

ISSN 0329-9430

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

Nº 26



FDER UNR

ROSARIO
REPÚBLICA ARGENTINA
2022

Revista de la
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Nº 26

Año 2022

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 2022

Decano Dr. HERNÁN J. BOTTA
Vicedecana Dra. ARACELI M. DÍAZ
Secretario General Dr. EDUARDO SILVANO
Secretario Privado Dr. EDUARDO D'AGOSTINO
Secretario Académico Dr. GERMÁN GERBAUDO
Subsecretaria Académica Dra. EVELYN ZELAYA
Secretaria de Concurso y Carrera Docente Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
Secretario de Asuntos Estudiantiles Dr. AUGUSTO APPOLINARI
Secretaria de Acreditación Dra. MARÍA EMILIA BARBERIS
y Planificación Académica
Secretaria de Ciencia y Técnica Dra. PAULA NAVARRO
Secretario de Extensión Universitaria Dr. GONZALO LUCIANI
Secretario de Relaciones Institucionales Dr. EMILIO L. FANTONI
Secretario de Relaciones Internacionales Dr. JUAN MANUEL PLÁ
Secretario de Gestión Institucional Dr. JAVIER RÉBORI
Secretaria de Derechos Humanos, Dra. MARCELA MANCINI
Políticas de Género y Diversidad
Secretario de Comunicación Dr. LUIS VILA
y Tecnologías Educativas
Secretario Financiero CPN JORGE RASINES
Secretario Técnico Dr. LISANDRO CORONATO
Secretaria Administrativa Tec. AMADA A. GAITÁN
Director de Escuela de Graduados Dr. ALFREDO M. SOTO
Secretario Académico de Dr. GERMÁN GERBAUDO
Escuela de Graduados
Gerente de la Co.Fa.De. CPN LAURA RODRÍGUEZ

PROFESORES EMÉRITOS

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

PROFESORES HONORARIOS

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

CONSEJO DIRECTIVO 2022

CLAUSTRO DOCENTE

Titulares

MARCELO VEDROVNIK

ANDREA MEROI

CARINA LURATI

CARLOS ALFREDO HERNÁNDEZ

JUAN JOSÉ BENTOLILA

JORGE MURILLO

SANDRA ANALÍA FRUSTAGLI

MARGARITA ELSA ZABALZA

GUSTAVO FRANCESCHETTI

ROBERTO ANTONIO VÁZQUEZ

Suplentes

GERARDO MUÑOZ

ANALÍA ANTIK

STELLA MARIS ALOU

MARIANA ANAHÍ AZPEITÍA

IVÁN KVASINA

RODOLFO DARÍO RAMOS

MARIANA BEATRIZ IGLESIAS

DIEGO ECHEN

ANA CLARA MANASSERO

KARIN NEBEL

CLAUSTRO GRADUADOS

Titular

PAULA VERÓNICA CALACÉ VIGO

Suplentes

NOELIA DANIELA GONZÁLEZ

FRANCISCO NICOLÁS PITA

BIANCA SINGARELLA

CLAUSTRO NO DOCENTE

Titular

MARÍA FLORENCIA JUÁREZ

Suplentes

LEONARDO FABIÁN SEVES

MELISA AYELÉN CHUDE

CONSEJO SUPERIOR

Titular

ALFREDO MARIO SOTO

Suplente

LUCIANA PAULA MARTÍNEZ

CLAUSTRO ESTUDIANTIL 2022

Titulares

AGUSTINA ROSSO SASIA

AGUSTINA POLANICH

JULIÁN MARTÍNEZ

JUAN AMHERD

JAZMÍN MARIN

JUAN ANDRÉS POLACEK

VIRGINIA MIÑONES PEREIRA

CANDELA MATTÍA

Suplentes

SANTIAGO ZIGNAGO

GIAN LUCA TALOTTI

LEILA MAILÉN RUSSO

FLORENCIA VALENTINA LEMOS

BRIAN EZEQUIEL LOBOS

JUAN IGNACIO REA HERNÁNDEZ

CONSEJO ASESOR DE INVESTIGACIONES

Dr. CARLOS ENRIQUE ARCOCHA

Dr. MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

Dra. NOEMÍ LIDIA NICOLAU

Dra. MARIANELA FERNÁNDEZ

COORDINACIÓN DE ESTE NÚMERO

Secretaría de Ciencia y Técnica PAULA NAVARRO

NATALIA COMPAGNUCCI

LAURA ROMERO

VALERIA TOLOSA

ÍNDICE

<i>Presentación</i> , por HERNÁN BOTTA	13
<i>“In memoriam”</i> . Ada Lattuca, por MARÍA ALEJANDRA LARREA	15

ÁREA TEMÁTICA

“Las nuevas ramas del Derecho”

<i>Las nuevas ramas del Derecho</i> , por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI	47
<i>La alteridad animal y su reconocimiento en el ámbito moral, jurídico y político</i> , por SABRINA LAURA LATINO	67
<i>“Lhaka Honhat”</i> : una nueva perspectiva sobre los pueblos originarios y sus derechos, por RUBÉN MARTÍNEZ.	89
<i>Derecho de la Ciencia: nueva rama del mundo jurídico</i> , por DIEGO MENDY	103
<i>La naturaleza jurídica de los meteoritos y su protección legislativa</i> , por ANDRÉS ALBERTO PIENIZZIO	121
<i>La ESI: un derecho humano que no podemos descuidar</i> , por ISABELLA RAPUZZI y SOL GUZMÁN.	141
<i>El derecho de la educación y las fuentes de espectáculo en la enseñanza</i> , por DARÍO A. VICTTORE.	155

SECCIÓN LIBRE

<i>La influencia del concepto de pretensión procesal en la decisión judicial</i> , por GUSTAVO ANDRÉS ACOSTA y MARIANA FLORENCIA DEL BASSO	171
<i>Laboratorios para la innovación jurídica</i> , por ANALÍA ANTIK	197
<i>La objeción de conciencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos</i> , por MARIANO BÄR	221
<i>La constitución de nuestra comunidad. Bases y elementos esenciales del constitucionalismo comunitario</i> , por JUAN FACUNDO BESSON	239
<i>Género y procedimiento administrativo: el impacto y la necesaria aplicación de normas de fondo y convencionales en los procedimientos administrativos</i> , por ANTONELLA CHIARRELLO y DENISE FRONTANINI	265
<i>Gastón Bachelard y el desafío de romper con lo obvio</i> , por JAVIER HUMBERTO FACCO	285
<i>Breve relato sobre la lucha de la mujer argentina por sus derechos civiles, laborales y políticos</i> , por MARCELO MARCHIONATTI	311
<i>Usucapión entre copropietarios. Un asunto siempre controvertido</i> , por GUSTAVO M. NADALINI	337
<i>Evolución de la prueba: indagando las diferencias y similitudes entre la prueba documental y la prueba electrónica</i> , por LEONARDO POSES STEKELBERG	363
<i>De la factibilidad del etiquetado de eficiencia energética de inmuebles en la Provincia de Santa Fe</i> , por MIGUEL LUVERA y ELIANA G. PRIVITERA (<i>ex aequo</i>)	387
<i>Desistimiento de testigos durante el juicio penal oral</i> , por CECILIA SUPERTI	407
<i>Inteligencia artificial autónoma: el nacimiento del órgano electrónico transhumano (OET)</i> , por GUSTAVO J. THOMAS	425

APORTES DE ESTUDIANTES

*Comunidades originarias y trabajo infantil: ¿infancias
indígenas trabajando o infancias trabajando?
El peligro entre simplicidad y complejidad
no siempre lineal, por JACQUELINE IVONE PAUL* 447

NORMAS EDITORIALES 463

PRESENTACIÓN

El número 26 de la *Revista de la Facultad de Derecho* de la Universidad Nacional de Rosario continúa la tradición de ser un espacio de promoción y difusión de estudios e investigaciones sobre el Derecho que llevan a cabo docentes, investigadores, graduados y estudiantes en la FDER.

El número se inicia con el escrito “*In memoriam*”. *Ada Lattuca* de la docente investigadora María Alejandra Larrea y directora del Centro de Investigación en Ciencias Sociales “Dra. Ada Lattuca” (Cicso-FDER), en el que elabora una semblanza de quien fuera docente investigadora e integrante del Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho, investigadora de la Carrera del Investigador Científico de la Universidad Nacional de Rosario (CIC-UNR) y fundadora del Cicso y su directora hasta 2019, año de su fallecimiento.

En segundo lugar, la sección temática *Las nuevas ramas del Derecho* propone reflexionar sobre las noveles áreas de la juridicidad debido a que “el despliegue de una nueva era signada por grandes cambios científicos y técnicos hacen particularmente necesario revisar los planteos tradicionales mediante otros generadores de ramas donde los derechos y las innovaciones reciban más atención” (Ciuro Caldani, 2022, escrito orientador). El artículo *Las nuevas ramas del Derecho* encabeza esta sección compuesta por siete escritos.

La sección de temática libre presenta doce escritos de doctrina que actualizan los debates en curso de la ciencia jurídica. El número cierra con el aporte de la estudiante Jaqueline Paul, quien fuera becaria del Programa “Becas de estímulo para la investigación científica para es-

tudiantes de grado” de la Facultad de Derecho en el año 2023 y que presenta en su trabajo los resultados de su investigación.

Este número de la *Revista de la Facultad de Derecho* es plural no sólo en las voces de docentes, investigadores, graduados y estudiantes que lo conforman, sino también en la diversidad de temas que se abordan. En ese sentido, agradezco a sus autores por colaborar con la producción de conocimiento sobre el Derecho en sus distintas ramas y perspectivas.

En continuidad con los números 24 y 25, la Secretaría de Ciencia y Técnica y el Consejo Asesor de Investigaciones de la FDER llevaron a cabo para este número un proceso de referato con pares evaluadores externos y la implementación del sistema de revisión doble ciego que mantiene el anonimato para autores y evaluadores. Agradezco a los veintitrés especialistas que participaron como evaluadores externos a la Universidad Nacional de Rosario porque sus aportes enriquecen el presente número.

Quiero agradecer, además, al Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho en las personas que actualmente lo integran: al Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, a la Dra. Noemí Nicolau, al Dr. Carlos Arcocha y a la Dra. Marianela Fernández Oliva, por su compromiso y colaboración con las distintas etapas de elaboración de este nuevo número de la *Revista de la Facultad de Derecho*.

Una mención especial a la editorial Rubinzal-Culzoni por el cuidado en la edición y publicación del N° 26.

Finalmente, al grupo de trabajo que compone la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad por su labor de coordinación del nuevo ejemplar de la *Revista de la Facultad de Derecho* que sale a la luz en el convencimiento de que fortalece la actividad académica y científica de nuestra Casa de Altos Estudios.

Dr. HERNÁN BOTTA
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario

“IN MEMORIAM”. ADA LATTUCA

por MARÍA ALEJANDRA LARREA¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los orígenes. 3. El grado. 4. La carrera docente (1966). 5. La carrera como investigadora científica, primera parte (1972 a 1987). 6. El Doctorado (1980-1984). 7. La carrera de investigadora científica, segunda parte. El Centro de Estudios Migratorios (CEM) (1987). 8. Ada Lattuca, criatura de dos mundos. 9. Colofón. Bibliografía.

Resumen

Profesora honoraria de la Universidad Nacional de Rosario. Cavaliere dell'Ordine della Stella d'Italia. El trabajo de Ada Lattuca ha sido reconocido como un aporte al conocimiento universal. ¿Cuál es esa obra? ¿De dónde surge? Su labor vital, vastísima, tiene despliegues que no siempre se recogen en una producción escrita o en registros de fácil acceso; por ejemplo, los treinta y un años en los que enseñó Historia Constitucional Argentina en nuestra Facultad, formando abogados con capacidad analítica y de interpelación de las normas en tiempo y espacio. Otro ejemplo lo constituye su desempeño en decenas de instituciones académicas y culturales, en Rosario, la Argentina toda, América y Europa, y sobre todo en la interacción de todas ellas. Pero tan fascinantes como lo que pensó, creó e hizo, son ella misma y sus circunstancias. Sus herederos intelectuales hemos aprendido de Ada que la historia de las naciones se construye con la vida de cada persona y, por lo tanto, en este artículo de homenaje aspiramos, con el corazón,

¹ Abogada por la Universidad Nacional de Rosario. Profesora adjunta de Historia Constitucional Argentina, Directora del Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales “Dra. Ada Lattuca” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

a hacer aunque sea un esbozo de la formidable maestra, de sus orígenes, su vida profesional y sus principales amorosos legados.

Abstract

Honorary professor at the National University of Rosario. Cavaliere dell'Ordine della Stella d'Italia. Ada Lattuca's work has been recognized as a contribution to universal knowledge. What is that work? Where does it come from? Her vital work, vast, has unfoldings that are not always included in a written production or in easily accessible records; for example, the thirty-one years in which she taught Argentine Constitutional History at our Faculty, training lawyers with analytical capacity and the ability to question norms in time and space. Another example of her is her performance in dozens of academic and cultural institutions, in Rosario, all of Argentina, America and Europe, and above all in the interaction of all of them. But just as fascinating as what she thought, created and did, are herself and her circumstances. Her intellectual heirs have learned from Ada that the history of nations is built with the life of each person, and therefore in this tribute article we aspire, with our hearts, to make even a sketch of the formidable teacher, of her origins, his professional life and his main loving legacies.

Palabras clave

Ada Lattuca. Historia Constitucional Argentina. Simbiosis.

Keywords

Ada Lattuca. Argentinian Constitutional History. Simbiosis.

1. Introducción

Entre los años 1984 y 2015, los ingresantes a la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR) podían encontrarse con dos fenómenos. Uno era necesario: la materia Historia Constitucional Argentina, en el Ciclo Básico. El otro, azaroso: que la profesora a cargo del curso fuese Ada Lattuca.

Yo tuve esa suerte extraordinaria. La vi en una entrada fugaz al

Aula G, en el primer día de cursillo de ingreso de 1992 que ella coordinaba². No sabía esto último, desde ya, ni sabía tampoco quién era la mujer de pelo rojo y cigarrillo entre los labios que interrumpió la clase para hacer una pregunta que no comprendí y tampoco recuerdo. Pero sí la recuerdo a ella. Al empezar el ciclo lectivo ordinario, empezó también nuestra historia en conjunto, que ya no tuvo final y que hoy en parte me permite contar –de un modo forzosamente breve e inevitablemente insuficiente– la historia de su legado académico-científico.

2. Los orígenes

Hasta hoy sabemos que en el cuerpo de un ser humano se puede hacer un rastreo genético³ de ocho generaciones inmediatamente anteriores⁴. Para que cada uno sea quien es, han participado doscientos cincuenta y seis individuos a lo largo de casi dos siglos y medio, calculando una generación cada 30 años. Ese simple pensamiento es maravilloso y al mismo tiempo causa un leve escozor: transportamos rasgos de personas a las que no conocemos, que vivieron cada segundo de sus vidas en mundos muy diferentes al nuestro, de los que hasta la más vaga idea no puede ser más que una aproximación incomprobable, y que sin embargo intervinieron de modo determinante en lo que somos.

Pero de los que sí conocemos, llevamos no sólo la ancestralidad genética sino la cultural y, sobre todo, la afectiva. A veces, incluso,

² Coordinó los Cursos de Ingreso de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UNR desde 1983 hasta 1996.

³ Se ha definido el rastreo genético como la “Búsqueda sistemática y generalizada de un genotipo concreto en todos los individuos de una población”. Cfr. Diccionario Médico, <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/rastreo-genetico>, fecha de consulta: 12-12-2022.

⁴ ALFARO DE PRADO, A., “¿Descendemos de todos nuestros antepasados?”, en Manual de Genealogía, <https://www.genealogiahispana.com/adn/descendemos-de-todos-nuestros-antepasados/>. Hasta la novena generación podríamos descender de todos nuestros antepasados, pero a partir de ahí nuestra herencia genética es mucho más limitada y se dispara la cifra de antepasados de los que no somos descendientes genéticos.

las fechas de nacimiento se sienten como mojones más o menos verdaderos, pues existe una experiencia anterior que se puede contar hasta como propia, en la medida en que hemos aprendido vivamente, emocionalmente, el relato de nuestros mayores.

Esto lo sabía Ada Lattuca; lo sabía y lo sentía muy profundo. Por eso dedicó buena parte de su vida a comprender y contar el pasado, como una continuidad que jamás pierde su vigencia, su actualidad.

Anunciada Lattuca –que así la llamaron sus padres, aunque se enojó– nació en Rosario, el 5 de julio de algún año de la primera mitad del siglo XX. Sabemos muy bien que jamás salió de sus labios el año de su nacimiento y que mucho se ha empeñado en el silencio que no vamos a quebrar justo aquí. Nació ese 5 de julio porque hacía unas cuantas décadas que el país recibía inmigrantes para paliar la baja tasa de nacimientos nativos, y que prosperase el modelo agroexportador. Nació ese 5 de julio porque, al hilo del proyecto político, cientos de miles de personas trazaron el futuro de sus vidas y cruzaron océanos, entre los que estuvieron Luis (Luigi) Lattuca y la familia de Francisca Callea. Vamos a empezar por ellos, entonces, no sólo porque fueron una referencia permanente para el trabajo de Ada⁵, sino también porque a través de ellos puede contarse la historia de la Rosario de aquel entonces.

Luis llegó a Buenos Aires, y luego a Rosario, desde Santa Elisabetta,

⁵ Su último libro fue el tomo 1 de “Evolución histórica comparativa de los derechos sociales en los Estados Parte del Mercosur y en el Mercosur, en el siglo XX”, que además dirigió. En ese trabajo se dedicó a la historia de las normas sobre inmigración en los cuatro países de la cuenca del Plata, muy exhaustivamente. Pero en el ínterin publicó un librito delicioso, que se llama “Nosotros, los sicilianos”. Tanto de sí, no más en el título: ella también es una siciliana, aunque haya nacido en el barrio Godoy de Rosario y por línea materna sea incluso nieta de sicilianos. Pero esta afirmación aumenta la paradoja, porque quienes hemos vivido con ella, al abrigo de su exuberante vitalidad, sabemos que también se sentía una rosarina auténtica, y estaba enamorada de su ciudad natal. Tal vez sus amores no diferían mucho uno del otro, y se entretejían abigarradamente, porque Rosario es una ciudad de inmigrantes, y su barrio Godoy es un barrio de sicilianos. En “Nosotros, los sicilianos”, Ada cuenta la historia de la Casa Familia Siciliana de Rosario, que fundó su padre, y de la que ella fue secretaria de actas hasta el último de sus días; es que la historia de cada uno de nosotros servirá para contar la más verdadera epopeya de la Nación toda.

Agrigento, Sicilia. Con suma elegancia, su nieto Luis Chede Lattuca⁶ nos contó que Luis llegó de *l’Isola* “mandado por su padre, teniendo diecisiete años, más o menos; dieciocho. Lo mandan *por algunas cosas que sucedían en Sicilia*”. Veintiocho años con Ada nos enseñaron que “algunas cosas” nunca se traducen en hechos concretos, así que sigamos. Cuando llegó a Rosario se acomodó en una pensión de San Juan y Balcarce, que administraba Juana Callea, oriunda de Raffadali y madre de once hijas. La menor, Francisca, se convirtió, unos años después, en la esposa de Luis y juntos habitaron una casa del tipo “chorizo” sobre calle San Nicolás, casi llegando a Avenida Godoy⁷. Luis había traído su oficio de zapatero y así empezó como remendón. No con poco esfuerzo pasó a instalar una zapatería en Cerrito y Caferata⁸. Entonces comenzaron a llegar los paisanos: “Empiezan a venir

⁶ Agradecemos, desde el corazón, al mayor de los hijos de Ada, el Dr. Luis Chede Lattuca, la larga entrevista que nos concedió, lo abierto y amable que fue en relación con todas mis preguntas. Ha heredado tantas cosas de su madre, la rapidez intelectual, tantos gestos, tantos tonos pícaros, que además tengo que agradecerle habérmela traído un ratito, en una forma actual.

⁷ Nada parece casual. Los nombres de la Avda. Godoy y el barrio Godoy son tributos que la ciudad rinde a Francisco de Godoy, una figura casi mítica en el nebuloso proceso de fundación de la Capilla del Rosario. Parece que Godoy llevó consigo, hasta el emplazamiento de la actual ciudad, un pueblo entero de indios Calchaqués, para que dejaran de importunarlos los Guaycurúes. Cfr. SÁNCHEZ, S. J., “Los relatos fundacionales de la ciudad de Rosario, Argentina”, en *Revista Tinkuy*, núm. 20, 2013; Dialnet, www.dialnet.unirioja.es, file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LosRelatosFundacionalesDeLaCiudadDeRosarioArgentin-4736629.pdf, fecha de consulta: 20-1-2022.

⁸ La zapatería “Chiche” llevaba el nombre del hermano mayor de Ada. A la relación de toda la familia con el *metier* de Luis Lattuca, lo cuenta de modo entrañable Luis Chede, y por eso lo citamos textualmente: “Trabajó muchísimo mi abuelo para la comunidad, tanto así que funda, por allá por el año sesenta y tres, sesenta y cuatro, la Asociación Familia Siciliana, en calle San Nicolás entre Ituzaingó y Pasco. La funda juntando la cabeza de un montón de sicilianos que estaban acá en Rosario, que ya se habían instalado, que tenían, la gran mayoría, fábrica de zapatos. Ya mi abuelo estaba instalado con su negocio de zapatería. Caferata y Cerrito estaba la zapatería Chiche, que era la zapatería boutique del barrio. El nono, un fenómeno; Ada y la nona, cuando se quedaban... Ada vendía, vendía, vendía mucho. Pero cuando se quedaba mi abuela... Mi abuelo todos los jueves se los tomaba libre; entonces él se iba al mercado de acá de calle San Juan, San Juan entre Entre Ríos y Mitre, y ahí compraba quesos, verduras, y llevaba. Ese día lo usaba y los dejaba a mi abuela y a mi tío al mando de la zapatería. Cuando volvía les decía: ‘¿Y, qué tal, Chichi? ¿Cómo

los hermanos de mi abuelo de Sicilia, con sus hijos, y él, como todos [...] No te olvides de que la única comunicación que existía era la carta, que llegaba dos meses después. Ellos ya sabían [porque Luis] les había mandado a todos los parientes en Santa Elisabetta dónde estaba él parando, en Rosario; que se había casado, con Franca, una coterránea ‘Raffadalisi’, como le decían ellos. Y ahí empezaron a caer todos los parientes a la casa de mi abuelo. Mi abuelo daba cobijo a todos hasta que, más o menos, se ubicaban. Típico de tanos: a veces eran veinte viviendo dentro de una casa chorizo: era una casa de más o menos cuatro o cinco habitaciones”.

Ése fue el ámbito de la infancia de la futura profesora Lattuca. Tenemos que suponer⁹ que la multitud en su propia casa le venía bien, porque fue histriónica y curiosa desde que nació. También intuimos que semejante tumulto colaboró en su ingobernabilidad, pues tal como hemos contado alguna vez¹⁰, fue una estudiante tremendamente desobediente en los primeros cuatro años de escuela primaria, y la maestra de tercer grado resultó inmune al carisma infantil que solía sacarla de problemas. De modo similar, esquivo le resultó su primer amor... Ésa, tal vez, fue la primera anécdota que le escuché, cuando estaba en mi primer año de ayudantía y participaba de una charla entre Ada y la

fue?’ –hace el gesto de levantar los dos hombros–. ‘No entró nadie’ –risas–. ‘¿No vendiste nada?’ ‘No, no vendimos nada’ [...] En cambio cuando estaban Ada y mi abuela, la caja siempre funcionaba. A mi abuela le pedían un zapato negro con hebilla, los miraba y les decía: ‘No tengo’. En cambio Ada les daba el negro, con hebilla, con cordón, lo pintaba...”

⁹ En verdad no suponemos: Ada siempre recordó su infancia con gran alegría. Se emocionaba al pensar en la casa llena, en la llegada del primo tal o del primo tal otro, cada arribo con su anécdota, algunas que nos provocaban carcajadas por muchos segundos. Ella misma se reía de todo y de todos, incluyéndose. Es que siempre tuvo ese modo gracioso, irónico –aunque casi siempre bien intencionado– para contar historias, y sus protagonistas jamás quedaban del todo bien parados. De lo que alguien podrá deducir que se reía a costa de ellos, y eso también sería verdad. Pero como se dice vulgarmente, también se reía *con* ellos, porque le provocaban un profundo amor. Con los años, cuando conocí a otros sicilianos, me di cuenta de que ésa es la manera en la que con más comodidad pueden expresar su cariño: a través de la ironía. Claro que, llegado el caso, podía ser muy generosa con los “te quiero”.

¹⁰ LARREA, M.^a A., “*In memoriam*. Ada Lattuca”, en *Derecho de la Integración*, núm. 18, B&L, Rosario, 2021, ps. 9 y ss.

profesora Blanca Di Salvo en el viejo Centro de Estudios Migratorios. La doctora Di Salvo abrió sus celestísimos ojos al enterarse, incrédula, de cómo Ada había sido la peor y más indisciplinada estudiante del curso. Yo no estaba muy lejos de su asombro, pero el mío era admirativo y el de la profesora, en cambio, cercano al espanto. Recuerdo que le preguntó algo así como: “¿Entonces, cuándo te convertiste en lo que sos ahora?”; y la respuesta de Ada fue: “Cuando me enamoré del mejor del curso”. Porque el muchachito en cuestión no le prestaba atención a semejante díscola, y ella se dispuso a transformarse en una alumna modelo para impresionarlo. No sé, la verdad, si logró su cometido con el chico, pero sí sé que al final terminó siendo abanderada.

3. El grado

Sus estudios medios los hizo en el Liceo de Señoritas Bernardino Rivadavia. Al terminarlo, había decidido cursar la carrera de Medicina. Esa vez –quizás una de las pocas– no estuvo respaldada por su familia. Entonces optó por estudiar Enfermería y, por supuesto, fue una alumna exitosa y aplicada, que pronto se hizo un lugar de cariño y admiración entre sus condiscípulos y maestros. Estuvo en ese menester unos tres años, y luego lo dejó. Aunque su decisión pudo deberse a que encontraba que la sangre y la acción no eran lo suyo¹¹, nos contó una vez que en su decisión habían intervenido algunas fuerzas familiares, no del todo convencidas de que ése fuera un lugar bueno para ella. Se decían “cosas” acerca de lo inapropiada que era la camaradería de las guardias, de los riesgos que la profesión conllevaba, y al cabo de un tiempo declinó también ese proyecto de vida. Pero pronto lo reemplazó por otro.

Como hemos dicho ya, la Medicina perdió a un elemento que pudo resultar muy valioso, pero la Historia ganó una cientista definitivamente significativa.

¹¹ Ésa es la opinión de Luis Chede Lattuca, quien nos lo dijo así: “Ada elige Historia porque no iba con el tema de la Enfermería. No le gustaba. Ella, la cuestión humanitaria la vio desde otro lado, desde el estudio de las civilizaciones y no desde el contacto directo con la persona. No era muy macha para la sangre y esas cosas, y dijo: «Esto no es para mí»”.

Puesta a convertirse en profesora de Historia, se lanzó de inmediato a la faena. Fue auxiliar de docencia en Latín II y Latín III en la Facultad de Filosofía y Letras, entre 1957 y 1958, cuando aquélla integraba la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Cosas del latín: mientras cursaba la materia, Ada Lattuca conoció a un joven docente que pronto sería su novio: Antonio Chede¹².

En 1959 se presentó a un concurso para el cargo de ayudante alumna de *Historia Argentina*, y lo ganó. Se cumplió, en ella, lo que había anticipado Ramos Mejía acerca de las circunstancias psicobiológicas de los hijos de extranjeros, favorables al desarrollo de un sentimiento amoroso por el país de recepción: “El niño concebido en esa plena efervescencia del sistema nervioso –la del inmigrante al comenzar a sentir que le va bien y que se ‘acriolla’– recibe una herencia de aptitudes mayor que si los padres hubieran permanecido en la inercia de su primer estado. Por las causas enumeradas, el inmigrante transformado no piensa ni siente con su instrumento importado, que era deficiente, sino con el fundido en el patrón que el medio le ha impuesto”¹³.

Así que al graduarse ya tenía una experiencia respetable como auxiliar docente. Agregamos, para mayor dimensión de sus logros, que en el ínterin se había casado y que en 1961 nació el primero de sus cuatro vástagos, al que dio el nombre de sus mayores ídolos: Luis Lattuca y Alejandro Magno.

4. La carrera docente (1966)

Su debut como profesora matriculada lo hizo en 1962, en el Instituto Superior del Profesorado “Olga Cosettini”. Fue titular de la materia Historia Moderna hasta 1994, o sea, durante 32 años. En 1966, la

¹² Antonio Chede había cursado el Seminario y al concluirlo la formación profundamente humanística de los padres bayoneses lo había inclinado por la carrera de Filosofía. Cursó alrededor de cinco años, y en su cargo de ayudante de cátedra de Latín conoció a la alumna Ada Lattuca. Después de casados, optó por iniciar la carrera de Derecho en la Universidad Nacional del Litoral, de modo que estudiaba como alumno libre y viajaba a Santa Fe para rendir.

¹³ RAMOS MEJÍA, J. M.^a, “Las multitudes argentinas”, ed. de la Secretaría de Cultura de la Nación, Buenos Aires, 1899, ps. 162 y s.

UNL¹⁴ la vio titularizar su primera cátedra, Historia Moderna, materia que enseñó durante cinco años en un período aciago para el país; uno de varios, pero particularmente nefasto. Conservó siempre la memoria de profesores que habían sido los suyos, y debieron abandonar sus puestos por las más disímiles circunstancias, ninguna que tuviese que ver con la calidad docente. Y, sin embargo, en 1974 se presentó al concurso en la Facultad de Ciencia Política para un cargo en una materia mucho menos cómoda que Historia Moderna: *Historia Política Argentina*. Ganó el concurso. Atravesó, en consecuencia, todo el Proceso de Reorganización Nacional hablando de los temas fundantes de la realidad argentina, mientras once miembros de su nueva Facultad¹⁵ y setenta y ocho de la de Humanidades –entre docentes, estudiantes y graduados– desaparecían o eran asesinados¹⁶.

En la segunda mitad de los ochenta no sólo el proceso democrático argentino se fue afianzando, sino también el arraigo de Ada en la Facultad de Derecho. Desembarcó en la planta baja del edificio de Córdoba 2020 justo en 1985, para enseñar Historia del Derecho. Pero he aquí que se abrió el concurso para cargos de adjuntos en Historia Constitucional Argentina y ganó.

La labor de Ada Lattuca como docente de Historia Constitucional Argentina ocupa 29 años de su vida¹⁷ y distintas universidades. La materia fue uno de sus niños mimados y jamás la desvinculó de su quehacer en otros ámbitos de estudio, porque ella sabía que todo se comprende en la Historia, y sólo en la Historia. Y también, claro, porque amó a Argentina muy profundamente.

Más adelante contaremos cómo fue pionera en el estudio de los sistemas de integración. Por ahora nos quedamos con un hecho y sus consecuencias, que nos permite continuar con el relato. El 31 de marzo

¹⁴ Mientras dictaba la materia, en noviembre de 1968, se creó la Universidad Nacional de Rosario y la Facultad de Filosofía, Humanidades y Artes pasó a formar parte del staff de facultades de la novísima universidad.

¹⁵ En UNR, <https://fcpolit.unr.edu.ar/un-recorrido-por-la-memoria/>, fecha de consulta: septiembre de 2021.

¹⁶ En Radio UNR, <https://radio.unr.edu.ar/nota/7487/humanidades-restituyo-legajos-a-desaparecidos-y-asesinados>, fecha de consulta: septiembre de 2021.

¹⁷ Dejó el grado en 2015, aunque después de eso siguió asistiendo como oyente, de tanto en tanto, a las clases de su antigua Comisión.

de 1993 se firmó el Tratado de Asunción entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y se creó el Mercosur. Al año siguiente, Ada secundó al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani en la creación del Centro de Estudios Comunitarios (CEC, hoy Centro de Investigaciones en Derecho de la Integración y Derecho Comparado). En noviembre de 1994 impulsaron y suscribieron la Declaración de Rosario que instaba a la enseñanza del Derecho Comunitario y de la Integración en las carreras de Derecho de todo el Mercosur. En su consecuencia, al año siguiente, junto a Sonia Moreno, Ada Lattuca dirigió el Primer Seminario y Ciclo de Orientación Definida en Derecho de la Integración de nuestra currícula. Por doquier, la actividad académica en relación con el Mercosur iba viento en popa. El Mercosur en sí mismo era una realidad alentadora. Y quienes fuimos alumnos y somos discípulos de Ada, sabemos que todo lo que ella supo, todo lo que comprendió, lo volcó en el grado con la misma generosidad que en la multitud de espacios académicos nacionales, regionales e internacionales que ocupó. Y hasta el último día al frente de su cátedra la vimos sentada en su escritorio, preparando la siguiente clase. Jamás ha dado nada por supuesto. Jamás dejó de estudiar porque el enriquecimiento de su saber la obligó *permanentemente* a más.

No puede llamar la atención, entonces, que tanto ella como la profesora Moreno trataran el tema “Mercosur” en sus comisiones de Historia Constitucional Argentina, aunque aún no hubiese sido incorporado al programa de estudios. Lo que le valió una controversia con las autoridades de la cátedra, que llegó hasta el Consejo Directivo de la Facultad.

Tal vez aquí convenga detenernos un segundo, sobre el significado que la materia tuvo para Ada.

Historia Constitucional Argentina apareció en la Escuela de Derecho de Rosario, dependiente de la UNL, ya en su primer plan de estudios¹⁸, en 1959. Nos consta que Historia Constitucional integraba la currícula de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UNL, aunque, como señala Araceli Díaz y ya había indicado Ada Lattuca, el programa de la nueva

¹⁸ DÍAZ, A. M., “El primer plan de estudios de la Escuela de Derecho de la UNL (1959)”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 24, UNR, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018. Debemos un agradecimiento especial a la Dra. Díaz por habernos facilitado datos y brindarnos el favor de su amor por nuestra Facultad.

Escuela se adaptó a la orientación que, desde el origen, quiso darse a la Universidad rosarina: una formadora de profesionales aptos para las necesidades de la ciudad pujante y burguesa¹⁹. En consecuencia, que la Historia Constitucional se enseñe, desde el origen, en el primer año, no es caprichoso. En este punto es imposible soslayar que entre los profesores del primer claustro docente estaba Werner Goldschmidt y que éste es uno²⁰ de los motivos por los cuales la teoría tridimensionalista del mundo jurídico tiene un bastión tan fuerte en nuestra Facultad; de donde es fácil derivar el hincapié hecho en el estudio histórico de las instituciones políticas y jurídicas: no puede pensarse en el abordaje de la dimensión sociológica del Derecho, sin plantearla en su devenir.

Ésa es la inteligencia que daba Ada Lattuca a la materia, y por eso enseñaba a sus alumnos del curso regular la última gran, significativa, reforma institucional: el Mercosur. Como estuvo planteado, y sobre todo desde 1994, el Mercosur es una nueva fuente de normas con jerarquía superior a las leyes. Por eso le dolió mucho que se la cuestionara ante el Consejo Directivo por extralimitarse en el dictado de contenidos, y somos testigos del pesar que todo el episodio le produjo. Sin embargo, como tantas otras veces, convirtió una circunstancia adversa en una oportunidad

¹⁹ LATTUCA, A., "Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario", en *Revista de la Facultad de Derecho*, núms. 4/6, UNR, Rosario, 1986, p. 117. Dice Lattuca, incluyendo una cita del proyecto del coronel Teófilo T. Fernández: "Recobrados los ánimos se insiste ante el Congreso, elevando diversos proyectos calurosamente defendidos y pronto olvidados por las Comisiones Especiales encargados de juzgarlos. Algunos, más pretenciosos, recomiendan la creación de la Universidad Nacional del Rosario, 'requerida por una población que duplicará dentro de 20 años el número de sus habitantes. No se concibe una ciudad aptísima para el comercio, para el progreso, de iniciativas, y que no lo sea para la civilización en general'. En ese sentido Estanislao Zeballos propone, entre otras, la creación de una Facultad de Derecho y Ciencias Sociales dedicada especialmente al estudio de la legislación comparada, así como a las cuestiones económicas y del trabajo".

²⁰ Otro de los motivos es que la Facultad de Derecho de la UNR es la casa de su más productivo discípulo, el profesor doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani, que no sólo se desempeña hasta la fecha como docente del grado y el posgrado, y como investigador y director de centros de estudios, sino que además fue consejero del Honorable Consejo Directivo de nuestra Facultad desde su normalización, en los períodos 1986-1990, 1990-1994, 1994-1998 y 1998-2002. Estos datos fueron extraídos del CV del Prof. Ciuro Caldani, inédito, que cuenta con más de 200 páginas.

mejor, porque a partir de esa disparidad de criterios sobre los hechos que podían considerarse parte de la historia constitucional del país²¹, Ada se decidió a solicitar el cargo de titular asociada. En 2001 obtuvo la aprobación de un plan de estudios propio²² y en consecuencia la titularidad de una cátedra nueva²³.

En 1999 llegó a la entonces Escuela de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Unicen), en Azul, para enseñar y cautivar a alumnos, docentes, no docentes y directivos. La Unicen había hecho un convenio con la UNR en el proceso de establecer una Facultad de Derecho en la ciudad mediterránea, y muchos de nuestros profesores asumieron el reto, que involucraba viajar mil seiscientos kilómetros todas las semanas. Ada titularizó la cátedra de Historia Constitucional Argentina y también fungió como adjunta de Historia del Derecho, la primera hasta 2002 y la segunda hasta 2001. Lo hizo con mucho amor y con una alegría desbordante, que por supuesto se extendió hasta la organización de las Jornadas Nacionales de Integración que tuvieron lugar en Azul, su sede durante más de una década. Todos la querían y no era para menos, porque ella hizo de Azul una segunda casa.

En el ínterin, en 2000, se dio inicio al dictado de la materia Derecho de la Integración, optativa²⁴ en nuestra currícula hasta el

²¹ En su entrañable artículo biográfico sobre Ada Lattuca, la profesora Araceli Díaz menciona este episodio y dice: “Ada incorporó, con mucho entusiasmo, desde el comienzo mismo de la creación, los documentos que hacían al Mercosur, teniendo en consideración que esto conformaba la Historia Constitucional Argentina del hoy. Y es así” (cfr. DÍAZ, A., “Anunciada Lattuca”, en MOLINA DEL POZO, C. F. [coord.], *Derechos sociales en los procesos de integración. En homenaje a la profesora Ada Lattuca*, Jurúa, Curitiba, 2010, ps. 95/99).

²² La unidad X del plan quedó así confeccionada: “El mundo se cohesiona en bloques. Unión Europea, Nafta, ALCA y Mercosur, relaciones, conflictos. Viabilidad de una política de integración totalizadora y humanizante para el Mercosur. La sociedad globalizada y la protección de los derechos fundamentales”.

²³ La cátedra B, por resolución 647/2001 del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho.

²⁴ El origen de la materia es una historia interesante: cuando estaba por finalizar el II Encuentro de Especialistas en Mercosur, el 2 de noviembre de 1994, del “cerebro doble” del profesor Ciuro Caldani salió la idea de una “Declaración de Rosario”, a

plan de estudios de 2016, y que Ada cotitularizó junto al doctor Ciuro Caldani²⁵.

Su trabajo como docente universitaria incluyó la dirección de seis seminarios sobre Integración²⁶. Fue también profesora en el Seminario “Acerca de la problemática de la educación jurídica de posgrado y de la investigación jurídica” de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado²⁷; en la Maestría en Derecho Privado (1997-1998), y en 2004, profesora invitada por la Cátedra Internacional Andrés Bello de la Universidad de Chile, en el Curso de Diplomado “Los procesos de Integración y Cooperación Regionales” sobre el tema “Movimientos migratorios e integración social”.

Finalmente, su ser maestra ha dejado una huella que no se puede

la que ya hemos referido y que fue absolutamente representativa del Mercosur, en la que se alentaba la enseñanza del Derecho de la Integración en las carreras de Abogacía. Como dijimos alguna vez, para Ciuro Caldani y Lattuca, del dicho al hecho *casí que no hay trecho*, así que en 2000 se dictó por primera vez la materia en la Facultad de Derecho de la UNR como optativa. Nos inscribimos tres alumnos, la cursamos dos. A reglamento, hubiesen podido suspender el cursado, pero no fue el caso. Ambos profesores y el admirable Jorge Sthäli nos dieron todas las clases del cuatrimestre. Una vez que le tocaba a Ada, la otra alumna faltó, así que quedaba sólo yo. Estábamos preparando el VIII Encuentro y pasábamos juntas unas catorce horas al día, así que pensé que la enérgica Lattuca no iba a perder esa hora y media en darme una clase de la que nadie más iba a dar cuenta. Pero me la dio. La hora y media completa. Con diapositivas y todo.

²⁵ Su nombramiento como profesora titular de la materia Derecho de la Integración se hizo mediante resolución 393/2000 del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho.

²⁶ Fue profesora del Seminario “Acerca de la problemática de la educación jurídica de posgrado y de la investigación jurídica”, de la Maestría en Filosofía del Derecho Privado, Facultad de Derecho, UNR, 1994-1995; profesora en la Maestría en Derecho Privado, Facultad de Derecho, UNR, 1997-1998; dirigió el Seminario sobre “Procesos de Integración en Europa y en América del Sur”, Facultad de Derecho, UNR, marzo a noviembre de 1995; el Seminario sobre “Procesos de Integración. Relaciones y conflictos”, Facultad de Derecho, marzo a octubre de 1997; el Seminario sobre “Integración y Globalización. Propuestas y desafíos”, Facultad de Derecho, mayo a noviembre de 1998; el Seminario sobre “Alternativas de la integración en el megamundo del siglo XXI”, Facultad de Derecho, mayo a noviembre de 1999; el Seminario sobre “Mercosur, un desafío posible y necesario”, mayo a noviembre de 2000, y el Seminario sobre “Integración, Globalización y el déficit social”, Facultad de Derecho, UNR, mayo a noviembre de 2002.

²⁷ Facultad de Derecho (UNR), 1994-1995.

registrar en el currículum vitae: la que cada uno de sus alumnos conservamos en nuestra formación. Jamás condescendiente pero tampoco avara; siempre aguda, analítica, exigente; tan temible al inicio como entrañable al final, la *profesora* Ada Lattuca ha señalado virtuosos caminos de labor profesional y de enseñanza, para varias generaciones.

5. La carrera como investigadora científica, primera parte (1972 a 1987)

Tantas veces se ha dicho que el profesor universitario debe también investigar. Es ésa una necesidad funcional que Ada Lattuca habrá intuido, más que sabido, desde el inicio de sus estudios, porque fue auxiliar de investigación en el Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía de la UNL, entre 1958 y 1960, cuando aún estaba en el grado. La recuerdo hablando admirativamente de sus maestros primeros. Es posible que no haya tenido muy en cuenta que ella, toda potencia y particularidad, hizo prosperar, a su vez, a quienes la incorporaron en sus equipos. La imaginamos en los 70: siendo profesora de escuela terciaria, docente universitaria, investigadora, muy integrada en su comunidad, esposa de un profesional en ascenso y madre de cuatro hijos que iban desde un adolescente hasta un niño pequeño... Siendo todo eso, posiblemente se haya exigido más que cualquier otro en el compromiso académico, justo porque su vida se prodigaba en tantos aspectos disímiles, y también es muy posible que ningún esfuerzo le haya parecido suficiente. En el fondo, siempre fue lo que comúnmente se dice “humilde”, y jamás consideró que había hecho tanto trabajo como para ceñirse la cabeza con laureles y echarse a descansar. Todo lo contrario.

A los treinta y tantos años, en 1972, Ada Lattuca inició su labor con el doctor José Busaniche²⁸, en el proyecto “Un siglo de vida ins-

²⁸ Maestro de maestros, José Carmelo Busaniche fue profesor de Derecho Público, Derecho Constitucional y de Historia Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL. En junio de 1966, tras el derrocamiento del presidente Arturo Illia, renunció a sus cátedras en la UNL, pero siguió trabajando en investigación. También ejerció la docencia en el nivel medio y terciario, mediante la cátedra de Historia Argentina en la Escuela Normal Nacional y Escuela Superior Nacional de Comercio “Domingo Guzmán Silva” de Santa Fe. Pudo haber sido una inspiración

titucional de Rosario a través de la Documentación del Honorable Consejo Municipal, 1872-1972”. En 1973, el año en que nací, dirigió la Comisión Redactora del Digesto Municipal de la ciudad de Rosario, que confeccionó los textos que acompañaron a los textos legislativos –valga la repetición– ordenados entre los años 1931 a 1966, una obra publicada en cuatro tomos por la Imprenta Municipal. Al año siguiente dirigió a la Comisión Redactora del Digesto del Consejo de Investigaciones de la UNR.

