicos o familiares, por ejemplo, cuando el paciente se encuentra en estado de coma.

La práctica de la eutanasia *activa* en la Argentina implica la responsabilidad penal para el que la ejecute; la figura aplicable es el artículo 83 del Código Penal, que dispone: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”, o, en su caso, será homicidio, tal como lo regula el artículo 79, al disponer: “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena”.

Sostenemos que la *eutanasia activa* es el único supuesto de hecho que configura un delito penal; las prácticas de retiro de medidas de soporte vital, reguladas y autorizadas por la llamada ley de muerte digna 26.742 y lo dispuesto por el artículo 59, inciso g, del Código *no constituyen prácticas eutanásicas*, más bien importan un límite al ensañamiento terapéutico. Por ello las denominadas por algún sector de la doctrina “formas pasivas” sólo traen confusión. Lo dispuesto en

el inciso g, del artículo 5° de la ley 26.529 (ref. por ley 26.742) no constituye casos de eutanasia sino supuestos de muerte digna. En efecto, el artículo 11 de la Ley de Derechos del Paciente y el artículo 60 del Código evidentemente así lo refrendan pues impiden que las directivas anticipadas importen desarrollar prácticas eutanásicas, pero autorizan –artículo 59 del Código– a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, de alimentación, de reanimación artificial, medidas de soporte vital, las que deberán abordarse y analizarse en el caso concreto, a fin de evitar la distanasia, el ensañamiento terapéutico, tal como lo sostuvo la Corte en el caso “Marcelo Diez”, en donde ha expresado con claridad que “no se trata de promoción de prácticas eutanásicas, sino del respeto a la autonomía personal y al sentido de dignidad que cada persona elige en los finales de la vida”.

Las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en despacho de mayoría, sostuvieron, *de lege lata, que el personal de salud deberá informar al paciente que las prácticas que impliquen un límite al ensañamiento terapéutico no constituyen prácticas eutanásicas.*

Actualmente existen en Argentina cinco proyectos de ley que han ingresado al Congreso para su tratamiento. El proyecto denominado de “Buena Muerte. Regulación de la Eutanasia”, cuyos autores son los diputados nacionales Alfredo Cornejo, Jimena Latorre (por Mendoza) y Alejandro Cacace (por San Luis) (expte. 4597-D-2021, de 25 de noviembre de 2021), reiterado en abril de 2022 en la Cámara de Senadores por el actual senador Alfredo Cornejo. Por su parte, se presentó el proyecto denominado “Ley Alfonso. Derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente”, cuyas autoras son las diputadas Gabriela Estévez, Mara Brawer, Carla Carrizo, Carolina Gaillard, Mónica Macha, Cecilia Moreau y Florencia Lampreabe (expte. 4734-D-2021, de 6 de diciembre de 2021). Otro proyecto presentado se denomina “Regulación de la eutanasia y la muerte asistida”, cuyos autores son el senador por Mendoza Julio Cobos y Pamela Verasay (expte. 3956-D-2022, de 8 de agosto de 2022), reiterado en la Cámara de Diputados en septiembre de 2022. El 11 de agosto del 2022 la diputada Carolina Moisés del FdT presentó el proyecto de ley “Derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente” (expte. 4092-D-2022). Finalmente, el 13 de septiembre de 2022 la diputada Mara Brawer presentó en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina el

proyecto para legalizar la eutanasia y el suicidio asistido (expte. 4855-D-2022-TP 139/2022).

En sentido coincidente los proyectos disponen el respeto por las DMA cuando el médico certifique que el paciente no se encuentra en pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, de asistencia o ayuda para morir, siempre que haya suscrito con anterioridad un documento de DMA, debiéndose facilitar la prestación conforme a lo dispuesto en dicho documento.

Los proyectos, con algunas diferencias, realizan un adecuado tratamiento del consentimiento informado para solicitar la asistencia y ayuda para morir. Su desarrollo excede el marco de este trabajo, pero no dejamos de propiciar, como lo hicimos en presentaciones anteriores¹⁷, que el derecho a la prestación de ayuda para morir dignamente tenga su consagración legal.

VI. Palabras finales

*El rol de los y las profesionales de la salud en el final de la vida del paciente cuando ya la medicina no puede cumplir con uno de sus roles primordiales, el de curar, debe ser de solidaridad, de acompañamiento y de cuidado*¹⁸. Las directivas anticipadas en salud constituyen una herramienta fundamental para la expresión de la autonomía de la persona, en tanto representan las decisiones y manifestaciones autorreferentes de los pacientes que refieren a cómo desearían ser tratados en caso de no poder manifestar su voluntad. Asimismo, otorgan seguridad jurídica a los/as profesionales de la salud, Comité de Ética institucional y/o bioética, familiares, jueces/as, dado que las decisiones autorreferentes allí plasmadas sólo han de ser respetadas y tenidas en cuenta. Este trabajo pretende realizar un aporte que facilite, a través de las interpretaciones que proponemos, el acceso a este importante instrumento jurídico.