A lo largo de este período publicó y defendió los resultados de varias investigaciones. Al igual que Ada, sus artículos son significativos, tienen estilo y, sobre todo, coherencia. ¿Qué estudió en aquel momento? La inmigración y las políticas públicas que alentaron el desarrollo económico y social de Argentina y especialmente de la región. Estudió cuestiones generales, pero también casos puntuales que sirven para ilustrar y explicar mejor a las primeras. Sólo los títulos nos darán la pauta de sus intereses: *Ferrocarril e inmigración*, *Causa incoada a don Antonio José del Texo*, *Un capítulo revolucionario de la política agraria argentina*, *La gestión Oroño*, *Instituciones municipales en pro de la salud pública de Rosario*, *Política territorial argentina y de los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XIX*, *Dos urbes americanas en la comercialización de cereales: Rosario-Chicago*, *Los empréstitos municipales con la Banca londinense*²⁹.

para la futura tesis doctoral de Ada el hecho de que Busaniche se dedicara a la Historia de la Universidad Nacional del Litoral, estudio cuyos resultados publicó en la *Revista Universidad*, núm. 87, mayo-agosto de 1977, con el trabajo “Antecedentes y creación de la Universidad Nacional del Litoral”. Falleció el 6 de septiembre de 1978. Cfr. FCJS, <https://www.fcjs.unl.edu.ar/institucional/abog-jose-carmelo-busaniche/>, fecha de consulta: 5-5-2023.

²⁹ LATTUCA, A., “Ferrocarril e inmigración”, en *Anuario. Revista del Instituto de Investigaciones Históricas*, núm. 3, Facultad de Filosofía, UNL, Rosario, 1956-1957; “Causa incoada a don Antonio José del Texo”, en *íd.*, núm. 4, 1960; “Breve análisis de la inmigración italiana”, en *íd.*, núm. 10, 1968-1969; “Un capítulo revolucionario de la política agraria argentina. La gestión Oroño”, en *Actas VI Jornadas de Historia y Literatura Rioplatense y de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1971; “Instituciones municipales en pro de la salud pública de Rosario”, en *Actas III Congreso Nacional de Historia de la Medicina Argentina*, Rosario, 1972; “Política territorial argentina y de los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XIX”, en *Actas VII Jornadas de Historia y Literatura Rioplatense y de los Estados Unidos*, Mar del Plata, 1972;

Esta última publicación, de 1975, la hizo en la *Revista de Historia de Rosario*, que se había iniciado en 1962, y pertenecía a la Asociación de Historia de Rosario. Como convencida indagadora de documentos³⁰, su búsqueda en los archivos y anales de bibliotecas la puso en contacto con otro hombre singular, Wladimir Mikielevich³¹, que la condujo a la Asociación: otra de las decisiones que marcaron el rumbo de su vida académica. A partir del año 1977, Ada investigó bajo sus órdenes en el proyecto “Evolución industrial en el Pago de los Arroyos”, que se extendió hasta 1990.

En aquel ámbito trabajó también con la profesora Marta Frutos de Prieto, que codirigía la *Revista*, y fue de la mano de ésta que llegó un día a las puertas del profesor doctor Miguel Ángel Ciuro Caldani. Así lo recordó el maestro: “Ada y Marta Frutos de Prieto comenzaron a trabajar en mi grupo de investigación –que todavía no era centro–alrededor de 1980. Era un tiempo bastante difícil, porque en la Facultad de Humanidades, sobre todo, había bastante intolerancia. En Derecho había un clima mejor. Ada y Marta vinieron un día a verme. Ada había estado impresionada porque yo estaba muy concentrado en mi trabajo, y me pidieron si podía dirigirlos, y yo les dije que con mucho gusto, y de ahí quedaron investigando en lo que era un grupo de investigación que en 1982 se convirtió en el Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Política, hoy Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social (CIFJFS)”³². Efec-

“Dasonomía comparada en Argentina y Estados Unidos”, en *Actas IX Jornadas de Historia y Literatura Rioplatense y de los Estados Unidos*, Paraná, 1975; “Dos urbes americanas en la comercialización de cereales: Rosario-Chicago”, en *Actas X Jornadas de Historia y Literatura Rioplatense y de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1976; “Los empréstitos municipales con la Banca londinense”, en *Revista de Historia de Rosario*, núm. 27, 1975.

³⁰ Algo de la influencia de José Busaniche habría en eso.

³¹ En la Ordenanza 7766/2004 del Honorable Concejo Municipal de Rosario, en ocasión de darle su nombre al Museo de la Ciudad, se hace una somera semblanza de la vida de Mikielevich. La profesora Lattuca siempre guardó un recuerdo cariñoso a la vez que admirativo de la obra del historiador, con quien conservó relación estrecha hasta el fin de la vida de éste. Cfr. Rosario, <https://www.rosario.gob.ar/normativa/verArchivo?tipo=pdf&id=33174>.

³² Entrevista al Prof. Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, a quien agradezco profundamente su colaboración.

tivamente, en 1980 Ada integró el proyecto “Filosofía Trialista del Derecho. a) Aspectos filosóficos del Derecho. b) Historia del Derecho Argentino”. No podemos evitar considerar aquel tiempo como *inicial*, de alguna manera. Un poco porque a partir de entonces el edificio de Córdoba 2020 sería la sede, ya inamovible, de la labor universitaria de Ada; una casa definitiva desde la que partiría, eso sí, a compartir saberes a los cuatro rincones del mundo. Pero además fue un período fundacional para una alianza poderosa, significativa, amorosa en el más puro sentido de la palabra, que forjaron Ciuro Caldani y Ada, Ada y Ciuro Caldani, y que duró toda la vida.

6. El Doctorado (1980-1984)

Sabemos, porque nos lo contó ella misma, que el trato diario con el maestro Ciuro Caldani fue una influencia extremadamente motivadora. Le implicaba retos. Uno de ellos era la finalización de su Doctorado en Historia.

El tema que eligió para la tesis es singular, aunque al hilo de la ejemplaridad de uno de sus mentores. Decimos esto porque Busaniche había escrito, en 1977, *Antecedentes y fundación de la Universidad Nacional del Litoral*, y lo que Ada quería era contar la historia de la Universidad Nacional del Litoral *en Rosario*. Sabemos, por ella misma, que el tema fue muy resistido y en consecuencia los cambios de directores se sucedieron en al menos un par de oportunidades³³. Viajó a Buenos Aires con frecuencia para las correcciones de su minucioso trabajo, hasta que recién recuperada la democracia lo presentó para su evaluación, más precisamente el 21 de mayo de 1984.

Lattuca pretendió que su estudio fuese “una contribución al co-

³³ Así lo afirma Luis Chede Lattuca: “Le costó mucho, inclusive el director de su tesis era –piensa– un tipo de Buenos Aires; durante la dictadura ella iba a Buenos Aires, intentó, buscó director, le bocharon una vez, dos veces la defensa de la tesis. El tema. Y finalmente, concreta. ¿Cómo lo llevó? Con mucho sacrificio: estudiaba y se iba a Buenos Aires a que le corrijan la tesis o el trabajo que venía haciendo, volvía y así, durante años, muchísimo tiempo, porque había muchas cosas que estaban relacionadas con hechos históricos puntuales que en la Dictadura no querían que estuvieran en una tesis, y se la terminaban bochando”.

nocimiento de nuestro pasado académico” para la tarea ineludible de “rehacer”³⁴ a la universidad moderna. Lo es, sin dudas, y por eso se nos perdonará la muy extensa cita a pie de página que acompaña a este párrafo.

³⁴ LATTUCA, A., “Historia de la Universidad Nacional del Litoral en Rosario”, Encuadernación Integral, Rosario, 1984, ps. 250 y ss. Razón por la cual, a pesar de que la UNL tuvo formal creación en 1919, Ada inicia su *racconto* el 27 de noviembre de 1868, cuando la Cámara de Representantes de la provincia autorizó al Poder Ejecutivo a invertir la suma de 3.500 pesos fuertes en la creación de aulas para la enseñanza de Facultades Mayores en el Colegio de la Inmaculada Concepción, a cargo de la orden de los jesuitas. Y los entresijos –siempre relevantes– que resultaron en la esperada creación de la Universidad Provincial de Santa Fe, el 15 de octubre de 1889, y cuáles fueron los pasos –nunca muy fácilmente dados– hasta la UNL. Dice: “La Universidad Nacional del Litoral fue la heredera directa de la Universidad Provincial de Santa Fe, postulada desde los albores del siglo XX y sometida a inconcebibles postergaciones en la carpeta de los organismos legislativos. El tesón de sus promotores no supo de renunciamentos y en memorable jornada, el 17 de octubre de 1919 nacía la esperada Universidad. Su generosa denominación traduce la amplia jurisdicción: Rosario, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes serán las sedes de las siete Facultades creadas”. En efecto, la autora enumera y describe cada uno de los proyectos presentados a la Legislatura nacional: el de Pesenti, el de Castillo, el de Zeballos, el de De la Torre, el de Joaquín V. González, en fin, los menciona a todos. Por doquier son traídos, además, los factores de presión, actores de la justa: la Federación Universitaria del Litoral, los estudiantes rosarinos de los Colegios Nacional, Superior de Comercio y Normal, el radicalismo en el poder en Santa Fe, etcétera. Cosa que hace de manera tan viva, que su lectura atrapa como una novela de Malraux. Seguidamente se aborda el tratamiento de la normativa emitida por los respectivos organismos nacionales y locales, en torno a la conducción universitaria. Este capítulo llega a dos conclusiones: a) La intromisión de normas vigentes en la Universidad Nacional de Buenos Aires, pese a los declarados propósitos de implementar una Universidad distinta, de carácter regional y orientada a los problemas específicos del medio. b) Las dificultades permanentes –intrínsecas– o extrínsecas a la Universidad en orden a lograr la concreción de sus propios estatutos. El análisis de estos problemas se funda en amplia documentación de las actas de las sesiones de ambas Cámaras Legislativas nacionales y provinciales, así como en resoluciones ministeriales y las fuentes formales recopiladas en *Anales de Legislación Argentina*, comprendidas en el período respectivo. En el capítulo siguiente, tal vez el más interesante a mi criterio, analiza la realidad universitaria sistematizada en cuatro períodos denominados: Fundacional, de la Conducción Política, de la Reconstrucción y de la Desmembración. Ada lee y analiza mucha documentación –201 notas al pie para 131 páginas nos dan una pista de su despliegue– especialmente las actas de las Sesiones de los Consejos Superiores y Directivos de las Facultades, en las que se refleja no sólo el espíritu que especifica la orientación del mundo académico en cada

El proceso de convertirse en doctora en Historia fue complejo en muchos aspectos. Aunque ésta sea una memoria académica, nos parece preciso mencionar algunos aspectos íntimos de la vida de Ada, porque esos datos nos acercarán un poco más a la medida de lo que pudo producir. En esos años (1979/1980) sucedió la ruptura de su matrimonio. Un matrimonio del que habían resultado cuatro hijos, todos jóvenes –un par casi niños por aquel entonces–. El proceso de separación tiene que haber sido difícil por muchos motivos: por el entorno familiar y social, por la sensación de fracaso personal, incluso por el hecho de que ni siquiera podía ejercer la patria potestad de sus hijos, aunque quedase a cargo de todos ellos.

Y sin embargo, de aquel período surgen las relaciones laborales y personales que durarían toda su vida y que, si no hijos, engendrarían tantos frutos de otras clases. Ya hablamos del inicio de sus labores de investigación con el doctor Ciuro Caldani. En 1982 comenzaron a celebrarse los Congresos de Historia de los Pueblos de la Provincia de Santa Fe, famosos en el mundillo de los historiadores y que resultaron un aporte estupendo desde la unidad menor, para la comprensión de la unidad

período, sino también la problemática universitaria de cada momento, así como, también, la incidencia sobre la Universidad de las crisis nacionales e internacionales. “La compulsión de las referidas fuentes permite detectar –dice la maestra– la intromisión deliberada de elementos extrauniversitarios que sirvieron, con frecuencia, para instrumentalizar a la Universidad con fines políticos, ajenos a la esfera de su competencia. Se analizan, en los respectivos períodos, los distintos aspectos sistemáticos que hacen al quehacer universitario, desde los planes y programas formulados [...] (Hasta) la implementación de distintos regímenes de gobierno universitario y los recursos presupuestarios asignados [...] De la evaluación surge, con nítidos contornos, una Universidad signada por dos fuertes elementos recesivos: su sobredimensionamiento y la dispersión geográfica que debilitarán la eficacia de su acción y favorecerán el aislamiento”. A este último fenómeno la profesora lo trata en la etapa del “Desmembramiento”, que sitúa entre 1966 y 1968, donde lleva, en hilo narrativo ajustado, las desnortadas políticas educativas de la Revolución argentina, la intervención en las Universidades y la labor del doctor Manuel De Juano al frente de la UNL, para llevar a cabo un proyecto tan viejo como la misma UNL: la creación de la Universidad Nacional de Rosario y la jerarquización de la Escuela de Derecho en Facultad de Derecho. Esta *Historia* de la doctora Ada Lattuca es sorprendentemente breve y, al mismo tiempo, tumultuosa, como la misma historia que cuenta. Tal vez, porque como ella misma lo ha dicho, no se trata de un compendio, sino de una reinterpretación de la vida misma de la Universidad.

mayor³⁵. Se hacían en Santa Fe de la Vera Cruz, y en una edición, una por entonces platinada Ada Lattuca clamó en voz alta por alguien, entre los asistentes, que supiera escribir bien a máquina, para tipiar las actas de las discusiones. Una estudiante de la carrera de Historia de Rosario levantó la mano. La suerte estuvo echada: la estudiante era Sonia Moreno. Un par de años después se cruzaron en la escalera de la Facultad de Humanidades, y desde entonces formaron una pareja académica de gran fecundidad³⁶.

7. La carrera de investigadora científica, segunda parte. El Centro de Estudios Migratorios (CEM) (1987)

En el *Boletín del CIFJFS*, en noviembre de 1988, aparece la siguiente noticia del año anterior: “Con la Dirección de la Dra. Ada Lattuca, investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, se ha constituido el Centro de Estudios Migratorios (CEM), en el que participan también las investigadoras del mismo Consejo, licenciadas Liliana Carrillo y Alicia Sonia Moreno de Angelino. El nuevo Centro desarrolla un proyecto de investigación sobre «Análisis jurídico-político de la problemática migratoria italiana en la Provincia de Santa Fe»³⁷. Estrictamente el proyecto se llamó “Estudio de la problemática italiana en la Provincia de Santa Fe. Análisis de sus dimensiones jurídicas y políticas”. Primer proyecto de investigación universitario bajo su batuta y primer centro que dirigió, abocado al tema de su vida, a uno de sus más grandes amores, en el que todo terminó convergiendo, ya veremos por qué.

El CEM funcionó en la planta alta de la Facultad de Derecho (o sea, en el ala Sur de nuestro actual edificio), en dos oficinas aledañas a la mansarda de Córdoba y Moreno. Tenía un balcón que daba sobre esta última calle, al que Ada solía salir escasos segundos –por miedo al

³⁵ La *Revista Universidad* de la Universidad Nacional del Litoral publicó los trabajos y conclusiones en los números 101 a 105, en el año 1991.

³⁶ Existen muchas otras personas académica y personalmente relevantes en la biografía de Ada Lattuca de aquellos años: Mario Chaumet, Ana María Trottoni, Araceli Díaz, Noemí Nicolau, Jorge Raúl De Miguel, entre varios otros.

³⁷ Academia del Derecho, http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/BCIFJFS_N_8__Notas_del_Centro.pdf.

derrumbe, suponemos— para estirar los brazos y saludar a una imaginaria multitud en la Plaza San Martín. Una puerta interna lo comunicaba con el CIFJFS. Fue el espacio físico desde el que se lanzaron los primeros boletines del Centro, en el que se fueron depositando los primeros libros entre los más de trescientos que forman la actual biblioteca del Cicso, en el que se desarrolló una buena parte de la organización de los primeros Encuentros de Especialistas en el Mercosur, en el que se instaló la primera computadora del Centro; en el que encontramos nido los nóveles estudiantes/investigadores que nos poníamos bajo sus alas.

En 1992, Ada dirigió, desde el CEM, el proyecto “Evolución y perspectivas migratorias en el contexto del Mercosur. a) Migraciones internas. b) Inmigraciones hacia el Mercosur”. Pero tal como adelantamos, en ese mismo año su amigo Miguel Ángel Ciuro Caldani tuvo la idea de formar un nuevo Centro de Investigaciones, uno que versase sobre Integración y tuviese participación interdisciplinaria. Los convocados a la labor inicial fueron Luis O. Andorno y Ada Lattuca como codirector y subdirectora, respectivamente. La primera actividad organizada por el nuevo Centro de Estudios Comunitarios (CEC) fue un Curso sobre Derecho Comunitario Europeo, que dictó la profesora Rosalba Alessi, de la Università degli Studi di Palermo. Como hemos dicho ya³⁸, al hilo del pensamiento de otro italiano del sur, Vico, tiente la imagen de ese Curso como un punto de encuentro entre el ciclo que se convertía en pasado, y el del futuro inmediato, pues dos hijos de sicilianos habían construido en su tierra —la que los vio nacer— algo que para los sicilianos de la *Isola* era digno de ser compartido y admirado.

Al año siguiente, el profesor Ciuro Caldani concibió la idea de un *Encuentro de Especialistas en el Mercosur*. Apenas jornada y media, pero representativa y promisorio³⁹. Una tarea cuya conducción, a partir de ese momento, año tras año, con éxito disímil pero siempre indudable,

³⁸ LARREA, op. cit.

³⁹ El Encuentro, que se desarrolló en la Casa del Foro del Colegio de Abogados de Rosario, tuvo representación de la mayoría de los Estados Parte: por Brasil, Cláudia Lima Marques; por Uruguay, Eduardo Tellechea Bergman; por Argentina, Alicia Perugini. Todos los miembros del CECC presentaron ponencias.

Ada Lattuca asumió. La fama y longevidad de los encuentros dan para otra historia, pero es importante vincularla con el Centro y la persona a la que deben mucho de lo que son.

En 1995, con Sonia Moreno como vicedirectora, la profesora Lattuca amplió el objeto de su CEM, y en consecuencia cambió la denominación del mismo, que a partir de ahí pasó a ser Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales (Cicso, hoy Cicso Dra. Ada Lattuca). Al hilo de la ejemplaridad del CIFJFS, el CEM había lanzado su “Boletín”, que tuvo cuatro ediciones. En 2003, el Cicso sacó el primer número de su *Revista*, la que, con alguna intermisión, se continúa editando hasta la fecha⁴⁰.

También en 1995, Ada Lattuca ejecutó el lanzamiento de la *Revista* del CEC, llamada *Derecho de la Integración*. Fue la única autora del primer número, en mayo de 1995. Los diez años de aparición ininterrumpida de *Derecho de la Integración* contaron con la asistencia perfecta de la maestra⁴¹, a veces con más de un artículo.

La tarea de investigación en ambos Centros incluyó siete proyectos

⁴⁰ Dos investigadoras del Cicso dejaron un estudio analítico muy interesante de los trabajos de Ada Lattuca para las revistas *Derecho de la Integración* y *Cicso*, por lo que remitimos a su lectura: ATTARA, J. y LUCHESI, S., “Instantáneas de la doctora Ada Lattuca”, en MOLINA DEL POZO (coord.), op. cit., ps. 123/129.

⁴¹ Queremos llamar la atención sobre su último artículo para *Derecho de la Integración*, el núm. 17: allí vuelve la vista sobre “el miedo” de Europa, y sus coletazos. Había pasado poco tiempo desde que París se viera aterrorizada por protestas violentas. Ada dice: “Europa tiene miedo. No es un miedo profundo a las revoluciones ni a los movimientos que en algunas ocasiones suelen darse, como el de mayo de 1968 [...] Es un temor a equivocarse, como consideran muchos de los países que conforman la Unión Europea, y que le ha ocurrido a Francia en las políticas del proceso de integración de los inmigrantes acogidos y sus descendientes. Pocos regresaron, la inmensa mayoría decidió quedarse y echó raíces. Entre los que protestan en París hay hijos y nietos de estos trabajadores. Y ello puede ocurrir en toda la extensión de Europa”. Pero, de todo aquello que *racconta* y analiza, surge la pregunta que ella misma se hace y que hace a su lector: ¿es justo temer? ¿Es justo que Europa tema, cuando los brazos de los inmigrantes tomaron buena parte en su proceso de reconstrucción posguerra? ¿Es justo que Europa tema, cuando precisa de 58 millones de migrantes para mantener la dinámica de su economía? Y en algún punto, lo que parece preguntarse es si es justo que Europa tema su propia torpeza, cuando lo que está en juego es la vida de seres humanos. Cfr. LATTUCA, A., “Emigro, ¿luego existo?”, en *Derecho de la Integración*, núm. 17, Sudamérica, Rosario, ps. 126 y ss.

dirigidos o codirigidos por ella⁴², con tres ejes que intervienen, transversalmente, diversos aspectos de los derechos y las políticas sociales: las migraciones, la historia y la integración de países. Pero en las últimas dos décadas extendió su labor de investigación a otras universidades y organizaciones internacionales. Entre 1997 y 1998, por ejemplo, coordinó el proyecto “Política y legislación en la materia de Integración”, parte del programa “Historia Regional e Integración del Cono Sur de América” del Instituto Panamericano de Geografía e Historia (IPGH, organismo especializado de la Organización de los Estados Americanos). Son varios, en distintas sedes (Italia, España, Polonia), pero todos abrevan en una misma preocupación, una línea de pensamiento constante: el diálogo trasatlántico; el vínculo inexorable entre América Latina y Europa⁴³.

Por último, Ada fue promovida a investigadora Categoría B de la carrera de Investigador Científico del Consejo de Investigaciones de la UNR (CIURN), desde el 1º de octubre de 1997⁴⁴. Actuó como delegada titular de la Facultad de Derecho ante el mismo CIURN, desde 2001 hasta 2014, y desde 1990 fue miembro del Consejo Asesor de Investigaciones de nuestra Facultad.

8. Ada Lattuca, criatura de dos mundos

No es casual –nunca lo fue– el interés que supuso, para Ada Lattuca,

⁴² Esos proyectos son: “Rosario: el desafío de la globalización”, aceptado por la Secretaría de Ciencia y Tecnología (SCyT) de la UNR, 2001-2005; “Aportes para la puesta en marcha del Mercosur”, 1992/1996; “Manual para Aprender el Mercosur”, Código 19/D079, 2005/2008, acreditado ante la SCyT de la UNR; “Evolución Histórico-Comparativa de los derechos sociales en los Estados Parte del Mercosur, en el siglo XX”, Código DER142, acreditado ante la SCyT de la UNR, 2012/2015; “La invisibilidad de los pueblos: el derecho de emigrar en relación a los derechos de los ciudadanos y de los Estados receptores”, 1DER194, acreditado ante la SCyT de la UNR, 2016/2017.

⁴³ A modo de ejemplo: “Diálogo interregional entre Europa Centro Oriental y América Latina”, Unidad Productora, Centro de Estudios Latinoamericanos y la Universidad de Varsovia, 1996-1997. O el Proyecto dirigido por el Dr. José María Beneyto del Instituto de Estudios Europeos, Polo Jean Monnet, Jean Monnet European Center of Excellence: “El otro diálogo Trasatlántico: Europa-América Latina”, Madrid, 2004.

⁴⁴ Por resolución 1914/97 del Consejo Superior de la UNR.

el diálogo trasatlántico, en sus múltiples despliegues. Científicamente le importaba, como hemos visto, pero es que se le iba la vida en probar que era el camino natural para el progreso de los continentes. Su trabajo desde las últimas dos décadas del siglo pasado es, asimismo, un elocuente ejemplo de las virtudes de aquel intercambio.

Ada fue la encarnación del carisma. Solíamos llamarla Madame Serpiente, por su parecido con Catalina Medici, pero seguro que aquella reina toscana no tenía ni una mínima parte del encanto de la nuestra, siciliana. Luis Chede dice que lo heredó de su padre. Biográficamente, hay mucho de Luis Lattuca en Ada Lattuca. Quien había llegado como zapatero remendón, fundó la Casa de la Familia Siciliana en Rosario. Pero no se limitó a esa contribución nostálgica en el mantenimiento de la cultura del *paese*: volvió a su Santa Elisabetta natal apenas pudo. Y siguió volviendo de un modo muy particular: durante años Luis y la adorable Francisca vivieron allá seis meses, y seis meses en Rosario.

Ada no optó por estadías tan prolongadas, pero sí que desplegó su quehacer en ambos lados del charco.

Desde 1986 fue asesora de la Secretaría Cultural del Comitato dell' Emigrazione all' Estero –Comités– de la Segunda Circunscripción Consular de la República Argentina.

Sobre el final de la década de los ochenta, Ada viajó por primera vez a Europa, a la tierra de su padre; de algún modo, la suya propia. Pero no lo hizo como turista, desde ya, porque ir de paseo –nos parece– habría desmentido su real pertenencia a Sicilia.

Poco antes la había buscado Mimo Saffo, paisano siciliano –de Catania– y presidente del ANFE (Associazione Nazionale Famiglie degli Emigrati), con sede en Roma y subsedes en toda Italia y en el extranjero. Le propusieron hacerse cargo de un programa de la Asociación al que llamaban “Gemellagio” –Hermanamiento– por el que se facilitaba que italianos y descendientes de italianos que vivían en el extranjero pudiesen visitar su tierra o la tierra de sus padres o abuelos. El programa estaba dividido en dos: “Colonia Marina”, para los chicos menores de dieciocho años; “Turismo social”, para los de más de dieciocho. Ada aceptó y se lanzó a la cabeza de un contingente de adolescentes, que anduvieron por toda Italia en un sinfín de aventuras que la maestra recordó siempre con una mezcla de admiración, cariño

y picardía⁴⁵. Así que no resulta nada raro que todo mundo –todo mundo– haya quedado enamorado de esa guía hipercalificada, y que en poco tiempo se haya convertido en coordinadora general de la ANFE para la República Argentina, designada por la presidencia de Roma a partir de 1988⁴⁶.

En este punto de nuestra memoria vamos a ser indiscretos: Ada era desprolija con su currículum. Cierto que tuvo siempre una personalidad arrolladora y que la explotaba para llevar a cabo todos sus proyectos, pero también tenía una beta de “bajo perfil” que sistemáticamente la hizo dejar de lado toda mención a los nombramientos y distinciones que fue recibiendo; de más está decir que su currículum estuvo siempre incompleto porque nunca se detuvo a regodearse en sus propios logros. Por ejemplo, apenas sabemos que desde 1991 fue colaboradora en el periódico *L’Italiano*, publicado bajo el auspicio del Consulado General de Italia en Rosario, en las secciones *Historia de la Inmigración Italiana* y *El Mercado Común del Sur*. Allí se editaron 40 artículos, pero en su currículum vitae sólo menciona unos pocos. Otro ejemplo: ni siquiera sus colaboradores más cercanos sabíamos

⁴⁵ Como se puede esperar de alguien tan histriónico, Ada era una narradora extraordinaria. Todo lo que contó sobre su primer viaje, que da para un libro, concuerda con su espíritu en la memoria de Luis Chede: “El primer viaje que hace ella es con un grupo de chicos que al día de hoy yo me los encuentro [...] Uno de ellos, el que va por primera vez es el que hoy es intendente de Villa Gobernador Gálvez. Y ese viaje, por ser el primero, todos los ANFE de Italia le aportaron. Entonces al aportar les permitieron ir a Florencia, a Roma, obviamente Sicilia [...] Hicieron un viaje tremendo, con Ada como guía de cada rincón histórico. Entonces era la guía [...] perfecta [...] ¡La guía soñada! Les contaba qué era acá, quién había estado acá, de quién era esta estatua, qué había pasado en este lugar, por qué Firenze, qué había en Firenze, por qué estaban (allí) los mercaderes, por qué Venezia, y por qué era la salida al mar, y [...] Los pibes volvieron fascinados. Al día de hoy no se lo olvidan [...] Ése fue su primer viaje. Llega a Sicilia. Obviamente que la reciben como a una ídola, tanto es así que llamaron al jefe comunal, el presidente de la Comuna (de Santa Elisabetta) la recibe con toda una fanfarria. Ella no lo podía creer, no lo podía creer. Eso fue hermosísimo. Y a partir de ahí lo empezó a hacer todos los años, hasta el último que se frustró en el año 2001, cuando hubo problemas económicos (aquí y) en Italia. Eso fue [...] los problemas económicos creo que fueron en 2002, 2003, en Italia”.

⁴⁶ Posteriormente, en 1998, fue designada miembro del Comité Nacional de la ANFE.

que entre 1995 y 1999 fue consultora del Gobierno de la Región Siciliana para América del Sud, por decreto 123/95 del presidente de la región.

En varias oportunidades ofició de “embajadora” de nuestra Universidad, como cuando se hizo corresponsable del Convenio de Asistencia Académica y de Investigación Recíproca entre la Universidad de Palermo (Italia), Departamento de Derecho Privado General, y la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Estudios Comunitarios, entre 1997 y 1999. Como presidente de la European Community Studies Association en Argentina (ECSA, Argentina)⁴⁷, representó a la filial en los Congresos Internacionales de ECSA World realizados en Bruselas (Bélgica) dentro de su período de mandato. Pero nunca detalló los antecedentes y se limitó a decir: “La suscrita ha sido designada, a partir de su asistencia a Congresos y Reuniones Científicas del país y del extranjero, Representante Oficial o Delegada por la Facultad de Humanidades, la Facultad de Derecho, la Universidad Nacional del Rosario, el Consulado General de Italia en Rosario, la Embajada de Italia en Argentina, el Consultor de la Regione Siciliana en Argentina. Así como de instituciones extranjeras: ANFE, Roma, Assessorato all’ Emigrazione della Regione Siciliana, Assessorato alla Pubblica Istruzione della Provincia, Agrigento, Comisión de Cultura de la Banca di Risparmio, S. E., Agrigento. Comitato all’ Emigrazione di Cattolica Eraclea-Agrigento”.

Jamás publicitó que el país de sus padres, en 2005, le otorgó la distinción de Cavaliere dell’Ordine della Stella d’Italia. A ella, una natural argentina.

Y así y todo, su currículum tiene sesenta y cuatro páginas de letra apretada.

9. Colofón

Ada Lattuca fue nombrada profesora honoraria de la Universidad

⁴⁷ ECSA Argentina tiene domicilio en nuestra casa de estudios. Ada Lattuca es miembro fundadora, al igual que de la ECSA AL (ECSA América Latina), y fue presidente entre 2002 y 2004.

Nacional de Rosario⁴⁸ el 10 de octubre de 2019. Es de justicia, pensamos, y diremos por qué.

Trabajar con Ada no fue fácil. Durante muchos años pasamos más horas de la semana con ella que con nuestra propia familia. “No” es una palabra cuyo significado jamás entendí, así que como ella no rechazó prácticamente ningún proyecto, tampoco permitió que nosotros los rechazáramos. Juntó a generaciones de estudiantes –luego graduados– en su entorno y los hizo trabajar en jornadas larguísimas, y me atrevo a decir que siempre, o casi siempre, la más genuinamente joven del grupo, era la misma Ada: no he encontrado su energía en nadie más. Algunas veces era una tiranuela. Pero al mismo tiempo se prodigó en todos nosotros como lo hizo con todos los trabajos de su vida, sin importar la jerarquía o la trascendencia. Por eso la adoramos. Por eso le daremos las gracias eternamente.

Ada fue Ada hasta la última vez que la vi. Poderosa, demandante, chispeante, tremenda. Única. Me prohibió volver a visitarla hasta que no estuviera de nuevo sentada en frente de su escritorio, trabajando. No sucedió. Físicamente nos dejó el 2 de septiembre de 2019. Pero como apenas hemos podido esbozar en estas páginas, su vida y obra estarán perpetuamente presentes en la nuestra, y en la vida y obra de nuestra Universidad.

Bibliografía

ALFARO DE PRADO, Antonio, “¿Descendemos de todos nuestros antepasados?”, en Manual de Genealogía, <https://www.genealogiahispana.com/adn/descendemos-de-todos-nuestros-antepasados/>.

ATTARA, Jaquelina y LUCHESI, Susana, “Instantáneas de la doctora Ada Lattuca”, en MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (coord.), *Derechos sociales en los procesos de integración. En homenaje a la profesora Ada Lattuca*, Curitiba, Jurúa, 2010.

Clínica Universidad de Navarra, en Diccionario Médico, <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/rastreo-genetico>, fecha de consulta: 12-12-2022.

⁴⁸ Por resolución 338/2019 del Consejo Superior de la UNR. Nombramiento que impulsó el Prof. Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani, querido amigo de Ada, instigador y socio de varios lances atrevidos que la UNR les agradecerá por siempre.

- DÍAZ, Araceli Margarita, “Anunciada Lattuca”, en MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco (coord.), *Derechos sociales en los procesos de integración. En homenaje a la profesora Ada Lattuca*, Curitiba, Jurúa, 2010.
- DÍAZ, Araceli Margarita, “El primer plan de estudios de la Escuela de Derecho de la UNL (1959)”, en Revista de la Facultad de Derecho (núm. 24), Santa Fe, UNR, Rubinzal-Culzoni, 2018.
- Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la UNR, en UNR, <https://fcpolit.unr.edu.ar/un-recorrido-por-la-memoria/>, fecha de consulta: septiembre de 2021.
- Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL, en FCJS, <https://www.fcjs.unl.edu.ar/institucional/abog-jose-carmelo-busaniche>, fecha de consulta: 5-5-2023.
- En Radio UNR, <https://radio.unr.edu.ar/nota/7487/humanidades-restituyo-legajos-a-desaparecidos-y-asesinados>.
- LARREA, María Alejandra, “*In memoriam*. Ada Lattuca”, en Derecho de la Integración (núm. 18), Rosario, B&L, 2021.
- LATTUCA, Ada, “Breve análisis de la inmigración italiana”, en Anuario. Revista del Instituto de Investigaciones Históricas (núm. 10), Rosario, Facultad de Filosofía, UNL, 1968-1969.
- “Causa incoada a don Antonio José del Texo”, en Anuario. Revista del Instituto de Investigaciones Históricas (núm. 4), Rosario, Facultad de Filosofía, UNL, 1960.
- “Dasonomía comparada en Argentina y Estados Unidos”, en *Actas IX Jornadas de Historia y Literatura Rioplatense y de los Estados Unidos*, Paraná, 1975.
- “Dos urbes americanas en la comercialización de cereales: Rosario-Chicago”, en *Actas X Jornadas de Historia y Literatura Rioplatense y de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1976.
- “Emigro, ¿luego existo?”, en Derecho de la Integración (núm. 17), Rosario, Sudamérica.
- “Ferrocarril e inmigración”, en Anuario. Revista del Instituto de Investigaciones Históricas (núm. 3), Rosario, Facultad de Filosofía, UNL, 1956-1957.
- “Historia de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario”, en Revista de la Facultad de Derecho (núms. 4/6), Rosario, UNR, 1986.

- LATTUCA, Ada, "Historia de la Universidad Nacional del Litoral en Rosario", Rosario, Encuadernación Integral, 1984.
- "Instituciones municipales en pro de la salud pública de Rosario", en *Actas III Congreso Nacional de Historia de la Medicina Argentina*, Rosario, 1972.
 - "Los empréstitos municipales con la Banca londinense", en Revista de Historia de Rosario (núm. 27), 1975.
 - "Política territorial argentina y de los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo XIX", en *Actas VII Jornadas de Historia y Literatura Rioplatense y de los Estados Unidos*, Mar del Plata, 1972.
 - "Un capítulo revolucionario de la política agraria argentina. La gestión Oroño", en *Actas VI Jornadas de Historia y Literatura Rioplatense y de los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1971.
- Municipalidad de Rosario, "Archivo digital de normas", en Rosario, <https://www.rosario.gob.ar/normativa/verArchivo?tipo=pdf&id=3317>.
- RAMOS MEJÍA, José María, "Las multitudes argentinas", ed. de la Secretaría de Cultura de la Nación, Buenos Aires, 1899.
- SÁNCHEZ, Santiago Javier, "Los relatos fundacionales de la ciudad de Rosario, Argentina", en Revista Tinkuy (núm. 20), 2013; Dialnet, www.dialnet.unirioja.es, file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LosRelatosFundacionalesDeLaCiudadDeRosarioArgentin-4736629.pdf, fecha de consulta: 20-1-2022.

ÁREA TEMÁTICA
“Las nuevas ramas del Derecho”

LAS NUEVAS RAMAS DEL DERECHO

por MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI¹

SUMARIO: I. Nociones básicas. II. Panorama tridimensional. a) Dimensión sociológica. b) Dimensión normológica. c) Dimensión dialéctica. Bibliografía.

Resumen

Se consideran las ramas jurídicas necesarias en una nueva era signada por lagunas originadas por la insuficiencia de soluciones tradicionales y los desafíos de las nuevas condiciones de derechos humanos y desarrollos científico-técnicos. Se considera a las ramas específicas materiales de una juridicidad tridimensional que de acuerdo con la teoría tridimensional del mundo jurídico ha de integrarse con repartos de lo que favorece o perjudica a la vida (dimensión sociológica) captados por normatividades que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por un complejo de valores culminante en la justicia (dimensión dialéctica). Se analizan las condiciones de autonomía de las ramas dentro del Derecho, que abarcan de manera original particularidades tridimensionales culminantes en principios específicos. Entre las nuevas ramas figuran el Derecho de la Salud, el Derecho de Adultos Mayores, el Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes, el Derecho de la Ciencia y la Técnica, el Derecho del Arte, el Derecho de la Educación, el Derecho del Consumidor, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Integración, etcétera.

¹ Profesor titular de la UNR. Profesor emérito de la UBA. mciurocaldani@gmail.com.

Abstract

The necessary law branches are considered in a new era marked by gaps caused by the insufficiency of traditional solutions and the challenges of the new conditions of human rights and scientific-technical developments. The branches are considered material specificities of a three-dimensional law that, according to the trialist theory of the law world, must be integrated with distributions of what favors or harms life (sociological dimension) captured by regulations that describe and integrate them (normological dimension) and valued, the distributions and the norms, by a complex of values culminating in justice (dikelological dimension). The conditions of autonomy of the branches within the Law are analyzed, which cover in an original way three-dimensional particularities culminating in specific principles. Among the new branches are Health Law, Seniors Law, Children and Adolescents Law, Science and Technique Law, Art Law, Education Law, Consumer Law, Environmental Law, Integration Law, etcetera.

Palabras clave

Ramas jurídicas. Autonomías. Nueva era.

Keywords

Law branches. Autonomies. New era.

I. Nociones básicas

1. El tiempo actual constituye una *nueva era* signada por enormes cambios y posibilidades de un nuevo mundo donde el Derecho debe atender a desafíos generadores de carencias de soluciones para problemas que no han sido encarados satisfactoriamente, por ejemplo, por la nueva conciencia de los derechos humanos, o radicalmente novedosos, promovidos por desarrollos científico-técnicos de la biología, la astronomía, la física, la química, etcétera. Los retos de la nueva era encuentran expresiones concretas en la informática, la genética, las exploraciones espaciales, la nanotecnología, las neurociencias, la robótica, el desarrollo de la inteligencia artificial, etcétera. Las decisiones

a adoptar incluyen actitudes ante las posibilidades no sólo de complementación sino también de sustitución de la humanidad por los robots y la inteligencia artificial. El mayor desafío de la historia.

2. La teoría del *Derecho* puede adoptar diversas actitudes ante la nueva era, por ejemplo: a) marginar los desafíos lo más posible, a través de radicalizaciones que logicizan lo que ocurra de modo que firman un “cheque en blanco” a la historia, como ocurre con el positivismo de la “teoría pura” del Derecho²; b) considerar Derecho lo que suceda en los hechos, con otro “libramiento” histórico sin límites, según lo hace el positivismo sociológico; c) procurar imponer criterios de valor a priori de la consideración de la realidad, como lo hacen ciertas orientaciones jusnaturalistas, que así pueden bloquear el porvenir; d) abrirse a la consideración de los problemas de la realidad y sus soluciones, esclarecidos por captaciones lógicas normativas y por valoraciones de justicia, según lo hace, dentro de la orientación tridimensionalista, la *teoría trialista del mundo jurídico*.

Optamos por la construcción de la *teoría trialista*, según la cual el Derecho se construye en *complejidad pura* con *repartos* de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a la vida (dimensión sociológica), captados por *normatividades* que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normatividades, por un complejo de valores que culmina en la *justicia* (dimensión dikelógica).

Esos rasgos comunes de tridimensionalidad se *especifican* en lo *material, espacial, temporal* y *personal*. Las particularidades materiales constituyen *ramas jurídicas “autónomas”* signadas por especificidades tridimensionales que culminan en principios propios. De éstas en su conjunto se ocupa la teoría general del Derecho abarcadora, distinta de la referida a los despliegues comunes, por ejemplo, las dimensiones del Derecho. De las especificidades espaciales trata en gran medida el Derecho Comparado. De las particularidades temporales se ocupa la Historia y prospectiva del Derecho. De las especificidades personales trata la Prosopología jurídica.

² Es posible *ampliar* en CIURO CALDANI, M. Á., “Teorías jurídicas e historia”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social. “Ponencias en Santiago I”*, 2007, ps. 97/109.

La puesta en marcha de la juridicidad requiere el despliegue de la *estrategia jurídica*, donde en base al conocimiento del cuadro de situación y ponderando costos y beneficios se ordenan medios, convertidos en tácticas, para la obtención de fines.

3. La *autonomía* de las *ramas jurídicas* es otro despliegue complejo, que puede contribuir a adecuar el Derecho a las *circunstancias* y posee perspectivas *originarias* y *derivadas*. Las perspectivas de autonomía *originaria* surgen de rasgos propios en las tres dimensiones y al fin de requerimientos de justicia específicos, de principios propios. Despliegues complementarios de la autonomía originaria son la autonomía legislativa, que culmina en Códigos propios; la judicial, que se manifiesta en jurisdicciones específicas, y la administrativa, que alcanza su punto culminante cuando hay Ministerios que se ocupan de manera particular de la rama. Las autonomías *derivadas* son de carácter académico, concretadas en cátedras propias; las *científicas*, con su punto culminante en la existencia de tratados específicos, y las *educativas* (o pedagógicas) cuando la enseñanza-aprendizaje de la rama abre la conciencia para nuevas perspectivas jurídicas en general.

Por ejemplo, en la autonomía originaria del *Derecho del Trabajo*, la dimensión sociológica se caracteriza por la situación de inferioridad en que se encuentran los trabajadores respecto de los empleadores; la dimensión normológica tiene, en países como Argentina, la particularidad de las fuentes de convenios colectivos y la dimensión dkelógica se particulariza por la exigencia de justicia de protección del trabajador. Este requerimiento constituye el principio fundamental de la rama. En cuanto a autonomías complementarias, en nuestro ámbito, el Derecho del Trabajo no alcanza la autonomía legislativa de la codificación propia, pero tiene a menudo autonomía judicial, con tribunales específicos, y autonomía administrativa con la reiterada existencia de Ministerios propios. Asimismo, en nuestro medio el Derecho del Trabajo posee frecuente autonomía académica, con cátedras específicas y autonomía científica con tratados propios y posee, en general, una gran autonomía educativa por su idoneidad para abrir la mente a la protección de los vulnerables.

Las ramas jurídicas tradicionales suelen corresponder en medida muy relevante a exigencias de la economía, como surge del Derecho

Civil patrimonial, el Derecho Comercial, el Derecho del Trabajo, el Derecho de Minas, el Derecho Agrario, el Derecho Administrativo, etcétera. En cambio, hay falencias respecto al desarrollo de ramas encaminadas a amparar a seres humanos débiles, a considerar nuevas estructuras sociales y a resolver los problemas planteados por las novedades científicas y técnicas. En estas líneas de novedad vale atender al desarrollo de ramas que hoy necesitan mucho más despliegue, como el Derecho de la Salud³, el Derecho de la Ancianidad (de la Vejez o de Adultos Mayores)⁴, el Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes⁵,

³ Es posible *ampliar* en CIURO CALDANI, M. Á., “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 28, 2004/5, ps. 19/32; “Necesidad del complejo del Derecho para atender a la complejidad del Derecho de la Salud. Nuevas reflexiones sobre el Derecho de la Salud”, en *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 35, 2014, ps. 193/205; “El Derecho de la Salud ante una nueva era histórica”, en *Investigación y Docencia*, núm. 42, 2009, ps. 61/75; GARCÍA, J. G., “Una problemática que se vuelve invisible. La salud mental de las personas que viven en geriátricos”, en *Página 12* del 24-2-2018; disponible en *Página 12*, <https://www.pagina12.com.ar/97605-una-problematica-que-se-vuelve-invisible>, consulta del 19-12-2022; Centro de Investigaciones en Derecho de la Salud, <https://www.cids.com.ar/>, consulta del 19-12-2022; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <https://centrodefilosofia.org/>, consulta del 19-12-2022; Observatorio de la Salud, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/observatorio-salud/>, consulta del 19-12-2022; Especialización en Derecho de la Salud, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, American Health Law Association, en Google, https://www.google.com/search?q=american+health+lawyers+association&rlz=1C1VDKB_esAR1031AR1031&sxsrf=ALiCzsYTaz_ewZdeQOPjRCWVHPbOcD7EKA:1671521359380&tbm=isch&source=iu&ictx=1&vet=1&fir=46djH2pWphpN9M%252CAa3hKN0A1uHqZM%252C%252Fm%252F09rt38s&usg=AI4_-QfsIDWhieO_HjqlKC3_hSO7YITGg&sa=X&ved=2ahUKEwizPCm1of8AhUYr-pUC Hb7jAdkQ_B16BAhKEAI&biw=1920&bih=929&dpr=1#imgsrc=46djH2pWphpN9M, consulta del 19-11-2022. La asignatura *Derecho de la Salud y Bioderecho* tiene una larga tradición en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, como disciplina optativa de la carrera de Abogacía en el plan 2012 y como materia del plan 2016 en el Ciclo de Formación Especial, en particular el Ciclo de Formación Disciplinar y Práctica en Nuevas Perspectivas de la Juridicidad. A nuestro juicio, con menos claridad, la rama Derecho de la Salud es denominada, por ej., Derecho Sanitario, Derecho Médico, Bioderecho, etc.

⁴ CIURO CALDANI, M. Á., “Derecho de la Ancianidad”, en *Investigación y Docencia*, núm. 20, 1992, ps. 35 y ss.

⁵ Ver, por ej., “Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes”, en Argentina, <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/derechos-de-ninos-ninas-y-ado>

nerables, al acceso de los miembros de la sociedad a calidades de la vida desatendidas y a la revolución científico-técnica. Por ejemplo, el Derecho de la Salud, distinto del derecho a los medios de salud que lo moviliza, se refiere a la protección a las personas de cuya salud se trata, de los trabajadores de salud y de la sociedad en general en el acceso común a los medios de salud. El Derecho de la Salud “enrarece” al Derecho Civil, Comercial, Laboral, Administrativo, Penal, Procesal, etcétera. Así, verbigracia, antes de cerrar un hospital o un sanatorio, por ejemplo, por quiebra, o de despedir a un médico que haya cometido una transgresión, hay que atender al destino que tendrán los pacientes que de ellos dependen; asimismo, si hay urgencia de salud a veces hay que prescindir de las reglas licitatorias normales, etcétera.

De manera semejante a la *autonomía relativa* del Derecho respecto del resto de la cultura, al punto que denunciando la radicalización se usa con frecuente acierto el proverbio *summum ius summa iniuria*¹⁵, todas las ramas jurídicas, tradicionales y nuevas, deben ser consideradas relativamente autónomas, con autonomías a adaptar según las *circunstancias*. En principio, una vez que adquieren sus particularidades tridimensionales básicas, todas requieren al menos desarrollos doctrinales para iluminar los senderos con miras a que sus exigencias logren la satisfacción debida. En algunos casos, como el del Derecho de la Salud con motivo de la pandemia por COVID-19, los requerimientos de autonomía, al menos a la par de otros reclamos, se hacen particularmente notorios¹⁶.

4. En general la estrategia de la conciencia jurídica correspondiente a nuestro tiempo ha de atender a la *dignidad humana en el cosmos*, que ahora se nos va presentando en su enorme magnitud. Sin admitir rótulos despectivos de “especismo”, creemos que urge recordar la gigantesca afirmación de Kant: “Dos cosas llenan el ámbito de admiración y respeto, siempre nuevos y crecientes, cuanto con más frecuencia y

¹⁵ Ver al respecto, por ej., CICERO, “*De officiis*”, Heinemann-MacMillan, Londres-Nueva York, 1913; “*Ex quo illud, ‘Summum ius summa iniuria’ facum est iam tritumsermone proverbium*”, en Ryanfb, <https://ryanfb.github.io/loebolus-data/L030.pdf>, Libro I, 33, p. 34, consulta del 1-12-2022.

¹⁶ Las nuevas ramas tienen valiosa presencia en el Ciclo de Formación Especial del plan de estudios año 2016 de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (v. resolución CS 841/2018).

aplicación se ocupa de ellas la reflexión: el *cielo estrellado sobre mí* y *la ley moral en mí*¹⁷. Necesitamos desarrollar las ramas jurídicas considerando estas dos grandezas: la *de la humanidad en el universo*. La nueva conciencia exige nuevas ramas.

5. A través de la construcción trialista, el Derecho encuentra *horizontes* propios de las dimensiones y de las especificidades, particularmente las ramas jurídicas, y otros comunes a toda la juridicidad, con los que puede mantener fructíferos diálogos.

Por ejemplo, en relación con la dimensión sociológica halla los horizontes de la Astronomía, la Geografía, la Biología, la Psicología, etcétera; en vinculación con la dimensión normológica tiene horizontes de Lógica, Metodología y Lingüística y respecto de la dimensión dielógica encuentra horizontes de moral y Filosofía de la justicia. En la especificidad de las ramas, el Derecho de la Salud halla horizontes de Ciencias de la Salud tradicionales, como la Medicina, y de Bioética; el Derecho de la Ancianidad presenta horizontes de Gerontología y Geriátrica; el Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes lleva a horizontes de Pediatría; el Derecho de la Ciencia y la Técnica se vincula así con la epistemología; el Derecho del Arte se relaciona con la teoría del arte; el Derecho de la Educación se relaciona con las Ciencias de la Educación tradicionales, donde tiene gran lugar la pedagogía, etcétera.

Con miras al conjunto de la juridicidad se halla el horizonte tridimensional del mundo político. Avanzando en este sentido se encuentran los horizontes tridimensionales del mundo de la cultura y el de la Cosmología. También los horizontes generales pueden intervenir en los diálogos de las dimensiones y las ramas.

6. Las ramas jurídicas se desarrollan a su vez con *especificidades* propias relacionadas con el *espacio*, el *tiempo* y las *personas*. Así, por ejemplo, en el *espacio* se advierte que el Derecho del Trabajo posee mucha más relevancia en los países que viven un capitalismo más

¹⁷ KANT, M., “Crítica de la razón práctica”, en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua* (rec.), Porrúa, México, 1977, *Conclusión*, p. 201. Se puede ver además la “Crítica de la razón práctica”, trad. de J. Rovira Armengol, Losada, Buenos Aires, 2003; disponible en http://www.manuelosses.cl/VU/kant%20Immanuel_Critica%20de%20la%20razon%20practica.pdf, consulta del 1-12-2022.

intervencionista, el Derecho Ambiental tiene más relevancia en los ámbitos de mayor contaminación, etcétera. En cuanto al *tiempo*, en la Edad Media el desarrollo del capitalismo promovió el desenvolvimiento del Derecho Comercial para asegurar la actividad de los comerciantes y en la Revolución Industrial se hizo necesario el despliegue del Derecho del Trabajo a fin de proteger a los trabajadores. Hoy los derechos humanos y los cambios en la ciencia y la técnica hacen notoria la necesidad del complejo de ramas que hemos destacado en su novedad. En las *personas*, el Derecho del Trabajo tiene más importancia para quienes trabajan en relación de dependencia privada que para quienes son empleados públicos y el Derecho de la Educación posee más relevancia para los alumnos y los docentes que para un comerciante. Todo importa en todo, pero diversamente.

7. Para conocer el Derecho en su integridad, en este caso cómo se presenta en las ramas jurídicas y en particular en las ramas jurídicas nuevas, hay que atender a todas las perspectivas de la juridicidad, por ejemplo, de las tres dimensiones.

II. Panorama trialista dimensional

a) *Dimensión sociológica*

8. En la consideración de la dimensión sociológica de una rama vale atender a la manera en que se desarrolla en la *vida humana*, en los *intereses*, que no son siempre económicos, y en las *fuerzas*, que no son en todos los casos el poder, la fuerza sobre otros.

Entre las ramas tradicionales, en el Derecho Comercial corresponde considerar, verbigracia, los intereses y las fuerzas de los comerciantes, las personas que tratan con ellos y el resto de la sociedad; en el Derecho del Trabajo se ha de atender a los intereses y las fuerzas de los empleadores, los trabajadores y el resto de la sociedad, etcétera.

En el campo de las nuevas ramas, en el Derecho de la Salud hay que considerar, por ejemplo, los intereses y las fuerzas de las personas de cuya salud se trata, de los prestadores de servicios de salud, de los laboratorios medicinales y al fin del resto de la sociedad.

La dimensión sociológica se desenvuelve en *adjudicaciones* de po-

tencia e impotencia, es decir, lo que favorece o perjudica a la *vida*. Las adjudicaciones son *distribuciones* originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar y *repartos* producidos por la conducción de humanos determinables. Las distribuciones y los repartos tienen gran relevancia para la caracterización de las ramas. De manera sintética cabe referir, verbigracia, que, entre las ramas tradicionales, el Derecho de Familias se relaciona de manera especial con distribuciones psíquicas y biológicas y el Derecho Comercial se vincula con particular intensidad con distribuciones de la economía.

9. Al elegir para la ejemplificación de las nuevas ramas de manera más detallada el *Derecho de la Salud* resulta que interesan las *distribuciones* de la *naturaleza* biológica (patrimonio genético), geográfica (riqueza o pobreza del suelo), astronómica (energía solar, equilibrio de los cuerpos “celestes”, etc.), de las *influencias humanas difusas*, de la economía (situación de la producción, la distribución y el consumo, estructura de clases), la religión (creencias en el castigo divino, los milagros), la ciencia y la técnica (desarrollo de la física, la química, la biología, la psicología, etc.), el arte (posibilidades terapéuticas del arte), la educación (formación de la conciencia sanitaria), las concepciones del mundo (más cosmocéntricas, teocéntricas o antropocéntricas), etcétera.

Importan de manera destacada los *repartos* con sus elementos: *repartidores*, *recipiendarios*, *objetos*, *formas* y *razones*. Los *repartidores* son, por ejemplo, médicos y otros profesionales de la salud, las personas de cuya salud se trata, los propietarios de entidades que prestan servicios y producen medicamentos e instrumentos, los gobernantes, etcétera. Los *recipiendarios* son las personas de cuya salud se trata, profesionales de salud, integrantes de los laboratorios, dueños de las prestadoras de salud, etcétera. Los *objetos* de reparto son los usos de medicamentos, instrumental, edificios, etcétera. Las *formas*, o sea, los caminos previos para llegar a los repartos, son la audiencia de las personas de cuya salud se trata, de los profesionales, los empresarios, etcétera. Las *razones* son móviles, razones alegadas y razones sociales. Cabe mencionar los móviles de vocación, lucro, etcétera; las argumentaciones más o menos convincentes, etcétera. Cambios muy relevantes en el Derecho

de la Salud son los incrementos en los medios a su servicio y la, al menos aparente, búsqueda del consentimiento informado.

10. Los repartos pueden ser de dos clases: *autoritarios* y *autónomos*. Los autoritarios se desarrollan por imposición y realizan el valor poder. Los autónomos se desenvuelven por acuerdo de todos los interesados y satisfacen el valor cooperación. La composición al respecto es otro factor de individualización de las ramas. El Derecho Penal es tradicionalmente un marco de predominio de los repartos autoritarios y el Derecho de los Contratos (subrama del Derecho de las Obligaciones y del Derecho Civil) es un espacio de gran despliegue de los repartos autónomos.

El Derecho de la Salud ha sido tradicionalmente un ámbito de gran autoridad de los médicos, pero en nuestro tiempo se caracteriza por un incremento, a veces más aparente que real, de la autonomía de los pacientes.

11. Los repartos pueden estar *ordenados* o *desordenados*. El orden de los repartos se constituye mediante *planificación gubernamental* o *ejemplaridad*. La planificación gubernamental indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto, a veces se expresa quiénes mandan y con qué criterios mandan. Cuando está en marcha la planificación gubernamental realiza el valor previsibilidad. Se manifiesta en la Constitución, las leyes, los decretos, las sentencias, etcétera. La ejemplaridad se desenvuelve mediante el seguimiento de repartos considerados razonables. Satisface el valor solidaridad entre los repartidores. Se desarrolla en la costumbre, los usos, la jurisprudencia, etcétera. En el marco tradicional, el Derecho Constitucional y el Derecho Penal son expresiones muy relevantes de la planificación gubernamental y el Derecho Comercial suele brindar especial atención a los usos y la costumbre.

Entre las ramas nuevas, el Derecho de la Salud ha incrementado la presencia de la planificación gubernamental, en gran medida por avance de la noción de salud pública. Es un campo donde tenía y en parte todavía posee amplio despliegue la ejemplaridad.

12. Los repartos pueden tropezar con *límites necesarios* surgidos de la naturaleza de las cosas: físicos, psíquicos, lógicos, sociopolíticos, socioeconómicos, vitales, etcétera. En países como la Argentina el

Derecho Constitucional ha chocado con especial frecuencia con límites sociopolíticos y el Derecho Comercial ha tropezado con particular reiteración con límites socioeconómicos.

Entre las ramas nuevas, el Derecho de la Salud halla siempre al final el límite físico de la muerte y en tiempo reciente ha debido enfrentar el grave límite físico de la pandemia por COVID-19. En muchos países afronta límites socioeconómicos de enorme gravedad.

b) *Dimensión normológica*

13. Las normatividades captan repartos proyectados describiéndolos e integrándolos. Las descripciones deben reflejar con acierto el contenido de la voluntad de los repartidores y su cumplimiento. Si satisfacen el primer requisito son fieles; si cumplen el segundo son exactas. En cuanto a la integración, las captaciones deben hacerse con conceptos adecuados a las necesidades de los autores, los encargados del funcionamiento y el resto de la sociedad. En las ramas tradicionales en la Argentina hay una gran problemática de existencia de normas inexactas en el Derecho Penal, en cuanto a las condiciones de las cárceles, y en el Derecho del Trabajo por la existencia de una gran cantidad de trabajadores “en negro”. El Derecho de las Familias va buscando su adecuación sobre todo en cuanto a los conceptos de las relaciones de pareja.

El Derecho de la Salud tiene especiales problemas de fidelidad y adecuación por los grandes cambios en las posibilidades científicas y técnicas.

14. Las normatividades poseen *fuentes formales* que autobiografían (relatan) los contenidos de las voluntades de los repartidores. Las ramas suelen expresarse en fuentes especiales. Por ejemplo: el Derecho Constitucional en la Constitución formal; el Derecho Internacional en tratados; el Derecho Civil en contratos, y en países como la Argentina el Derecho del Trabajo en los convenios colectivos.

El Derecho de la Salud ha desarrollado un importante arsenal específico de reglamentos, protocolos, sobre todo motivados por las necesidades de la pandemia por COVID-19.

15. Para que las normatividades se realicen en las vidas de las

personas a fin de que los repartos proyectados captados se conviertan en repartos realizados es necesario que las normatividades *funcionen* a través de tareas de *reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, aplicación, síntesis, argumentación*, etcétera. En ese funcionamiento tienen gran relevancia los principios generales. El Derecho Constitucional y el Derecho Penal, con sus referencias al principio de legalidad, son muestras tradicionales de este recurso; el Derecho Civil y Comercial argentino ha incrementado significativamente el despliegue de los principios con la codificación de 2014.

Entre las ramas nuevas, el Derecho de la Salud se desenvuelve aplicando principios de protección de la persona de cuya salud se trate y de los servidores de salud, de acceso social, etcétera.

16. Las captaciones lógicas de los órdenes de repartos son *ordenamientos normativos* que realizan el valor coherencia. Los ordenamientos tienen *subordenamientos* diferenciados, de modo que ante la existencia de lagunas en uno de ellos hay que preferir sus propios recursos a los de otros subordenamientos. Todo bajo el marco del bloque de constitucionalidad. Así ocurre de maneras especiales en ramas muy específicas, como el Derecho Penal Liberal, que, a diferencia de lo que suele ocurrir en otras ramas, veda la analogía en contra del reo. Otra rama que defiende su subordenamiento de manera relevante es el Derecho Administrativo en su especificidad contractual diversa de la privatista.

Entre las ramas nuevas, el Derecho de la Salud constituye un subordenamiento cuyos principios delimitadores hemos referido. Si hay una laguna en el Derecho de la Salud, ante un problema de pandemia hay que dar preferencia al principio de protección de las personas de cuya salud se trata; de aquí el carácter insatisfactorio de la manera en que se resolvió en el mundo la provisión de vacunas contra COVID-19.

c) *Dimensión dikiológica*

17. El complejo de valores culmina en la justicia e integra otros valores como la salud, la utilidad, la verdad, la belleza, el amor, etcétera. Las diferentes ramas suelen corresponder a distintas composiciones valorativas. El Derecho Comercial es la cumbre de la integración de

la justicia con la utilidad; en otro sentido, también es fuerte la presencia de la utilidad en el Derecho Administrativo.

En el Derecho de la Salud es notoriamente relevante la alta integración de la justicia con la salud.

18. En continuidad con las enseñanzas aristotélicas se pueden diferenciar caminos para pensar este valor, denominados *clases de justicia*. Las vías para pensar la justicia suelen servir para identificar las ramas. En el Derecho Civil de los Contratos tiene prevalencia la justicia consensual, en el Derecho Penal hay más presencia de la justicia extraconsensual. En el Derecho Civil de los Contratos la justicia particular, más privatista, tiene más fuerza que en el Derecho Administrativo de los Contratos, donde hay más despliegue de la justicia general, referida al bien común y más frecuente en el Derecho Público.

En el Derecho de la Salud ha existido una fuerte prevalencia de la justicia extraconsensual, referida a la autoridad médica; hoy se ha incrementado la justicia consensual por la mayor referencia a la voluntad de la persona de que se trata. El desarrollo de la conciencia de salud pública, sobre todo con la pandemia por COVID-19, ha incrementado las remisiones a la justicia general.

19. La justicia es una categoría pantónoma referida a la totalidad de sus posibilidades (*pan* = todo; *nomos* = ley que gobierna). Como no podemos alcanzar esa plenitud, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos en la necesidad de fraccionarla cuando no podemos saber o hacer más, produciendo seguridad jurídica. Las ramas construyen la justicia con alcances y seguridades diferentes. El Derecho Penal fracciona la existencia de delitos por la exigencia de tipicidad legal, procurando seguridad del posible reo. El Derecho del Trabajo tiende a desfraccionar la debilidad del trabajador fraccionando facultades del empleador, con más seguridad para el dependiente.

El Derecho de la Salud tiende a desfraccionar, por ejemplo, las necesidades de las personas de cuya salud se trata, a quienes se procura atender incluso ante novedades científicas y técnicas, a veces fraccionando intereses de las entidades prestadoras de los servicios de salud.

20. Es esclarecedor reconocer cuál es el *principio supremo de justicia* que ha de orientar la consideración de los demás contenidos de

la misma. En nuestro caso, asumimos como principio supremo de justicia adjudicar a *cada humano las posibilidades para su desarrollo pleno*, para que pueda personalizarse. Cada rama jurídica tiene requerimientos de contenido de justicia específicos.

21. En cuanto a los *repartos aislados*, corresponde referirse a la justicia de las calidades de los *repartidores*, los *recipiendarios*, los *objetos*, las *formas* y las *razones*.

Respecto a la justicia de los *repartidores* específicos de las ramas, por ejemplo, en el Derecho Administrativo en los administradores se combinan las legitimidades de la infraautonomía de la *democracia* y la *aristocracia*¹⁸, y en el Derecho del Trabajo donde hay convenios colectivos se integran la justicia de la autonomía de quienes los celebran, la infraautonomía democrática y la criptoautonomía (consentimiento eventual) de los no celebrantes que se desenvuelven en la misma actividad.

Entre las ramas nuevas, la legitimidad de los repartidores del Derecho de la Salud ha pasado de una fuerte aristocracia de los médicos a su complementación con la autonomía de las personas de cuya salud se trata.

La tarea de los repartidores genera *responsabilidad*. En las ramas tradicionales están, por ejemplo, las legitimidades de las responsabilidades especiales de los administradores en el Derecho Administrativo y los empleadores en el del Trabajo.

Entre las ramas no tradicionales, en Derecho de la Salud cabe hacer particular referencia a la responsabilidad médica y sanitaria en general.

La justicia de los *recipiendarios* se apoya, en cuanto a las potencias, en los *méritos* de la conducta y los *merecimientos* de la necesidad, y en relación con las impotencias, en la *responsabilidad* y la *posibilidad de aportar*. Entre las ramas tradicionales, el Derecho Civil de los Contratos y el Derecho Penal se ocupan especialmente de méritos y responsabilidades, y en el Derecho Administrativo se incrementan las referencias a los merecimientos y las posibilidades de aportar.

En el Derecho de la Salud, la legitimidad exige asumir en medidas importantes los merecimientos y las posibilidades de aportar (salud pública).

¹⁸ Superioridad moral, científica o técnica.

Respecto a la justicia de los *objetos* de reparto, es decir, las potencias y las impotencias, entre las ramas tradicionales el Derecho Civil patrimonial y el Derecho Comercial tienen más presencias referidas a la economía e incluso al lucro; el Derecho de Familias todavía se refiere más a la legitimidad por proyectos de vida en común.

Entre las ramas nuevas, el Derecho de la Salud se remite a las potencias e impotencias del más pleno bienestar físico, mental y social según las posibilidades de la persona.

La justicia de la *forma* está orientada al fin a la *audiencia*. En el Derecho Comercial hay presencia más intensa de la adhesión y la negociación; en el Derecho Administrativo hay más despliegue procesal.

Entre las ramas nuevas, el Derecho de la Salud integra la legitimación tradicional por adhesión aportándole una exigencia de real consentimiento informado.

En el desarrollo justo de las *razones*, apoyado en la *fundamentación*, se han de tener en cuenta especialmente los principios fundamentales de las ramas. Por ejemplo: en el Derecho del Trabajo es justo referirse al amparo del trabajador y en el Derecho Penal es legítimo remitirse al resguardo de los intereses legítimos fundamentales de la sociedad y la protección de las víctimas y los reos.

En el Derecho de la Salud la fundamentación ha de referirse de manera principal a la protección de las personas de cuya salud se trata, de los trabajadores de salud y del resto de la sociedad.

22. Un *orden de repartos* justo ha de tomar a cada humano como un fin y no como un medio, esto significa que ha de ser *humanista* y no totalitario. El humanismo puede ser *abstencionista* y subsidiariamente *intervencionista*. Ramas tradicionales relativamente abstencionistas son el Derecho Civil de los Contratos e incluso el Derecho Comercial, tal vez la más intervencionista sea el Derecho Penal.

El Derecho de la Salud ha evolucionado desde un fuerte intervencionismo a un relativo abstencionismo en atención a la voluntad de las personas de cuya salud se trata.

El humanismo ha de atender a la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad*. Entre las ramas tradicionales, el Derecho Civil de los Contratos se atiende más a la unicidad, el Derecho del Trabajo procura una mayor igualdad.

El Derecho de la Salud debe atender a que la salud de cada persona es única, pero merece igualdad de oportunidades y en cuanto a la salud pública es parte de la comunidad.

Para que se realice el humanismo es necesario *proteger* a los individuos contra todas las amenazas: de los demás individuos como tales y como régimen; excepcionalmente de sí mismos y de todo “lo demás” (enfermedad, rutina, pobreza, ignorancia, soledad, desempleo, etc.). El Derecho Civil de los Contratos y el Derecho Comercial son ejemplos de amparo respecto de los demás; el Derecho de Familias resguarda más contra la soledad.

El Derecho de la Salud corresponde en gran medida a la protección respecto a la enfermedad, pero la plenitud de sus alcances termina refiriéndose a todas las maneras de resguardo.

Bibliografía

- ARCOCHA, Carlos E. y ALLENDE RUBINO, Horacio L., “Tratado de Derecho Ambiental”, con la colab. de M. H. Novelli, Rosario, Nova Tesis, 2007.
- Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <https://centrodefilosofia.org/>, consulta del 19-12-2022.
- Centro de Investigaciones en Derecho de la Salud, <https://www.cids.com.ar/>, consulta del 19-12-2022.
- CICERO, Marcus Tullius, “*De officiis*”, Londres-Nueva York, Heinemann-MacMillan, 1913.
- “*Ex quo illud ‘Summum ius summa iniuria’ facum est iam tritumsermone proverbium*”, en Ryanfb, <https://ryanfb.github.io/loebolus-data/L030.pdf>, Libro I, 33, consulta del del 1-12-2022.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.
- “Derecho de la Ancianidad”, en Investigación y Docencia (núm. 20), 1992, ps. 35 y ss.
- “Derecho de la Ciencia y protección del investigador”, en Jurisprudencia Argentina 1992-III-851/857.
- “Derecho de la Educación”, en Academia, año 3 (núm. 5), 2005, ps. 135/154.

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho de la Educación”, en La Ley del 28-6-2018, p. 1; cita online: AR/DOC/1276/2018.
- “Derecho del Arte”, en Jurisprudencia Argentina 2009-II-3, 1368 y ss., fasc. 7.
- “El Derecho de la Salud ante una nueva era histórica”, en Investigación y Docencia (núm. 42), 2009, ps. 61/75.
- “Filosofía trialista del Derecho de la Salud”, en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (núm. 28), 2004/5, ps. 19/32.
- “Filosofía y sistema del Derecho de la Integración”, en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (núm. 29), 2006, ps. 27/48.
- “Necesidad del complejo del Derecho para atender a la complejidad del Derecho de la Salud. Nuevas reflexiones sobre el Derecho de la Salud”, en Revista de Filosofía Jurídica y Social (núm. 35), 2014, ps. 193/205.
- “Teorías jurídicas e historia”, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social. “Ponencias en Santiago I”, 2007, ps. 97/109.
- “Un despliegue importante del Derecho de la Educación”, en SEDA, Juan Antonio y PIERONI, Natalia (comps.), *Discapacidad y accesibilidad en la educación superior*, Rosario, Universidad Nacional de Rosario, 2020, ps. 13/16.
- “Derecho de Niños, Niñas y Adolescentes”, en Argentina, <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes#:~:text=Los%20ni%C3%B1os%2C%20ni%C3%B1as%20-y%20adolescentes,les%20dan%20una%20protecci%C3%B3n%20especial>, consulta del 2-12-2022.
- ETALA, Carlos Alberto, “Derecho de la Seguridad Social”, Buenos Aires, Astrea, 2002.
- FERRER, Manuel Augusto, “Derecho Espacial”, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976.
- GARCÍA, J. G., “Una problemática que se vuelve invisible. La salud mental de las personas que viven en geriátricos”, en Página 12 del 24-2-2018; disponible en Página 12, <https://www.pagina12.com.ar/97605-una-proble-matica-que-se-vuelve-invisible>, consulta del 19-12-2022.
- KANT, Manuel, “Crítica de la razón práctica”, en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua* (rec.), México, Porrúa, 1977, *Conclusión*.

- KANT, Manuel, “Crítica de la razón práctica”, trad. de J. Rovira Armengol, Buenos Aires, Losada, 2003; disponible en http://www.manuelosses.cl/VU/kant%20Immanuel_Critica%20de%20la%20razon%20practica.pdf, consulta del 1-12-2022.
- Observatorio de la Salud, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/observatorio-salud/>, consulta del 19-12-2022.
- SANTANDER G., José Antonio, “Seguridad Social”, 2010, en Scribd, <https://es.scribd.com/doc/32997003/Seguridad-Social#scribd>; Studocu, www.studocu.com, consulta del 2-12-2022.
- STIGLITZ, Gabriel A. y HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), “Tratado de Derecho del Consumidor”, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- United Nations, “Office for Outer Space Affairs”, en UNOOSA, <https://www.unoosa.org/>, del 17-12-2022.
- WILLIAMS, Sylvia Maureen, “Derecho Espacial contemporáneo: los principios de Naciones Unidas en los albores del Nuevo Milenio”, en *Cincuentenario de las Primeras Jornadas Hispanoamericanas de Derecho Aeronáutico, Salamanca, 1960-2010*, Madrid, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial, ps. 167/182.

LA ALTERIDAD ANIMAL Y SU RECONOCIMIENTO EN EL ÁMBITO MORAL, JURÍDICO Y POLÍTICO

por SABRINA LAURA LATINO¹

SUMARIO: 1. Y Dios creó al hombre... 2. El hombre dueño y señor. 3. El animal no humano como “otro”. 4. El problema de la personalidad y el reconocimiento como sujetos de derechos. 5. Algunas conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Muchos pensadores contemporáneos, aunque desde posiciones diferentes o complementarias, acuerdan en la necesidad de repensar el problema de la animalidad. Reflexiones efectuadas a partir de considerar grandes transformaciones que produjeron cambios de modo tangible en la vida de los “otros animales”. Se vienen dando reestructuraciones que imponen un replanteo de las categorías con las que se pensaba el problema de la animalidad, y luego ello en términos de alteridad y su reconocimiento como “otro”, o como “persona”, sujeto de derechos.

Se intenta mostrar que, aunque de modo incipiente, se va dejando de lado la perspectiva antropocentrista, que parte de la supuesta superioridad humana, para pasar a una concepción de reflexión sobre la propia interioridad respecto de lo humano, una alteración en su propia

¹ Abogada (UNR). Profesora superior en Abogacía (UCA). Presidenta del Instituto de Derecho Animal (Colegio de Abogados de Rosario). Aspirante a adscripta (Penal II, UNR). Abogada de la Oficina de Protección Animal (Municipalidad de Rosario). Delegada por la ciudad de Rosario de Afada (Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales).

identidad. El animal no humano ha sido pensado como carente de las cualidades del hombre, una desviación de lo humano, idea que ocultaría una falta originaria del hombre, el faltarse a sí mismo con el propósito de autodefinirse como ser no carente. Entre estos cambios parece indispensable pensar en la alteridad animal, en términos de límites que el propio humano traza ante este “otro”, subordinando su propia animalidad, con el objeto principal de justificar como inevitable la dominación animal.

Abstract

Many contemporary thinkers, although from different or complementary positions, agree on the need to rethink the problem of animality. These reflections stemmed from examining the big transformations that produced tangible changes in the lives of “other animals”. Some reframing of thought and mindsets are taking place that impose a reconsideration of the categories with which the problem of animality was previously thought, mostly in terms of alterity and the recognition of animals either as “other”, or as a “person”, that is as a subject of rights.

An attempt is made to show that, although increasingly, the anthropocentric perspective is being put aside, a view based on the supposed superiority of humans which is now moving towards a disturbing conception of humanity that reflect on one’s own interiority with respect to what it means to be human, an alteration in humanity’s own identity. The non-human animal has been thought of as lacking the qualities of man, a deviation from the human, an idea that would hide an original lack of humankind, who defined themselves as non lacking beings. Among these changes, it seems essential to rethink animal otherness, in terms of the limits that the human herself draws before this “other”, subordinating their own animality, with the main objective of justifying animal domination as inevitable.

Palabras clave

Animal no humano. Antropocentrismo. Antiespecista.

Keywords

On-human animal. Anthropocentrism. Antispecism.

1. Y Dios creó al hombre...

Sucintamente mencionar que la visión del cristianismo ha sido fundamental en la noción que coloca al hombre en un lugar de superioridad. La esencia humana en ser el elegido por Dios entre todos los seres vivientes, el único hecho a su imagen y semejanza. Desde el Antiguo Testamento de la Biblia (parte de nuestra enseñanza desde pequeños) donde se puede hallar la explicación de todo, desde el Génesis y luego los mandamientos, la mirada más arraigada pasa por considerar al hombre el centro de todas las cosas, separado perfectamente de la mujer, la bestia (los animales) y las cosas, logrando una división entre sujetos y objetos, y estableciendo la línea de inferioridad y anormalidad de todo aquello que no era humano.

Uno de los rasgos de esta perspectiva es la ruptura óptica, que separa la naturaleza del hombre del resto de los seres vivientes por considerarlo con propiedades específicas como el lenguaje, la bipedia, el uso indiferenciado de manos, etcétera, cuando toda especie se distingue de otras propiedades específicas. Otro de los rasgos es el dualismo ontológico, la creencia en dos planos del ser: natural y espiritual, con el agregado de otros pares: cuerpo/alma, afectividad/racionalidad, naturaleza/cultura, que fortalecen la ruptura óptica. Tal es así que, este hombre que luego viene a ocupar el lugar de Dios con el humanismo antropocéntrico y aparece como motivo, razón y fin de todo, sin dudas es el hombre macho, carnívoro, blanco, propietario, heterosexual y cristiano. Este hombre que viene a confirmar una identidad a partir de la inferioridad de todo lo demás que es, por tanto, una animalidad.

La especie reina de todas las especies contó con el aditamento de su pertenencia al planeta tierra centro del universo, idea que tanto defendió y protegió la Iglesia, postergando a cualquier costo durante más de 100 años la difusión de la teoría copernicana que colocaba a la tierra como un planeta entre otros que giraban alrededor del sol. El cartesianismo reforzó la idea de superioridad. René Descartes (1596-1650) con el fundamento del *cogito* reivindicó a un sujeto que

se funda a sí mismo, que al pensar demuestra que las cosas existen utilizando la razón como única herramienta, nada existe previamente a la epistemología de la conciencia.

La herida más profunda provocada a la idea de superioridad humana aconteció en el siglo XIX, debido a la biología de la evolución. Charles Darwin difundió su teoría evolucionista con el título “El origen de las especies”, en 1859, acabando con el error antropocéntrico. La teoría evolucionista cambió el lugar del hombre en el mundo de los vivientes, le confirió una nueva identidad concebida como forma biológica. A fines del siglo XIX, Freud descubre el inconsciente, componente de la psiquis humana que no puede ser controlado por la racionalidad y es el más importante de la personalidad. “Copérnico, Darwin y Freud infligieron al hombre las tres heridas narcisistas que lo obligaron a poner en cuestión su lugar, ya no el centro del universo, ya no creación especial sino parte de una cadena evolutiva, ya no sujeto de una autoconciencia”².

No obstante este quiebre del humanismo antropocéntrico, aún podemos ver que “animal” no son sólo los cientos de millones de animales que cada año son encerrados, torturados y asesinados (y por los motivos más banales, además); “animal” también es una metáfora de inhábil, de anormal, de monstruo. El animal aparece como todo aquello que no somos, que está ajeno, lo “malo”, lo que está lejos o simplemente cosas útiles que tenemos a disposición y antojo. Muchas acciones demuestran la falta de reconocimiento por parte del humano de su propia animalidad, subordinando su identidad, haciendo más invisible y justificando la crueldad contra los demás animales.

2. El hombre dueño y señor

En la época moderna y en la actualidad el hombre se sintió y se siente dueño, señor y propietario. Su objetivo ha sido eliminar todo aquello a lo que no pudo ponerle límites, luchando en consecuencia contra el carácter indomable de todo lo extraño, de la alteridad.

² CRAGNOLINI, M., “Extraños animales. Filosofía y animalidad en el pensar contemporáneo”, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2016, p. 23.

Para poder visualizar lo expresado aparece el personaje de Robinson Crusoe de la novela de Daniel Defoe (1719), estudiado por varios autores como elemento clave para entender el espíritu de la Modernidad, precisamente como aproximación para determinar los caracteres propios de lo humano y en consecuencia sus límites para luego considerar a los animales como “su propiedad” y justificar la dominación de los mismos. El náufrago se sintió amo y señor de la isla a la que considera de su propiedad, no sólo por ocuparla sino además en función del trabajo que realiza contra la naturaleza estéril de la isla para poder producir alimentos. Fundador y colonizador, soberano absoluto, domesticador y exterminador. Justifica el sacrificio en nombre de su propia vida, cuando se protege de las bestias, se asemeja a ellas, finalmente se manifiesta como la “bestia” más letal. En el “Seminario: La bestia y el soberano”, Derrida (2011) indica que esta operación no sólo refleja su espíritu de supervivencia, sino que además evidencia el temor por ser devorado ya sea por las fieras, por el mar, los animales o los caníbales. Robinson en la práctica de la domesticación aniquila y devora al otro que implica una amenaza.

La forma en la que tratamos a los animales desde la propia creación aparece como una clara situación de dependencia con respecto al ser humano, considerándolos cosas que simplemente pueden utilizarse.

En sus comienzos, las disciplinas que forman parte de las humanidades se refieren a un modo de ser humano que se contrapone con el animal. Con la aparición de los estudios acerca de la problemática animal, se pusieron en crisis los límites que separan a ambos bajo la evidencia de que muchas de las características atribuidas al hombre también pertenecen al modo de ser animal. Se ha intentado de manera constante, en el trato hacia los animales, situar sus características en contraposición con las de los humanos, incluso acentuando las diferencias de forma negativa, no sólo por ser carentes de ellas, sino por resultar hasta desagradables, en definitiva, antropomorfizándose para definirlo.

Existen muchos filósofos que en la Modernidad han pensado sobre los demás animales, desde René Descartes (1637), Thomas Hobbes (1642), luego aparece David Hume (1734), Rousseau (1979) y Kant con su teoría del imperativo categórico. Ya en el siglo XIX Shopenhauer

aparece con una posición diferente, mucho más compasiva, mencionando que es el hombre el único que maltrata a otros sin ningún motivo, y critica el maltrato, la privación de la libertad y la tortura contra los animales, con fines de experimentación. Dentro de esta moral de la compasión expresa que es necesario también ampliarla a los animales.

Desde una posición utilitarista simplemente resulta aceptable y conveniente actuar de modo tal que se produzca el mayor saldo posible del bien sobre el mal, logrando el mayor saldo de satisfacción sobre insatisfacción, sin consideración de lo que se haga efectivamente con los intereses de los demás animales. Jeremy Bentham es el fundador de este movimiento, pero luego es Singer quien lo toma como su referente intelectual para su defensa de los demás animales, en su obra "Liberación animal" (1975). Según la autora Velasco Sesma, para este autor "los intereses de cualquier ser afectado por una acción deben ser tenidos en cuenta y recibir la mayor valoración que los intereses de cualquier otro ser"³. Peter Singer (1972) sostiene que es necesario dar igual consideración a todos los intereses de aquellos que sufren, ya que cualquier ser consciente es capaz de sentir, es decir, tiene interés en experimentar placer y evitar el dolor, y en esta afirmación encuentra justificación para incluir asimismo a los animales. No sólo en primer término, según esta postura, habría que determinar qué animales son autoconscientes, sino que pareciera que no es algo malo criarlos y matarlos para alimentarnos si su vida ha sido placentera y no se le ha causado dolor en su muerte.

Frente a esta posición aparece Tom Regan (2001), quien critica la posición utilitarista y a Peter Singer. Expresa que no se ha podido dar justificación válida para que se cause daño a los animales, incluso su muerte, que no resulta suficiente la simple argumentación de obtención de ganancias, o provocar placer o diversión para tratarlos del modo en que lo hacemos. Lo propuesto por Regan es que estamos moralmente obligados a oponernos a toda práctica que implique una violación a sus derechos, y que debemos hacer todo lo posible para poner fin al daño que se les hace soportar, y el hecho de que sean tan vulnerables acrecienta nuestra obligación.

³ VELASCO SESMA, A., "La ética animal. ¿Una cuestión feminista?", Ediciones Cátedra, Madrid, 2017, p. 57.

Finalmente, Gary Francione (1994) propone un trato humanitario de los animales. El autor considera que el estatus de propiedad de los animales es imperante tanto a nivel político como legal, simplemente son considerados propiedad de los humanos, medios para fines humanos, cuyo valor se mide en términos de lo que pueden hacer por los humanos, sin tener en cuenta sus propios intereses. Simplemente son útiles para la humanidad en términos de necesidad y ello brinda justificación suficiente, por lo que la vara que mide qué vida es más valiosa siempre es en perjuicio de los animales. La balanza, sin dudas, se desequilibra en detrimento de los intereses que aparecen como de menor importancia si dicho sufrimiento es de algún modo necesario.

Y avanza aún más cuando dice que sin dudas la ley los considera incapaces de tener derechos, al menos el mismo tipo de derechos que tienen los humanos. Que todo planteo que se viene realizando sobre posibles normas de protección de los animales es realmente muy bajo o nulo y termina siendo un reflejo de ello la consideración de propiedad que se le da al animal. Cualquier mejora en el trato a los demás animales sería contraproducente para el propietario, y por tanto ineficaz desde el punto de vista económico, y dicha disparidad de consideración se ve reflejada en todo el enfoque legal.

Podemos ver realmente que más que una carencia de los animales de estos atributos o características propiamente humanos, la defensa y justificación de la dominación simplemente radica en esta idea de propiedad como ley primera del sistema capitalista imperante. No obstante, a partir de los avances de las ciencias y estudios realizados sobre diferentes especies de animales, principalmente sobre grandes simios, el lenguaje dejó de ser una propiedad solamente humana, también la capacidad de simulación es exclusivamente humana, como la creación. En muchas especies se ha podido reconocer la dimensión social y la existencia de reglas, un conjunto de actitudes como la cooperación, el altruismo, la reciprocidad, inherentes a la moralidad.

Además de muchos estudios etológicos, el debate contemporáneo acerca de las problemáticas de la igualdad, la bioética del aborto y la eutanasia, y las ciencias cognitivas contribuyeron a dar una mayor atención al tema animal. Es importante resaltar que el 7 de julio del 2012 en la Universidad de Cambridge, 13 neurocientíficos de renombre

firmaron un manifiesto afirmando la existencia de conciencia en diversos animales no humanos, es decir, la capacidad de los organismos del reino animal para percibir su propia existencia y la del mundo que los rodea, y en consecuencia que no somos los humanos los únicos en poseer la base neurológica asociada a la conciencia.

Y sin dudas las discusiones en torno a la discriminación en relación con las mujeres y las razas pensadas inferiores, durante gran parte de la historia, produjeron un movimiento de amplitud que postula la igualdad de trato a todo lo viviente. Es Oscar Horta (2017) quien determina como “especismo”⁴ a la discriminación de los animales por la pertenencia a otra especie, es un prejuicio de especie, que justifica nuestras atrocidades contra los animales, porque, al fin y al cabo, no son humanos, como ha ocurrido con otros seres humanos a los que se consideraba imperfectos para legitimar su opresión.

Actualmente es la corriente ecofeminista, relativamente nueva, que hace hincapié en las importantes relaciones que existen entre la subordinación de las mujeres y otros grupos sociales no privilegiados, como los pobres, los indígenas, las personas de color, etcétera, y la explotación de la naturaleza y los animales. Puntualmente la corriente ecofeminista, animalista, vegana o antiespecista denuncia la explotación de los animales y la fuerte conexión entre ésta y la opresión a las mujeres. Existe un gran número de autoras que señalan la similitud entre la opresión hacia los demás animales y la opresión y discriminación estructural hacia las mujeres.

Tal es el vínculo y la interseccionalidad que se traza entre estos sistemas de opresión propios del capitalista o patriarcal, racista, sexista y especista, que algunas autoras plantean una defensa de la consideración moral de los animales en clave de género, preguntándose como Angélica Velasco Sesma: “¿Cómo conseguir una ética animal satisfactoria si no incorpora todo lo que aporta la perspectiva de género?”⁵

⁴ HORTA, O., “Un paso adelante en defensa de los animales”, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2017, p. 21.

⁵ VELASCO SESMA, op. cit., p. 25.

3. El animal no humano como “otro”

Siguiendo con la problemática animal, específicamente en el ámbito de la filosofía, en relación con el tema de la alteridad, durante años se trató de definir al otro de forma maníaca. Se pensó al otro como lo mismo, posición que habilitó la conquista, el combate, el genocidio. Precisamente otra dimensión ligada fuertemente a la separación de ambos términos fue la búsqueda de la propia identidad: “La frontera entre el mismo y el otro está custodiada por la ilusión de identidad pura, cercada por la experiencia interior en su afán de definir al yo”⁶. En el “Diccionario de Estudios Culturales” la definición de “alteridad” aparece vinculada casi siempre en relación a sectores excluidos, aunque dejando de lado al animal, una indiferencia que lo elimina como otro, como prójimo por no ser semejante al hombre: el más otro de los otros: “...en ese intento de apertura a ese extranjero que es el otro, se cierran las fronteras a ese otro que es más otro que todo otro, que es más extranjero que todo extranjero: el animal (que es y que somos)”⁷.

Para Jacques Derrida (2010), una ética que sólo propone deberes ante otro hombre es narcisista. En el “Seminario: La bestia y el soberano”, tomo I, reflexiona sobre la proximidad entre el extranjero y el animal. El proceso de aprendizaje que atraviesa el hombre para pertenecer a la humanidad vehiculiza la reducción y subordinación de la animalidad interior para adaptarse al mundo humano y es por esto que el animal externo debe ser destruido. La hospitalidad sólo se convierte en familiaridad si ésta deviene de la idea de semejanza. Para el autor el problema de la otredad, la relación con el otro, es siempre imposible; el otro es otro porque nunca puedo generar un vínculo, si ello fuera posible ya no sería otro.

Siendo un tema central que utiliza Derrida, el concepto de “deconstrucción” que viene de la idea de destrucción de la metafísica de Heidegger (“Kant y el problema de la metafísica”, 1929), que traduce y recupera, propone también deconstruir el concepto de otredad. Es un otro si lo dejamos afuera, se naturaliza la exclusión. Para Derrida,

⁶ RABINOVICH, S., “Alteridad”, en SZURMUK, M. y MCKEE IRVIN, R., *Diccionario de Estudios Culturales Latinoamericanos*, Siglo XXI, México, 2009, p. 46.