¹⁷ WOLKOWICZ, A. M. y FERNÁNDEZ OLIVA, M., “El impacto de las nuevas tecnologías sobre la dignidad y los derechos en los finales de la vida: el derecho a morir”, en *La Ley* 2023-A-414/420.

¹⁸ GARAY, O. E., “Protección de la persona y temas de la salud en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley Online*, AR/DOC/4212/2014.

Las diferencias que presenta este instituto respecto del consentimiento informado –especialmente aquellas referidas a la falta de información en un momento coincidente con la práctica médica que deben cumplir los y las profesionales de la salud conforme a la directiva– han sido, en muchos casos, objeto de críticas destinadas a cuestionar su utilidad. Sin embargo, tales objeciones no resultan determinantes para dejar en claro que estamos ante el ejercicio de un derecho. El ordenamiento jurídico incorpora este instituto en el marco de un Estado plural, laico, diverso y democrático, para que pueda ser utilizado por quienes así lo deseen. Por ello, celebramos su incorporación y regulación.

Bibliografía

- AGUILERA DIAZA, Jerónimo y PAZZANO, Laura, “Integración de directivas anticipadas a la historia clínica electrónica de un hospital universitario de alta complejidad”, en Hospital Italiano, https://www.hospitalitaliano.org.ar/multimedia/archivos/servicios_attachs/7084.pdf (9-9-2024).
- BLANCO, Luis Guillermo, “La ley de muerte digna en el marco ético y jurídico de la ley de derechos de los pacientes”, en GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (dir.), *Muerte digna*, Buenos Aires, La Ley, 2013, ps. 159 y ss.
- “Muerte digna. Consideraciones bioético-jurídicas”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.
- GARAY, Oscar Ernesto, “Protección de la persona y temas de la salud en el Código Civil y Comercial”, en La Ley Online, AR/DOC/4212/2014.
- GARAY, Oscar Ernesto y BORENSZTEJN, Cora, “Derecho a la autonomía y transfusión de sangre. El derecho a la salud de los menores”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas (núm. 9), 2014, p. 234.
- HOOFT, Pedro, “El derecho a morir en paz. La autonomía personal y las directivas anticipadas. Reflexiones en torno a la ley de muerte digna”, en Jurisprudencia Argentina 20212-IV-935.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las directivas anticipadas en el Derecho argentino”, en Revista Cubana de Derecho, vol. 4 (núm. 1, número centenario), 2024.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa (dirs.), “Tratado de persona humana y Derecho de las Familias”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2024, t. I.

- LAMM, Eleonora, “Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina”, en Microjuris, MJ-DOC-9927-AR, MJD9927, del 23-6-2016.
- MAGLIO, Ignacio; WIERZBA, Sandra M.; BELLI, Laura F. y SOMERS, María Eugenia, “El Derecho en los finales de la vida y el concepto de muerte digna”, en Revista Americana de Medicina Respiratoria, Asociación Argentina de Medicina Respiratoria, vol. 16 (núm. 1), 2016; disponible en Conicet, <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/39776>, consulta del 10-8-2024.
- MORRISON, Rolfe Sean; OLSON, Ellen; MERTZ, Kristan R. y MEIER, Diane E., “The inaccessibility of advance directives on transfer from ambulatory to acute care settings”, en JAMA, 1995, 274:478-82; disponible en Pubmed, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/7629957/> (9-9-2024).
- PALACIOS, Agustina, “Interrupción voluntaria del embarazo y personas con discapacidad”, en Revista de Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia 3-2021.
- PELLE, Walter D., “La edad mínima para otorgar directivas médicas anticipadas”, en Microjuris, MJ-DOC-9830-AR, MJD9830, del 7-4-2016.
- PEZZANO, Laura, “Directivas anticipadas. Una expresión de planificación anticipada del cuidado médico”, 2010, en Hospital Italiano, <http://www.hospitalitaliano.org/docencia/nexo/attachs/4186.pdf> (9-9-2024).
- SOSA, Guillermina Leontina, “Vulnerabilidad: los lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como respuesta a la dispersión”, en La Ley Online, AR/DOC/1869/2022.
- TINANT, Eduardo L., “Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina”, en Microjuris, MJ-DOC-9927-AR, MJD9927, del 2-8-2024.
- WOLKOWICZ, Ana Marcela y FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela, “Directivas anticipadas”, en WOLKOWICZ, Ana Marcela y FERNÁNDEZ OLIVA, Marianela (coords. generales), *Persona humana. El Código Civil y Comercial de la Nación en el paradigma de los derechos humanos*, 1ª ed., Rosario, Zeus, 2017, p. 227.
- “El impacto de las nuevas tecnologías sobre la dignidad y los derechos en los finales de la vida: el derecho a morir”, en La Ley 2023-A-414/420.

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° – Inscribese, 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 “íd.”, 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 JUNIO DE 2026