⁷ CRAGNOLINI, op. cit., p. 35.

el otro es el animal, hoy en Occidente al otro se lo come, hemos naturalizado que el lugar del animal está en proveernos a nosotros las posibilidades de nuestra supervivencia. Discurre sobre este tema el filósofo Darío Sztajnszrajber (2015), expresando que la relación con la otredad es la naturalización del lugar del otro como un excluido que de algún modo resulta necesario para nuestra propia supervivencia como humanos, es decir, en función de la necesidad humana, y así el otro se disuelve. Y dice que ello sucede con otros casos, como los pobres, los discapacitados, y el propio nazismo, siendo que cuando el otro es más otro, más fácil es su exterminio para nuestra propia supervivencia. En la teoría de Derrida la cuestión animal es un tema muy sensible de la deconstrucción, porque el otro está en aquel cuya exclusión hemos naturalizado y que de ninguna manera podemos vincularnos, y la propia definición de lo que es propio del hombre es lo que lo distingue del animal en general.

En este sentido es muy interesante el aporte que realiza Mónica Cragolini (2020) al hablar de violencia estructural en la forma de articulación de la cultura en oposición con la naturaleza. Para esta autora hay una violencia ínsita al modo de vincularse el ser humano con lo natural; es violento al vincularse con lo que denomina naturaleza, tratamos a los animales como comida. Para la autora la sangre del animal que es parte de la dieta predominante en muchas partes de Occidente es una sangre que no se visibiliza como tal; hace mención a que “desde el ya clásico texto de Carol Adams (2010) que mostró de qué manera animales y mujeres son ‘carne disponible’ para el existente humano masculino y señaló, con la estructura del ‘referente ausente’, cómo se invisibiliza en la expresión ‘carne’ lo que en realidad tiene el carnívoro en su plato: un trozo de un cadáver”⁸. El sufrimiento y el derramamiento de sangre del animal es aquello que no se ve. Ambas autoras analizan en profundidad el trato que les damos a los demás animales y el sacrificio de los mismos como otro mecanismo más de violencia y dominación, vinculando el especismo, el sexismo y el racismo.

⁸ CRAGNOLINI, M., “Vivir de la sangre de otros (fragmentos)”, en *Revista digital Adynata*, Sumario 2022, Año III; disponible en *Revista Adynata*, <https://www.revistaadynata.com/post/vivir-de-la-sangre-de-otros-fragmentos-m%C3%B3nica-cragolini>.

Al preguntarse por el trato hacia los animales, dice que es el mismo tratamiento que muchas veces se les da a otros seres humanos al considerarlos también animalizados; se considera que no tienen derechos y son sometidos, y asimila la situación de los animales en la producción intensiva, con la trata de personas, el trabajo ilegal, el tráfico de personas y hace un paralelismo con los campos de concentración de Auschwitz. Se naturaliza el lugar del animal que está al servicio del humano, siendo soberano con poder de vida y muerte, sobre todo.

Asimismo, podemos mencionar algunas de las ideas de Emmanuel Levinas (1974), para quien nadie puede matar a otro con rostro, y por eso para matar al otro es necesario quitarle la calidad de otro y convertirlo en un monstruo: cuanto más humano es el animal, menos podemos exterminarlo; cuanto más monstruoso o más extraño, es más fácil su asesinato.

También se puede ver que Derrida propone la idea de cripta para pensar en el otro, la describe como un lugar particular fuertemente delimitado, como un secreto que no puede ser descubierto, decodificado. La noción de cripta posee relación con las características de un duelo; este último implica la elaboración de una pérdida mediante la introyección de lo perdido, un proceso identificatorio, de asimilación del otro en la mismidad; en cambio, el pensamiento de cripta supone la mismidad permeada por la alteridad, el otro estaría muerto y vivo a la vez.

Luego de estas líneas creo que, en términos generales, es indispensable plantearse y dar lugar a la responsabilidad que tenemos como animales (humanos) para con el otro, en lugar de pensar el sufrimiento siempre desde una perspectiva humana, de avalar ciertas prácticas que, siguiendo a Cragnolini, invisibilizan o justifican esa crueldad estructural, dominante en la sociedad biocapitalista en la que vivimos, no debemos justificar el sufrimiento del animal en términos de necesidad, de gusto, y lograr establecer una política de respeto de lo viviente.

En lugar de esto vemos claramente que, de algún modo, la separación entre el hombre y el animal ha servido como justificación del sacrificio y ejercicio de la crueldad sobre otros modos de vida, vidas que podemos utilizar, consumir y matar; incluso estas acciones han estado dirigidas también a aquellos hombres que, de acuerdo a la idea

de subjetividad pretendida desde las formas políticas, históricas, sociales y económicas, interferían con la gobernabilidad. Durante la Modernidad, el animal también fue y es un otro a disposición de la obtención de beneficios para el sistema.

Siguiendo en el tiempo y tras la crisis de la Modernidad, el sacrificio de todo otro cambia por el sacrificio de las vidas no reconocidas. Mientras que el proyecto moderno eliminaba las diferencias, en la época de la globalización una nueva forma de configuración del poder establece dispositivos que estimulan y producen diferencias. El control del otro cambia por la persuasión del individuo, quien se modela a partir de una serie de recursos que le permiten autoconstruirse sin oponerse al sistema; la proliferación de diferencias es regulada por dispositivos que operan creando inclinaciones afectivas y éticas. Estas operaciones de poder enmarcan la selección de aquellas vidas que se consideran perdidas, de las vidas precarias vinculadas a prácticas sociales que facilitan la muerte y dificultan la posibilidad de supervivencia.

4. El problema de la personalidad y el reconocimiento como sujetos de derechos

No hay dudas de que el trato que brindamos a los demás animales hoy es materia de interés en todo el mundo. América Latina incluso ha registrado importantes avances en los últimos diez años, si no más, independizándonos de algún modo de las ideas y preceptos del continente europeo. En el ordenamiento jurídico argentino no existe reconocimiento expreso de la calidad de sujetos de derechos hacia los demás animales; nuestro Código Civil aún los considera “cosas”, pero los debates que se vienen dando hace tiempo y la imposición de un nuevo paradigma ha obligado a la doctrina y jurisprudencia a buscar fundamentos que promuevan tal reconocimiento. Se vienen dando distintas presentaciones de hábeas corpus en casos de protección de los derechos de los demás animales, para que se analice seriamente la situación de “esclavitud” de grandes simios y otros animales no humanos en cautiverio. A modo de mención, el caso de la defensa que realiza la Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos

de los Animales de la orangutana Sandra, año 2014-2015⁹, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como fallo inédito, donde la justicia le otorga por primera vez a un animal no humano el reconocimiento jurídico como sujeto, titular de derechos, y se dispone el traslado del mismo a un santuario. Así también encontramos el caso de la chimpancé Cecilia en la Provincia de Mendoza (2016)¹⁰, en el que por presentación de la misma Asociación la justicia finalmente le otorga el hábeas corpus a Cecilia, al considerar al animal como “sujeto de derechos no humanos”, ordenando su liberación y traslado también a un santuario en Brasil. Sin dudas marcando un hito y convirtiendo a Cecilia en sinónimo de liberación de los animales no humanos. Existen otros para mencionar, como el caso del chimpancé de “mirada triste”, llamado Toti, en la Provincia de Buenos Aires y luego en Río Negro, en el que el Superior Tribunal de Justicia de esa provincia ratificó la resolución de primera instancia que ordena el traslado de mono hacia un santuario para grandes primates, que fue apelada y que aún está pendiente de resolución firme para que finalmente se ejecute la liberación de Toti de esa cárcel de cemento en la que tan injustamente fue condenado a vivir sin cometer delito alguno, privado de su libertad y dignidad¹¹. Y así sigue la lista, del chimpancé Monti en la Provincia de Santiago del Estero, del oso Arturo en la Provincia de Mendoza, el caso de Coco, un mono carayá en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y muchos más. Esta misma tendencia de la jurisprudencia se puede ver en otros países latinoamericanos, como ser el caso del oso Chucho en Colombia o el caso de la mona Estrellita en Ecuador, por mencionar algunos.

Asimismo, existen acuerdos de familia arribados en relación con el cuidado de los “animales convivientes” que forman parte de una familia “multiespecie”, hay espacios públicos que comienzan a abrirse

⁹ Sala II, “Orangutana Sandra s/Recurso de casación s/Hábeas corpus”, causa CCC 68831/2014/CF101, registro 2603/14; “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales y otros c/GCB s/Amparo”, LEX CCC 68831/2014/CF101, expte. A2174-2015/0.

¹⁰ “Afada s/El chimpancé Cecilia. Sujeto no humano”, expte. P-72.254/15.

¹¹ “Amparo presentado por Afada junto a la Defensoría Pública de la Provincia de Río Negro c/Bubalcó SA”.

para debatir y cuestionar el trato y consideración de los animales, hay una gran cantidad de artículos sobre observaciones científicas muy recientes efectuadas sobre los simios y otras especies de animales que no sólo demuestran la capacidad de transformación y aprendizaje para adaptarse a distintas circunstancias, sino asimismo el propio reconocimiento de conciencia, y muchos otros cambios trascendentes, que no sólo visibilizan la esclavitud de los grandes simios sino de los demás animales. Esto demuestra un camino que comenzamos a transitar, de transformación hacia el reconocimiento de los animales como sujetos de derechos, aunque sigue siendo aún el hombre el modelo de todas las capacidades posibles, no aplicable a otros animales, por hallarse en un nivel subalterno, de inferioridad.

La profesora Ana María Aboglio, en su texto “Las máscaras de la persona”¹², reflexiona acerca del rol que de esta visión antropocéntrica y especista tiene el animal, en cuanto es o no considerada persona, pero para ello debate sobre la identidad del término “persona” con “humano”, que según ella se utiliza para acrecentar, en lugar de eliminar la brecha humano-animal. También aparece el debate acerca de cómo debemos comportarnos con relación a quién es persona y quién no, según le asignemos valor moral a quien entendemos como persona o tengan ciertas capacidades en sí mismas valiosas para calificar o no como persona, y en función de ello asignar derechos básicos que tiene esa “persona” con el correlato de la capacidad de adquirir obligaciones.

La autora, luego de hacer un recorrido por las posiciones de distintos autores, que se cuestionan acerca de la introducción de los animales no humanos en la órbita de las “personas”, y de subsumir el término de persona con el humano, como una característica que lo hace único y lo diferencia, concluye que esta barrera ontológica que separa “animales” de “personas” desde la propia esencia humana que reconoce una excepcionalidad sólo alcanzable por los humanos, debe comenzar por deconstruirse la barrera humano-animal. Plantea que el dispositivo y el discurso social permiten sostener esta ficción útil (sólo para los humanos) que se utiliza para evitar nuestras propias obligaciones de

¹² ABOGLIO, A., “Las máscaras antropocéntricas de la persona”, en Anny Aboglio otra mirada, <https://anyaboglio.com/las-mascaras-antropocentricas-de-la-persona-2/>, consulta de octubre de 2022.

justicia hacia los demás animales, permitiendo aumentar la explotación animal, dando autorización por el propio sistema legal, que hoy aparece repleto de normas que no se ajustan de verdad a la defensa de los demás animales. Según esta autora, el actual andamiaje jurídico existente, que se enmascara bajo un falso bienestarismo social, también resulta de algún modo permitido o avalado por el discurso proteccionista.

El Derecho actual sigue estando al servicio de la explotación institucional de los animales, siguen siendo “propiedad” de los humanos bajo su control según el beneficio personal o estimación en cuanto al aumento de capital, debiendo reconfigurarse más que cualquier otra disciplina para otorgar derechos a los otros animales.

Entonces es necesario pensar que la lucha por la liberación animal, y su reconocimiento como seres sintientes dotados de personalidad, y en consecuencia sujetos de derecho, es necesario sumar a la dimensión moral que, en el caso del Derecho, se liga a la fundamentación de los derechos básicos, y a la discusión de quién debe ser considerado sujeto de derecho, la dimensión política. Es indispensable poder articular razones y estructurar proyectos que les reconozcan a los demás animales la ciudadanía, que forman parte de nuestras comunidades, integrarlos plenamente a nuestras sociedades en términos de relación interespecies, basados en la justicia y la igualdad, con el consecuente reconocimiento de los derechos necesarios para liberarlos de la explotación que se traduzcan en políticas públicas para su ejercicio. Tal y como menciona la autora Silvina Pezzetta: “...que nos encontramos frente a una tríada que ya autores como Carlos Nino reconocieron su importancia fundamental: Derecho, moral y política. El puente entre el Derecho y la moral es la política...”¹³

La primera pregunta que aparece como inevitable es quiénes componen nuestras comunidades, qué significa esto en términos de derechos legales y finalmente cuáles son las herramientas en términos prácticos y políticos que se estructuran en un determinado territorio. Es necesario reparar en el análisis que hace el profesor Oscar Horta sobre quiénes

¹³ PEZZETA, S., “Derecho para los demás animales: una lucha jurídica pero también política”, en *Revista Vegan*, vol. 42, 2021, p. 13; disponible en Issuu, https://issuu.com/revistavegan/docs/_42.

deben ser considerados en las decisiones políticas, y que teniendo en cuenta la atribución de consideración moral a los demás animales con un valor en sí mismos, y que las instituciones políticas deben ser justas, debemos considerar que los propios intereses de los demás animales también deben estar representados. Sobre este interrogante aparece la obra de Will Kymlicka y Sue Donaldson, llamada “Zoópolis”¹⁴, que propone precisamente un nuevo debate y discusión sobre la relación con los animales en un marco teórico nuevo, trasladando la cuestión de la ética a la política. Los animales no humanos también pueden considerarse miembros de comunidades políticas, argumentando, como expresa el profesor Horta, que “interactuamos con ellos, son individuos que viven en el contexto de las comunidades políticas y se ven afectados por las decisiones tomadas en ellas”.

Siguiendo con esta convicción de que los animales no humanos forman parte de nuestra comunidad política, resulta interesante reflexionar sobre la posibilidad de reconocerle la titularidad de ciertos derechos colectivos a este grupo vulnerable precisamente en función de su pertenencia a dicho grupo, como tantos otros que involucran a “otros” humanos. Ciertamente es que, para su reconocimiento y ejercicio, en este caso de derechos colectivos o en función del grupo de pertenencia, resulta necesario establecer la calidad que el sujeto de derecho debe ostentar, es decir, disponer quienes ostentan la titularidad de los mismos porque poseen “personalidad jurídica”. La posibilidad de brindar personalidad jurídica como creación humana que es, podría por tanto ser otorgada a quienes se decida hacerlo, y en nuestro caso a los demás animales o no hacerlo y simplemente considerarlos cosas susceptibles de ser apropiables. El Derecho es una herramienta poderosa para actuar desde cualquier ámbito a favor de los animales, y encuadrarnos en la posición que determina que todo ser sintiente debe ser dotado de personalidad jurídica no como propiedad nos permitirá continuar en el reconocimiento no sólo ya de derechos básicos o fundamentales sino ir más allá para comprender que se debe legislar reconociendo a su

¹⁴ DONALDSON, S. y KYMLICKA, W., “Zoópolis, una revolución animalista”, Errata Naturæ, Madrid, 2018; edición original: “Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights”, Oxford UP, Oxford-Nueva York, 2011.

vez otros derechos colectivos. De hecho, hay personas jurídicas colectivas que no son seres humanos.

Debemos sembrar la idea y hacerla crecer de que para la protección de muchas minorías, en el caso específico los demás animales, que son una minoría en términos de consideración y grado de vulnerabilidad, es vital el otorgamiento de derechos colectivos o derechos en función del grupo, sin vulnerar por ello los derechos de cada uno de los individuos que componen ese colectivo. Si bien abre otro gran debate en torno a quiénes son los titulares de intereses, si son los individuos considerados de forma personal, y si son titulares los individuos humanos y también los no humanos, o asimismo puede ser titular de intereses morales una entidad colectiva, creo que es una realidad que en la actualidad se ha superado el individualismo universalista moderno de Kant para quien los únicos agentes morales eran los individuos (los humanos), porque son los únicos seres dotados de dignidad, siendo que el colectivismo en muchos ámbitos de la sociedad tiene una posición realista, las entidades colectivas tienen estatus ontológico, son autónomas y sus intereses son independientes de los intereses de los miembros. Y esta posición dentro del sistema jurídico actual se sostiene precisamente para hacer frente a la prepotencia del colectivo estatal.

Específicamente para avanzar sobre la concepción del liberalismo, según la cual los derechos derivan de las cualidades morales de las personas, esto es, de su dignidad, creo importante tomar el enfoque de las capacidades de Marta Nussbaum, que mantiene una concepción unificada de la racionalidad y la humanidad, entendiendo que la concepción de los beneficios y los fines de la cooperación social es moral y asimismo social desde un principio y que los seres humanos cooperan movidos por un amplio abanico de motivos, entre ellos, el amor a la justicia, y en especial la compasión moral hacia aquellos que poseen menos de lo necesario para llevar una vida decente y digna. Y sobre todo que la clase de sociabilidad propia de los seres humanos incluye relaciones simétricas, pero también asimétricas, y que tal vez la nueva concepción de lo que es valioso en el ser humano permita establecer otra consideración de los demás animales, no sólo como seres considerables moralmente y valiosos en sí mismos, sino como parte de

nuestra comunidad, basándonos en una convivencia más justa y benevolente. Tomando estas relaciones asimétricas y naturales dentro de la sociedad es que existen ciertos grupos que merecen especial atención y asistencia, como es el caso de los demás animales.

La batalla por los derechos humanos se ha caracterizado por pretender afirmar y proteger los intereses de quienes no poseen poder suficiente para ello, reclamando para todos los seres humanos igual tratamiento sin discriminación, luchando contra su sistemática violación basada en obviedades culturales o de “superioridad”. Se podría decir que la disparidad de tratamiento entre humanos está de alguna manera resuelta, entendiendo que tal desigualdad de derechos es injusta y resulta de la desigualdad de fuerza ejercida por ciertos grupos; debemos lograr superar la desigualdad entre humanos y no humanos, entendiendo que hasta ahora esa historia de dominación y trato discriminatorio por pertenencia a una especie ha sido escrita por los vencedores, los humanos, ocultos en una fachada ideológica basada en una supuesta mayor jerarquía de sus intereses por sobre los de los demás animales.

5. Algunas conclusiones

El antropocentrismo¹⁵ y el especismo aparecen como resultado del hecho que el hombre como especie humana “más fuerte” ha podido dominar a todas las otras especies. Y que él mismo representa la justificación de esta dominación. El antropocentrismo pretende acentuar la brecha en la relación entre humanos y naturaleza, como poseedor de características únicas, con la finalidad de ser la especie vencedora y dominar a los otros seres. Precisamente es en esta intención mezquina de ser el único privilegiado, fuerte, capaz de todo, en un mundo compartido, que termina olvidando y subordinando su propia naturaleza animal, olvidando que en todo caso tal consideración genera mayores responsabilidades que imponen un respeto y deberes con relación a los demás animales.

¹⁵ La RAE ofrece dos acepciones: “1. m. Atribución al hombre de cualidades que pueden ser comunes a otras especies. 2. m. Teoría que afirma que el hombre es el centro del universo”.

Resulta necesario rechazar con urgencia cualquier discriminación en relación con otras especies animales, y ampliar la posibilidad de un legítimo reconocimiento de los derechos de los animales, dignos de una tutela real que los libere, superando el sacrificio al que todos los animales han sido destinados. Los planteos efectuados desde la ética en relación con el modo en que tratamos a los demás seres vivos ha dado lugar a un importante movimiento internacional en defensa de los animales no humanos, que empieza a fortalecerse y ser portador de una discusión mucho más amplia, respetuosa y compasiva, y que desde todos los ámbitos, moral, jurídico y político, debe buscar alcanzar una verdadera justicia social en las relaciones con nuestro planeta y otros seres vivos con quienes compartimos el mismo.

En este sentido, reconocerles a los demás animales la calidad de ciudadanos como integrantes o miembros de nuestras sociedades, como grupo especialmente vulnerable y minoritario en su consideración, con el consiguiente establecimiento de “derechos diferenciados en función del grupo”, entiendo resulta posible y acertado desde una posición antiespecista.

Se vislumbra la necesidad de su reconocimiento dentro del conjunto de “derechos colectivos dados en función de la pertenencia a un grupo”. En el intento de lograr y alcanzar una mayor igualdad y justicia entre especies debemos establecer una guía para el activismo social y político, para alcanzar medidas y acciones del poder público en sus tres estamentos que sean realmente inclusivas, efectivas y eficaces para la lucha contra la opresión animal.

Bibliografía

ABOGLIO, Ana María, “Discurso proteccionista y opresión animal”, 2016, en Anny Aboglio, otra mirada (artículos y ensayos), <https://anyaboglio.com/discurso-proteccionista-y-opresion-animal/>.

— “Las máscaras antropocéntricas de la persona”, 2016, en Anny Aboglio, otra mirada (artículos y ensayos), <https://anyaboglio.com/discurso-proteccionista-y-opresion-animal/>.

ADAMS, Carol, “La política sexual de la carne”, Madrid, Ochodoscuatro, 2016.

- AGAMBEN, Giorgio, “Lo abierto. El hombre y el animal”, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2006.
- CRAGNOLINI, Mónica, “El animal como capital en la biopolítica: ambiente y biodiversidad”, en Bios y Sociedad, vol. I, Actas de las I Jornadas Interdisciplinarias de Ética y Biopolítica, Mar del Plata, 2012, p. 217.
- “Extraños animales. Filosofía y animalidad en el pensar contemporáneo”, Buenos Aires, Prometeo, 2016.
- “Vivir de la sangre de otros (fragmentos). La crueldad”, en *Revista Adynata*, 2010; disponible en *Revista Adynata*, <https://www.revistaadynata.com/post/vivir-de-la-sangre-de-otros-fragmentos-m%C3%B3nica-cragnolini>.
- DERRIDA, Jacques, “Entrevista”, en YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=FERuqxO4TQs>.
- “Seminario: La bestia y el soberano”, Buenos Aires, Manantial, 2010 y 2011, vols. I y II.
- FRANCIONE, Gary, “Animales, propiedad y bienestarismo legal: sufrimiento innecesario y el trato humanitario de los animales”, trad. de Ana María Aboglio, *Enfoques-Anima*, 1994; disponible en *Anima*, www.anima.org.ar.
- HORTA, Oscar, “La cuestión de la personalidad legal más allá de la personalidad humana”, en Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, vol. 34, 2011.
- “Un paso adelante en defensa de los animales”, Madrid, Plaza y Valdés, 2017.
- PÉREZ PEJICIC, Gonzalo y SUÁREZ, Pablo, “Notas sobre religión, especismo y personalidad legal”, en Question/Cuestión (núm. 1 [64]), 2019; disponible en Doi, <https://doi.org/10.24215/16696581e232>.
- PEZZETA, Silvina, “Derecho para los demás animales: una lucha jurídica pero también política”, en Revista Vegan, vol. 42, 2021; disponible en Issuu, https://issuu.com/revistavegan/docs/_42.
- RABINOVICH, Silvana, “Alteridad”, en SZURMUK, Mónica y MCKEE IRVIN, Roberto, *Diccionario de Estudios Culturales Latinoamericanos*, México, Siglo XXI, 2009.
- REGAN, Tom, “En defensa de los derechos de los animales”, trad. de Ana Tamarit, revisión técnica de Gustavo Ortiz Millan, México, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2016.

SINGER, Peter, “Liberación animal”, ed. act., España, Taurus, 2018.

SZTAJNSZRAJBER, Darío, “Derrida”, 2015, en Canal Facultad Libre, YouTube, https://www.youtube.com/watch?v=oZG5Lq_wnHk&list=RDLVzUnHbliFLWk&start_radio=1&rv=zUnHbliFLWk.

VELASCO SESMA, Angélica, “La ética animal. ¿Una cuestión feminista?”, Madrid, Cátedra, 2017.

YELIN, Julieta, “Kafka y el ocaso de la metáfora animal. Notas sobre la voz narradora en «Investigaciones de un perro»”, en Anclajes (núm. XV.1), 2011.

“LHAKA HONHAT”: UNA NUEVA PERSPECTIVA SOBRE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS Y SUS DERECHOS

por RUBÉN MARTÍNEZ¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Pueblos originarios en el marco jurídico argentino. III. ¿De qué hablamos cuando hablamos de “desarrollo”? IV. El nacimiento de una nueva perspectiva jurídica: el fallo “Lhaka Honhat vs. Argentina”. V. Consideraciones finales. Bibliografía.

Resumen

El presente artículo aborda desde un enfoque interdisciplinario (entre Derecho y antropología), y desde una perspectiva en derechos humanos, la difícil situación de los pueblos originarios en nuestro país, en relación con su derecho al desarrollo dentro del Estado-Nación argentino. En este contexto, cobra gran importancia la sentencia de la Corte IDH en el caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”, en 2020, que abre una nueva perspectiva jurídica en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Abstract

This paper addresses, from an interdisciplinary perspective (bridging the fields of Law and anthropology) and through a human rights lens, the

¹ Abogado. Miembro y secretario del Centro de Estudios e Investigaciones en Derechos Humanos (CEIDH), “Prof. Dr. Juan Carlos Gardella”, Facultad de Derecho, UNR. Coordinador de la sección “Antropología jurídica” de dicho Centro, creado en 2004 por la antropóloga e investigadora del CIUNR magistrada Graciela Rodríguez. Investigador participante del CIUNR (períodos 2004-2017).

challenging predicament of indigenous peoples in our country concerning their right to development within the Argentine Nation-State. In this context, the judgment of the Inter-American Court of Human Rights in the case “Indigenous Communities, Members of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina”, in 2020, assumes significant legal relevance, as it introduces a fresh legal outlook within the framework of the Inter-American System of Human Rights.

Palabras clave

Pueblos originarios. Interculturalidad. Derechos humanos.

Keywords

Indigenous peoples. Interculturality. Human rights.

I. Introducción

Previo a exponer sobre la temática, resulta necesario mencionar tres observaciones conceptuales a fin de comprender el marco referencial en el que se desarrolla el presente trabajo:

1. Aun cuando pueda ser relativamente útil en materia educativa, la conocida y difundida división de los derechos humanos en “generaciones”², no deben entenderse –ni mucho menos interpretarse– a los mismos como derechos en “compartimentos estancos”, ya que los derechos humanos son interdependientes e indivisibles respecto del sujeto o grupo humano afectado o lesionado en sus derechos.
2. Paralelamente, entender a los derechos humanos en su integridad implica que los mismos no pueden analizarse simplemente desde un punto de vista “legalista”, ya que corremos el riesgo de dejar de lado los factores históricos, político-económicos y socioculturales que entrecruzan la construcción de los mismos.

² VASAK, K., “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights”, en Unesco Courier, núm. XXX:11, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Paris, november 1977, ps. 29-32.

3. Finalmente: dentro del espacio académico e investigativo, las llamadas “teorías Críticas del Derecho” insistieron en comprender la necesidad de conjugar la técnica jurídica con el trabajo interdisciplinario con otras ciencias sociales, a la hora de abordar la temática de los derechos humanos, destacando en este sentido la labor pionera del Profesor Dr. Juan Carlos Gardella en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario³.

II. Pueblos originarios en el marco jurídico argentino

Este tema implica diversas aristas⁴. Aquí sólo interesa exponer brevemente algunos hitos jurídicos, a fin de abordar la situación en la que se encuentra actualmente el plexo normativo argentino⁵.

Dejando de lado el llamado “Derecho Indiano” que rigió en estas tierras desde que era el Virreinato del Río de la Plata hasta después de la Revolución de Mayo, y tomando como punto de referencia la década de 1880, donde la Argentina “nace” como Estado moderno, la legislación nacional prácticamente no tuvo a los pueblos originarios como prioridad en sus primeras regulaciones. Por el contrario: la referencia en la Constitución Nacional de 1853 respecto a ellos en su artículo 67, inciso 15, que establecía como atribución del Congreso nacional: “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

³ GARDELLA, J. C., “La legitimación democrática, los derechos humanos y el desarrollo”, en *Papeles de trabajo*, núm. 3, Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Sociocultural, UNR, Rosario, octubre de 1993, ps. 44-52.

⁴ RODRÍGUEZ, G. y MARTÍNEZ, R., “Una mirada sociojurídica en torno a los derechos consuetudinarios aborígenes”, en *Libro-homenaje a Juan Carlos Gardella*, Juris, Rosario, 2010, ps. 261-287.

⁵ Bibliografía consultada: NOVO, E. F. (dir.), “Derecho Constitucional argentino”, Lerner, Córdoba, 2021; HUALPA, E. R., “Derechos constitucionales de los pueblos indígenas”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017; RAMOS, A. (comp.), “Constituciones nacionales y pueblos indígenas”, U. C., Cauca, 2014; CAMPOS, E. A., “Los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2º semestre, 2022, ps. 97-107.

Fue el modelo a seguir por las legislaciones locales y por los gobiernos nacionales de turno, ya en ellas encontraron su justificación para iniciar campañas contra los pueblos originarios, reducirlos (y hasta en algunos casos hacerlos desaparecer) y apoderarse de sus tierras a fin de explotar sus recursos naturales, juntamente con un genocidio cultural de las diversas comunidades aborígenes.

Lamentablemente esta situación se mantuvo a lo largo del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX con pocas reformas significativas. Habrá que esperar a finales de este siglo para poder marcar avances significativos en relación con la ley y los pueblos originarios, que pueden resumirse en tres momentos históricos:

1. 1992: la celebración institucional por los 500 años del llamado “Descubrimiento de América”; marcó un momento clave en Latinoamérica, ya que como nunca antes los pueblos originarios se levantaron en masa para protestar y rechazar cualquier “celebración” de lo que fue una verdadera invasión y exterminio de los nativos por parte de las potencias extranjeras. Conjuntamente, se exige una reivindicación de sus culturas y la devolución de sus tierras ancestrales. En otras palabras, exigen a los Estados latinoamericanos que se los reconozcan como “pueblos originarios”, tal la terminología legal del Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, Convención que forma parte del plexo normativo de los Derechos Humanos.
2. **1994**: la reforma de la Constitución Nacional en su parte orgánica, que, entre otras cosas, deroga el obsoleto y arcaico artículo 67, inciso 15, por el actual artículo 75, inciso 17, que –haciéndose eco de las exigencias en materia de derechos humanos y de los reclamos de los pueblos originarios– establece como atribución del Congreso Nacional: “...Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participa-

ción en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

El reconocimiento constitucional de que los pueblos originarios han preexistido antes que el Estado nacional (y por extensión a los Estados provinciales) implica un avance fundamental en la lucha de estos pueblos por su reivindicación social (a su cultura, lengua y tradiciones) e institucional (hacia sus tierras).

3. 2015: en agosto de este año comienza a regir en el país el nuevo Código Civil y Comercial (CCyC), en cuyo Título Preliminar, Sección *Derechos y bienes*, se encuentra el artículo 18, que dice: “*Derechos de las comunidades indígenas*. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”.

Si bien en principio este artículo se presenta como una continuación de lo prescripto en la Constitución Nacional, lo cierto es que es un paso muy importante en el reconocimiento de los pueblos originarios dentro de la máxima norma del “Derecho Privado”, ámbito donde hasta entonces no eran ni siquiera mencionados como sujetos específicos de Derecho, siendo regulados hasta entonces por leyes “especiales”.

Por lo demás, este artículo es tributario de la ley 26.160 de 2006, conocida como “Emergencia de Propiedad Comunitaria Indígena”, la primera en tratar el tema de la propiedad comunitaria en particular, suspendiendo desalojos o desocupaciones de las comunidades, así como la realización por parte del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), de un relevamiento de tierras comunitarias de pueblos originarios en todo el país⁶.

⁶ La emergencia territorial consagrada por la ley 26.160 se ha prorrogado varias veces por ley del Congreso. La última fue mediante el decreto 805/2021 de Presidencia de la Nación (ante la falta de aprobación por parte de la Cámara de Diputados del Congreso nacional), prorrogándola hasta 2025. Varias organizaciones comunitarias indígenas han manifestado su preocupación por esta situación, ya que el relevamiento judicial catastral establecido por la ley aún no se ha concluido hasta el presente.

III. ¿De qué hablamos cuando hablamos de “desarrollo”?

En general, dentro –y fuera– del ámbito académico suele hablarse de “desarrollo” como si se sobreentendiera su significado. Sin embargo, este significante es un continente donde pueden caer varios significados, incluso contradictorios entre sí. Todo depende del contexto (social, cultural e ideológico) en que se ubica. No es aquí donde corresponde desarrollar dichas conceptualizaciones, pero sí marcaremos dos posiciones que resumen estas diversas tendencias. En este caso, seguimos a Viola Recasens (2000), que nos dice: “En general, las definiciones usuales de desarrollo suelen recoger –y a menudo confundir– por lo menos dos connotaciones diferentes: por una parte, el proceso histórico de transición hacia una economía moderna, industrial y capitalista; la otra, en cambio, identifica el desarrollo con el aumento de la calidad de vida, la erradicación de la pobreza, y la consecución de mejores indicadores de bienestar material”⁷.

Desde ya, queda claro que en este trabajo no entendemos al “desarrollo” sólo como un mero concepto estático, economicista o financiero, sino como un concepto dinámico y con fuerte acento en lo social, que implique el respeto del sujeto como tal y como parte de la sociedad donde se desenvuelve. Sólo desde esta perspectiva es posible hablar de “desarrollo” como “derecho”.

En este sentido, desde la constitución de Naciones Unidas en 1945, este organismo ha intentado varias veces establecer una idea de “desarrollo” que abarque y sea consensuada por todas las naciones que las integraban. Pero la “Guerra fría” y la diversidad de interpretaciones prevalecieron por sobre ese “consenso”. Tuvieron que pasar muchas décadas y cambios políticos, económicos y socioculturales que finalmente lograron que el 14 de diciembre de 1986, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableciera la “Declaración sobre el Derecho al Desarrollo”, definido en su artículo 1º: “1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse ple-

⁷ VIOLA RECASENS, A., “Antropología del desarrollo. Teorías y estudios etnográficos en América Latina”, Paidós, Barcelona, 2000, ps. 10 y ss.

namente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

”2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales”.

En relación con los pueblos originarios, otro organismo internacional como lo es la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su Convenio N° 169 sobre Pueblos indígenas y tribales de 1989, continúa con esta idea de derecho al desarrollo indicando que “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente” (art. 7º, 1989).

Desde ese entonces hasta hoy, en las Naciones Unidas se ha consolidado un enfoque de desarrollo a partir de los derechos humanos. Como lo señala Echart Muñoz (2016): “Desde Naciones Unidas también se ha defendido que ‘los derechos humanos y el desarrollo humano tienen una visión común y un propósito común: velar por la libertad, el bienestar y la dignidad de todos en todas partes [...] Cuando el desarrollo humano y los derechos humanos avanzan juntos se refuerzan recíprocamente, aumentando la capacidad de la gente y protegiendo sus derechos y libertades fundamentales’ (PNUD, 2000). En esta línea se sitúa el Enfoque Basado en los Derechos Humanos (EBDH), una propuesta destinada a dotar de coherencia al trabajo de sus diversas agencias. Surgido durante el proceso de reforma de la ONU en el cambio de milenio (Naciones Unidas, 1997 y 2002), es hoy la filosofía y la metodología que guía la labor de sus programas y organismos (así como de algunas agencias bilaterales y organizaciones no gubernamentales), ofreciendo un ‘marco conceptual para el proceso de de-

sarrollo humano que desde el punto de vista normativo, está basado en las reglas internacionales de derechos humanos y, desde el punto de vista operacional, está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos' (Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2006, 15)".

Queda claro, pues, que el derecho al desarrollo es un derecho al desarrollo humano (individual y colectivo) no lineal (meramente económico), sino multifactorial (social, cultural, etc.), que implica, entre otras cosas, el respeto a las identidades y condiciones de vida de las sociedades y pueblos del mundo, en especial los de los llamados "pueblos originarios". Y éste constituye un concepto clave a la hora de comprender la situación fáctica de los mismos en nuestro continente.

IV. El nacimiento de una nueva perspectiva jurídica: el fallo "Lhaka Honhat vs. Argentina"

El derecho al desarrollo en relación con los pueblos originarios en Argentina tuvo una regulación expresa, a partir del material jurídico internacional específico. La primera norma expresa sobre el tema se produce con el ingreso del Convenio N° 169 de 1989 al Derecho interno a través de la ley 24.071, aprobada por el Congreso argentino recién en 1992. Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, varios tratados internacionales sobre derechos humanos fueron incorporados como normas de rango constitucional, sin la necesidad de aprobación del Congreso de la Nación. En base a ellos y durante los sucesivos gobiernos, se sancionaron algunas leyes vinculadas a la cuestión indígena, como la ley 26.331 (sobre presupuestos mínimos de protección ambiental de los bosques nativos) de 2007; la ley 23.302 (creadora del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas-INAI) en 2012; la ley 27.118 (sobre agricultura familiar, campesina e indígena) de 2015, además de numerosas resoluciones y decretos. Por otra parte, siendo miembro de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Argentina adhiere a las diversas declaraciones establecidas en la misma, destacándose la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2016.

No obstante esta abundante normativa legal, en los hechos la si-

tuación de los pueblos originarios se modificaba poco o nada, generando un malestar general en ellos, que derivó en diversas manifestaciones, conflictos, movilizaciones y hasta reclamos ante los tribunales nacionales y provinciales del país⁸. Uno de estos reclamos marcaría una diferencia.

El 6 de febrero de 2020 –y 22 años de presentado formalmente el caso– la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) resolvió en el conocido caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina”⁹.

En su fallo, el tribunal constató violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas en tres aspectos:

- 1) El derecho a la propiedad comunitaria, reconocido en el artículo 21 de la Convención (derecho a la propiedad privada), así como los derechos relacionados con él: artículos 8.1 (garantías judiciales) y 25.1 (protección judicial), 2º (la obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno), y 1º (obligación de respetar los derechos).
- 2) Los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, en particular en lo atinente a la identidad cultural, el artículo 26 (desarrollo progresivo), que recoge derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.
- 3) El derecho a las garantías judiciales, receptado en el artículo 8.1,

⁸ Pionera en materia de reconocimiento del Derecho Indígena, se han de destacar varias sentencias del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén, en favor de los reclamos del pueblo mapuche, a comienzos del siglo XXI. Aun cuando muchas de ellas se circunscribieron al ámbito jurisdiccional de la provincia, constituyen importantes antecedentes en la materia.

⁹ En realidad, los reclamos por la tierra por parte de las comunidades indígenas locales comenzaron en 1991, ante el avance indiscriminado de población criolla y de diversos emprendimientos inmobiliarios urbanos sobre sus territorios ancestrales, afectando sus recursos naturales y alterando sus modos tradicionales de vida. Sus reclamos fueron prolongándose sin resolución definitiva tanto por la administración gubernamental como por el Poder Judicial de la Provincia de Salta. La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), formada en 1992 por pueblos originarios (Wichí, Tapy, Komkel, entre otros), fue quien –ante el paso del tiempo y la desidia estatal– lleva el reclamo ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en 1998.

en relación con una acción judicial iniciada en el caso por la demora en la resolución de una causa judicial, así como la vulneración del derecho a la consulta

Frente a esta violación, la Corte IDH ordena al Estado argentino a iniciar urgentemente –y en un plazo máximo de seis años– una serie de reparaciones, entre las cuales se destacan concluir las acciones necesarias a fin de delimitar, demarcar y otorgar un título que reconozca la propiedad de las comunidades indígenas (132 al momento del fallo) sobre sus territorios, removiendo alambrados y ganado de los mismos, así como evitando desalojos compulsivos, y abstenerse de realizar actos, obras o emprendimientos sobre el territorio indígena o que puedan afectar su existencia, valor, uso o goce, sin la previa provisión de información a las comunidades indígenas víctimas, así como de la realización de consultas previas adecuadas, libres e informadas, de acuerdo a pautas señaladas por dicha Corte.

No obstante, y más allá de estas reparaciones, esta sentencia es trascendental en particular por el tratamiento –por primera vez por parte de la Corte IDH– de los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la participación en la vida cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En otras palabras, el derecho al “desarrollo progresivo”.

Si bien la Corte IDH ha construido un sólido conjunto de estándares jurisprudenciales en torno a los derechos indígenas, por primera vez muchos de estos derechos reconocidos en ellas se encuentran contemplados “integrados”, es decir, relacionados e interdependientes a la hora de reconocer la identidad cultural de los pueblos aborígenes, lo que marca un antes y un después en la historia jurisprudencial de la Corte IDH y el nacimiento de un nuevo paradigma interpretativo a la hora de analizar y resolver casos en los que participen pueblos originarios.

V. Consideraciones finales

El derecho al desarrollo, en relación con los pueblos originarios en nuestro país, se encuentra hoy amparado desde dos perspectivas:

– *La legal*: desde la propia Constitución Nacional hasta el nuevo

Código Civil y Comercial argentino, así como los principales pactos y tratados de derechos humanos en general –y vinculados a los pueblos originarios en particular– que son normas operativas y obligatorias dentro del ordenamiento argentino.

- *La jurídica*: el derecho al desarrollo implica el respeto al de los pueblos originarios en su integridad. Por ende, su interpretación y aplicación debe serlo con respeto, protección y promoción de todos sus derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ecológicos).

Pero, aun así, todo este complejo normativo no podrá sostenerse si existen constantes violaciones al Estado de Derecho, único ámbito donde las libertades y derechos de todos y cada uno pueden desarrollarse y garantizarse. Muchas veces el Estado (sus gobiernos de turno) generan estas violaciones no sólo por acción, sino también por omisión. En particular, las violaciones a los derechos de los pueblos originarios argentinos se concretan en tres aspectos: 1) el derecho de consulta; 2) la gestión de los bienes comunes, y 3) la propiedad comunitaria indígena. En mayor o menor medida todos ellos han padecido estas violaciones y el caso “Lhaka Honhat” lo ha expuesto sistemáticamente a nivel internacional¹⁰.

Estas violaciones son sólo manifestaciones de un aspecto más profundo a resolver: el reconocimiento del “otro cultural”, algo muy difícil en una sociedad cuyo imaginario social más consolidado es autoconsiderarse “hijos e hijas de inmigrantes, blancos y europeos”. Imaginario cultural racial que se reproduce desde el Estado-Nación –en sus niveles nacional, provincial y municipal– a través de sus políticas públicas, desde su constitución como tal en el siglo XIX. Si bien es cierto que en las últimas décadas hubo avances importantes al respecto, coincidimos con Rainer Hamel (1998) en que integrar

¹⁰ Bibliografía consultada: MORALES ANTONIAZZI, M.; RONCONI, L. y CLÉRICO, L. (coords.), “Interamericanización de los DESCA. El caso ‘Cuscul Pivaral’ de la Corte”, IDH, IJ-UNAM y otros, Querétaro, 2020; KOSOVSKY, F. (comp.), “Propiedad comunitaria indígena”, Edupa, Chubut, 2015; RAMÍREZ, S., “Los derechos a la libre determinación y a la autonomía de los pueblos indígenas: ¿cuestionamiento a la soberanía estatal?”, en *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2º semestre, 2022, ps. 15-23.

culturalmente al “otro”, o reducirlo a un espacio meramente folklórico, pone de manifiesto una visión jerárquica de las culturas, donde siempre se impone el bagaje cultural de la sociedad “blanca”. Por tal motivo, el interculturalismo posibilita un entendimiento mayor entre las culturas, ya que las diferencias étnicas y culturales de sociedades dominantes y poblaciones indígenas son reconocidas y asumidas como factores de enriquecimiento mutuo. O en palabras de Hamel: que pase “de la diversidad negada a la pluriculturalidad asumida”¹¹. La interculturalidad es, pues, el camino para comprender el desarrollo de los pueblos originarios desde su integralidad, en el marco del respeto a sus derechos humanos.

Bibliografía

- AZTIZ CAMPOS, Emilio, “Los derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (núm. 2), 2º semestre, 2022.
- ECHART MUÑOZ, Enara, “Derechos humanos y cooperación Sur-Sur”, en Línea Sur (núm. 11), Quito, Ecuador, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, enero-abril de 2016.
- GARDELLA, Juan Carlos, “La legitimación democrática, los derechos humanos y el desarrollo”, en Papeles de trabajo (núm. 3), Rosario, Centro de Estudios Interdisciplinarios en Etnolingüística y Antropología Sociocultural, UNR, octubre de 1993.
- HAMEL, Rainer, “Políticas del lenguaje y estrategias culturales en la educación indígena”, México, IEEPO, 1998.
- HUALPA, Eduardo R., “Derechos constitucionales de los pueblos indígenas”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.
- KOSOVSKY, Fernando (comp.), “Propiedad comunitaria indígena”, Chubut, Edupa, 2015.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela; RONCONI, Liliana y CLÉRICO, Laura (coords.), “Interamericanización de los DESCAs. El caso ‘Cuscul Pivaral’ de la Corte IDH”, Querétaro, IIJ-UNAM y otros, 2020.

¹¹ HAMEL, R., “Políticas del lenguaje y estrategias culturales en la educación indígena”, IEEPO, México, 1998, ps. 114 y ss.

- NOVO, Enrique Fernando (dir.), “Derecho Constitucional argentino”, Córdoba, Lerner, 2021.
- RAMÍREZ, Silvana, “Los derechos a la libre determinación y a la autonomía de los pueblos indígenas: ¿cuestionamiento a la soberanía estatal?”, en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (núm. 2), 2º semestre, 2022.
- RAMOS, Alcida (comp.), “Constituciones nacionales y pueblos indígenas”, Cauca, U. C., 2014.
- RODRÍGUEZ, Graciela y MARTÍNEZ, Rubén, “Una mirada sociojurídica en torno a los derechos consuetudinarios aborígenes”, en AA. VV., *Libro-homenaje a Juan Carlos Gardella*, Rosario, Juris, 2010.
- VASAK, Karel, “Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights”, en Unesco Courier (núm. XXX:11), Paris, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, november 1977.
- VIOLA RECASENS, Andreu, “Antropología del desarrollo. Teorías y estudios etnográficos en América Latina”, Barcelona, Paidós, 2010.

Fuentes normativas

- Código Civil y Comercial de la República Argentina, 2015.
- Constitución de la Nación Argentina, 1994.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 6-2-2020, Serie C, N° 400.
- Ley 26.160 de Comunidades Indígenas, 2006.
- Organización de los Estados Americanos (OEA), Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio N° 169 sobre Pueblos indígenas y tribales, 1989.

DERECHO DE LA CIENCIA: NUEVA RAMA DEL MUNDO JURÍDICO

por DIEGO MENDY¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Dimensión sociológica. III. Dimensión normológica. IV. Dimensión axiológica. V. Ideas finales. Bibliografía.

Resumen

A través de la teoría trialista del mundo jurídico y su amplia capacidad para advertir los desafíos de una nueva era, en este artículo se presentan algunos de los problemas que ocupan al Derecho de la Ciencia. La autonomía de esta rama jurídica transversal se apoya en particularidades de tipo sociológico (actores específicos, representados en los repartidores y beneficiarios, en este caso los investigadores científicos y la sociedad receptora de las innovaciones científicas), normológicas (un subordenamiento específico que se ocupa de la materia, como las leyes del Sistema de Ciencia y Tecnología Nacional) y axiológicas (la relación entre los valores “justicia”, propio de la disciplina jurídica, y “verdad”, propio de la disciplina científica), cada una con problemas específicos. Por todo ello, habrá de concluirse la necesidad de ampliar la conciencia del Derecho para permitir la construcción de respuestas humanistas a las consecuencias jurídicas de la innovación científico-técnica de la era actual.

¹ Abogado. Docente de Introducción al Derecho, Cátedra A; Derecho Privado. Parte general, Cátedra A, y Filosofía del Derecho, Cátedra C, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Secretario del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Email: diegomendy@gmail.com.

Abstract

Through the trialist theory of the law world and its broad capacity to warn of the challenges of a new era, this article presents some of the problems that concern the Law of Science. The autonomy of this transversal legal branch is supported by particularities of a sociological type (specific actors, represented in the distributors and recipients, in this case scientific researchers and the society receiving scientific innovations), normological (a specific subordination that deals with the subject, such as the laws of the National Science and Technology System) and axiological (the relationship between the values “justice”, typical of the legal discipline, and “truth”, typical of the scientific discipline), each with specific problems. For all this, the need to expand awareness of the Law must be concluded to allow the construction of humanistic responses to the legal consequences of the scientific-technical innovation of the current era.

Palabras clave

Derecho de la Ciencia. Nuevas ramas. Investigador.

Keywords

Science Law. Law branches. Investigator.

I. Introducción

La teoría trialista del mundo jurídico², en virtud de su característica tridimensional, entiende que el objeto de estudio del Derecho está compuesto por una complejidad que involucra aspectos fácticos, lógicos y axiológicos. Su metodología replica este despliegue tridimensional, partiendo siempre desde la realidad concreta de los hechos. Esto coloca al Derecho como una ciencia interesada primariamente por las manifestaciones vitales de los seres humanos. El Derecho da cuenta de las fuerzas e interés que tienen lugar en la facticidad para luego, advertida la representación lógica de estas fuerzas e intereses, puedan encauzarse

² Ver CIURO CALDANI, M. Á., “Una teoría trialista del mundo jurídico”, 1ª ed. para el profesor, FDER Edita, Rosario, 2019.

con un sentido que satisfaga exigencias de justicia, cualquiera sea la manera en que decidamos construirla. Pero más allá de esto, y sin marginar la importancia de las dimensiones normológicas y dikiológicas³, el hecho de que el trialismo parte de la observación de la vida humana la coloca en mejor posición para advertir las necesidades jurídicas de una nueva era.

Si prescindimos de la utilidad como guía axiológica exclusiva para el desarrollo de ramas jurídicas, es posible advertir otras nuevas que reclaman la atención de los juristas frente a los desafíos de una nueva era. Muchas veces este corrimiento de la utilidad no es posible de realizar por modelos mutilantes del objeto jurídico, que consideran irrelevante la consideración axiológica y de manera silenciosa consenten su predominio.

Siguiendo este camino es posible encontrar al Derecho de la Ciencia, rama jurídica que ha de atender a la especial problemática de la realización de la verdad en diálogo con la justicia y contiene, entre algunos de sus principales temas, la protección del investigador científico considerado como sujeto vulnerable⁴. Considerar la juridicidad a través del lente de la problemática científica lleva a resignificar las respuestas actuales, que tradicionalmente están vinculadas a los esquemas patrimonialistas tradicionales⁵.

Lo que nos proponemos a continuación es recorrer algunos de los

³ La teoría trialista resulta un tridimensionalismo integrativista en donde no pueden pensarse las diferentes dimensiones como compartimientos estancos: la referencia a los aspectos sociológicos necesariamente implica la consideración de cuestiones lógicas y axiológicas que se encuentran profundamente entrelazadas.

⁴ CIURO CALDANI, M. Á., "Derecho de la Ciencia y protección del investigador", en *Jurisprudencia Argentina* 1992-III-851 y ss.

⁵ El Derecho argentino se encuentra atravesando en los últimos veinticinco años un proceso de despatrimonialización y convencionalización de las respuestas jurídicas, el cual, en materia exclusivamente normativa, está representado por la reforma constitucional de 1994 (con la inclusión de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en el art. 75, inc. 22) y, más cerca en el tiempo, con la sanción del Código Civil y Comercial. En el Título Preliminar, el Código se encarga de receptor expresamente este proceso de convencionalización estableciendo que los casos a resolver de acuerdo a los alcances del Derecho Privado deben observar y aplicar los principios establecidos en materia constitucional y convencional.

problemas del Derecho de la Ciencia a partir de su declinación de acuerdo con la metodología trialista. Teniendo en cuenta siempre que la misión de esta nueva rama es enriquecer las respuestas jurídicas tradicionales. Esto implica, en alguna medida, la superación de consideraciones de juridicidad secuestradas por la utilidad y elaborar nuevos ordenamientos que se alineen con un desarrollo humanista de la ciencia y del Derecho.

II. Dimensión sociológica

Históricamente, las primeras comunidades científicas de la Argentina se formaron entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX por la acción pionera desarrollada en observatorios, museos e institutos universitarios. La expansión de estos núcleos condujo al proceso de institucionalización de las actividades nacionales de ciencia y tecnología, especialmente intenso durante la década de los 50, cuando se crea un conjunto de instituciones gubernamentales de promoción y ejecución. Desde entonces han ocurrido diversos cambios en la composición del Sistema Nacional de Ciencia y Técnica (CyT) que condujeron a una estructura institucional.

En la actualidad, las actividades de CyT son conducidas por diversos actores públicos y privados que operan en tres niveles de actuación: el primer nivel, de formulación y planificación de la política; el segundo nivel, de promoción de actividades, y el tercer nivel, de ejecución de actividades.

En el primer nivel, las principales competencias del Estado se localizan en organismos del Poder Ejecutivo y en el Congreso nacional.

Ya instalados en el nivel de promoción, aparece como actor principal el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) creado en 1958 bajo inspiración del Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS), organismo estatal francés. Originalmente funcionó como órgano de promoción de la investigación científica en las universidades, creando cargos rentados para investigadores y ofreciéndoles becas y subsidios para llevar adelante sus proyectos en las diversas instituciones académicas. Con el tiempo desarrolló funciones

de ejecución a partir de la creación de institutos y centros de I+D y servicios científicos y tecnológicos distribuidos en todo el país.

Finalmente encontramos el nivel de ejecución en el que se ubica un conjunto variado de instituciones públicas y privadas que llevan adelante actividades científicas y tecnológicas. Entre ellas se destacan, por el aporte de recursos humanos al sistema científico y tecnológico nacional, las universidades públicas y las instituciones del sector gubernamental.

Descripto el esquema de actores principales involucrados en el sistema científico argentino, es posible advertir que resulta un sistema desarticulado con organismos que interactúan poco entre sí tanto en las etapas de diseño como de implementación de políticas públicas en la materia. Existe una superposición de funciones entre los diferentes organismos que generan una duplicación innecesaria de instancias burocráticas y contrasta con una baja interacción entre ellos⁶.

Este panorama atenta en gran medida contra el desempeño del investigador, quien posee un compromiso: la búsqueda de la “verdad” en su objeto de estudio, que se manifiesta en una eticidad propia de la disciplina. La rigurosidad de este comportamiento difícilmente puede asimilarse con el trabajador en el Derecho del Trabajo o el artista en el Derecho del Arte. Tal vez sí pueda comprenderlo el educador en el Derecho de la Educación. El compromiso científico, que puede devenir en absorbente, en muchos casos coloca al investigador ante el riesgo de cerrarse sobre su objeto de estudio y arribar a conclusiones abstractas sin representación en la realidad concreta. El debate sobre si resultan valiosos los desarrollos teóricos de investigadores sin experiencia práctica (que en el Derecho se traduce en aquellos juristas que no han atravesado los tribunales) resulta de interés en este punto. Lo cierto es que creemos que resulta un falso dilema y en gran medida responde a la manera en la que el objeto jurídico es construido: si la preocupación principal del Derecho, como disciplina científica, es el estudio de la vida humana junto con sus desenvolvimientos lógicos y

⁶ GARCÍA DE FANELLI, A. y ESTÉBANEZ, M.^a E., “Sistema Nacional de Innovación Argentino: estructura, grado de desarrollo y temas pendientes”, en *Nuevos Documentos CEDES*, núm. 31, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, 2007, p. 9.

valorativos, entonces sólo bastará compartir esas preocupaciones humanas para poder investigar jurídicamente.

Este compromiso que caracteriza al investigador en muchas ocasiones lo coloca en la posición de beneficiario gravado, ya que sufre las consecuencias dañosas del propio reparto que él originó⁷. La muerte de la talentosa científica polaca Marie Curie es prueba de esto.

La tarea del investigador tiene lugar en un marco de fuerzas e intereses que a menudo intenta influir sobre la dirección y el sentido de la producción de conocimiento. El sistema económico capitalista alienta notoriamente importantes desarrollos científicos, pero al mismo tiempo oculta o margina aquellos que le resultan hostiles. Resultaría poco riguroso negar que fue la capacidad científica occidental capitalista quien desarrolló múltiples vacunas contra el COVID-19 apenas a un año del descubrimiento del virus⁸. Lo mismo ocurre con la revolución astronómica de los últimos años que nos permite conocer nuevos sectores de nuestro infinito universo⁹, en parte, por cierto sentido de ambición capitalista. Esto no impide reconocer que muchas veces estos avances son direccionados en el sentido que la utilidad indique: el financiamiento de una investigación científica que procure desarrollar métodos de producción sustentables no será llevada adelante por los beneficios que conlleva al medio ambiente sino en la medida que ayude a sostener los niveles de producción actuales. Continuando con algunos de los ejemplos brindados anteriormente, si bien se lograron múltiples vacunas contra el COVID-19, no fue posible lograr que se declare su interés colectivo para facilitar la producción a gran escala en los diferentes países y, por el contrario, su acceso estuvo ordenado por la oferta y la demanda de un mercado saturado que colocó en último lugar a las naciones más pobres.

⁷ CIURO CALDANI, “Derecho...” cit.

⁸ Al respecto es posible ver https://www.cope.es/actualidad/tecnologia/noticias/ciencia-fundamental-detras-las-vacunas-covid-tiempo-record-20210623_1361072, consulta del 9-12-2022.

⁹ Tal vez el mayor ejemplo de lo mencionado esté en las imágenes realizadas por el telescopio web de la NASA. Ver <https://www.nasa.gov/press-release/la-nasa-reve-la-las-primeras-im-genes-del-telescopio-webb-de-un-universo-nunca-antes>; y <https://www.aam.org/es/el-telescopio-espacial-james-webb-un-gran-impulso-a-la-astronomia-del-siglo-xxi/>, consulta del 9-12-2022.

Como señaló Francis Bacon: “el conocimiento es poder” y los resultados de la investigación científica, además de estar condicionados por las fuerzas e intereses dominantes, también representan “fuerza” en sí mismos, lo que provoca que otros sectores quieran apropiárselo o destruirlo. Nuevamente aparece la situación de vulnerabilidad del investigador, quien deberá enfrentarse a los intereses de empresas, corporaciones, el propio Estado o cualquier otro grupo de poder. El caso de Galileo Galilei ilustra perfectamente esto¹⁰.

La tarea de los investigadores requiere condiciones de talento, intuición y sacrificio muy especiales que, junto a la novedad de los conocimientos, los coloca en una situación de incomprensión social. La posmodernidad suele atacar la actividad del investigador, convenciendo de que resulta un esfuerzo estéril y poco valioso para el conjunto de la sociedad. Esto, sumado a las fuertes carencias económicas, desalienta el recorrido de la carrera de investigador y sólo fomenta los despliegues científicos que resulten funcionales a los sectores de poder. En este contexto se dificulta la posibilidad real de que exista “audiencia” entre el investigador y la sociedad¹¹.

Un tema de interés es el tiempo que los investigadores deben dedicar a su objeto de estudio. En general, se suele sostener que abordar la actividad científica resulta una actividad lo suficientemente exigente como para justificar su dedicación de manera exclusiva. Sin embargo, una multiplicidad de factores impide que esto sea así. Si tomamos en consideración la universidad, uno de los pilares estructurales del sistema científico nacional, es posible advertir que de los docentes que trabajan en las universidades estatales, el 54% de los cargos está asignado con dedicación simple, el 11% tiene dedicación exclusiva y un 18% semiexclusiva. El 17% restante son cargos de los niveles preuniversitarios o temporarios, a través de contratos por horas o términos cortos. Cuando se observa la situación de la dedicación horaria de los profesores en las universidades, se puede apreciar que las facultades de ciencias básicas suelen poseer un plantel docente mayoritariamente con dedicación exclusiva, mientras que en las facultades profesionales, que

¹⁰ Sobre Galileo Galilei ver https://es.wikipedia.org/wiki/Galileo_Galilei, consulta del 9-12-2022.

¹¹ CIURO CALDANI, “Derecho...” cit.

concentran por otro lado la mayor parte de la matrícula, los docentes se desempeñan en su mayoría con dedicación simple dado que su actividad principal tiene lugar en el mercado laboral externo. Éste es principalmente el caso de las Facultades de Abogacía, Medicina, Ciencias Económicas, Psicología, Arquitectura, Ingeniería, entre otras¹². Muchos de estos profesores enseñan tanto en el sector estatal como en el privado, y en el grado y el posgrado¹³. De acuerdo con las cifras disponibles en el Portal de Información de Ciencia y Tecnología Argentino, el conjunto de universidades públicas concentra el 68,9% de recursos humanos científicos mientras que las universidades privadas sólo representan el 9,3%¹⁴.

Como es posible advertir, la disponibilidad horaria para la investigación se encuentra notoriamente amenazada por los desempeños profesionales de ciertas disciplinas. En Derecho esto se manifiesta a través de la tensión entre el investigador y el tribunal, tanto desde la perspectiva del juez como de la de abogado litigante. Esa tensión no se advierte tan marcadamente con la docencia, despliegue con el que es más fácil armonizar la profesión liberal. Pero el tiempo de ocupación que demanda la investigación, tanto de manera “activa” para efectivamente generar productos científicos como de manera “pasiva” para pensar los problemas (aun inconscientemente), deja poco margen para el desempeño de otra actividad, mostrándolo nuevamente como sujeto débil.

Finalmente, la investigación encuentra en su recorrido varios límites ocupando un lugar destacado los sociopolíticos y los socioeconómicos. Como ya venimos marcando, la tarea científica se encuentra condicionada fuertemente por los intereses políticos que se lleven adelante. A menudo el acceso, desempeño y ascenso del investigador dentro de una institución de promoción científica tiene profundas conexiones con la política. La historia argentina está marcada por el silenciamiento o promoción de diferentes ideas científicas de acuerdo con los tiempos políticos que imperaban¹⁵.

¹² GARCÍA DE FANELLI y ESTÉBANEZ, op. cit., p. 11.

¹³ Ídem, p. 11.

¹⁴ Estadísticas disponibles en el Portal de Información de Ciencia y Tecnología Argentino, <https://sicytar.mincyt.gob.ar/estadisticas/#/rrhh>, consulta del 9-12-2022.

¹⁵ Al respecto puede verse BUSALA, A. y HURTADO DE MENDOZA, D., “De

En relación con los límites socioeconómicos, aparecen principalmente los bajos ingresos con los que puedan los investigadores. En general, la actividad científica necesita de la asistencia económica de becas o una sobreocupación docente, provocando que se dediquen a esta carrera quienes cuentan con una situación financiera personal suficientemente solvente. Además, aquí se debe incluir el equipamiento necesario que muchas ciencias naturales demandan. El grado de avance tecnológico de un país limita fuertemente su capacidad científica. En general, Argentina cuenta con una reducida inversión en investigación en relación con su producto bruto interno. La mayoría del financiamiento destinado a la ciencia está enfocado en la investigación básica (24%) y aplicada (44%), marginando el desarrollo experimental (32%)¹⁶.

III. Dimensión normológica

Ingresando al análisis de las fuentes formales, es posible advertir que la preocupación por la ciencia quedó expresamente reflejada en algunos artículos del texto constitucional. De esta manera, al referirse en el artículo 25 a la política inmigratoria deja aclarada la imposibilidad de restringir, limitar o gravar por impuesto la entrada al territorio argentino de los extranjeros que introduzcan o enseñen las ciencias y las artes. Además, en materia de competencias entre el Estado nacional y las provincias, el artículo 125 deja en claro que estas últimas (junto con la Ciudad de Buenos Aires) pueden conservar organismos específicos cuyo objeto sea la promoción de la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura. En lo que tal vez sea el pasaje más importante vinculado a la problemática científica, el artículo 75, inciso 19, pone en cabeza del Congreso de la Nación la tarea de proveer lo conducente a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

la 'movilización industrial' a la 'Argentina científica': la organización de la ciencia durante el peronismo (1946-1955)", en *Revista Brasileira de História da Ciência*, vol. 4, núm. 1, Rio de Janeiro, 2006, ps. 17-33; Página/12, <https://www.pagina12.com.ar/229528-que-ocurrio-en-el-conicet-durante-la-dictadura-militar>, consulta del 11-1-2024.

¹⁶ GARCÍA DE FANELLI y ESTÉBANEZ, op. cit.

La ausencia de normatividades por parte de organismos internacionales es matizada por la existencia de declaraciones y protocolos de *soft law* que, a modo de recomendaciones, sirven como criterios orientadores de la práctica ética de la investigación. Entre ellos es posible mencionar la Declaración de Singapur sobre la integridad en la investigación, que fue elaborada en el marco de la Segunda Conferencia Mundial sobre Integridad en la Investigación. Si bien no representa las políticas oficiales de los países u organizaciones que participan de actividades científicas, sí sirven de base para muchas de ellas.

El subordenamiento normativo argentino es posible de conformar a partir de la ley 25.467 de ciencia, tecnología e innovación, la cual establece formalmente la creación de un Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SCTI). Uno de los aspectos más interesantes de la norma bajo examen es la identificación de las responsabilidades del Estado nacional frente al SCTI. Como consecuencia es posible afirmar que gran parte del sistema científico argentino es impulsado desde la propia estructura estatal. Sin perjuicio de esto, es el propio Estado nacional el que formula mecanismos, instrumentos e incentivos necesarios para que el sector privado contribuya a las actividades e inversiones en el campo científico, tecnológico e innovativo (art. 6°). Lo cierto es que, como marcábamos anteriormente, el porcentaje de contribución privada a la producción científica argentina es marginal.

Continuando el subordenamiento jurídico argentino en materia de ciencia, es posible encontrar el decreto 1661/96, que establece las misiones, funciones y organismos de conducción, gestión y control del Conicet. El decreto deja en claro que la gestión del Conicet debe estar encaminada a implementar las políticas del Gobierno Nacional expresadas a través del Plan Nacional de Ciencia y Tecnología. Además, se establecen los principales instrumentos de promoción científica: a) becas, pasantías o apoyos para la ejecución de tareas de investigación y desarrollo que puedan efectuarse en el país o en el exterior; b) Carreras del Investigador Científico y Tecnológico, y del Personal de Apoyo a la Investigación y Desarrollo; c) subsidios para llevar a cabo tareas de investigación y desarrollo, edición y/o adquisición de publicaciones, realización de reuniones científicas y adquisición de bienes, y d) otras no especificadas que a juicio del Directorio sean convenientes para el

cumplimiento de sus objetivos (art. 23). En este punto cabe mencionar también la ley 27.614 que, además de declarar de interés nacional el desarrollo del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, estableció el incremento progresivo y sostenido del presupuesto destinado a la función ciencia y técnica, por su capacidad estratégica para el desarrollo económico, social y ambiental (art. 2º). Esta norma proyecta llevar para el año 2032 el porcentaje del PBI argentino destinado a ciencia al 1%.

Por otra parte, el Estatuto de la Carrera del Investigador Científico y Tecnológico del Conicet es regido por la ley 20.464. El objeto de esta carrera es favorecer la plena y permanente dedicación de los investigadores a la labor científica y tecnológica original (art. 2º, inc. a). La ley señalada otorga derechos específicos a las personas que se encuentren bajo el régimen de la Carrera de Investigador, como por ejemplo los de estabilidad, justa calificación y promoción, justa retribución, entre otros. Por un lado, la calificación y promoción de acuerdo con criterios de justicia resulta la condición necesaria para permitir la progresión entre las diferentes clases de la carrera y configura una exigencia de cumplimiento de obligaciones de acuerdo con el nivel de responsabilidad correspondiente. En paralelo, la estabilidad y la retribución justa resultan derechos asimilables a aquellos con los que cuentan los magistrados. Coincidimos en que el desarrollo de la investigación requiere de suficiente seguridad y tranquilidad en materia económica tanto para estimular la creatividad sin condicionamientos externos como para desalentar actitudes corruptas. Creemos que el compromiso ético del verdadero científico con la verdad dificulta mucho más la práctica corrupta que en el desempeño de una función judicial.

Sin perjuicio de las valorables disposiciones previstas en esa norma, la ley 20.464 resulta un buen ejemplo de cuando los conceptos no resultan adecuados para expresar de manera técnica la voluntad del legislador. Cuando en el artículo 18 se enumeran los diferentes derechos del investigador, el inciso g, establece la posibilidad de solicitar licencia para: a) asistir a reuniones científicas o tecnológicas de reconocida jerarquía y b) cumplir breves estancias en centros avanzados de la especialidad a fin de permitirles efectuar observaciones y/o consultas,

enterarse de nuevos métodos de trabajo y objetivos similares. Evidentemente, ambas tareas configuran parte del ejercicio de las tareas de investigación. Por lo cual solicitar “licencia” implicaría una contradicción, debido a que lo que estaría haciendo el científico en cualquiera de los dos casos es desarrollar actividades propias de su disciplina y no ocupaciones extrañas ni disfrutando de un espacio de ocio¹⁷.

En la misma línea de estas impresiones inadecuadas, pero apartándose del caso concreto de la ley 20.464, con frecuencia las normativas establecen instancias de control o acreditación de los conocimientos que se basan en métodos elaborados en el seno de las ciencias naturales que no resultan enteramente compatibles con las ciencias sociales, que suelen ser en general más flexibles frente a la rigurosidad de la física, la química, entre otras.

Estas inadecuaciones suelen atrapar a las problemáticas de la ciencia en normativas propias del Derecho Administrativo que no alcanzan a advertir las particularidades propias del investigador: el excesivo rigor burocrático de una instancia de presentación de un proyecto de investigación para su financiamiento o la multiplicidad de instancias administrativas para resolver una autorización para desarrollar cierta actividad científica muchas veces atentan contra la viabilidad de la investigación. Al final, funcionan como obstáculos que, sumados a los bajos ingresos económicos, sirven de principales desincentivos para la actividad. En otros casos, las producciones científicas son tratadas de acuerdo con criterios de utilidad quedando atrapadas con las soluciones generales de bienes generados con fines exclusivamente económicos. Tal es el caso de nuestro país con la ley 11.723, que contiene el régimen legal de propiedad intelectual para la protección de los derechos de autores de obras científicas, literarias, artísticas o didácticas. Sin perjuicio de que en el apartado siguiente referiremos con más detalles a las tensiones respecto al acceso abierto, la propiedad intelectual protege al producto científico permitiendo a su “dueño” la posibilidad de explotarla comercialmente o autorizar a otros a hacerlo. Lo cierto es que las legislaciones del mundo sobre derecho de autor se han apartado de concebir a una obra como “propiedad”, cuestión

¹⁷ CIURO CALDANI, “Derecho...” cit.

que permanece en la ley argentina a pesar del paso de los años. En obras tan significativas para la sociedad como la científica la posibilidad de su difusión debería resultar facilitada. Esto no implica desconocer derechos de autor para su creador intelectual, sino flexibilizar las soluciones de propiedad intelectual, máxime cuando ellas se han comprobado resultar más protectorio de la obra que del autor¹⁸. Para dar un ejemplo, la persona que desea realizar una fotocopia o escáner digital para preservar en su biblioteca un producto científico deteriorado está realizando un acto contrario al régimen de copyright. Creemos que el acceso a las obras científicas justifica la modificación de la respuesta patrimonialista clásica. Esto no implica desconocer el problema sobre la financiación de la producción científica, que abordaremos más adelante.

Una acción que reconoce la importancia del acceso a los productos científicos se encuentra en la creación de repositorios digitales abiertos. Argentina cuenta con legislación específica al respecto, destacándose la ley 26.899 sobre repositorios digitales institucionales de acceso abierto. En esta misma línea, cabe hacer mención a la resolución 753-E/2016 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación productiva que crea el Sistema Nacional de Repositorios Digitales.

IV. Dimensión axiológica

Como todas las materialidades del mundo jurídico, el Derecho de la Ciencia tiene un despliegue axiológico particular que en este caso se caracteriza por un profundo diálogo entre la justicia y la verdad. Afirmar lo que la verdad “es” resulta una tarea difícil. A fin de evitar este debate paralizante, preferimos sostener el sentido “construido” de la verdad para referirlo a aquel conocimiento que resulte personalizante de la condición humana¹⁹. Las manifestaciones más evidentes de esta

¹⁸ SBARDELLA, L. M., “Restricciones en el acceso a la cultura en la ley de propiedad intelectual en un entorno tecnológico globalizado”, en XIV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas UNNE, Moglia Ediciones, Corrientes, 2019; disponible en Repositorio UNNE, https://repositorio.unne.edu.ar/bitstream/handle/123456789/48459/RIUNNE_FDCSP_AC_Sbardella_LM.pdf?sequence=1, consulta del 9-12-2022.

¹⁹ CIURO CALDANI, “Derecho...” cit.

especial exigencia de justicia se encuentran en la protección del investigador como sujeto vulnerable y la defensa de la sociedad frente a los avances deshumanizantes de la ciencia.

En el complejo axiológico, el Derecho de la Ciencia se vale de resguardar las relaciones entre la verdad y los valores inferiores, como es el caso de la utilidad. En general, el tiempo actual se caracteriza por una fuerza abrumadora de la utilidad que debilita la posición de los demás valores. Aquí, la tensión entre utilidad y verdad se expresa con contundencia en la problemática del acceso a los productos de la ciencia.

En general se afirma que por *Open Access* se refiere a una manera de transmitir y divulgar material e información de carácter académico o científico exento de precio, arancel o barrera de cualquier otro tipo para los usuarios. Este movimiento internacional de “acceso abierto” descansa inicialmente en la autorización que brinda el autor o titular del material para que la información de la cual es titular pueda circular libremente, permitiendo su uso, distribución, copia y retransmisión de forma total y gratuita sin tener que responder económicamente por los derechos de autor. De cierta manera, el “peso” del sistema “cae” sobre el generador del conocimiento científico. Su nacimiento está relacionado a una respuesta con sentido crítico al modelo de comercialización y distribución de la información científica que en muchos casos obstaculiza el acceso al conocimiento en virtud de la onerosidad. Además, permite superar otros obstáculos tales como las barreras geográficas o lingüísticas. En contrapartida, editores y proveedores de información científica se han sumado a esta iniciativa con peculiares propuestas, de tal suerte que han conseguido que el tema del OA se integre a sus esquemas tradicionales lucrativos de difusión científica, por medio de su modelo de pago por publicar artículo por artículo²⁰.

Todo este nuevo fenómeno, con características en lo económico, lo social y lo político, nos enfrenta a la pregunta por la propiedad del conocimiento científico. ¿Es posible tratar los procedimientos y fór-

²⁰ ARAIZA DÍAZ, V.; RAMÍREZ GODOY, M.^a E. y DÍAZ ESCOTO, A. S., “El *Open Access* a debate: entre el pago por publicar y la apertura radical sostenible”, en *Investigación Bibliotecológica*, vol. 33, núm. 80, México, julio/septiembre de 2019, ps. 195-216.

mulas necesarios para producir las vacunas contra el COVID-19, insumo vital para el sostenimiento de la población mundial en contexto pandémico, con las categorías clásicas del régimen de patentes y propiedad intelectual? ¿O su aporte enriquecedor al patrimonio científico humano colectivo justifica que se comparta con todas las naciones a fin de que ellas puedan producir según sus medios la cantidad de vacunas que necesiten? Esta discusión se resuelve mediante una elección de valor, según lo que consideremos más valioso. El Derecho necesita enriquecerse de los aportes de materias como el Derecho de la Ciencia que vienen a alejar sus soluciones de las respuestas patrimoniales a las que nos tiene acostumbrados. Retomando el debate sobre el acceso abierto a los productos científicos, se debate la posibilidad de elaborar otros patrones de producción, evaluación, distribución, consumo y propiedad del conocimiento que esté apoyado en una concepción del conocimiento y la información comunitaria, alejada del entendimiento individual y mercantil. Desde esta perspectiva, la información y el conocimiento (y, para el caso, la tecnología misma) no son concebidos exactamente como recursos privados exclusivos del mercado o públicos en el caso de que sean financiados por el Estado, sino como bienes comunes, que nos pertenecen a todos porque son producto de la inteligencia humana colectiva. El sostenimiento de esta postura no puede impedirnos la reflexión acerca de la pregunta por la sostenibilidad económica de ese modelo, lo que configura un gran interrogante aún no resuelto.

Sin perjuicio de cuidar el lugar de la verdad en el conjunto de los valores, tampoco resulta satisfactorio que este valor expanda su posición sobre otros o, peor aún, ocupe el espacio del principio supremo que exige el respeto de la dignidad humana a partir del reconocimiento de una esfera de libertad lo suficientemente amplia para permitir su desarrollo y personalización. Esto generalmente es lo que desemboca en investigaciones científicas no humanistas. No debe perderse de vista que la razón de ser del Derecho de la Ciencia, además de la protección del investigador como actor que se desenvuelve inmerso en una trama de vulnerabilidad específica, está en la protección de la sociedad frente a la ciencia no humanista.

A lo largo de la historia han existido múltiples ejemplos que per-

miten ilustrar esta situación. Tal vez uno de los más paradigmáticos se encuentre en el caso “Tuskegee”²¹. En nuestro país un ejemplo de conducta irresponsable durante la investigación puede encontrarse en el caso “Crotoxina”²². Allí se acumulan una enorme cantidad de prácticas disvaliosas en la investigación (desde conflicto de intereses –no necesariamente económicos, sino más bien vinculados a cuestiones de vanidad científica– hasta la falsificación de datos y no asignación de créditos correspondiente), evidenciando una conducta científica no humanista.

En relación con las clases de justicia, resulta interesante referir a la presencia de justicia asimétrica, ya que la producción científica difícilmente se puede equiparar con otra prestación, inclusive aquellos grandes ingresos económicos. Resulta paradigmático cómo, a pesar de ser reconocido el aporte de la ciencia a la sociedad, a menudo los investigadores tienen bajas remuneraciones en comparación con otros desempeños profesionales²³.

Para ser justo, un régimen debe ser humanista, es decir, ha de tomar a cada hombre, en este caso al investigador, como fin y no como medio. Esto resulta de especial importancia en la era de la inteligencia artificial, que amenaza el sostenimiento de la humanidad como especie y representa otra muestra de la problemática científica y los límites axiológicos. Los acuerdos axiológicos en relación con la inteligencia artificial aún son demasiado prematuros para cristalizarse. En general se suele sostener que el valor de lo humano ha de ser siempre superior a lo no humano (donde ingresaría la inteligencia artificial), afirmándose que carecen de la dignidad última que es posible atribuir a la vida humana. Esta sostenida imposibilidad de jerarquizar y equiparar lo humano con la inteligencia artificial o

²¹ Ver El País, https://elpais.com/diario/1997/05/17/sociedad/863820013_850215.html, consulta del 9-12-2022.

²² PERELIS, L. D.; PALMERO, A. G. y ROITMAN, A. J., “Conducta responsable en investigación. Definiciones y aplicaciones. Ejemplificación a través de un caso argentino: el caso «Crotoxina»”, en *Revista Redbioética/Unesco*, Año 3, 1(5), 43-54, enero-junio de 2012.

²³ CIURO CALDANI, “Derecho...” cit.

la robótica entra en crisis ante la difícil conceptualización de lo humano o de la humanidad²⁴.

V. Ideas finales

El desarrollo científico, como hemos visto, cuenta con un rol protagónico en la sociedad actual. Los grandes países son aquellos que cuentan con una gran capacidad científica. A pesar de los límites argentinos para desarrollar ciencia de calidad en medio de crisis económicas cíclicas, el nivel de sus recursos humanos la coloca constantemente en situación de oportunidad frente a los desafíos de la nueva era. Es por eso que desde la juridicidad es necesario abrir las fronteras hacia la protección del investigador y de la sociedad. Es importante que el Derecho ayude a orientar la innovación científica en causas humanistas, que permitan el sostenimiento y desarrollo de los seres humanos bajo condiciones de dignidad plena.

En este contexto, resulta vital que las universidades del país asuman verdaderamente un papel principal en la tarea de investigación. En alguna medida, una universidad son sus investigadores. Ellos investigan para divulgarlos a nuevos profesionales que, con alcances más prácticos o teóricos, deberán manipular el mundo en base a ese nuevo conocimiento. Las facultades de Derecho, en particular, deben empoderar sus capacidades científicas²⁵, por ejemplo alentando y divulgando la importancia del Derecho de la Ciencia como rama jurídica que amplía los horizontes de la juridicidad y reconoce nuevas vulnerabilidades con el objetivo de brindar soluciones humanistas. El establecimiento de esta materialidad como asignatura dentro de uno de los Ciclos de Formación Especial es una valiosa acción en este sentido por parte de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

²⁴ CIURO CALDANI, M. Á., “El Derecho, la vida humana, la genética y el cosmos. Aportes para la construcción del modelo jusfilosófico de una nueva era. Problemas de integración de la juridicidad en la vida y el cosmos. Responsabilidad genética cósmica”, FDER Edita, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 2019, p. 20.

²⁵ En este sentido, es destacable el programa de estímulo a la vocación científica que posee la Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la UNR, destinado a incentivar la investigación en alumnos de grado.

Bibliografía

- ARAIZA DÍAZ, Verónica; RAMÍREZ GODOY, María Esther y DÍAZ ESCOTO, Alma Silvia, “El *Open Access* a debate: entre el pago por publicar y la apertura radical sostenible”, en Investigación Bibliotecológica, vol. 33 (núm. 80), México, julio/septiembre de 2019, ps. 195-216.
- CALVO, Manuel, “Filosofía para la era digital”, Madrid, Almuzara, 2018.
- CANET LÓPEZ, David, “CRISPR-Cas9: técnicas y aplicaciones”, Universitat Oberta de Catalunya, 2017; disponible en <http://hdl.handle.net/10609/63825>.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho de la Ciencia y protección del investigador”, en Jurisprudencia Argentina 1992-III-851 y ss.
- “Derecho de la Educación”, en Academia, Año 3 (núm. 5), Buenos Aires, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005, ps. 135 y ss.
- “Una teoría trialista del mundo jurídico”, 1ª ed. para el profesor, Rosario, FDER Edita, 2019.
- GARCÍA DE FANELLI, Ana y ESTÉBANEZ, María Elina, “Sistema Nacional de Innovación Argentino: estructura, grado de desarrollo y temas pendientes”, en Nuevos Documentos CEDES (núm. 31), Centro de Estudios de Estado y Sociedad, 2007.
- PERELIS, Leonardo D.; PALMERO, Ana G. y ROITMAN, Adriel J., “Conducta responsable en investigación. Definiciones y aplicaciones. Ejemplificación a través de un caso argentino: el caso «Crotoxina»”, en Revista Redbioética/Unesco, Año 3, 1(5), 43-54, enero-junio de 2012.
- SBARDELLA, Lucía M., “Restricciones en el acceso a la cultura en la ley de propiedad intelectual en un entorno tecnológico globalizado”, en XIV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas UNNE, Moglia Ediciones, Corrientes, 2019; disponible en Repositorio UNNE, https://repositorio.unne.edu.ar/bitstream/handle/123456789/48459/RIUNNE_FDCSP_AC_Sbardella_LM.pdf?sequence=1.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS METEORITOS Y SU PROTECCIÓN LEGISLATIVA

por ANDRÉS ALBERTO PIENIZZIO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Definiciones y aplicación del *corpus iuris spatialis*. III. El patrimonio natural y la reforma constitucional de 1994. IV. Los meteoritos como bienes culturales. V. Los meteoritos como recursos naturales: jurisprudencia. VI. Reflexiones finales y propuesta legislativa. Bibliografía.

Resumen

Los meteoritos son principalmente apreciados por su valor científico ya que su estudio permite conocer más sobre el origen de nuestro universo. Sin embargo, su rareza y escasez también los convierte en objetos susceptibles de ser comercializados, sobre todo en mercados paralelos. Ante este panorama los Estados suelen protegerlos impidiendo –o tratando de impedir– su compra y venta. Surge entonces el problema de definirlos y de otorgarles una naturaleza jurídica que permita elaborar el marco legal encargado de su protección. Esta tarea no es sencilla y se han presentado muchos interrogantes al respecto: ¿Son patrimonio común de la humanidad o son parte del patrimonio cultural o natural de un país? ¿Integran el dominio público o el dominio privado de los Estados? ¿Se convierten en bienes accesorios al territorio donde impactan y se depositan? En este artículo se pretende hacer un análisis descriptivo de las principales teorías y elaboraciones jurídicas

¹ Graduado de abogado en la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Cursante de la Especialización en Derecho Aeronáutico, Espacial y Aeroportuario en el Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial (INDAE) dependiente de la Universidad de la Defensa Nacional (UNDEF). Responsable del subgrupo de Tecnología y 4ª Revolución Industrial del Grupo de Jóvenes Investigadores del Instituto de Relaciones Internacionales (GJI-IRI) de la Universidad Nacional de la Plata (UNLP).

que han tenido lugar dentro de nuestro Derecho interno, con algunas menciones a normas internacionales pertinentes. Finalizando con una somera propuesta legislativa a modo de controvertir el régimen jurídico vigente y comenzar a discutir sobre la necesidad de un mejor sistema de protección de estos objetos celestes.

Abstract

Meteorites are mainly appreciated for their scientific value since their study allows us to learn more about the origin of our universe. However, their rarity and scarcity also makes them objects that can be traded, especially in parallel markets. Given this scenario, States tend to protect them by preventing –or trying to prevent– their purchase and sale. The problem then arises of defining and giving them a legal nature that allows the elaboration of the legal framework in charge of their protection. This task is not easy and many questions have been raised in this regard: Are they part of the common heritage of humanity or are they part of the cultural or natural heritage of a country? Are they part of the public domain or the private domain of States? Do they become accessories to the territory where they impact and are deposited? This article aims to make a descriptive analysis of the main theories and legal developments that have taken place within our internal Law, with some references to relevant international regulations. Ending with a brief legislative proposal in order to challenge the current legal regime and begin to discuss the need for a better protection system for these celestial objects.

Palabras clave

Meteoritos. Naturaleza jurídica. Derecho Espacial.

Keywords

Meteorites. Legal Nature. Space Law.

I. Introducción

Podemos ponernos de acuerdo en que todo lo que existe a nuestro

alrededor tiene una procedencia común. Más allá de las discusiones que pueden existir sobre cómo nosotros percibimos e interactuamos con el entorno que nos rodea, lo cierto es que hay una realidad material que nos atraviesa y condiciona. Nuestro ámbito de actuación más cercano es nuestro hogar y las personas con las que interactuamos día a día; si nos extendemos tendremos a nuestro vecindario, nuestra ciudad, provincia, país, continente y luego el planeta tierra. Fuera de nuestra esfera celeste se encuentra nuestro sistema solar, la vía láctea y el grupo cercano de galaxias, y más allá el resto de las mismas, junto con nebulosas y los fenómenos cosmológicos (agujeros negros, cuántares, pulsares, etc.); todo esto compone nuestro universo.

En este sentido, es de público conocimiento que la teoría más aceptada sobre el origen del cosmos es la conocida como el *Big Bang*, la que se encuentra sustentada por los trabajos del físico y sacerdote belga Georges Lemaître². Según ésta, existió un punto *–un átomo primitivo–* donde se concentraba toda la materia que en un momento estalló y comenzó a expandirse hasta nuestros días, dando inicio a la historia cósmica y al universo tal cual lo conocemos. Podemos decir entonces que tanto los átomos y moléculas que se unieron para dar lugar a la existencia de agua, carbono y los minerales que componen nuestra tierra, como también los que integran los aminoácidos y proteínas que dieron lugar a la vida (y a nosotros mismos), provienen todos de aquel pequeño punto caliente e infinitamente denso.

Toda esta materia creada no se agrupó únicamente en estrellas y planetas, existen objetos errantes que siguen todavía vagando por el espacio ultraterrestre y que no se unieron a ningún otro cuerpo celeste de mayor envergadura; me refiero aquí a los cometas, a los asteroides y a los meteoros. A éstos se los puede definir de la siguiente manera³:
 i) los primeros están compuestos de polvo y hielo y son fácilmente

² ARTIGAS, M., “Georges Lemaître: el padre del *big-bang*”, en Aceprensa, <https://www.aceprensa.com/ciencia/georges-lema-tre-el-padre-del-big-bang/> (consultado el 9-10-2023).

³ TALBERT, T., “What’s the Difference Between Asteroids, Comets and Meteors?”, en NASA Planetary Science, <https://www.nasa.gov/science-research/planetary-science/whats-the-difference-between-asteroids-comets-and-meteors-we-asked-a-nasa-scientist-episode-16/> (consultado el 7-10-2023).

reconocibles por la estela visible que producen cuando se acercan a nuestro sol; ii) los segundos tienen una constitución de tipo rocoso y en nuestro sistema solar se suelen encontrar en el denominado cinturón de asteroides que orbita entre Marte y Júpiter; iii) por último, los meteoros son pequeñas partes de cometas o asteroides, originados generalmente por una colisión entre éstos y que suelen impactar contra nuestro planeta. Si éstos sobreviven la fricción contra nuestra atmósfera y colisionan contra la superficie son llamados meteoritos. Una definición que se puede considerar de estos últimos es la de “objeto sólido de origen extraterrestre que aterriza en el suelo de la Tierra o de otro cuerpo celeste debido a fuerzas naturales”⁴.

La importancia que revisten estas “rocas” errantes es fundamentalmente científica, puesto que el estudio físico-químico de sus propiedades nos permite conocer más sobre el origen de nuestro universo. Aquí los meteoritos revisten una característica muy particular y es que, a diferencia de los asteroides, cuyas “visitas” a nuestro planeta suelen tener consecuencias catastróficas (recordemos la extinción de los dinosaurios) y cuyo estudio está reservado al envío de astronaves al espacio exterior para conseguir muestras⁵, los primeros se suelen encontrar con relativa facilidad en nuestra superficie.

Esto último no quita que los meteoritos hallados y catalogados como de efectiva procedencia del espacio exterior sean escasos. Lo que sumado a la rareza que revisten algunos de estos en su composición (que muchas veces se traduce en el concepto de “belleza” para el rubro de la orfebrería⁶), alimentan otro vasto campo de la acción humana: el comercio.

⁴ GOUNELLE, M. y GOUNELLE, M., “Meteorites: International law and regulations”, en *Meteoritics & Planetary Science*, vol. 54, núm. 12, 2019, p. 2888.

⁵ Han existido experiencias recientes de envío de sondas a asteroides con el afán de conseguir pequeñas muestras de los mismos, pudiendo citarse como ejemplo a la misión japonesa Hayabusa2 cuyo progreso puede rastrearse a través de su página oficial: Institute of Space and Astronautical Science (ISAS), “Current-Asteroid Explorer Hayabusa2”, en JAXA, <https://www.isas.jaxa.jp/en/missions/spacecraft/current/hayabusa2.html> (consultado el 8-10-2023).

⁶ Un caso es el del meteorito llamado “Esquel”, encontrado cerca de la homónima ciudad patagónica. Una enumeración relativamente actualizada de los meteoritos hallados en nuestro país, incluyendo al antes mencionado, puede encontrarse en ACE-

Todo objeto material es pasible de ser comprado y vendido, siendo su valor asignado por su escasez y/o por su utilidad relativa⁷. Los meteoritos son tal vez más valiosos por lo primero, debido a que por su insignificante masa (si los comparamos con, por ejemplo, un yacimiento de mineral de miles o millones de toneladas) se convierten en apreciados para su uso en acotados mercados, como el de suvenires, fabricación de joyas o coleccionismo. Por esto los Estados suelen protegerlos impidiendo –o tratando de impedir– su comercialización y tráfico ilegal⁸, privilegiando la faceta científica y el estudio de este material extraterrestre. Convirtiendo así en necesaria la idea de elaborar un marco normativo adecuado que defina legalmente a los meteoritos y los dote de una naturaleza jurídica clara.

Esto último trae aparejada una serie de interrogantes que necesitarán ser respondidos: ¿Los meteoritos componen lo que se conoce como *Patrimonio Común de la Humanidad*, o son parte del patrimonio cultural o natural de un país? En este último caso, ¿integran el dominio público o el dominio privado de un Estado? ¿Se convierten en bienes accesorios al territorio donde impactan y se depositan? ¿El dueño del fundo donde caen puede apropiárselos?

Es por esto que en los párrafos siguientes se describirán las diversas posturas que han existido en relación con la naturaleza de estos objetos, haciendo un análisis de la normativa nacional que los atraviesa con menciones a legislación internacional relevante. Sin dejar de tener en cuenta que, como bien se ha señalado, la cuestión del marco legal de los meteoritos es a menudo ignorada y rara vez es considerada al momento de la negociación de tratados internacionales de Derecho Espacial⁹.

VEDO, R. y ROCCA, M., “Catálogo de los meteoritos hallados en territorio argentino”, en *Revista Historia Natural*, 3ª Serie, vol. 1, 2011, p. 24; disponible en Conicet, <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/13202> (consultado el 26-2-2023).

⁷ El oro es un buen ejemplo debido a que por su gran conductividad es utilizado para fabricar componentes electrónicos, pero también puede utilizarse como moneda de intercambio o como reserva de valor.

⁸ HERMAN, G., “La fiebre del meteorito: roban cada vez más en el país y los venden a mil dólares el kilo”, en Clarín, www.clarin.com/sociedad/fiebre-meteorito-roban-vez-pais-venden-mil-dolares-kilo_0_d9IMyYtxG.html (consultado el 27-2-2023).

⁹ GOUNELLE y GOUNELLE, op. cit., p. 2888.

Además, se estudiará un *leading case* paradigmático que se produjo en nuestros tribunales –el que trajo más dudas que certezas–. Y se finalizará con algunas reflexiones en base a lo expuesto, presentando una humilde propuesta de ley cuyo objeto será otorgar certidumbre y armonizar el marco jurídico vigente. Quedará pendiente para un posterior trabajo el análisis de algunas de las soluciones legales y jurisprudenciales que han existido en el Derecho Comparado, las que si bien son escasas, aportan otros puntos de vista a una discusión todavía en curso.

II. Definiciones y aplicación del *corpus iuris spatialis*

Hay fenómenos físicos que encuentran su explicación en leyes de la naturaleza, es decir, descripciones de situaciones fácticas reiteradas y comprobables que permiten que la comunidad científica llegue a ciertos consensos. Un ejemplo de esto es lo que sucede con las unidades de medida, el kilogramo como unidad de masa o la velocidad de la luz como unidad de distancia, las que son definidas hoy en día por acuerdos internacionales teniendo como referencia a constantes naturales; esto permite que un kilogramo de rocas sea lo mismo aquí que en Nueva Zelanda.

Esta necesidad de establecer ciertos parámetros que sirvan de punto en común para poder explicar el mundo que nos rodea es algo común en todas las ciencias, sean naturales o sociales. Sin embargo, ocurre que los ordenamientos jurídicos de cada uno de los países que componen nuestro planeta tienen especificidades propias (debido a diferencias culturales, de tradiciones, históricas, religiosas, económicas, etc.), lo que determina que el vocablo “propiedad” pueda no significar lo mismo en cada uno de ellos. Esta diferencia de criterios puede existir incluso dentro de un mismo país, sobre todo si estamos ante la presencia de un sistema federal, confederal o plurinacional, donde cada unidad subnacional generalmente tiene su propia legislación.

También sucede que existen casos donde la descripción de un fenómeno en el ámbito jurídico puede no necesariamente coincidir con la definición que se hace del mismo en las ciencias naturales. Ejemplo claro de esto es lo relacionado con el límite del espacio exterior, si-

tuación no resuelta desde hace décadas y que en el presente sigue siendo parte del orden del día de las reuniones de la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos –conocida como Copuos¹⁰–. Una explicación para esto último es que la política, en este caso internacional, termina moldeando al Derecho en consonancia con diversos intereses que no van de la mano con la armonización normativa.

Volviendo al objeto del presente trabajo, sucede algo similar con la definición de meteorito. Como se determinó en el *Primer Coloquio sobre los Progresos en la Exploración Cósmica y sus consecuencias para la Humanidad*, realizado en nuestro país con motivo de la inauguración del planetario de la Ciudad de Buenos Aires en el año 1966¹¹, un *meteorito* “es la materia extraterrestre que llega a la superficie terrestre, de interés para la humanidad, a cuyo estudio y análisis no han de sustraerlo los Estados ni los particulares, alegando que cayeron o fueron hallados en territorio bajo su soberanía o en terreno de su propiedad”. Por su parte, en ese coloquio se entendió además que los *meteoros* son “el fenómeno luminoso que resulta de la entrada a la atmósfera terrestre de una partícula sólida que proviene del espacio”, y que el *meteoroides* es aquel “objeto sólido que se mueve en el espacio interplanetario de tamaño considerablemente menor que un asteroide y considerablemente mayor que un átomo o molécula”. *En definitiva, lo que nos importa y caracteriza al meteorito es que éste alcanza e impacta contra la superficie terrestre.*

Habiendo establecido esta diferenciación, corresponde examinar si el Derecho Espacial es de aplicación a este material extraterrestre. La respuesta corta sería que no, dado que la doctrina en el coloquio de 1966 concluyó que “Los meteoritos no son cuerpos celestes en el sen-

¹⁰ La Comisión de Naciones Unidas para el Uso Pacífico del Espacio Ultraterrestre (Copuos) fue creada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y tiene como objetivo guiar la exploración y utilización del espacio exterior en beneficio de toda la humanidad: Office for Outer Space Affairs, “Committee on the Peaceful Uses of Outer Space”, United Nations, <https://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/copuos/index.html> (consultado el 8-10-2023).

¹¹ COCCA, A., “Tratamiento legal de la materia extraterrestre”, en *Anales de la Universidad del Salvador*, 1967, p. 123; disponible en Racimo, <https://racimo.usal.edu.ar/3732> (consultado el 26-2-2023).

tido de las resoluciones y del tratado elaborado en las Naciones Unidas. Por lo tanto, esos textos no le son aplicables”¹².

Adelantándonos en el tiempo hasta 1979, observamos que el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes –conocido como Tratado de la Luna, en vigencia desde 1984¹³– excluye de su ámbito de aplicación a “las materias extraterrestres que llegan a la superficie por medios naturales”. *Por lo tanto, sería de aplicación para los meteoritos el Derecho interno de cada Estado.*

Por otra parte, de considerar que los meteoritos son cuerpos celestes, debería aplicarse el *principio de no apropiación*, regulado en el artículo 2º del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes –conocido como Tratado del Espacio, en vigencia desde 1967–. Allí se establece que “El espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes, no podrá ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera”. Esto quiere decir, como expone el jurista Aldo Cocca, que estos objetos deben ser considerados como *res nullius*¹⁴, o sea, que carecen de dueño y que no han pertenecido a nadie. Este autor en los años posteriores variaría su postura y pasaría a considerar que los meteoritos integran el *Patrimonio Común de la Humanidad*, principalmente por su valor e interés científico, negando por tanto su apropiación por particulares y por los Estados¹⁵.

En síntesis, es ostensible la complejidad del asunto, considerando

¹² *Ibíd.*

La mención que se hace a un tratado se entiende como referida al futuro *Tratado del Espacio*, el que fuera abierto a la firma en 1967 y que estuvo en discusión durante esos años. Ya existiendo para esa época una *Declaración de Principios*, aprobada de 1963, sobre la cual el tratado está basado.

¹³ Vale destacar que nuestro país no es parte del mismo, pudiendo considerarse sus postulados como parte de la costumbre internacional.

¹⁴ COCCA, A., “Teoría del Derecho Interplanetario”, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 201.

¹⁵ COCCA, A., “Cuerpos celestes que llegan a la tierra: meteoritos”, en *Revista de Derecho Espacial* (doctrina histórica), núm. 1, IJ Editores, Buenos Aires, 2017, párr. 39.

a su vez que como los meteoritos pueden “caer” (en sentido figurado y literal) dentro del ámbito del Derecho Internacional (si se depositan en aguas internacionales o en territorio antártico), o del Derecho local (si impactan en territorio nacional), no siempre será sencillo distinguir la norma aplicable. Esta variabilidad legislativa atada al territorio donde son encontrados implica que estos objetos permanezcan débilmente definidos a nivel legal¹⁶. Asimismo, como se verá a continuación, la claridad no es algo que predomine en esta temática aun cuando únicamente nos enfoquemos en el ámbito interno de un país.

III. El patrimonio natural y la reforma constitucional de 1994

En vista de lo expresado anteriormente, nace ahora el inconveniente de determinar a quién pertenecen estos pequeños objetos cuando impactan finalmente contra la superficie terrestre, siendo entonces la suerte la que establecerá bajo la órbita de qué Estado, y en base a qué ordenamiento jurídico transitarán éstos su derrotero. Dependiendo además si su caída se produce en tierras de dominio público o de dominio privado, lo que traerá aparejado otras problemáticas. Para hacer un necesario recorte, nos enfocaremos en el tratamiento jurídico y jurisprudencial que se ha dado respecto a los meteoritos en nuestro país, tanto a nivel nacional y provincial, con algunas referencias a ciertos instrumentos internacionales relacionados con normas locales.

Con esto en consideración, es primordial comenzar con el instrumento jurídico que encabeza nuestra pirámide normativa, es decir, la Constitución Nacional. De una simple apreciación de su articulado no es difícil advertir que no hay en forma expresa ninguna disposición que haga referencia a lo que nos incumbe, como tampoco existe ninguna referencia a otros ámbitos relacionados con el espacio exterior. No obstante, hay maneras de buscar institutos análogos que pueden ser de aplicación. Del mismo modo, a fin de ampliar el análisis, será de importancia indagar en las intenciones que tuvo el legislador en la última reforma que sufrió nuestra Carta Magna en el año 1994.

En relación con esto último, hay que prestar considerable atención

¹⁶ GOUNELLE y GOUNELLE, op. cit., p. 2900.

al artículo 41 incorporado por la Convención Constituyente y ubicado en la Primera Parte, Capítulo Segundo, denominado *Nuevos derechos y garantías*, el cual reza: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano [...] Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, *a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural* y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. *Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas*, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales...” (la cursiva es propia).

Sobre la discusión del segundo párrafo de este artículo, según el *Diario de Sesiones*, se estableció que el concepto de patrimonio natural debe entenderse como “el conjunto de los paisajes, restos fósiles, aerolitos, meteoritos y demás cuerpos celestes que constituyen no sólo bienes naturales sino un patrimonio de valor científico muy importante para nuestro país”¹⁷. Como se aprecia, la intención de los convencionales era incluir a los meteoritos en lo que se considera *Patrimonio Natural de la Nación*.

Por otro lado, se destaca además lo dispuesto en el tercer párrafo de la misma norma, donde se establece que es la Nación la que debe dictar las leyes marco que hagan a la protección del ambiente, fijando presupuestos mínimos de protección aplicables a toda la geografía argentina y quedando a cargo de los gobiernos provinciales y municipales el dictado de normas complementarias y la aplicación de estas legislaciones en sus jurisdicciones¹⁸.

En consecuencia, es el Congreso nacional el que está obligado, en primer orden, a dictar las normas que protejan el patrimonio natural –incluyendo a los meteoritos y demás objetos celestes–, debiendo las Legislaturas provinciales, en segundo orden, sancionar leyes suplementarias que no entren en contradicción con las primeras.

¹⁷ ZARINI, H., “Constitución argentina. Comentada y concordada”, Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 190.

¹⁸ Íd., p. 191.

IV. Los meteoritos como bienes culturales

Teniendo en cuenta las pautas establecidas por nuestros convencionales y por el propio texto de la Constitución, es conveniente ahora referirnos a la ley 26.306. Esta normativa del año 2007 dispone en su artículo 1° que “Los meteoritos y demás cuerpos celestes que se encuentren o ingresen en el futuro al territorio argentino, su espacio aéreo y aguas jurisdiccionales, son bienes culturales en los términos del primer párrafo del artículo 2° de la Ley N° 25.197”. Esta última ley a la que se hace referencia es la que regula el *Régimen de Registro del Patrimonio Cultural* y determina la centralización del ordenamiento de datos de los bienes culturales de la Nación, creando además el *Registro Único de Bienes Culturales*.

Por otra parte, en el artículo 2° de la ley 26.306 se estipula que “Los meteoritos y demás cuerpos celestes a los que se refiere el artículo precedente quedan comprendidos dentro de los efectos y alcances de la ‘Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia ilícitas de bienes culturales’, aprobada por Ley N° 19.943 y por la ‘Convención de Unidroit sobre Objetos Culturales Robados o Exportados Ilegalmente’, aprobada por Ley N° 25.257”.

Estas dos Convenciones están referidas principalmente al tráfico de bienes culturales y a lo que hace a su restitución y devolución por parte de los países firmantes. El artículo 2° del Convenio de Unidroit aclara que “los objetos culturales son aquellos que, por motivos religiosos o laicos, son importantes para la arqueología, prehistoria, historia, literatura, arte o ciencia y pertenecen a una de las categorías enumeradas en el Anexo de esta Convención”. Es conveniente destacar que en ninguna parte del referido Anexo se nombra a los meteoritos o “demás cuerpos celestes”, por lo que la aplicación directa de este tratado es, cuando menos, cuestionable. Por lo tanto, quedaría solamente expedita la utilización de la vía analógica.

Respecto a la primera Convención, celebrada en el marco de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –conocida como Unesco–, existe una enumeración similar en la que tampoco se encuentra en forma expresa una referencia a los

meteoritos. Esto sin perjuicio de destacar que la Unesco no sea ajena al asunto, ya que en el año 1964 había creado un grupo de trabajo que estudió a los meteoritos y concluyó que había un consenso en considerar a éstos objetos como propiedad de los Estados en cuyo territorio caían, aunque falló en su objetivo último de promover la sanción de un documento internacional específico¹⁹. A esto se suma que Dinamarca, cuando ratificó el instrumento, realizó una declaración interpretativa donde estableció que los meteoritos, así como otros objetos geológicos, botánicos o zoológicos de valor científico o de exhibición única, son un “tesoro fósil” que pertenece al Estado²⁰. Por lo que se puede entender que de alguna manera la consideración de estos objetos celestes está presente en la concepción que de los mismos hace el organismo internacional o algunos países, aunque la respuesta no sea determinante.

De todas maneras, es manifiesta la contradicción que se presenta entre la clasificación de los meteoritos que hace la ley 26.306, integrándolos al *Patrimonio Cultural de la Nación*, y el espíritu que los convencionales le otorgaron al artículo 41 de la Constitución Nacional, donde se aprecia que estos objetos entraban dentro del concepto de *Patrimonio Natural de la Nación*, lo que sin duda parece más lógico.

Para ahondar en el tema, recurriendo al concepto que brinda la Real Academia Española, se puede entender al término “cultura” como el “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etcétera”²¹. De esta definición se desprende que lo cultural está ligado indefectiblemente al accionar del hombre, a su influencia, es decir, no es algo producto únicamente del movimiento de fuerzas de la naturaleza. Es evidente que el proceso de formación de los meteoritos, desprendiéndose éstos de un cuerpo más grande, como ser un cometa o asteroide, y que adquiere luego una trayectoria mediante la que finalmente se cruzan con nuestro planeta, se produce de forma totalmente independiente a nuestro control. En otras palabras, considerar de alguna

¹⁹ GOUNELLE y GOUNELLE, op. cit., p. 2889.

²⁰ Id., p. 2890.

²¹ Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, en RAE, <https://dle.rae.es/cultura> (consultado el 24-2-2023).

manera a éstos como objetos producto de la cultura no parece acertado, de lo que se concluye que es más correcta su inclusión dentro del concepto de patrimonio natural.

Un último punto para remarcar sobre esta ley 26.306 es que en su articulado estipula que se aplica a “los meteoritos y *demás cuerpos celestes*”. Si recurrimos nuevamente al “Diccionario” de la RAE observamos que dentro del concepto de cuerpos celestes²² encontramos a la luna, los planetas, los cometas o los asteroides. Es decir, la norma abarca a objetos naturales protegidos por normativas internacionales que no pueden ingresar –en principio²³– al territorio argentino. Esta cuestión terminológica fue tratada además en el coloquio de 1966, sobre el que se habló anteriormente, donde se estableció que los meteoritos no son cuerpos celestes. Por lo que el uso de este término implica generar más dudas respecto a lo que se está haciendo referencia y no asiste a la ya de por sí poco clara legislación.

V. Los meteoritos como recursos naturales: jurisprudencia

Los meteoritos también han sido incluidos dentro de lo que se entiende como recursos naturales. Con respecto a esto encontramos un conocido fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –el único del que se tenga conocimiento actualmente– que tuvo su origen en un proceso contencioso originado en la Provincia del Chaco y que dejó como resultado final dos sentencias emitidas por el Superior Tribunal de Justicia del Chaco, en 2007²⁴ y en 2011²⁵, y una emitida por la CSJN, en el año 2011²⁶, las que analizaremos a continuación.

²² Real Academia Española, “Diccionario panhispánico del español jurídico”, en RAE, <https://dpej.rae.es/lema/cuerpo-celeste> (consultado el 24-2-2023).

²³ Va de suyo que si un asteroide o planeta “ingresa” al territorio argentino –mejor dicho impacta contra el mismo– sería el fin de nuestro planeta y de la humanidad como la conocemos.

²⁴ STJ de Chaco, “Campo de Cielo SRL c/Provincia del Chaco”, sentencia del 28-5-2007, Id SAIJ: FA07990856.

²⁵ STJ de Chaco, “Campo de Cielo SRL c/Provincia del Chaco”, sentencia del 29-9-2011.

²⁶ CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa «Campo del Cielo SRL c/Provincia del Chaco»”, sentencia del 24-5-2011, Fallos: 334:565.

En el primer caso los hechos dan inicio cuando el Estado provincial expropia un inmueble propiedad de un particular, el que impugna la oferta de pago debido a que consideró que no se incluyó en el monto al “Meteorito Chaco” ubicado dentro de este fundo. A esta acción la demandada se opone arguyendo que el actor carece de legitimación activa ya que el meteorito en cuestión es de propiedad de la Provincia del Chaco, lo que está consagrado en el artículo 38, inciso 10, de la Constitución local (que establece que los cuerpos celestes son parte del patrimonio provincial) y en la ley provincial 3563 (la que declara de utilidad pública, interés social y afectado al uso público a todo meteorito, aerolito o cualquier cuerpo natural proveniente del espacio).

Escuchadas las partes se dictó sentencia en primera instancia rechazando la demanda, invocando normas del Código Civil velezano y de la Constitución y leyes provinciales. Apelado este pronunciamiento por la actora es confirmado por la Cámara de Apelaciones, la que resuelve que si bien el objeto celeste no está enumerado entre la lista de bienes de dominio público listado en el artículo 2340 del Código Civil, siendo por lo tanto susceptible de apropiación privada, existió apropiación por parte del Estado provincial al tratarse éste de un bien mueble y porque el anterior dueño del terreno no se comportó como dueño del meteorito, entendiendo los jueces que se produjo un abandono que favoreció a la demandada que ejerció sobre el mismo un acto de señorío. En definitiva, dictaminó que el dueño del material extraterrestre era el Estado provincial.

Recurrido este nuevo pronunciamiento llega a manos del máximo tribunal jurisdiccional, el Superior Tribunal de Justicia de Chaco. Este órgano falla nuevamente en contra de la actora, argumentando que los meteoritos son parte del patrimonio natural de la provincia, citando incluso los debates que se dieron en la reforma de 1994 relacionados al artículo 41 de la Constitución Nacional. Sin embargo, el tribunal no se basó en este artículo, sino que utilizó el artículo 124 de nuestra Carta Magna, el que establece que las provincias conservan el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios²⁷.

²⁷ Se podría debatir la circunstancia de que el Chaco no compone el conjunto de provincias originarias de nuestra Nación y que fue territorio nacional hasta el año 1951 (se declaró su autonomía mediante la ley 14.037), por lo que no tiene el dominio originario de sus recursos. Aunque éste parece un planteo demasiado rebuscado.

Esta utilización en forma indistinta que hace el tribunal entre el concepto de patrimonio natural (art. 41, CN) y de recurso natural (art. 124, CN) es controvertible. De todos modos, el Superior Tribunal agregó en relación con esto que el artículo 38, inciso 1º, de la Constitución Provincial se encuentra en consonancia con el artículo 124 de la Constitución Nacional, debido a que establece el deber de preservar, proteger, recuperar y conservar los recursos naturales y su manejo a perpetuidad, destacando además el tribunal que en el artículo 38, inciso 10, de ese artículo se hace referencia a los *cuerpos celestes*, argumento utilizado por la demandada.

Aquí se podría acotar que debió existir algún motivo por el cual el convencional chaqueño colocó la protección de los recursos naturales en un inciso diferente al de los cuerpos celestes: ¿Acaso no habrá considerado que tienen naturalezas jurídicas diferentes? Sea como fuere, el supremo tribunal concluye que el meteorito es un bien del patrimonio provincial y que por lo tanto su propiedad pertenece al Chaco, no por imperio de lo establecido por el Código Civil de Vélez sino por lo establecido en las Constituciones Nacional y local.

Por última vez el actor recurre la sentencia, llegando esta vez hasta la Corte Suprema, la que declara procedente el recurso extraordinario federal. En nuestro máximo tribunal nacional la cuestión reviste otro giro ya que la CSJN determina en el considerando 3º, según la síntesis que hace Ghersi, que “No corresponde interpretar que la cláusula contenida en el artículo 124 de la Constitución Nacional, en cuanto reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio, comprende a los cuerpos celestes que impactan sobre el planeta Tierra –en la especie, el meteorito que cayó en un inmueble rural–, no sólo por el hecho de que en los debates de la Convención Constituyente que introdujo dicha cláusula se hace referencia a otro tipo de recursos –tales como los ictícolas o los hidrocarburos–, sino también porque *los cuerpos celestes han sido incluidos, durante el debate, en la disposición del artículo 41 de la Carta Magna referida a los ‘bienes naturales’ de valor científico que componen el patrimonio natural*”²⁸ (el destacado es propio).

Es más que evidente entonces que el máximo tribunal se decanta

²⁸ GHERSI, C. *et al.*, “Daños al ecosistema y al medio ambiente. Cuantificación económica del daño ecoambiental”, Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 294.

por la postura del patrimonio natural, utilizando para sostener su tesis una interpretación originaria de las intenciones de los convencionales constituyentes. Agrega además, en el considerando 4º, que los meteoritos pueden ser considerados bienes del dominio público en los términos del artículo 2340 del antiguo Código Civil, pero deja aclarado que el alcance e interpretación de esta norma les corresponde a los jueces de la causa en cuanto reviste una cuestión de Derecho común. Luego de esto revoca la sentencia apelada en base a la interpretación errónea del artículo 124 de la Constitución Nacional, que hace el tribunal de origen y ordena que vuelvan los autos al tribunal inferior para que dicte un nuevo fallo.

Esto último hace que nuevamente el tribunal provincial intervenga en la causa y se disponga de lleno a estudiar los alcances del artículo 2340 del Código velezano. Al respecto, en el punto II de su resolución, argumenta que la doctrina no es pacífica respecto a si la enumeración que hace este precepto sobre los bienes de dominio público del Estado es taxativa o no, añadiendo que la determinación y el régimen de los bienes públicos es una cuestión de Derecho Administrativo y que debe hacerse dentro del ámbito provincial. Después procede a enumerar las normas nacionales y provinciales que protegen a los “meteoritos o cuerpos celestes” (entiende a estos términos como sinónimos), considera que el plexo normativo demuestra la amplia protección que poseen los meteoritos y concluye que éstos se tratan de bienes de dominio público en los términos del artículo 2340 del derogado Código.

Suma el tribunal a su razonamiento la circunstancia de que los meteoritos son objetos de interés predominantemente científico y por lo tanto existen intereses superiores de carácter general. Dice, además, en consonancia con lo resuelto por la CSJN, que los meteoritos son “bienes naturales” y no “recursos naturales”. Por lo tanto, determina que como el “Meteorito Chaco” es un bien de dominio público no se debe hacer lugar a la pretensión de expropiación irregular y por lo tanto éste no debe ser incluido dentro del monto a resarcir.

En resumen, el fallo es cuando menos confuso. No es claro por qué luego de hacer el catálogo normativo el tribunal resuelve que los meteoritos forman parte del dominio público del Estado, en este caso provincial. No se evidencia además el por qué de la inclusión

de estos objetos como parte del patrimonio natural excluiría su apreciación pecuniaria, más cuando éste se encuentra originariamente dentro del fundo privado de un particular. Da la impresión que la elucubración jurídica realizada utilizando la ventana que abre la CSJN al establecer que los meteoritos “pueden” ser considerados incluidos en el artículo 2340 del antiguo Código es únicamente a fin de no resarcir su expropiación.

VI. Reflexiones finales y propuesta legislativa

Del desarrollo normativo y jurisprudencial que se hizo en los párrafos anteriores podemos concluir que la naturaleza jurídica de los meteoritos, y el trato que ellos deben tener sobre todo en relación con su protección como objetos de importancia científica, no es una discusión finiquitada.

Por un lado, se observó la clara intención de los convencionales constituyentes de 1994 de clasificarlos dentro de la categoría de bienes que integran el *Patrimonio Natural de la Nación*. Criterio a posteriori ignorado, sin mayores recaudos, por los legisladores al sancionar la ley 26.306, considerando a los meteoritos como parte del patrimonio cultural. Más allá de esto, se puede sostener que la inclusión de estos objetos como parte del patrimonio natural es la más acertada, excluyendo también su categorización como recursos naturales por su escasa cantidad relativa y posibilidad de explotación.

En referencia a su protección, no queda claro si el deber de su custodia recae en la jurisdicción provincial o nacional, al menos en principio, ya que la normativa marco de protección tiene como origen la legislatura nacional. Lo que no excluye que las provincias que tengan en su territorio grandes cantidades de estos objetos, como es el Chaco, vayan un paso más allá en la protección de los meteoritos y en la persecución de su tráfico.

Asimismo, permanece sin resolver la problemática de la propiedad privada de esta materia extraterrestre y en qué sucede cuando éstos aparecen en la propiedad de un particular, algo que fue someramente estudiado en los fallos mencionados. Como se dejó asentado, la consideración de un meteorito como bien natural no parece excluir *iure*

et de iure la posibilidad de que el dueño sea resarcido en el caso de una expropiación por parte de la administración. Si bien puede ser dificultoso precisar un valor económico, esto es algo realizable y que forma parte de la labor de abogados y jueces en otras ramas del Derecho (pensemos por ejemplo en la cuantificación dineraria del daño moral). Posiblemente, la falta de otros antecedentes judiciales como el relacionado al “Meteorito Chaco” nos ha quitado la posibilidad de observar a qué otras conclusiones llegarían magistrados de otras jurisdicciones, tal vez en provincias donde no exista una legislación específica sobre los meteoritos. No es descabellado pensar esto atento a que existen muchos lugares de nuestro inmenso país donde éstos se han depositado²⁹.

En conclusión, tal vez sea momento de cumplir con los parámetros establecidos en el artículo 41 de nuestra Constitución Nacional y sancionar una ley nacional que cumpla con el objeto de establecer principios rectores claros en la materia y clasifique a los meteoritos de la forma querida por la Convención Constituyente de 1994, fomentando además que las provincias elaboren una legislación complementaria, acorde y armoniosa, y lleven a cabo efectivas políticas públicas de concientización que sirvan para proteger a estos objetos en el ámbito de su jurisdicción, impidiendo su tráfico. Por esto mismo, a fin de hacer un pequeño aporte y en forma complementaria a otros proyectos de ley, se hace la siguiente propuesta legislativa:

“Ley de Protección Integral de los Meteoritos.

”El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

”Artículo 1º – Los meteoritos que se encuentren o ingresen en el futuro al territorio argentino son bienes que integran el patrimonio natural de la nación en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional.

”Art. 2º – Declárese a los meteoritos como bienes de particular interés científico, prohibiéndose su comercialización.

”Art. 3º – A los efectos de esta ley se entenderá a los meteoritos como aquella materia extratelúrica que llega a la superficie terrestre,

²⁹ ACEVEDO y ROCCA, op. cit., p. 28.

de interés para la Humanidad y la comunidad científica, que ha caído o ha sido hallada en el territorio de la República Argentina. A los efectos de la presente ley los meteoritos no se encuentran comprendidos dentro del concepto de cuerpos celestes.

”Art. 4° – Se fomenta a las provincias que tengan en su territorio meteoritos a que dicten sus propias leyes complementarias con el fin de protegerlos. Se recomienda a las provincias que ya posean legislación de este estilo a que armonicen la misma con la normativa nacional.

”Art. 5° – Incorpórese al Código Penal, dentro del Libro Segundo, lo siguiente:

”Título XIV – *Delitos contra el Patrimonio Natural*.

”Art. 314 – Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que traficare meteoritos dentro del territorio de la República, o de éste hacia el extranjero, sea que el destino sea la compraventa o cualquier otro tipo de intercambio.

”En la misma pena incurrirán los que adquieran estos objetos a sabiendas de su origen o los que fomenten este tipo de operaciones.

”Art. 6° – Deróguese la Ley 26.306 de Régimen de Registro del Patrimonio Cultural.

”Art. 7° – Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional”.

Bibliografía

ACEVEDO, Rogelio y ROCCA, Maximiliano, “Catálogo de los meteoritos hallados en territorio argentino”, en Revista Historia Natural, 3ª Serie, vol. 1, 2011; disponible en Conicet, <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/13202> (consultado el 26-2-2023).

ARTIGAS, Mariano, “Georges Lemaître: el padre del *big-bang*”, en Aceprensa, <https://www.aceprensa.com/ciencia/georges-lema-tre-el-padre-del-big-bang/> (consultado el 9-10-2023).

COCCA, Aldo A., “Cuerpos celestes que llegan a la tierra: meteoritos”, en Revista de Derecho Espacial (Doctrina Histórica) (núm. 1), Buenos Aires, IJ Editores, 2017.

— “Teoría del Derecho interplanetario”, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957.

- COCCA, Aldo A., “Tratamiento legal de la materia extraterrestre”, en Anales de la Universidad del Salvador, 1967; disponible en <https://racimo.usal.edu.ar/3732> (consultado el 26-2-2023).
- GHERSI, Carlos A. *et al.*, “Daños al ecosistema y al medio ambiente. Cuantificación económica del daño ecoambiental”, Buenos Aires, Astrea, 2012.
- GOUNELLE, Max y GOUNELLE, Matthieu, “Meteorites: International Law and regulations”, en Meteoritics & Planetary Science, vol. 54 (núm. 12), 2019, ps. 2887-2901.
- HERMAN, Gonzalo, “La fiebre del meteorito: roban cada vez más en el país y los venden a mil dólares el kilo”, en Clarín, www.clarin.com/sociedad/fiebre-meteorito-roban-vez-pais-venden-mil-dolares-kilo_0_d9IMyYtxG.html (consultado el 27-2-2023).
- Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, en RAE, <https://dle.rae.es/cultura> (consultado el 24-2-2023).
- “Diccionario panhispánico del español jurídico”, en RAE, <https://dpej.rae.es/lema/cuerpo-celeste> (consultado el 24-2-2023).
- TALBERT, Tricia, “What’s the Difference Between Asteroids, Comets and Meteors?”, NASA Planetary Science, <https://www.nasa.gov/science-research/planetary-science/whats-the-difference-between-asteroids-comets-and-meteors-we-asked-a-nasa-scientist-episode-16/> (consultado el 7-10-2023).
- ZARINI, Helio J., “Constitución argentina. Comentada y concordada”, Buenos Aires, Astrea, 2019.

Jurisprudencia

- CSJN, “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa «Campo del Cielo SRL c/Provincia del Chaco»”, sentencia del 24-5-2011, *Fallos*: 334:565.
- STJ de Chaco, “Campo de Cielo SRL c/Provincia del Chaco”, sentencia del 28-5-2007, Id SAIJ: FA07990856.
- “Campo de Cielo SRL c/Provincia del Chaco”, sentencia del 29-9-2011.

LA ESI: UN DERECHO HUMANO QUE NO PODEMOS DESCUIDAR

por ISABELLA RAPUZZI y SOL GUZMÁN¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Conceptualización y evolución. III. Conveniencia. IV. Efectividad. V. Conclusión. Referencias bibliográficas.

Resumen

En el presente, desarrollamos una investigación para brindar un aporte a la comunidad jurídica acerca de la efectiva aplicación y la respectiva conveniencia de la Ley de Educación Sexual Integral en las Escuelas Primarias y Secundarias de la República Argentina, sancionada en el año 2006.

Tengamos en cuenta que la educación sexual integral es un derecho humano reconocido en tratados internacionales como la Cedaw y la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y receptado legalmente a nivel nacional.

Según lo dicho anteriormente, este derecho se caracteriza por ser, entre otras cosas, de carácter progresivo, es decir, una vez adquirido, no se puede retroceder. Universal, porque debe ser adoptado por todas las personas por igual y sin discriminación. Interdependiente e indivisible ya que los derechos interrelacionados con la temática, como la salud pública, la educación pública, la formación de los profesionales en capacitaciones, como por ejemplo los derivados de la Ley Micaela, tampoco podrían perderse.

¹ ISABELLA RAPUZZI. Abogada, graduada en la UNR. Mediadora, profesora en Derecho, escribana. Adscripta en Derecho de la Educación, de la Ciencia y el Arte y Derecho de Daños.

SOL GUZMÁN. Abogada, graduada en la UNR.

Para lograr este objetivo, investigamos en el ambiente de la educación, entrevistando a la psicóloga especializada en la materia María Pía Lesgart, para que nos contribuya con sus conocimientos en el área.

Teniendo en consideración, los argumentos extraídos de diferentes fuentes y los razonamientos históricamente utilizados para fomentar la verdadera aplicación de esta ley para luego remitirnos a la conveniencia en su aplicación haciendo hincapié en la evolución histórica de la temática.

Abstract

In the present, we develop an investigation to provide a contribution to the legal community about the effective application and respective convenience of the Comprehensive Sexual Education Law in Primary and Secondary Schools of the Argentine Republic, sanctioned in 2006.

Let us keep in mind that comprehensive sexual education is a Human Right recognized in International Treaties such as Cedaw and the Convention on the Rights of Children and Adolescents and legally accepted at the national level.

According to what was said above, this right is characterized by being, among other things, progressive in nature, that is, once acquired, it cannot be reversed. Universal, because it must be adopted by all people equally and without discrimination. Interdependent and indivisible since the rights interrelated with the subject, such as public health, public education, the training of professionals in training such as those derived from the Micaela Law, could not be lost either.

To achieve this objective, we investigated the educational environment, interviewing the psychologist specialized in the subject María Pía Lesgart, to contribute her knowledge in the area.

Taking into consideration the arguments extracted from different sources and the reasoning historically used to promote the true application of this law and then refer to the convenience in its application, emphasizing the historical evolution of the subject.

Palabras clave

Efectividad. DD. HH. Educación.

Keywords

Effectiveness. DD. HH. Education.

I. Introducción

Desde su promulgación, la Ley de Educación Sexual Integral ha traído consigo grandes debates dentro de la sociedad. Debates que, sin importar los años, no han cesado con el tiempo. Dicha ley tiene como objetivo que todos los educandos la reciban debido al principio de igualdad receptado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, ya sea en establecimientos educativos de todo el país, de gestión estatal o de gestión privada, en todos los niveles y modalidades. Esto trae aparejado el descontento de muchos y muchas padres o madres e incluso de una gran parte de la sociedad argentina. El descontento principalmente radica en la imposición de una forma de educación con la cual muchos de ellos claramente no comparten.

En esta ley se propone la creación de todo un Programa Nacional que cuenta con la finalidad de promover su efectiva aplicación respondiendo su lógica a diferentes disposiciones internacionales y nacionales, como lo pueden ser, por ejemplo, la Cedaw, la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, la Ley de Protección Integral de los Derechos del NNA, la Ley del Derecho a la Identidad de Género, la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Micaela, etcétera.

II. Conceptualización y evolución

El concepto de sexualidad que pretende sostener la Ley de Educación Sexual Integral excede las nociones de genitalidad y de relación sexual, entendiéndola como “una de las dimensiones constitutivas de la persona, relevante para su despliegue y bienestar durante toda su vida, que abarca tanto aspectos biológicos como psicológicos, sociales, afectivos y éticos”, concepción sostenida por la Organización Mundial de la Salud².

² Ministerio de Educación de la Provincia de Corrientes, “Cuadernillo ESI nivel primario”, en MEC, <https://www.mec.gov.ar/descargas/Bibliograf%C3%ADa/DI-SEPA/Cuadernillo%20ESI%20nivel%20primario.pdf>, consultado el 1-12-2023.

Se pretende aplicar la Ley de Educación Sexual Integral teniendo en cuenta un marco normativo compuesto por la Ley de Educación Nacional (26.206), la Ley Educar en Igualdad: Prevención y Erradicación de la Violencia de Género (27.234), la Resolución sobre Lineamientos Curriculares para la Educación Sexual Integral (CFE N° 45), la Resolución sobre Núcleos para Aprendizaje para Educación Sexual Integral (CFE N° 340), la Resolución del Ministerio de Educación 419 de Educación Sexual Integral.

El Programa de la ESI propone que las escuelas se conformen por un cuerpo de docentes de diversas áreas, formados en la materia, para que funcione como nexo con los equipos jurisdiccionales.

Su lógica consiste en que, bajo la perspectiva de los derechos humanos, se fomenten ciudadanías más democráticas, respetuosas, con mayor compromiso y participación³.

Como se ha mencionado con anterioridad, en el año 2006 se promulga la Ley de ESI; dos años más tarde, el Consejo Federal de Educación (CFE) aprobó la resolución 45/2008, que establece los lineamientos curriculares de la ESI desplegando los contenidos que se deberían enseñar. En 2016, se aprobó el Plan Estratégico Nacional “Argentina enseña y aprende”, que presentó los ejes prioritarios de la política educativa federal para el período 2016-2021 y que incluye la implementación de la ESI en todos los niveles y modalidades⁴.

Luego, a fin de fortalecer la implementación de la ESI, se lleva adelante la resolución 340/2018, la cual propone algunas disposiciones como: ofrecer un espacio específico de ESI en la formación inicial de los y las docentes, profundizar en las escuelas el enfoque integral de la ESI, de manera transversal y/o en espacios curriculares específicos y también en las normas que regulan la organización institucional, realizar en todas las escuelas del país las jornadas “educar en igualdad” para la prevención y erradicación de la violencia de género, entre otras medidas⁵.

³ Ministerio de Educación de la Nación, “Referentes escolares de la ESI. Educación secundaria”, en BNM, <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL007797.pdf>, consultado el 20-11-2022.

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

III. Conveniencia

Para determinar la aplicación de este concepto en la ley de ESI, recordemos primeramente qué significa: la “conveniencia” hace referencia a “aquello que conviene, resulta bueno, adecuado o útil para alguien o algo”⁶. Ahora partimos de esta interrogante: ¿La aplicación de la ley de ESI, es conveniente para los niños, niñas y adolescentes?

Con la aplicación de esta ley, antes que nada, se promueve el conocimiento del propio cuerpo de cada niño, niña o adolescente que, recordemos, tanto tiempo ha sido oculto y categorizado como un asunto “tabú”. Hoy se comprende que dicho conocimiento y determinación en que hay algunas partes del cuerpo que son privadas, ayuda a los estudiantes a prevenir y alertar de posibles situaciones de abuso que pudieran estar atravesando.

En el año 2020, el Ministerio Público Tutelar (MPT) de la Ciudad de Buenos Aires reveló que entre el 70 y el 80% de los niños, niñas y adolescentes de entre 12 y 14 años pudieron comprender que fueron abusados después de recibir clases de educación sexual integral (ESI). Los niños entendieron que sufrieron conductas abusivas a partir de resignificar situaciones que vivieron con los conocimientos adquiridos en la clase de ESI⁷.

También, a través de esta ley, los educandos podrán construir su propia identidad, derecho humano reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño y a nivel nacional, con la Ley de Identidad de Género. A partir de aquí es que en la enseñanza se pretende demostrar que algunas cuestiones como la elección de nuestra sexualidad es algo que nos identifica y nos forja como personas. Dicha elección no puede estar coartada por lo que el entorno crea correspondiente haciendo especial hincapié en el principio de reserva reconocido en nuestra Constitución Nacional, más precisamente en el artículo 18.

⁶ Word Reference, disponible en <https://www.wordreference.com/definicion/conveniente>, consultado el 25-11-2022.

⁷ Ministerio Público Tutelar, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, “La ESI permitió que el 80% de los niños y niñas abusados pudieran contarlo”, en MP Tutelar, <https://mptutelar.gob.ar/la-esi-permiti%C3%B3-que-el-80-por-ciento-de-los-ni%C3%B1os-y-ni%C3%B1as-abusados-pudieran-contarlo>, consultado el 25-11-2022.

Con respecto a los adolescentes, se busca transmitir conocimientos sobre la reproducción, embarazo, parto, maternidad y paternidad desde un abordaje integral, teniendo en cuenta los altos números estadísticamente hablando que comentan acerca del gran fenómeno de los embarazos adolescentes no deseados.

Acerca de esto, las estadísticas del año 2019, realizadas por el Ministerio de Salud de la Nación en el Boletín N° 37, informaron que 69.803 adolescentes de entre 15 y 19 años y 1.938 niñas menores de 15 años tuvieron un hijo o una hija, lo cual representa el 11,5% de los nacimientos anuales en Argentina⁸.

Por su parte, el Sistema Informático Perinatal (SIP), que releva el 80% de las maternidades públicas del país, indica que el 29% de las adolescentes tuvo un/a hijo/a por segunda o tercera vez antes de los 20 años⁹.

Teniendo en cuenta esta problemática mencionada es que la ley propone también tratar un tema muy importante en los y las adolescentes: los métodos anticonceptivos y la prevención de las enfermedades de transmisión sexual.

Con respecto a las enfermedades de transmisión sexual, en el año 2020, el Ministerio de Salud presenta la estadística en el Boletín y da cuenta de que en nuestro país unas 136.000 personas viven con VIH¹⁰.

Los casos y tasas de sífilis en la población general muestran un aumento sostenido desde 2015, que alcanza en 2019 una tasa de 56,1 casos cada 100.000 habitantes en todo el país¹¹.

La aplicación de esta ley, aparte de lo ya mencionado, busca trans-

⁸ UNFPA Argentina, “Casi la mitad de todos los embarazos son no intencionales, en una crisis mundial”, en UNFPA, <https://argentina.unfpa.org/es/news/casi-la-mitad-de-todos-los-embarazos-son-no-intencionales-una-crisis-mundial-0#:~:text=Seg%C3%BAAn%20las%20estad%C3%ADsticas%20m%C3%A1s%20recientes,de%20los%-0nacimientos%20anuales%20en>, consultado el 27-11-2022.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Ministerio de Salud Argentina, “Dirección de Respuesta al VIH, ITS, Hepatitis Virales y Tuberculosis”, en *Boletín*, núm. 37, “Respuesta al VIH y la ITS en Argentina. Argentina unida”; disponible en <file:///C:/Users/lauta/Downloads/Boletin%20VIH%202020%20final%20V2.pdf>, consultado el 29-11-2022.

¹¹ *Ibíd.*

mitir conocimientos en temáticas como la pareja, el amor y el cuidado mutuo en las relaciones afectivas con una mirada de prevención hacia la violencia de género en el noviazgo.

En un estudio psicológico de investigación sobre la violencia de género en el noviazgo adolescente se les aplicó un cuestionario a veinte mujeres adolescentes entre 15 y 18 años de edad, donde además se revelan los valores que no se encuentran involucrados en sus relaciones de pareja. Surgieron similitudes entre ellas obteniendo así que la mayor parte sufre de violencia tipo psicológica y, por otro lado, una minoría recibe abuso de tipo físico y sexual. Además, se dejó ver que el respeto no es un valor que caracteriza su relación de pareja¹².

El Programa de la ESI busca, además, lograr el reconocimiento y respeto a las distintas maneras de ser mujer y de ser varón y también el análisis crítico de la femineidad y la masculinidad. Históricamente las maneras de ser hombres y mujeres han sido pensadas desde lugares fijos, estereotipados, pero ¿qué son los estereotipos? Son imágenes sociales simplificadas e incompletas que supuestamente caracterizan a un grupo de personas. Los estereotipos pueden referir a múltiples aspectos de la vida social, la religión, la nacionalidad, el sexo, la etnia, la orientación sexual, entre otros. Ahora bien, cuando se habla de estereotipos de género, ¿a qué nos referimos? A esas representaciones simplificadas, incompletas y generalizadas que se realizan teniendo como base al sexo biológico.

El estereotipo femenino está asociado con los cuidados, la emoción, la fragilidad, la docilidad, la obediencia a la autoridad masculina y en cuanto al estereotipo masculino. Dice Olga Niremberg: “los mandatos sociales y familiares acerca del modelo de masculinidad deseable conllevan altos costos físicos y psíquicos, tales como: una menor relación con los sentimientos y afectos, una necesidad de afrontar peligros, demostrar fuerza y responder en forma agresiva, ganar peleas, estar dispuestos sexualmente, etcétera. Algunos estudios vinculan esos man-

¹² SAINZ, Y. E.; CASTRO, M. G.; SANDOVAL, A. M. y QUINTANA, Y. S., “Violencia en el noviazgo adolescente”, en *Revista Internacional de Psicología*; disponible en <https://revistapsicologia.org/index.php/revista/article/view/46>, consultado el 2-12-2022.

datos con las cifras más elevadas en los varones que en las mujeres de accidentes de auto, moto, bicicletas, consumo excesivo de alcohol y drogas, suicidios”¹³.

Estas diferencias en las expectativas de lo que se espera de un varón o de una mujer se van transmitiendo a lo largo de la infancia, se naturalizan, preparando a unos y otras para ocupar lugares distintos, que no son valorados socialmente del mismo modo, es aquí donde nace la importancia de demostrar en que no hay una manera universal de ser “mujer” y “varón” y que estos estereotipos no son más que construcciones sociales y culturales que se imponen y a veces salir de éstos puede resultar muy doloroso y mucho más en la adolescencia.

Otro de los derechos reconocidos es el de vivir su sexualidad de acuerdo a sus convicciones y preferencias en el marco del respeto por las/los otras/os. En base a esto, la idea principal es fomentar una conducta respetuosa de las decisiones ajenas sobre su vida personal, intentando evitar la “homofobia” a la cual definiremos como el miedo, odio, incomodidad o desconfianza hacia las personas que son lesbianas, gays o bisexuales¹⁴. En el mismo orden de ideas también evitar la “transfobia” conocida como el miedo, odio, incomodidad o desconfianza hacia las personas que son transgénero¹⁵.

Básicamente, estas conductas no deseables surgen a partir de no poder tolerar orientaciones que no cumplan con una hetero-cisnormatividad que nuestra sociedad impone desde ya hace siglos y que, además, vulnera el principio constitucional de la igualdad.

Asimismo, se pretende prevenir el *grooming*, delito tipificado en nuestro Código Penal, más precisamente en su artículo 131: “Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

¹³ Planned Parenthood, “Orientación sexual. ¿Qué es la homofobia?”, en Planned Parenthood, <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/orientacion-sexual/orientacion-sexual/que-es-la-homofobia>, consultado el 2-12-2022.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

La utilización de los niños y adolescentes de los medios tecnológicos ha traído aparejados numerosos ilícitos como el mencionado en el párrafo anterior.

Los jóvenes (de 15 a 24 años) son el grupo de edad más conectado. En todo el mundo, el 71% están en línea, en comparación con el 48% de la población total. Los niños y adolescentes menores de 18 años representan aproximadamente uno de cada tres usuarios de internet en todo el mundo¹⁶.

Para los niños y niñas, la ESI se adapta a su edad y a su capacidad progresiva y es por eso que tiene como objetivo transmitir conocimientos pertinentes, precisos, confiables y actualizados para cuidar su propio cuerpo, y así poder evitar abusos y conocimientos confusos acerca de la información mencionada. Se pretende lograr que los alumnos puedan expresar sus emociones y sentimientos libremente, que posean la autoridad, autonómica y autodeterminación suficiente para decir que “no” frente a situaciones de presión por parte de los adultos o sus padres y brindar también un acompañamiento por parte de personas responsables en caso de abuso o maltrato.

IV. Efectividad

Una vez expresado lo anterior, debemos reflexionar qué efectividad tiene la ley en las escuelas.

Sin dudas, cada una de las escuelas resultan un mundo diferente por dentro, hay heterogeneidad en cada una de ellas, y la ley no puede ser abordada de igual manera. Ello se debe a que los contextos sociales, culturales y económicos son distintos; por lo tanto, el entendimiento de la ley debe ser adaptado según un análisis pormenorizado de los mismos.

Analizando estadísticas y hechos actuales y teniendo en cuenta que en octubre del 2021 se cumplieron 15 años de la sanción de la Ley de Educación Sexual Integral, es en ese marco que la Fundación Hués-

¹⁶ Unicef, “El estado mundial de la infancia. «Niños en un mundo digital»”, en Unicef, [https://www.unicef.org/media/48611/file#:~:text=Los%20j%C3%B3venes%20\(de%2015%20a,internet%20en%20todo%20el%20mundo](https://www.unicef.org/media/48611/file#:~:text=Los%20j%C3%B3venes%20(de%2015%20a,internet%20en%20todo%20el%20mundo), consultado el 10-12-2022.

ped llevó adelante una encuesta nacional¹⁷ que se difundió por redes sociales y fue destinada a estudiantes del secundario, egresados y docentes de los diferentes niveles educativos, donde participaron alrededor de 2.459 docentes, 1.345 estudiantes y graduados secundarios. Valeriano, quien es directora de Programas de Fundación Huésped, cuenta que “la mitad de los estudiantes entrevistados declaró que se dio alguna situación de discriminación por orientación sexual o identidad de género durante los años de educación secundaria, y que frente a esto no hubo intervenciones educativas que permitan reflexionar y reparar el daño de esas experiencias”, y agrega que “estos datos nos permiten tener un registro más profundo sobre los desafíos pendientes a 15 años de la sanción de la ley en nuestro país”.

Por su parte, el 94% de los docentes indicaron que incorporaron la ESI a sus clases. Sin embargo, sólo un 20% de estudiantes y graduados considera que se aplica de forma adecuada en su escuela¹⁸. Sobre ellos, nuestra entrevistada, la psicóloga, María Pía Lesgart, acota que muchas veces debemos explicitarles a los adolescentes que estamos hablando de determinado tema relacionado con la ESI, dado que ellos, en incontables ocasiones, no logran asociar que ciertos contenidos forman parte de ella y muchas veces piensan que el tema es subestimado o que la escuela no lo está trabajando. Además, los datos obtenidos en la encuesta muestran que el medio para informarse sobre temas de ESI más mencionado por los estudiantes entrevistados son los buscadores de Internet, le siguen Instagram y sitios especializados. Asimismo, nueve de cada diez estudiantes declara haber encontrado en Internet “contenidos desagradables, violentos o asquerosos”, y sólo un 20% dice haber hablado en la escuela sobre las precauciones que deben tener en la búsqueda sobre estos temas en la web. A raíz de lo analizado, comprendemos que la ley de ESI sí es efectiva; sin embargo, queda claro también por lo anterior que

¹⁷ BIN, S., “ESI: qué es, qué se enseña y cómo impacta la educación sexual en niños, niñas y adolescentes de jardín, primaria y secundaria”, en *Redacción, Periodismo Humano*; disponible en <https://www.redaccion.com.ar/esi-en-argentina-ley-26150/>, consultado el 20-12-2022.

¹⁸ *Ibíd.*

debemos seguir analizando cómo enseñarla y abordarla para lograr formas cada vez más superadoras e innovadoras.

Una vez dicho lo anterior, la licenciada Lesgart afirma que, desde su punto de vista, la ley sí resulta efectiva. La especialista señala que en la escuela hay dos ejes que resultan transversales a todas las materias, que son justamente la educación sexual integral y la educación vial. Ambos son aplicados en la actualidad, pero se necesita más capacitación a los docentes, como así también que no sólo la voz cantante de dichos ejes sean los reclamos estudiantiles, sino que los adultos también se responsabilicen por dichos contenidos. Por ello, la ley no sólo la debemos tener en palabras, lo cual significa un gran avance, sino también en los hechos, es decir que todo lo que ella establece en cada uno de sus artículos, también se refleje en su aplicación y aprehensión; en consonancia con esto, los recursos deben estar garantizados.

Siguiendo en esta línea, nuestra entrevistada apunta a que el abordaje de la ESI en todas las disciplinas de la escuela resulta enriquecedor y que muchas veces es un prejuicio de que sólo la terminan abordando las ciencias que antes se denominaban como “blandas”, ya que hoy en día las ciencias “duras” también pueden abordar el eje de la ESI, dado que como se señaló anteriormente, todo el personal docente debe estar capacitado para ello. En adhesión a lo antedicho, Lesgart señala que durante mucho tiempo se habló desde el sentido común o dando todo por hecho, y justamente es allí donde la ley hace el cambio, en la educación, no sólo a los estudiantes, sino también al cuerpo de profesores.

V. Conclusión

La Ley de Educación Sexual Integral ha llegado, sin dudas, para cambiar el paradigma de enseñanza en las escuelas. El abordaje interdisciplinario que debe hacerse de la misma hace que cada una de las asignaturas trabaje en conjunto para lograr el aprendizaje de los contenidos de la ley.

No obstante, no podemos negar que la misma también ofrece resistencias institucionales, familiares y de diferente índole, ello porque

la incorporación de nuevas realidades sociales también aparece en las escuelas. No olvidemos que la escuela es una caja de resonancia social. Los cambios son resistidos, no sólo en el ámbito educativo, sino también en los diferentes ámbitos como la salud, el área judicial, et-
cétera.

Pero la resistencia hace aún más fuerte el trabajo que debe hacerse para poder incorporar la ESI en las escuelas. La capacitación docente, el control por parte del Ministerio de Educación, la confección de material, la legislación a nivel internacional de carácter jerárquico, la invitación a diferentes profesionales a las escuelas impulsa a la aprehensión de la ley en cada uno de los estudiantes.

En consonancia con las palabras anteriores, la especialista señala que se notan cambios generacionales a partir de la implementación de la ESI, que van de la mano con los avances que hubo a lo largo de los años. Claramente, no es la misma educación sexual integral la que recibieron nuestros abuelos o nuestros padres. No podemos dejar de destacar que la voz, los intereses y opiniones de los adolescentes de la actualidad se escuchan debido al nuevo paradigma contemplado en la Convención de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, que sostiene la autonomía y la concepción de ellos como verdaderos sujetos de derecho. Sus necesidades son mucho más atendidas en torno a aprender y acceder a un método anticonceptivo, qué es la violencia, cómo desarrollar vínculos sanos, entre otras temáticas, por ello el camino hacia adelante es aún muy largo, pero los derechos adquiridos hasta aquí son muy valiosos y debemos seguir trabajando por el mismo camino de progresividad y ampliación.

Referencias bibliográficas

BIN, S., “ESI: qué es, qué se enseña y cómo impacta la educación sexual en niños, niñas y adolescentes de jardín, primaria y secundaria”, en Redacción, Periodismo Humano; disponible en <https://www.redaccion.com.ar/esi-en-argentina-ley-26150/>.

Ministerio de la Educación Argentina, “Referentes escolares de la ESI. Educación secundaria”, en BNM, <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL007797.pdf>.

- Ministerio de la Educación, Provincia de Corrientes, “Cuadernillo ESI nivel primario”, en MEC, <https://www.mec.gob.ar/descargas/Bibliograf%C3%ADa/DISEPA/Cuadernillo%20ESI%20nivel%20primario.pdf>.
- Ministerio de la Salud Argentina, “Dirección de Respuesta al VIH, ITS, Hepatitis Virales y Tuberculosis”, en Boletín (núm. 37), “Respuesta al VIH y la ITS en Argentina. Argentina unida”; disponible en <file:///C:/Users/lauta/Downloads/Boletin%20VIH%202020%20final%20V2.pdf>.
- Ministerio Público Tutelar, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, “La ESI permitió que el 80% de los niños y niñas abusados pudieran contarlo”, en MP Tutelar, <https://mptutelar.gob.ar/la-esi-permiti%C3%B3-que-el-80-por-ciento-de-los-ni%C3%B1os-y-ni%C3%B1as-abusados-pudieran-contarlo>.
- Planned Parenthood, “Orientación sexual. ¿Qué es la homofobia?”, en Planned Parenthood, <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/orientacion-sexual/orientacion-sexual/que-es-la-homofobia>.
- SAINZ, Y. E.; CASTRO, M. G.; SANDOVAL, A. M. y QUINTANA, Y.S., “Violencia en el noviazgo adolescente”, en Revista Internacional de Psicología, vol. 18. (núm. 01/2020).
- Unfpa Argentina, “Casi la mitad de todos los embarazos son no intencionales, en una crisis mundial”, en UNFPA, <https://argentina.unfpa.org/es/news/casi-la-mitad-de-todos-los-embarazos-son-no-intencionales-una-crisis-mundial-0#:~:text=Seg%C3%BAAn%20las%20estad%C3%ADsticas%20m%C3%A1s%20recientes,de%20los%20nacimientos%20anuales%20en>.
- Unicef, “El estado mundial de la infancia. «Niños en un mundo digital»”, en Unicef, [https://www.unicef.org/media/48611/file#:~:text=Los%20j%C3%B3venes%20\(de%2015%20a,internet%20en%20todo%20el%20mundo](https://www.unicef.org/media/48611/file#:~:text=Los%20j%C3%B3venes%20(de%2015%20a,internet%20en%20todo%20el%20mundo).
- Word Reference, “Conveniencia”, en Word Reference, <https://www.wordreference.com/definicion/conveniente>, consultado el 25-11-2022.

EL DERECHO DE LA EDUCACIÓN Y LAS FUENTES DE ESPECTÁCULO EN LA ENSEÑANZA

por DARÍO A. VICTTORE¹

*A TERESA S. DURAND, en la presencia
de sus enseñanzas y vocación docente*

A ANTONELLA, PILAR y JUAN IGNACIO

SUMARIO: I. Introducción II. Las fuentes de espectáculo en la enseñanza y el núcleo axiológico en la educación. III. Reflexiones finales. Bibliografía.

Resumen

La pretensión legislativa de incrementar la profusión normativa en la enseñanza, pretendiendo sancionar leyes que giran alrededor de la inclusión educativa y la evaluación de la calidad, sólo producirán un aumento de la burocracia y de la centralización administrativa. Sostenemos que hay disposiciones vigentes que refieren soluciones a las mismas problemáticas abordadas en los debates legislativos, pero que carecen de eficacia, pese al extenso lapso transcurrido desde su aprobación. Por ello, la inflación normativa en la enseñanza sólo generará que continúen acumulándose fuentes de espectáculo en la actividad educativa.

Nos proponemos abordar la temática propuesta desde la perspectiva que nos brinda el despliegue del Derecho de la Educación. Como rama transversal y autónoma del complejo jurídico, con sus especificidades sociológicas, normológicas y axiológicas, reparando en sus principios

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Correo electrónico: davicttore@hotmail.com.

que persiguen la protección del educando, sujeto con una vulnerabilidad estructural. En tanto núcleo axiológico del acto educativo, consideramos su tutela especial que le permite el desenvolvimiento de todas sus potencialidades, a fin de asegurarle, en el proceso de enseñanza y aprendizaje, el margen de libertad para personalizarse. Así, la comprensión de la íntima vinculación entre Derecho y educación, donde los valores del complejo jurídico son parte del mundo educativo, facilita evitar que las normas sean instrumentos de engaño.

Abstract

The legislative intent to increase the profusion of standards in education, with the intention of enacting laws that revolve around educational inclusion and quality assessment, will only lead to an increase in bureaucracy and administrative centralization. We maintain that there are provisions in force which address the same problems as those addressed in legislative debates, but which are ineffective, despite the long period of time that has elapsed since their adoption. For this reason, normative inflation in education will only lead to the continued accumulation of entertainment sources in educational activity.

We intend to approach the proposed theme from the perspective offered by the deployment of the Law of Education. As a transversal and autonomous branch of the legal complex, with its sociological, normative and axiological specificities, bearing in mind its principles that seek to protect the student, subject with a structural vulnerability. As the axiological nucleus of the educational act, we consider its special tutelage that allows it to develop its full potential, in order to ensure, in the process of teaching and learning, the freedom to personalize itself. Thus, the understanding of the intimate link between Law and Education, where the values of the legal complex are part of the educational world, makes it easier to prevent the norms from being instruments of deception.

Palabras clave

Profusión normativa. Derecho de la Educación. Fuentes de espectáculo.

Keywords

Normative profusion. Education Law. Spectacle Sources.

I. Introducción

El siglo XXI plantea una serie de desafíos al ejercicio del derecho a la educación, atravesado por una reforma del pensamiento y de las modalidades de impartir enseñanza, que abrió paso a una mirada interdisciplinaria, en la que el conocimiento progresa por la aptitud de contextualizar y globalizar: se impuso un cambio de paradigma al enseñar y al aprender.

Hacia finales del año 2022, el Congreso de la Nación debatió diferentes proyectos de ley que giran alrededor de dos temas centrales del debate pedagógico actual: la “inclusión educativa” y la “evaluación de la calidad”. Presenciamos, así, el incremento de un dilatado proceso de profusión normativa acerca de la educación que requiere de la tarea del intérprete para reunir los elementos dispersos en cada uno de los preceptos a fin de construir y desentrañar la política educativa en el entramado del sistema formativo de nuestro país.

En este contexto, la relevancia de proyectar el despliegue del Derecho de la Educación², como rama transversal que enriquece a las tradicionales³ con sus especificidades sociológicas, normológicas y axiológicas, con principios propios que demandan la protección del educando, los educadores y, en sí, de la sociedad en su conjunto, resulta sumamente enriquecedor por el panorama integral de soluciones que puede brindarnos para abordar la complejidad del fenó-

² Actualmente, integra el Plan de Estudios de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario dentro del “Ciclo de Formación en nuevas perspectivas de la juridicidad”, aprobado por resoluciones 126/2015 y 841/2018 del Consejo Superior de la Universidad Nacional de Rosario. Ver <https://www.fder.unr.edu.ar/wp-content/uploads/2019/02/RCS-841-18.pdf>, consultado el 20-2-2023.

³ CIURO CALDANI, M. Á., “Aportes desde la teoría de las respuestas jurídicas y vitales al Derecho de la Educación”, en *Investigación y Docencia*, núm. 38, 2005, p. 51.

meno educativo, atravesado por las pretensiones de intensificar la inflación normativa existente.

II. Las fuentes de espectáculo en la enseñanza y el núcleo axiológico en la educación

A fin de apreciar con plenitud la riqueza de la correlación entre Derecho y educación, conviene traer a colación las palabras de quien, con un carácter eminentemente formativo, enseñaba que “el mundo jurídico no es nada menos que el mundo de la convivencia social”⁴. Esta omnipresencia del Derecho, que se manifiesta como una parte o aspecto de fenómenos complejos⁵, contribuye a superar aquellos obstáculos que se relacionan con ciertas circunstancias básicas de la vida por las que los seres humanos generan conflictos y, al mismo tiempo, cooperan para reducir los factores que lo provocan⁶. He aquí uno de

⁴ GOLDSCHMIDT, W., “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed. (reimp. inalterada), *Prefacio* a la 1ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1983.

⁵ Complejo o complejidad es entendido aquí como “la emergencia de procesos, hechos u objetos multidimensionales, multirreferenciales, interactivos (retroactivos y recursivos) y con componentes de aleatoriedad, azar e indeterminación, que conforman en su aprehensión grados irreductibles de incertidumbre. Por lo tanto, un fenómeno complejo exige de parte del sujeto una estrategia de pensamiento, a la vez reflexiva, no reductiva, polifónica y no totalitaria/totalizante. Un contexto inédito y enorme requiere un pensamiento creativo, radical y polifónico. Un pensamiento exorbitante (capaz de pensar fuera de la órbita de los lugares comunes). La complejidad es, a primera vista, un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente unidos, que presentan la paradójica relación de lo uno y lo múltiple. La complejidad es efectivamente el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que la complejidad se presenta con los rasgos perturbadores de la perplejidad, es decir, de lo enredado, lo inextricable, el desorden, la ambigüedad y la incertidumbre. Hoy la complejidad es nuestro contexto. En castellano la palabra “complejo” aparece en 1625, con su variante “complexo”, viene del latín *complexus*, que significa “que abarca”, participio del verbo *complector*, que significa yo abarco, abrazo. De complejo se deriva complejidad y complejión. Por otro lado, esta última palabra, que aparece en el castellano alrededor del año 1250, proviene del latín *complexio*, que significa ensambladura o conjunto. Vide PREGNO, E., “La metodologización de la Dikelogía en el pensamiento de Miguel Ángel Ciuro Caldani”, en *Cartapacio de Derecho*, núm. 20, 2011, p. 2.

⁶ NINO, C. S., “Introducción al análisis del Derecho”, Astrea, Buenos Aires, 2017, ps. 1 a 3.

los desafíos fundamentales de la educación en el desenvolvimiento del proceso de enseñanza y aprendizaje.

Las personas aspiran a encontrar soluciones a las problemáticas habituales de sus vidas en el Derecho y en la actividad de sus operadores aun cuando, con frecuencia, “se les brindan reducciones logicistas, valorativas aprioristas o meramente fácticas”⁷. Esta decepción en las respuestas jurídicas genera apatía, por lo cual los seres humanos se desentenden de aquello “que no responde a sus necesidades. En mucho la crisis de la educación es una crisis de su capacidad para motivar”⁸.

Retomando nuestras primeras líneas, mencionamos la labor legislativa hacia finales del año 2022, que se ocupó de diferentes temáticas sobre educación. Una de ellas es el proyecto para crear el “Programa de Respaldo a Estudiantes de Argentina” (Progresar), cuya finalidad es la de promover oportunidades de permanencia, egreso y reinserción educativa en todos los niveles y en la formación técnico-profesional de jóvenes entre 16 y 30 años de edad inclusive. En segundo término, formó parte del debate la “Ley de Inclusión Digital Educativa” con el objeto de garantizarla efectivamente a todos los estudiantes y docentes de las instituciones educativas de gestión estatal, social y cooperativa de los niveles inicial, primario, secundario, de los Institutos Universitarios e Institutos de Educación Superior, asegurando el derecho al acceso a la educación no presencial.

Al mismo tiempo, se propuso el tratamiento de la “Ley Federal de Evaluación Educativa Integral” para crear un sistema federal de información y evaluación en el ámbito del Ministerio de Educación, orientado a promover la mejora permanente de la calidad educativa a través del planeamiento estratégico. También, se trazó la concreción anual y obligatoria de los dispositivos de evaluación de los aprendizajes “Aprender”, junto a la creación del Instituto Nacional de Evaluación, Investigación e Información del Sistema Educativo Nacional (INEII) que facilite definir los lineamientos para los procesos de evaluación, investigación y producción de información educativa conducente a la

⁷ CIURO CALDANI, M. Á., “Una teoría trialista del Derecho”, Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 3.

⁸ Íd., p. 4.

mejora continua del sistema educativo argentino. Por último, se bosquejó la “Ley de Formación en el Trabajo Docente” al que define como profesión estratégica de interés público, garantizada y regulada por el Estado.

Todos estos proyectos invocan de forma generalizada en su articulado a la Ley de Educación Nacional 26.206. Recordemos que esta norma regula el derecho de enseñar y aprender consagrado en la Constitución Nacional y los tratados internacionales incorporados a ella, y es una herramienta estructural que atiende asuntos amplísimos, tales como: el sistema educativo nacional; la educación de gestión privada; la docencia y su formación; las políticas de promoción de la igualdad educativa; la calidad de la educación; las nuevas tecnologías; la educación a distancia y no formal; el gobierno educativo y su administración, por destacar sólo algunos.

En cuanto a la “inclusión” refiere, la Ley de Educación Nacional lo hace en forma reiterada, en distintos aspectos: al tratar los fines y objetivos de la política educativa nacional, la que debe “garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad” (art. 11, inc. e); al disponer que cada jurisdicción asegure “la inclusión de adolescentes y jóvenes no escolarizados en espacios escolares no formales como tránsito hacia procesos de reinserción escolar plena” (art. 32, inc. f); destina el Capítulo VIII a la “Educación Especial” que “se rige por el principio de inclusión educativa”, articulado desde el nivel inicial (arts. 42 y 43); la organización curricular e institucional de la Educación Permanente de Jóvenes y Adultos promueve la inclusión de los adultos mayores y de las personas con discapacidades, temporales o permanentes (art. 48, inc. e); la Educación en Contextos de Privación de Libertad contribuye a “la inclusión social de las personas privadas de libertad a través del acceso al sistema educativo y a la vida cultural” (art. 56, inc. g); el Título V, reservado a las “políticas de promoción de la igualdad educativa”, señala que “deberán asegurar las condiciones necesarias para la inclusión, el reconocimiento, la integración y el logro educativo de todos/as los/as niños/as, jóvenes y adultos en todos los niveles y modalidades, principalmente los obligatorios” (art. 80), pro-

moviendo “la inclusión de niños/as no escolarizados/as en espacios escolares no formales como tránsito hacia procesos de reinserción escolar plenos” (art. 82); por último, en cuanto al acceso y dominio de las tecnologías de la información y la comunicación las circunscribe dentro de los contenidos curriculares indispensables para la inclusión en la sociedad del conocimiento (art. 88).

Más generosa aún es la evocación a la “calidad” en la enseñanza que enunciamos concisamente: al orientar la responsabilidad principal e indelegable del Estado “de proveer una educación integral, permanente y de calidad” (art. 4º); al asegurar “una educación de calidad con igualdad de oportunidades y posibilidades” (art. 11, inc. a); al tratar obligatoriedad escolar desde la edad de cuatro años hasta la finalización del nivel secundario “mediante acciones que permitan alcanzar resultados de calidad equivalente” (art. 16); para la modalidad artística, de modo que fomente y desarrolle la sensibilidad y la capacidad creativa de cada persona (art. 40); con respecto a la Educación Especial, la articulación entre ministerios y otros organismos del Estado “para garantizar un servicio eficiente y de mayor calidad” (art. 45); en cuanto a la organización curricular e institucional de la Educación Permanente de Jóvenes y Adultos, desarrollará “acciones educativas presenciales y/o a distancia, particularmente en zonas rurales o aisladas, asegurando la calidad y la igualdad” (art. 48, inc. i); los servicios educativos de la Educación Rural deben alcanzar “niveles de calidad equivalente a los urbanos” (art. 51); la Educación Intercultural Bilingüe contribuye a “desempeñarse activamente en un mundo multicultural y a mejorar su calidad de vida” (art. 52); la formación docente situada para jerarquizar y revalorizarla “como factor clave del mejoramiento de la calidad de la educación” (art. 73, inc. a). Luego, encontramos al Título VI, que repara, tan sólo, en “La calidad de la educación”, ordenando la conformación del “Consejo Nacional de Calidad de la Educación”⁹.

⁹ El Consejo Nacional de Calidad de la Educación es un organismo creado en el año 2006 por la Ley de Educación Nacional, que en su artículo 98 lo define como “un órgano de asesoramiento especializado, que estará integrado por miembros de la comunidad académica y científica de reconocida trayectoria en la materia, representantes del Ministerio de Educación de la Nación, del Consejo Federal de Educación,

Observamos cómo la Ley de Educación Nacional es una fuente formal que se articula para brindar contenidos a diversas normatividades que señalamos¹⁰. En este escenario, el estudio de uno de los tres criterios de valoración de las normas jurídicas formulado por Norberto Bobbio resulta sustancial para comprender cabalmente lo redundante de las propuestas legislativas.

Apuntaba el destacado jurista italiano que “frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es justa o injusta; 2) si es válida o inválida; 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres diferentes problemas: de la justicia, de la validez y de la eficacia de una norma jurídica”¹¹.

El problema de la justicia de la norma jurídica es el de su corres-

del Congreso Nacional, de las organizaciones del trabajo y la producción, y de las organizaciones gremiales docentes con personería nacional”. Entre sus lineamientos estratégicos, el Consejo Nacional de Calidad de la Educación sostiene una visión amplia de la calidad educativa, considerando también los resultados en pruebas estandarizadas de aprendizaje, como un aspecto complementario, en favor de una perspectiva integral que abarque las distintas dimensiones del derecho a la educación. Son funciones del Consejo: proponer criterios y modalidades en los procesos evaluativos del Sistema Educativo Nacional; participar en el seguimiento de los procesos de evaluación del Sistema Educativo Nacional y emitir opinión técnica al respecto; elevar al Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología propuestas y estudios destinados a mejorar la calidad de la educación nacional y la equidad en la asignación de recursos; participar en la difusión y utilización de la información generada por dichos procesos, y asesorar al Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología con respecto a la participación en operativos internacionales de evaluación.

Luego de 14 años de promulgada la Ley de Educación Nacional, el Ministerio de Educación de la Nación, a través de la resolución 549/2020, reglamentó la composición y funcionamiento del Consejo. El mismo está integrado por treinta y cinco miembros permanentes: dos representantes del Ministerio de Educación, cinco ministros/as de Educación provinciales en representación del Consejo Federal de Educación, uno por cada región; cuatro legisladores/as nacionales miembros de las Comisiones de Educación de ambas Cámaras; cinco representantes de las organizaciones del trabajo y la producción; cinco representantes de las organizaciones gremiales docentes con personería nacional y catorce consejeros/as por la comunidad académica y científica. Ver <https://www.argentina.gob.ar/educacion/cnce/acerca>, y <https://www.argentina.gob.ar/educacion/cnce/integrantes>, ambos consultados el 20-2-2023.

¹⁰ CIURO CALDANI, “Una teoría...” cit., p. 96.

¹¹ BOBBIO, N., “Teoría general del Derecho”, 5ª reimp. de la 2ª ed., Temis, Bogotá, 2005, ps. 20 a 22.

pondencia o no con los valores superiores que inspiran un determinado orden jurídico, mientras la validez hace a la existencia de la regla en cuanto tal, más allá del juicio de valor sobre su justicia o no. Ahora bien, el problema de la eficacia de una norma remite a su cumplimiento o no por sus destinatarios. Cuando acontece su ineficacia, si bien puede ser acompañada de los medios coercitivos por la autoridad que la impuso, la coacción no es garantía de su observancia por lo que, pese a ello, éstas suelen ser las normas más ineficaces¹².

Con los proyectos de leyes que aludimos, no es extraño que se extienda una creciente preocupación por la apuesta a una recentralización y mayor burocratización, que generan demandas que se suman a las existentes, que se encuentran insatisfechas, visto que la ley 26.206 ya se encarga con amplitud de cada una de estas problemáticas, si bien carecen de eficacia¹³.

La teoría trialista del Derecho¹⁴, que atiende “a la integración tridimensional del mundo educativo y el mundo jurídico”¹⁵, emprende la construcción lógica de los contenidos de la normatividad desde las fuentes reales, esto es, de la realidad social (“fuentes materiales”), si bien es usual que los propios repartidores ya hayan realizado y formalizado su descripción (“fuentes formales”), a las que habitualmente se hace referencia. La normatividad, aun cuando

¹² Íd., p. 22.

¹³ El destacado investigador Prof. Dr. Guillermo R. Ruiz explicó, en un interesante artículo que seguimos en esta publicación, que “los proyectos sobre educación que se debaten en el Congreso sólo traerán más burocracia y nuevos problemas” (vide RUIZ, G., “Leyes innecesarias”, en *Seul*, <https://seul.ar/leyes-educacion/>, consultado el 20-2-2023).

¹⁴ En relación con la teoría trialista del mundo jurídico vide GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit.; CIURO CALDANI, M. Á., “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000; “Estudios jurídicos del Bicentenario”, UNR Editora, Rosario, 2010; “Bases del pensamiento jurídico”, UNR Editora, Rosario, 2012; “Una teoría...” cit. Acordamos que el concepto de Derecho al que adherimos lo define como un conjunto de repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica).

¹⁵ CIURO CALDANI, M. Á., “Bases del pensamiento jurídico”, UNR Editora, Rosario, 2012, p. 134.

capta lógicamente uno o varios repartos proyectados, no soslaya que se trata de proyectos¹⁶ (etimológicamente, hablamos de “arrojar o lanzar hacia adelante”) que han de lograr su realización. El trialismo asigna una relevancia especial al cumplimiento de las normatividades en la vida humana¹⁷.

Si las personas aspiran legítimamente a hallar en el Derecho las soluciones a sus problemáticas habituales, entre las que ubicamos a la “inclusión” y la “calidad educativa” del proceso de enseñanza y aprendizaje, y la normatividad no se cumple (no es exacta), tal como acontece con innumerables disposiciones de la Ley Nacional de Educación 26.206, las fuentes y las normas son instrumentos de engaño¹⁸.

En efecto, aquellas que se dictan con la sola voluntad de aparentar son “espectáculo”. Creemos que solamente bastaría tornar eficaz lo estipulado en la ley 26.206 y no legislar a expensas de incrementar el proceso de “inflación normativa” en la enseñanza, con reglas que difícilmente puedan tornarse programáticas en el corto plazo¹⁹. La agenda parlamentaria debe ocuparse de la protección del núcleo axiológico del proceso de enseñanza y aprendizaje, que es el educando, sujeto con una vulnerabilidad estructural²⁰, tornando operativos los preceptos

¹⁶ El *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española lo define como “designio o pensamiento de ejecutar algo” (ver <https://dle.rae.es/proyecto>, consultado el 20-2-2023).

¹⁷ CIURO CALDANI, “Una teoría...” cit., ps. 96 a 97.

¹⁸ *Íd.*, p. 97.

¹⁹ Véase, por ejemplo, que la Ley Nacional de Educación se sancionó sobre finales del año 2006, planteando “jornada extendida o completa” (art. 28) de las escuelas primarias. Para el año 2022, el Consejo Federal de Educación (resolución CFE 423/2022) aprobó los “Lineamientos Estratégicos para la República Argentina 2022-2027 por una Educación Justa, Democrática y de Calidad”, promoviendo el fortalecimiento de “los procesos de enseñanza y aprendizaje para garantizar la calidad educativa” (Objetivo 2). Esto es, 16 años después, se dispuso la implementación de todas las acciones necesarias para avanzar hacia la universalización de la jornada completa o extendida en las escuelas primarias, con un mínimo de 25 horas semanales como estrategia escalonada (resolución 426/2022).

²⁰ La jurisprudencia tiene por sentado que “el educando es un sujeto particularmente débil, lo que puede verse agravado en un número importante de situaciones” (en CCCTrab. y Fam. de Cruz del Eje, Sala Unipersonal, 6-6-2012, “M., V. c/Instituto Nuestra Señora del Rosario s/Acción de amparo”, L. L. C. 2012 [diciembre], p. 1165); se lo puede

de la Ley Nacional de Educación, antes que quebrantar la economía de un sistema jurídico por medio de una actividad redundante²¹.

III. Reflexiones finales

El ciclo de la historia en el que nos encontramos es connaturalmente dinámico y cambiante. La realidad social y económica desborda las estructuras previstas por los ordenamientos normativos. Observamos sorprendidos el abrumante crecimiento de la inteligencia artificial en la educación y, al mismo tiempo, contemplamos la profundización de las asimetrías, por la brecha digital.

Legislar tan sólo para incrementar la cantidad de normas jurídicas vigentes no brindará soluciones mágicas a los desafíos que confrontan al proceso de enseñanza y aprendizaje. Frente a ello, el jurista no debe “cerrar los ojos ante la ineficacia de las normas, ni ante la ceguera de los legisladores respecto de las necesidades sociales, ni ante el papel ideológico que el lenguaje jurídico desempeña a favor de quienes ejer-

encasillar como “subconsumidor”, realzando el principio protectorio –como pauta hermenéutica– por su situación de vulnerabilidad; *vide* ARIAS, M. P. y TRIVISONNO, J. B., “La protección del consumidor frente a la economía de servicios”, en J. A. del 30-3-2016, ps. 37 a 39. Incluso, para el Derecho de la Educación, el educando no es un consumidor común (*vide* CIURO CALDANI, M. Á., “Derecho de la Educación”, en *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho en Buenos Aires*, año 3, núm. 5, mayo de 2005, p. 135), sino que es portador de una debilidad estructural que se profundiza por la reunión de una serie de circunstancias personales, justificando la sobreprotección como “consumidor hipervulnerable”. Aquí, la doctrina ubica, además del educando, a las personas con discapacidades, los enfermos, los adultos mayores, aquellos con necesidades alimenticias especiales, los pueblos indígenas, el turista, el consumidor electrónico y las minorías religiosas hacia quienes, a fin de robustecer su protección, el operador jurídico debe prestar especial atención y “enfaticar el principio favor consumidor, adecuando el funcionamiento de las herramientas tuitivas a los grados concretos de vulnerabilidad que se constataren en la realidad negocial”. *Vide* FRUSTAGLI, S. A., “El contrato de consumo”, en NICOLAU, N. L. y HERNÁNDEZ, C. A. (dirs.), “Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 439.

²¹ Dice Nino que “la redundancia se caracteriza por el hecho de que el sistema estipula un exceso de soluciones para los mismos casos, pero, a diferencia del anterior problema, aquí las soluciones no sólo son compatibles, sino que son reiterativas” (NINO, *op. cit.*, p. 279).

cen el poder de hecho, para calmar o desactivar las eventuales rebeldías o para justificar su represión”²².

Reparando en que el Derecho de la Educación asuma un papel neurálgico en la sociedad, ya que “no sólo ha de normativizar, debe ordenar la realidad social en camino a lo valioso”²³, esta rama jurídica autónoma con sus propias especificidades, por las soluciones especiales que requiere, opera sobre la exigencia de protección del educando, núcleo axiológico de la educación²⁴. Su contacto con las ramas clásicas del Derecho permitirá, con sus aportes, dignificar las soluciones y respuestas a las distintas problemáticas relativas a la “inclusión” y a la “calidad educativa”, invitando a legislar articuladamente con otras áreas y disciplinas jurídicas transversales, evitando sancionar normas espectáculo que no están encaminadas a su cumplimiento, sino que se asemejan al “teatro”²⁵.

Bibliografía

- ARIAS, María Paula y TRIVISONNO, Julieta B., “La protección del consumidor frente a la economía de servicios”, en Jurisprudencia Argentina del 30-3-2016.
- BOBBIO, Norberto, “Teoría general del Derecho”, 5ª reimp. de la 2ª ed., Bogotá, Temis, 2005.
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes desde la teoría de las respuestas jurídicas y vitales al Derecho de la Educación”, en Investigación y Docencia, núm. 38, 2005.
- “Bases del pensamiento jurídico”, Rosario, UNR Editora, 2012.
- “Derecho de la Educación”, en Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho en Buenos Aires, Año 3 (núm. 5), Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, mayo de 2005.

²² ATIENZA, M., “Entrevista a Ricardo Guibourg”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, p. 898.

²³ CIURO CALDANI, M. Á., “Derecho de la Educación”, en L. L. del 28-6-2018, p. 1; L. L. 2018-C-1101.

²⁴ CIURO CALDANI, “Derecho de la Educación”, en *Academia. Revista sobre la enseñanza del Derecho en Buenos Aires* cit., p. 139.

²⁵ CIURO CALDANI, M. Á., “Proyecciones académicas del trialismo: disertaciones, comunicaciones y ponencias”, 1ª ed., FDER Edita, Rosario, 2017, ps. 195/196.

- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho de la Educación”, en La Ley del 28-6-2018, p. 1; La Ley 2018-C-1101.
- “Estudios jurídicos del Bicentenario”, Rosario, UNR Editora, 2010.
 - “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica”, Rosario, Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
 - “Proyecciones académicas del trialismo: disertaciones, comunicaciones y ponencias”, 1ª ed., Rosario, FDER Edita, 2017.
 - “Una teoría trialista del Derecho”, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- FRUSTAGLI, Sandra A., “El contrato de consumo”, en NICOLAU, Noemí L. y HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), “Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed. (reimp. inalterada), Buenos Aires, Depalma, 1983.
- NINO, Carlos Santiago, “Introducción al análisis del Derecho”, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- PREGNO, Elian, “La metodologización de la Dikelogía en el pensamiento de Miguel Ángel Ciuro Caldani”, en Cartapacio de Derecho, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho (UNICEN) (núm. 20), 2011.
- RUIZ, Guillermo R., “Leyes innecesarias”, en Seul, <https://seul.ar/leyes-educacion/>, consultado el 20-2-2023.

SECCIÓN LIBRE

LA INFLUENCIA DEL CONCEPTO DE PRETENSIÓN PROCESAL EN LA DECISIÓN JUDICIAL

por GUSTAVO ANDRÉS ACOSTA¹
y MARIANA FLORENCIA DEL BASSO²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto. 3. Los elementos de la pretensión. 3.1. Los sujetos. 3.2. El objeto. 3.3. La causa. 3.3.1. Los hechos. 3.3.2. La imputación jurídica. 4. La importancia de los hechos en la pretensión. 5. La decisión judicial. 6. La flexibilización de la congruencia. 7. Cuestionamientos a la teoría de la flexibilización de la congruencia. 8. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

El lenguaje del Derecho Procesal es majestuoso en cuanto a su precisión. Cada uno de los institutos que lo componen funciona como pieza que encaja perfectamente para el funcionamiento de un sistema autosuficiente y coherente, que sigue las directrices constitucionales. Por consiguiente, su respeto y adecuada interpretación funcionan como un límite a la arbitrariedad, intentando hacer pequeños los espacios de discreción con los que cuenta el poder.

El presente texto se concentrará en la importancia de conocer el instituto de la pretensión procesal, y su directa injerencia en las decisiones judiciales, actuando como un marco de contención.

Tomando en consideración que, un sistema dispositivo –único com-

¹ Abogado litigante (UNR). Profesor de Derecho Procesal Civil (UNR). Miembro del Centro de Estudios Procesales (UNR).

² Abogada litigante (UNR). Miembro del Centro de Estudios Procesales (UNR).

patible con los lineamientos de nuestra Carta Magna–, otorga la delimitación y el impulso del proceso exclusivamente a las partes, evitando la invasión indebida del juzgador, quien sólo tendrá a su cargo la dirección formal del proceso y la aplicación del Derecho al caso concreto. Así pues, el engranaje normativo se orienta a garantizar el principio de seguridad jurídica, en torno al funcionamiento del Poder Judicial.

A pesar de que en los últimos tiempos se ha desarrollado en doctrina una teoría que propone la flexibilización de la congruencia en ciertos casos, so pretexto de asegurar la efectividad del derecho en su integridad, tratando con ello de acordar una solución mejor y más justa al conflicto, preservando así otras garantías vinculadas al debido proceso adjetivo, entre las que destacan a la tutela efectiva, el plazo razonable de los procesos y la verdad material; que esta doctrina tuvo alguna recepción jurisprudencial y que ciertos casos fueron legislados en la ley sustancial y en algunos proyectos de reforma de Códigos Procesales, lo cierto es que esta teoría desnaturaliza el sistema dispositivo y cercena el derecho de contradicción de al menos alguna de las partes, luciendo de esta manera claramente inconstitucional.

Los hombres y mujeres de Derecho tenemos el deber de perseguir resoluciones judiciales que respeten estrictamente el principio de congruencia y el cumplimiento de las normas preestablecidas, que en definitiva reflejen como resultado la plena vigencia de la garantía del debido proceso.

Abstract

The language of Procedural Law is majestic in its precision. Each of the institutes that compose it function as pieces that fit perfectly for the operation of a self-sufficient and coherent system, which follows the constitutional guidelines. Consequently, their respect and proper interpretation function as a limit to arbitrariness, trying to make the spaces of discretion available to the authorities small.

The present text will focus on the importance of knowing the institute of the procedural demand, and its direct interference in judicial decisions, acting as a framework of contention.

On the other hand, the adversary system –the only one compatible with the guidelines of our Constitution– grants the delimitation and the impulse of the process exclusively to the parties, avoiding the undue invasion of the judge, who will only be in charge of the formal direction of the process and the application of the law to the specific case. Thus, the regulatory framework is aimed at guaranteeing the principle of legal certainty in the operation of the judiciary.

Despite the fact that in recent times a theory has been developed in doctrine that proposes the flexibility of congruence in certain cases, under the pretext of ensuring the effectiveness of the law in its entirety, thereby trying to agree on a better and fairer solution to the conflict, thus preserving other guarantees linked to adjective due process, among which stand out effective protection, the reasonable period of the processes and the material truth; that this doctrine had some jurisprudential reception and that certain cases were legislated in the substantial law and in some projects to reform procedural codes, the truth is that this theory denaturalizes the dispositive system and curtails the right of contradiction of at least some of the parties, thus looking clearly unconstitutional.

As men and women of Law we have the duty to pursue judicial resolutions that strictly respect the principle of congruence and compliance with pre-established rules, which ultimately reflect as a result the full validity of the guarantee of due process.

Palabras clave

Pretensión procesal. Principio de congruencia. Decisión judicial.

Keywords

Procedural claim. Principle of congruence. Judicial decision.

1. Introducción

El conflicto es un fenómeno inherente a la convivencia humana. Inexorablemente, la naturaleza limitada de los recursos genera la

existencia de múltiples conflictos intersubjetivos de intereses en el plano de la realidad social.

Éstos aparecen cuando a la intención de un hombre de someter a su voluntad –de manera implícita o expresa– una o varias voluntades ajenas con la finalidad de obtener para sí con carácter de exclusividad un determinado bien, se contraponen una resistencia por parte del o de los requeridos³.

Prohibiendo el Estado el uso de la fuerza por parte de los particulares para resolver los conflictos, y no encontrando solución autocompositiva, las partes no tienen otra alternativa más que concurrir ante el órgano de justicia requiriendo de él un proceso que termine en sentencia que lo dirima.

La iniciativa del proceso representa el ejercicio de un derecho de la parte, esto es, el derecho de provocar el ejercicio de la jurisdicción con respecto a una situación jurídica en la que precisamente la misma está interesada⁴, y este derecho no es otro más que el derecho de acción.

La razón de ser del ejercicio de esta instancia necesariamente bilateral es el mantenimiento de la paz social, es decir, lograr una resolución de la autoridad que logre heterocomponer el conflicto que fue presentado ante ella.

Este trabajo se centrará en el estudio de la *pretensión procesal* –entendida como el contenido necesario que debe tener toda demanda donde se materializa el derecho de acción–; en él se desarrollará su concepto, se determinará cuáles son sus elementos, la importancia de la delimitación de los hechos que la componen y su incidencia en las decisiones judiciales, con especial referencia crítica a la imposibilidad de la flexibilización de la regla de la congruencia.

2. Concepto

El concepto de pretensión ha generado una evolución doctrinal pla-

³ ALVARADO VELLOSO, A., “Introducción al estudio del Derecho Procesal. Primera parte”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992, ps. 13/15.

⁴ LIEBMAN, E. T., “Manual de Derecho Procesal Civil”, Olejnik, Santiago de Chile, 2021, p. 107.

gada de ideas y puntos de vistas antagónicos, y que van desde considerarla como un acto hasta ver en ella el objeto del proceso.

Determinar este concepto es de vital importancia, pues de él no sólo se desprende cuáles son los límites de la resolución judicial, sino también si existe la posibilidad de flexibilizar la regla de la congruencia.

Este concepto se puede agrupar en tres corrientes: a) La pretensión como solicitud exclusivamente; b) la pretensión como solicitud fundada, y c) la pretensión como solicitud fundada típica⁵.

a) La pretensión entendida exclusivamente como solicitud es la tesis de Rosenberg. El autor alemán la define como “la petición dirigida a la declaración de una consecuencia jurídica con autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada y, en cuanto sea necesario, por las circunstancias de hecho propuestas para su fundamento”.

Para Rosenberg, la pretensión constituye el objeto litigioso, y sus notas características son la petición de la demanda y, en tanto sea necesario, las circunstancias de hecho alegadas.

Descarta de esta manera a la calificación jurídica como parte integrante de la pretensión, al afirmar que el objeto litigioso no consiste en hechos, sino en una afirmación de derecho derivada de ellos y reclamada.

Por su parte, el juez tiene el derecho y el deber de examinar desde cada uno de sus posibles puntos de vista jurídicos el estado de hecho presentado por el demandante, y al mismo tiempo su afirmación de derecho, en tanto no se lo impida la falta de un presupuesto procesal para uno u otro de los puntos de vista, como, por ejemplo, la improcedencia de la vía judicial o la incompetencia; esto tanto si el actor ha señalado el mismo punto de vista u otro distinto, como si no ha señalado ninguno⁶.

⁵ QUINTERO DE PRIETO, B., “La pretensión procesal como objeto del proceso”, en *Temas Procesales. Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal*, núm. 6, Colombia, 1988.

⁶ ROSENBERG, L., “Tratado de Derecho Procesal Civil”, trad. de Á. R. Vera, ARA, Lima, 2007, t. II, ps. 44/51.

Este concepto de pretensión del autor se contrapone a la importancia que le da a los hechos de la pretensión y a la carga de la afirmación de los mismos en su obra “La carga de la prueba”, 2ª ed. en castellano, BdeF, Montevideo, 2002.

b) La segunda corriente, que entiende a la pretensión como solicitud fundada, es seguida por Guasp, quien sostiene que la pretensión procesal, por su estructura, “es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra ante un tercero supraordinando a ambas un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalan”⁷.

Por tanto, la idea fundamental puede resumirse así: concedido por el Estado el poder de acudir a los tribunales de justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro sujeto distinto, de un órgano estatal (pretensión procesal), iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tiempo, ya sea después de esta iniciación⁸.

Para este autor, la imputación jurídica no es un elemento de la pretensión, al punto tal de que el órgano jurisdiccional puede suplir la actividad de las partes.

En sentido similar, Carnelutti denomina *litis* al conflicto actual de intereses, definiendo a ésta como un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)⁹.

El profesor italiano, con fundamento en estos conceptos, llama pretensión a la exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio.

Explica que la pretensión es un acto, no un poder, algo que alguien hace, no que alguien tiene; una manifestación, no una superioridad de la voluntad. No sólo la pretensión es un acto y, por tanto, una manifestación de voluntad, sino que forma parte de aquellos actos que se denominan declaraciones de voluntad.

Dicho acto no sólo no es, sino que ni siquiera supone el derecho subjetivo; la pretensión puede ser propuesta tanto por quien tiene como por quien no tiene el derecho y, por tanto, puede ser fundada o infundada.

⁷ GUASP, J., “La pretensión procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, Año IX, Ediar, Buenos Aires, 1951, p. 381.

⁸ Íd., ps. 362/363.

⁹ CARNELUTTI, F., “Instituciones del proceso civil”, 5ª ed. italiana, trad. de S. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, t. I, ps. 27/28.

Por último, diferencia la pretensión de su razón, entendiendo por esta última “la afirmación de la tutela que el orden jurídico concede al interés cuyo prevalecimiento se exige, o sea, la afirmación de la conformidad de la pretensión con el Derecho objetivo”¹⁰.

Combinando las ideas expuestas por Guasp y Carnelutti, Palacio define a la pretensión procesal como “el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial (o eventualmente arbitral), y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación”¹¹.

Este autor también concibe a la pretensión como el objeto del proceso, y destaca que sus caracteres principales son:

- 1) Es un acto cuya virtud se reclama ante un órgano judicial y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación.
- 2) No constituye un derecho, sino un acto, al cual resulta adecuado caracterizarlo como una declaración de voluntad petitoria.
- 3) Debe necesariamente interponerse frente a una persona distinta del autor de la reclamación, pues en la base de aquélla se encuentra siempre un conflicto que, como tal, enfrenta por lo menos a dos protagonistas.
- 4) Siguiendo a Rosenberg, entiende que la configuración jurídica de la pretensión sólo requiere que ésta contenga una afirmación de derecho o de consecuencia jurídica derivada de determinada situación de hecho, con prescindencia de que tal afirmación coincide o no con el ordenamiento normativo vigente¹².

El juez, en efecto, debe decidir si se ha operado o no la consecuencia jurídica afirmada por el actor, pero para él es indiferente la designación técnica que aquél haya asignado a la situación de hecho descripta como fundamento de la pretensión. No es, por lo tanto, la norma la que individualiza la pretensión, sino los hechos afirmados en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico.

¹⁰ Íd., p. 31.

¹¹ PALACIO, L., “Tratado de Derecho Procesal Civil”, 2ª ed., 5ª reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 380.

¹² Íd., ps. 385/386.

c) Finalmente, la pretensión comprendida como solicitud fundada típica es la posición de Alvarado Velloso, quien toma como punto de partida la actividad que se cumple en la vida jurídica, y en una primera aproximación afirma que la pretensión es “una declaración de voluntad hecha en el plano de la realidad social mediante la cual se intenta subordinar a la propia una voluntad ajena”; la insatisfacción de la pretensión, por la aparición contemporánea de una resistencia a ella, es lo que origina el conflicto intersubjetivo de intereses¹³.

El profesor argentino continúa afirmado que el traslado de esa pretensión al plano jurídico del proceso se efectúa mediante el ejercicio del derecho autónomo y abstracto de acción que no puede ser materialmente ejercido sin estar acompañado de modo ineludible por aquélla. Tal ejercicio del derecho de acción se efectúa mediante la presentación a la autoridad de un documento: la demanda.

Por tanto, los conceptos de acción, pretensión y demanda son idealmente correlativos y se apoyan en forma recíproca para explicar el fenómeno, la demanda consiste en un documento cuya presentación al juez exterioriza el ejercicio del derecho de acción y que resulta ser el continente de un contenido necesario: la pretensión. Y agrega que, a efectos de accionar, no importa que el conflicto exista o no en el plano de la realidad: basta que se afirme su existencia; este fenómeno recibe la denominación de litigio.

Por tanto, para Alvarado Velloso, pretensión procesal es “la declaración de voluntad hecha en una demanda (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita (después de un proceso) una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento”¹⁴.

La pretensión es el motivo de la controversia, y ésta, el tema sobre el cual ha de versar la sentencia¹⁵.

3. Los elementos de la pretensión

De todos los conceptos de pretensión procesal que desarrollamos

¹³ ALVARADO VELLOSO, op. cit., ps. 97/98.

¹⁴ *Íd.*, p. 99.

¹⁵ *Ibíd.*

en el punto anterior, nos inclinamos por la definición acuñada por Alvarado Velloso, por considerar que es la que mejor se ajusta para explicar en qué consiste este instituto.

Sostenemos esta afirmación ya que deja de lado la postura doctrinal que sostiene que la pretensión es el objeto del proceso, explicando que en realidad la verdadera función de ésta es la de concretizar el derecho de acción.

Tal como lo explica Briseño Sierra, si la instancia (acción) es indiferente a la prestación resolutoria que se persigue, no así la pretensión que viene a precizarla. Instar en una acción procesal es siempre provocar la respuesta de una autoridad; pero el para qué de ese instar sólo puede indicarlo la pretensión¹⁶.

En cuanto a los elementos de la pretensión¹⁷, este autor expone que toda pretensión procesal implica la afirmación de la existencia de una relación jurídica, entendida como vínculo que surge entre dos sujetos con motivo de un acaecimiento de trascendencia para el Derecho; por tanto, admite ser descompuesta para su estudio en los distintos elementos que la integran: los sujetos, el objeto y la causa eficiente.

3.1. *Los sujetos*

Los sujetos de la pretensión son siempre dos: el pretendiente y el pretendido, es decir, la persona a la cual le corresponde obtener la resolución final y la persona contra la cual se dirigirá esa resolución¹⁸.

Cabe resaltar que no basta con la presencia de un sujeto como integrante de la relación jurídica, sino que es necesario determinar en cuál de las dos posibles posiciones se halla ubicado. Sobre esta base, ya puede decirse que los sujetos de la pretensión son el actor y el demandado¹⁹.

¹⁶ BRISEÑO SIERRA, H., "Derecho Procesal", 1ª ed., Cárdenas, México, 1969, vol. II, p. 237.

¹⁷ ALVARADO VELLOSO, op. cit., ps. 102/105.

¹⁸ CALAMANDREI, P., "Instituciones de Derecho Procesal Civil", trad. de S. Sentís Melendo, El Foro, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 286.

¹⁹ ALVARADO VELLOSO, op. cit., ps. 102/103.

El Código Procesal de Santa Fe regula el elemento subjetivo de la pretensión en los incisos 1º y 2º del artículo 130²⁰.

Como hemos visto, la designación de las *partes* sirve para delimitar subjetivamente la pretensión, fijando entre quiénes nace el proceso y a quiénes afectará en su momento la cosa juzgada; de ahí la importancia de su individualización completa y correcta.

La indicación de los datos del actor (art. 130, inc. 1º) es completa e ineludible, constituye una exigencia justificable por razones obvias, ya que su omisión impediría determinar a la persona que formula la pretensión e imposibilitaría la defensa del demandado.

En cuanto al demandado (art. 130, inc. 2º), las exigencias de su individualización se flexibilizan, puesto que la demanda puede dirigirse contra toda persona de la que se ignore el domicilio, y hasta el nombre. Hay, en efecto, situaciones en las que es desconocida la persona del demandado, y en las que resulta injusto privar al actor de ejercitar su derecho²¹.

3.2. *El objeto*

El objeto de la pretensión, también conocido como *petitum* o petición, consiste en la identificación concreta de la tutela jurídica que se solicita del juez. Por lo general, se lo entiende en dos sentidos: inmediato y mediato. Es objeto inmediato de la pretensión, el tipo de pronunciamiento que se reclama (de mera declaración, de condena, de constitución), en tanto que es objeto mediato el bien jurídico sobre el cual debe recaer ese pronunciamiento (una determinada cosa o prestación, la sujeción del demandado a la declaración contenida en la sentencia, etc.).

Tal como lo explica Calamandrei, para individualizar la acción (pretensión) no basta, pues, tener en cuenta solamente el objeto inmediato, o solamente el mediato: sino que es necesario, en todo caso,

²⁰ Art. 130, CPCC de Santa Fe: “La demanda será deducida por escrito y expresará: 1) el nombre, domicilio real y legal, nacionalidad, estado civil, profesión u oficio del demandante; 2) el nombre y domicilio del demandado, si se conocieren...”

²¹ CABAL, J. y ATIENZA, A., “Anotaciones al Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe”, Ciencia, Rosario, 1940, p. 101.

coordinar entre sí estos dos aspectos, de cuya combinación nace la exacta identificación del *petitum*²².

En Santa Fe, los incisos 3° y 5° del artículo 130 del CPCC²³ regulan el objeto de la pretensión, respecto a los dos enfoques que desarrollamos.

Mientras el inciso 5° alude fundamentalmente al objeto inmediato de la pretensión formulada en la demanda, es decir, a la clase de pronunciamiento judicial que se persigue en el caso concreto, el inciso 3° refiere al objeto mediato.

En cuanto a este último, el citado inciso exige su precisa delimitación *cualitativa* y *cuantitativa*. Esta carga del demandante sólo resulta atenuada en lo que hace al *quantum* cuando se demande por obligaciones dinerarias y no sea posible fijar con exactitud el importe reclamado, aunque en este caso deben suministrarse los antecedentes que puedan contribuir a su determinación aproximada²⁴.

3.3. *La causa*

Una exacta identificación del aspecto objetivo de la pretensión no se puede hacer si el objeto (*petitum*) no se pone en relación con la *causa petendi*. La identificación trata de establecer: quiénes son los litigantes, sobre qué se litiga (objeto) y por qué litigan (*causa petendi*).

La causa, título o fundamento contiene la enunciación de los *hechos jurídicamente relevantes* que justifican la decisión favorable del conflicto a que aspira el actor. Este tercer elemento expresa la inevitable conexión que existe entre los hechos y el Derecho en el ámbito del proceso y de la decisión judicial.

Los “hechos del caso” son identificados, seleccionados y definidos desde la perspectiva de las normas que el actor considera aplicables

²² CALAMANDREI, op. cit., ps. 288/289.

²³ Art. 130, CPCC de Santa Fe: “La demanda será deducida por escrito y expresará [...] 3) la designación precisa de lo que se demanda y su apreciación pecuniaria. Cuando no fuere posible fijarla con exactitud, se suministrarán los antecedentes que puedan contribuir a su determinación aproximada [...] 5) la petición en términos claros y precisos...”

²⁴ TERRASA, E., “La variación de la pretensión formulada en la demanda”, en *Revista Zeus*, núm. 124, p. 255.

para su solución. Por esa razón, la relevancia de tales hechos, desde el punto de vista jurídico, se determina en función de la aptitud o idoneidad que tengan, por su correspondencia con el antecedente de la norma aplicable, para producir la consecuencia jurídica prevista por ella.

De lo dicho hasta aquí se puede extraer que el elemento causal necesariamente debe dividirse en dos subelementos para su estudio. Éstos son los hechos jurídicamente relevantes y la imputación jurídica.

Por lo demás, de esta forma se encuentra normado en el inciso 4º del artículo 130 del CPCC²⁵ de Santa Fe; por tanto, estos subelementos serán tratados por separado a continuación.

3.3.1. *Los hechos*

El CPCC de Santa Fe sigue en este punto la doctrina conocida como de la “sustanciación”, conforme a la cual el fundamento de la pretensión se basa en la suma de los hechos constitutivos, por lo que la fundamentación de la pretensión resulta de la exposición circunstanciada de los hechos que constituyen la relación jurídica.

El actor quiere acreditar la veracidad de su afirmación jurídica por la fundamentación de su pretensión, pero como la ley liga consecuencia a los hechos, una pretensión sólo puede estar basada en hechos. Es necesaria una enumeración ordenada de los hechos para acomodarse a la norma en que los ha de subsumir la sentencia²⁶.

A los hechos jurídicamente relevantes en el sentido indicado, la doctrina procesal los denomina *hechos principales*, y también *hechos constitutivos*, aunque esto último sólo cuando fundan la pretensión del demandante; del mismo modo que cuando esos hechos principales dan sustento a las excepciones del demandado los llama *hechos impositivos, extintivos o modificativos*.

Por otra parte, a los hechos principales se los distingue de los *hechos secundarios*, los cuales, a diferencia de los primeros, no son

²⁵ Art. 130, CPCC de Santa Fe: “La demanda será deducida por escrito y expresará [...] 4) las cuestiones de hecho y de derecho, separadamente. Las primeras serán numeradas y expuestas en forma clara y sintética, omitiéndose toda glosa o comentario, los que se podrán hacer en la parte general del escrito...”

²⁶ BRISEÑO SIERRA, op. cit., p. 12.

subsumibles en el supuesto de hecho abstracto de la norma aplicable para la decisión del caso. Su incidencia en el resultado del juicio es puramente instrumental, ya que tienen importancia para el proceso sólo en la medida en que puedan servir para inferir la existencia de un hecho principal. De esa manera, aunque los hechos secundarios también integran el contenido de la demanda, no forman parte de la *causa petendi*²⁷.

3.3.2. *La imputación jurídica*

En consonancia con lo expresado anteriormente, el CPCC de Santa fe (art. 130, inc. 4º) exige además que las cuestiones de derecho se afirmen de manera separada de las cuestiones de hecho. Es decir que la concreta individualización de los hechos, de los que surge el interés individual del actor al goce concreto de un determinado bien, necesita de la afirmación de su coincidencia con aquel tipo de intereses a los cuales una o varias normas jurídicas conceden, en abstracto, protección²⁸.

4. La importancia de los hechos en la pretensión

El concepto de “hecho” es muy complejo, y esto se debe a que los hechos suelen estar cargados de derecho y de valor.

Tal como lo escribe Taruffo, lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de hechos particularmente complejos, *versiones* de segmentos de experiencia o de sectores de la realidad, que tienen alguna relevancia en el juicio²⁹.

Los hechos no se incorporan a los procedimientos judiciales en su realidad empírica o material: en general ya han ocurrido y, por lo tanto, pertenecen al pasado. En el proceso, los hechos se toman en

²⁷ TERRASA, op. cit., p. 255.

²⁸ CALAMANDREI, op. cit., p. 290.

²⁹ TARUFFO, M., “La prueba de los hechos”, trad. de J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2002, ps. 113/114.

consideración de una manera muy especial: en forma de enunciados acerca de lo acontecido fácticamente³⁰.

Según Larenz, el hecho en cuanto enunciado recibe su formulación definitiva sólo atendiendo a las normas jurídicas según las cuales ha de ser enjuiciado; pero éstas, a su vez, serán elegidas y, siempre que se requiera, concretizadas atendiendo al hecho enjuiciable³¹.

Entonces, la afirmación de los hechos constitutivos presupone que el demandante ha resuelto ya la cuestión de derecho, esto es, que ha individualizado la norma aplicable para la solución del caso que presenta al conocimiento y decisión del juez, puesto que es la norma la que opera como criterio de selección de los hechos relevantes para la decisión.

Pero, además, ello pone en evidencia que el cambio de ese marco jurídico de referencia, llevado a cabo por el juez al tiempo de dictar la sentencia, muy probablemente hará que sean otros los hechos principales, con lo cual los hechos alegados (o, al menos, algunos de ellos) terminarán convirtiéndose en irrelevantes, y, lo que es peor aún, puede suceder también que los hechos jurídicamente relevantes conforme a ese nuevo encuadre jurídico no hayan sido objeto de alegación³², lo que en definitiva constituye un límite infranqueable al *iura novit curia*.

5. La decisión judicial

La sentencia es el instrumento formal en el cual se consigna la expresión del juicio –afirmación de la voluntad del Estado– respecto de las cuestiones traídas por las partes y sometidas a decisión judicial y que, para su validez, debe reunir los requisitos exigidos por la ley³³.

Dentro de estos requisitos adquiere especial relevancia el de la congruencia.

Tal como lo explica Devis Echandía, se entiende por congruencia

³⁰ TERRASA, op. cit., p. 559.

³¹ LARENZ, K., “Metodología de la Ciencia del Derecho”, trad. de M. Rodríguez, Ariel, Barcelona, 1980, p. 275, cit. por TERRASA, E., “La afirmación de los hechos en la demanda”, en *Zeus*, núm. 126, p. 559.

³² TERRASA, “La afirmación...” cit., p. 559.

³³ CCCom. de Santa Fe, sala 1ª, 7-4-80, Z, 24-J/277.

o consonancia el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas³⁴.

Alvarado Velloso, quien distingue entre principios procesales y reglas técnicas, sostiene que la congruencia procesal es la más importante regla de juzgamiento, y es natural consecuencia de aceptar la plena vigencia del principio de imparcialidad judicial.

Indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido, resistido y regularmente probado por las partes; ostentando, según este autor, una importancia mayor que la que habitualmente presenta toda regla técnica, pues para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, debe ser siempre congruente³⁵.

Este principio o regla técnica (según el autor que lo trate) está presente en todas las leyes procesales al enunciar el contenido que debe tener toda sentencia³⁶; sin embargo, es necesario destacar que es aplicable no sólo a las sentencias, sino a toda resolución judicial que deba responder a una instancia de parte, sea ésta principal o incidental.

De los conceptos vertidos podemos extraer que la congruencia es corolario del sistema dispositivo, que asegura la plena vigencia de la garantía del debido proceso, y la inviolabilidad de defensa en juicio,

³⁴ DEVIS ECHANDÍA, H., "Teoría general del proceso", 3ª ed., reimp., Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 433.

³⁵ ALVARADO VELLOSO, A., "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Juris, Rosario, 2009, p. 199.

³⁶ Art. 163, CPCCN: "La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener [...] 6) La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvencción, en su caso, en todo o en parte..."

Art. 243, CPCC de Santa Fe: "Los hechos constitutivos de litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ella, sea cual fuere la calificación que se les hubiese dado".

Art. 244, CPCC de Santa Fe: "La sentencia debe contener, bajo pena de nulidad [...] 5º La admisión o el rechazo, en todo o en parte, de la demanda y, en su caso, de la reconvencción..."

ya que limita la actividad jurisdiccional al exigir que la sentencia guarde una rigurosa adecuación de ésta a los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición.

6. La flexibilización de la congruencia

La corriente que admite la flexibilización de la congruencia afirma que este principio que procura frenar eventuales excesos de autoridad en la práctica se ha constituido muchas veces en una falla para resolver con eficacia y celeridad un conflicto, frustrando precisamente valores de mayor jerarquía como la justicia, la eficacia y, por vía de implicancia, la misma seguridad jurídica³⁷.

Se trata de un síntoma de las modernas corrientes que buscan la prevalencia del juez de equidad, desembocando en un activismo judicial cada vez más preponderante. Ello involucra disposiciones legales y construcciones jurisprudenciales que invisten al magistrado de poderes dentro de la prosecución del proceso, orientados a decidir sobre los hechos (hayan sido planteados o no), el contenido de las pretensiones de las partes o los sujetos intervinientes, con la finalidad de garantizar la operatividad efectiva del derecho sustancial.

a) *Flexibilización de la congruencia subjetiva*. Estos autores reconocen un supuesto de flexibilización de la congruencia subjetiva en lo dispuesto por el artículo 96 del CPCCN, que permite ejecutar la sentencia contra el tercero de intervención provocada (a quien el actor no demandó) al expresar “...En todos los supuestos, después de la intervención del tercero, o de su citación, en su caso, la sentencia dictada lo alcanzará como a los litigantes principales. También será ejecutable la resolución contra el tercero, salvo que, en oportunidad de formular el pedido de intervención o de contestar la citación, según el caso, hubiese alegado fundadamente, la existencia de defensas y/o derechos que no pudiesen ser materia de debate y decisión en el juicio”.

b) *Flexibilización de la congruencia objetiva*. Según Peyrano, sin perder de vista la necesidad de no vulnerar grosera e inoficiosamente

³⁷ DE LOS SANTOS, M. A., “Los valores en el proceso civil y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, en *La Ley Online*, 0003/007521.

el principio de contradicción, se está consolidando el ideario de que –en supuestos excepcionales– el tribunal debe escudriñar cuál era el resultado práctico equivalente perseguido por el actor o reconviniendo a la hora de encontrarse frente a la necesidad de no otorgar exactamente lo pedido por aquéllos.

Dicho reemplazo presupone un ejercicio discrecional de atribuciones judiciales implícitas, pero existentes, cuando: a) el cumplimiento exacto de lo requerido resulta inconveniente a la luz de un *clearing* de valores formalizado respecto de los intereses de las partes en pugna; b) el cumplimiento exacto de lo requerido importaría un palmario desmedro para la economía procesal y para un buen servicio de justicia; c) el cumplimiento exacto de lo requerido resulta jurídicamente impropio, pero la calidad de los derechos invocados por el solicitante justifica algún tipo de satisfacción diferente³⁸.

Los que sostienen esta tesis encuentran casos de flexibilización de la congruencia objetiva en la posibilidad de acordar una suma indemnizatoria superior a la peticionada por un reclamo dependiente de prueba cuando se ha sujetado el pedido a “lo que en más o menos resulta de la prueba”.

Por otra parte, este tipo de flexibilización de la congruencia está prevista en el CCyC cuando regula la acción (en rigor de verdad, pretensión) preventiva, ya que el artículo 1713, al tratar la “sentencia”, dispone: “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

Finalmente, la jurisprudencia también se ha hecho eco de la flexibilización objetiva en fallos como “Piu de Caroli c/Centro Unión de Dependientes” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, 2002).

Se trataba de un amparo promovido por una asociada a una mutual

³⁸ PEYRANO, J. W., “La flexibilización de la congruencia en sede civil”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2007-2, *Sentencia – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 105/106.

que percibía cuotas mensuales módicas y cuyo padrón de beneficiarios reconocía una gran mayoría de personas mayores de sesenta años. La requirente contrajo esclerosis múltiple, dolencia que reclama el suministro periódico de fármacos de muy elevado costo y que, si no son administrados, pueden llevar a la muerte de la paciente. Negado el suministro farmacológico por no encontrarse los remedios correspondientes en el vademécum aprobado por la Mutual, la nombrada promovió acción de amparo tendiente a que se le suministraran vitaliciamente los fármacos en cuestión, invocando, entre otros argumentos, el derecho a la salud tutelado constitucionalmente por varios tratados internacionales suscriptos por la Argentina.

En definitiva, el tribunal de alzada –en resolución que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe– hizo lugar al pedido de entrega de los fármacos requeridos, pero sólo por un plazo de tres años, haciendo expresa mención acerca de que el verdadero deudor de aquéllos era el Estado nacional –quien debía ser demandado– y que el lapso de suministro (de tres años) se otorgaba para concederle tiempo a la requirente para que accionara debidamente. Asimismo, se señaló que la inversión que demandaba el mencionado suministro temporario de medicamentos debía ser reputada provisoria y que podía intentarse su repetición contra el Estado nacional.

c) *Flexibilización de la congruencia fáctica*. Por último, respecto de este tipo de flexibilización se ha afirmado que constituye una excepción a la congruencia prevista en el artículo 163, inciso 6º, del CPCCN, que permite al juez hacer mérito en su sentencia de hechos no afirmados, producidos durante la sustanciación del juicio y que resulten de la prueba, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.

Normas de similares características fueron dispuestas en los recientes proyectos de reformas de los Códigos Procesales provinciales. A modo de ejemplo podemos mencionar el artículo 421³⁹ del Anteproyecto elaborado por las Subcomisiones de Trabajo creadas por el de-

³⁹ Art. 421, inc. c: “...La sentencia deberá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del proceso y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos...”

creto 1209/2017 de la Provincia de Chubut, o el artículo 244⁴⁰ del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe (Proyecto presentado en la Cámara de Senadores –expte. 43629 PE–).

Esta hipótesis permite al juzgador considerar en la sentencia hechos relevantes (constitutivos, modificatorios o extintivos) no afirmados por las partes, que resulten de la prueba. El fundamento de este tipo de normas estriba en razones de economía procesal y de eficacia de la sentencia, permitiendo la actualización de las cuestiones fácticas que la sentencia está llamada a regular.

Por supuesto, en estos casos de actuación oficiosa habrá necesariamente bilateralidad en la incorporación de este hecho al litigio, pues la contraria tiene la posibilidad de ejercer el contralor de la prueba conforme las normas vigentes⁴¹.

Finalmente, además de los supuestos que prevén las normas citadas, Kielmanovich agrega otra posibilidad de flexibilización de la congruencia fáctica cuando de la prueba surjan hechos no alegados, pero se trate de hechos simples, secundarios o motivos (no afirmados explícitamente) comprendidos genéricamente en los hechos principales y a partir de los cuales puede argumentarse la existencia de éstos⁴².

7. Cuestionamientos a la teoría de la flexibilización de la congruencia

La respuesta sobre el interrogante de si puede el juez ahondar en el conflicto, hacerlo completar con nuevas cuestiones no suscitadas por las partes, investigar por su cuenta el estado de cosas y aun resolver sobre pretensiones no deducidas por las partes, o hacer extensiva su decisión a personas que no intervinieron del proceso, depende de la identificación de la pretensión que se haga.

El proceso de los pueblos modernos es esencialmente un proceso

⁴⁰ Art. 244, inc. g: “La sentencia debe hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido articulados como hechos nuevos”.

⁴¹ DE LOS SANTOS, op. cit., p. 8.

⁴² KIELMANOVICH, J., “Sobre el deber de congruencia”, en *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2007-2, *Sentencia – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 116/117.

en el que el órgano judicial no toma en consideración la realidad social para conocerla o para modificarla, ni sus aspectos jurídicos, sino dentro de los límites de la propuesta que se presenta por el sujeto que ejercita la acción.

El juez no puede tomar en consideración, como materia de su investigación, más que aquel perfil de la realidad sobre el cual el actor (o, en contradicción con él, el demandado) llama su atención, y no tiene otra elección que la que puede llevarse a cabo entre adoptar o rechazar la propuesta que el actor le presenta, ya preparada para ser transformada en resolución jurisdiccional.

De ello se desprende que en todo proceso donde se respeten las garantías constitucionales resulta inadmisibles flexibilizar aspecto alguno del principio o regla de la congruencia que debe reinar en toda resolución judicial.

Tal es así que a las pretendidas flexibilizaciones se les puede realizar los siguientes cuestionamientos:

a) La flexibilización de la congruencia subjetiva es imposible, pues resulta inimaginable que se puedan extender los efectos de una sentencia a una persona que no fue parte del proceso, ya que con ello claramente se estaría violando su derecho de defensa.

Por lo demás identificar este tipo de flexibilización con lo normado por el artículo 96 del CPCCN es un error, pues, en los casos de intervención de terceros, el interesado se incorpora a un proceso pendiente con el objeto de hacer valer en él un derecho o interés propio, por hallarse vinculado –por lo menos con una de las partes originales– mediante una relación de conexidad objetiva, de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal o de afinidad⁴³; por tanto, salvo en el caso de intervención asistente, el tercero adquiere el carácter de parte, es decir que no se están extendiendo los efectos de la sentencia a alguien que no participó del proceso.

En otras palabras, el tercero de la intervención provocada goza de todas las facultades procesales para contradecir no solamente la legitimidad de su citación a juicio, sino también para afirmar hechos y ofrecer

⁴³ ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 325.

pruebas que estime oportunas para la defensa de su derecho, de tal manera que no hay en este supuesto violación del derecho de defensa.

b) En cuanto a la flexibilización de la congruencia objetiva se le pueden realizar las siguientes críticas. Por un lado, respecto a la pretensión preventiva de daños, a nadie escapa que una sentencia dictada oficiosamente (en todo o en parte) conculca una regla de la teoría general del proceso como es la de la congruencia.

Por otra parte, no está de más insistir en la subjetividad del juez como un rasgo inherente e inevitable en la apreciación de los hechos, que exige medidas tendientes a neutralizar al máximo posible la proyección de sus prejuicios, ideologías e intereses⁴⁴.

En el mismo orden de ideas, y respecto a todos los casos donde se sostiene la posibilidad de validar alguna forma de flexibilización objetiva de la congruencia, lo cierto es que si las partes hacen uso de su derecho de acción, llevando ante la autoridad un conflicto que se originó debido a que una de ellas pretendía para sí y con exclusividad un bien determinado, y esta pretensión encontró resistencia por parte de uno o más habitantes de la misma comunidad que no estaban dispuestos a satisfacerla, y el juez termina otorgando un objeto distinto al que fue metido a discusión, el conflicto queda irresoluto y el proceso no cumplió con su finalidad.

Para cerrar, cabe destacar que también es un error entender que nos encontramos ante un caso de este tipo de flexibilización de la congruencia cuando el actor deja sujeta la cuantificación de la pretensión a “lo que en más o menos resulta de la prueba”, en tanto que, por ejemplo, el artículo 130, inciso 3º, del CPCC de Santa Fe exige como requisito de la demanda “la designación precisa de lo que se demanda y su apreciación pecuniaria”, es decir, el citado inciso exige su precisa delimitación *cualitativa* y *cuantitativa*. Esta carga del demandante sólo resulta atenuada en lo que hace al *quantum* cuando se demande por obligaciones dinerarias y no sea posible fijar con exactitud el importe reclamado, aunque en este caso deben suministrarse los antecedentes que puedan contribuir a su determinación aproximada⁴⁵;

⁴⁴ MEROI, A., “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, en *La Ley online*, AR/DOC/956/2016.

⁴⁵ TERRASA, op. cit., p. 255.

por tanto, no hay sorpresa en cuanto al objeto, ya que éste siempre queda delimitado en su faz cualitativa.

c) Para concluir, podemos afirmar que no corre con mejor suerte la pretendida flexibilización fáctica de la congruencia.

Tal como ya lo hemos afirmado, la colaboración en la jurisdicción le llega al órgano judicial de las dos partes: el juez no debe decidir en virtud de una sola propuesta de resolución, sino que debe escoger entre dos propuestas, por lo general antitéticas⁴⁶.

Esta “colaboración”, también denominada “principio de aportación de parte”, consiste en que la ley les asigna a las partes la función de reunir y traer al proceso el material de hecho, limitando la función del juez a recibirlo para valorarlo después. Son las partes mismas, exclusivamente, las que aportan los hechos conducentes a establecer la relación jurídica entre ellas; por lo que el juez no puede prescindir de lo que las partes someten a su juicio⁴⁷.

Tal es así que los ordenamientos jurídicos establecen como carga de las partes la alegación de los hechos en que fundan sus pretensiones y oposiciones (arts. 130, inc. 4º; 136 y 142, inc. 4º, del CPCC de Santa Fe).

Esta “carga de la afirmación” se encuentra incluida dentro del concepto general de carga procesal, entendiendo por tal el imperativo jurídico que, con motivo del proceso, una parte tiene respecto de sí misma (imperativo del propio interés), y cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de una facultad, derecho o chance⁴⁸.

Rosenberg, al estudiar este tema⁴⁹, afirma que en el sistema dispositivo de enjuiciamiento rige la regla de que son las partes, exclusivamente, quienes determinan el *thema decidendum*, es decir, la *aportación de los hechos* es una actividad privativa de las partes. Sólo a ellas incumbe formular en el proceso los enunciados fácticos que han de servir de fundamento a sus respectivas peticiones.

⁴⁶ CALAMANDREI, op. cit., ps. 235/239.

⁴⁷ AA. VV., *Principio dispositivo*, dir. por Roberto G. Loutayf Ranea, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 8.

⁴⁸ ALVARADO VELLOSO, op. cit., p. 181.

⁴⁹ ROSENBERG, L., “La carga de la prueba”, 2ª ed. en castellano, BdeF, Montevideo, 2002, ps. 61/68.

Por tanto, las partes no sólo tienen que probar los hechos necesarios para la decisión, sino que también deben introducirlos en el proceso mediante su afirmación, convirtiéndolos de este modo en fundamentos de la sentencia. En esto estriba el concepto de la carga de la afirmación.

Aunque al juez le repugne sentirse encerrado en los límites de la voluntad dominadora de las partes, debe aceptar que éstas son los mejores jueces de la propia defensa y que nadie puede conocer mejor que ellos qué hechos deben alegar y cuáles no.

Además, cuando el juez asume por sí un hecho que la parte a quien ayuda no hizo valer, compromete no sólo su imparcialidad, sino que además ofende el principio de igualdad de las partes. Pues, mientras una parte no hace valer un hecho que le ayude, el adversario no tiene interés en deducir la inexistencia de aquel hecho o en deducir otros hechos que eliminen sus consecuencias⁵⁰.

Finalmente, Carnelutti manifiesta que la afirmación de las partes vincula al juez en cuanto a la posición del hecho: de un lado, porque no puede poner una situación de hecho que no haya sido afirmada por una (cuando menos) de las partes y, de otro, porque no puede dejar de considerar (omitir) una situación de hecho que haya sido afirmada por todas las partes. Es decir, los hechos no afirmados no pueden ser considerados; los hechos afirmados concordantemente tienen que ser considerados.

La afirmación del hecho que constituye el presupuesto de la norma a realizar debe contenerse en la demanda, y el juez que ponga en la sentencia un hecho (principal) no afirmado realizaría una norma sin demanda, dicho de otro modo, se pronuncia sobre cosa no demandada⁵¹.

Devis Echandía, al estudiar la delimitación de la congruencia respecto de las pretensiones sostiene que la máxima: “El juez debe fallar con arreglo a lo alegado y probado por las partes”, significa, en materia de congruencia, que el juez debe atenerse a los hechos de la demanda

⁵⁰ CHIOVENDA, J., “Principios de Derecho Procesal Civil”, trad. de J. Casáis y Santaló, Reus, Madrid, 1925, t. II, ps. 182/183.

⁵¹ CARNELUTTI, F., “La prueba civil”, 2ª ed., trad. de N. Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma, Buenos Aires, 1982, ps. 9/12.

y de las excepciones probados en el proceso, pero el juez puede considerar hechos secundarios o accesorios no alegados en la demanda, si se encuentran probados⁵².

Por nuestra parte, consideramos que aceptar que el juez pueda considerar hechos no afirmados por las partes puede afectar principios tales como la imparcialidad del juzgador, la igualdad de las partes y la garantía de inviolabilidad de defensa en juicio reflejada en la posibilidad que tienen las partes de ofrecer prueba a fin de desvirtuar los hechos afirmados por la contraria.

8. Conclusión

La premisa desde la que parte todo el andamiaje normativo es justamente la de considerar que la justicia terrenal no es más que una creación del hombre, aplicada por el hombre, y como tal vulnerable a la imperfección.

Desde la Antigüedad, la investidura judicial refleja una imagen idealizada y sumamente poderosa sobre quienes desempeñan la tarea de juzgar, fiel a sistemas inquisidores, en los que el juzgador cuenta con amplias y contradictorias facultades para decidir el resultado del litigio.

En la Modernidad, las garantías constitucionales ejercen el control sobre el ejercicio del poder, dispuestas como herramientas fundamentales para la defensa de los derechos de los ciudadanos. La seguridad que nos otorga estar sujetos a reglas previamente establecidas y conocidas por las partes y los límites sobre los que se desarrolla la actividad judicial son –en el ideario– las bases para una convivencia pacífica.

Por tanto, delimitar el concepto de pretensión procesal y comprender su trascendental importancia dentro del proceso ayuda a hacer efectiva la garantía del debido proceso, pensada como una garantía irrenunciable de la que gozan todas las personas, que, al establecer límites y condiciones al ejercicio del poder de los distintos órganos estatales frente a los individuos, representa la protección fundamental para el respeto de sus derechos.

⁵² DEVIS ECHANDÍA, op. cit., p. 439.

En definitiva: “La sentencia ha de resolver la litis surgida de las pretensiones y defensa de las partes, único objetivo perseguido por éstas, y por el Estado, garantía de justicia y de paz entre los ciudadanos”⁵³.

Bibliografía

- AA. VV., *Principio dispositivo*, dir. por Roberto G. Loutayf Ranea, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera parte”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992.
- “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, Rosario, Juris, 2009.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Derecho Procesal”, 1ª ed., México, Cárdenas, 1969, vol. II.
- CABAL, Justo y ATIENZA, Antonio, “Anotaciones al Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe”, Rosario, Ciencia, 1940.
- CALAMANDREI, Piero, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, El Foro, 1996, t. I.
- CARLOS, Eduardo B. y ROSAS LICHTSCHEIN, Miguel Ángel, “Explicación de la reforma procesal”, Santa Fe, Belgrano, 1962.
- CARNELUTTI, Francesco, “Instituciones del proceso civil”, 5ª ed. italiana, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, t. I.
- “La prueba civil”, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982.
- CHIOVENDA, José, “Principios de Derecho Procesal Civil”, trad. de José Casáis y Santaló, Madrid, Reus, 1925, t. II.
- DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, “Los valores en el proceso civil y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, en *La Ley Online*, 0003/007521.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría general del proceso”, 3ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1984.

⁵³ CARLOS, E. B. y ROSAS LICHTSCHEIN, M. Á., “Explicación de la reforma procesal”, Belgrano, Santa Fe, 1962, p. 127.

- GUASP, Jaime, “La pretensión procesal”, en Revista de Derecho Procesal, Año IX, Buenos Aires, Ediar, 1951.
- KIELMANOVICH, Jorge, “Sobre el deber de congruencia”, en Revista de Derecho Procesal (núm. 2007-2), Sentencia – I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- LIEBMAN, Enrico Tulio, “Manual de Derecho Procesal Civil”, Santiago de Chile, Olejnik, 2021.
- MEROI, Andrea, “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, en La Ley Online, AR/DOC/956/2016.
- PALACIO, Lino, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, 2ª ed., 5ª reimp., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, t. I.
- PEYRANO, Jorge W., “La flexibilización de la congruencia en sede civil”, en Revista de Derecho Procesal (núm. 2007-2), Sentencia – I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- QUINTERO DE PRIETO, Beatriz, “La pretensión procesal como objeto del proceso”, en Temas Procesales. Revista del Centro de Estudios de Derecho Procesal (núm. 6), Colombia, 1988.
- ROSENBERG, Leo, “La carga de la prueba”, 2ª ed. en castellano, Montevideo, BdeF, 2002.
- “Tratado de Derecho Procesal Civil”, trad. de Ángela Romera Vera, Lima, ARA, 2007, t. II.
- TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos”, trad. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002.
- TERRASA, Eduardo, “La afirmación de los hechos en la demanda”, en Revista Zeus (núm. 126).
- “La variación de la pretensión formulada en la demanda”, en Revista Zeus (núm. 124).

LABORATORIOS PARA LA INNOVACIÓN JURÍDICA

por ANALÍA ANTIK¹

SUMARIO: 1. A modo de presentación. 2. Definiendo los laboratorios de innovación. 3. Innovar desde lo jurídico. 4. Innovación en materia de organización. a) Redarquía. b) Hexágono de la Innovación Pública (HIP). 5. Innovando la regulación. a) Regulación de código. b) Criptorregulación. 6. ¿Dónde trabajar la innovación? Las *smart cities*. 7. Epílogo. Bibliografía.

Resumen

Los laboratorios de innovación constituyen herramientas para componer escenarios imaginados creando conceptos, mejorándolos en forma permanente, poniéndolos en práctica a partir –verbigracia– de la generación de gemelos digitales, fomentando la cultura de la innovación jurídica, trabajando hacia el interior de los diseños curriculares del grado y el posgrado, promoviendo la interdisciplina, influyendo en mejoras regulatorias, de organización administrativa y articulando con los gobiernos, la sociedad civil y las empresas, a través de plataformas inteligentes que modelen una organización rizoma basada en redes.

Con ello se pretende consolidar un prototipo colaborativo, ágil, abierto, transversal y tecnológico, sin desatender el fin esencial de la

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

propuesta: la protección de los derechos fundamentales de las personas, situando el énfasis en las más vulneradas y la conservación y mejoramiento permanente del ambiente.

Abstract

The innovation laboratories are tools to compose imagined scenarios, creating concepts, permanently improving them, putting them into practice from –for example– the generation of digital twins, promoting the culture of legal innovation, working towards the interior of the curricular designs of the undergraduate and postgraduate, promoting interdisciplinary, influencing regulatory improvements, public organization and articulating with governments, civil society and companies, through intelligent platforms that model a rhizome organization based on networks. With this, it is intended to consolidate a collaborative, agile, open, transversal and technological prototype, without neglecting the essential purpose of the proposal: the protection of the fundamental rights of people, placing the emphasis on the most vulnerable and the conservation and permanent improvement of the atmosphere.

Palabras clave

Laboratorios. Innovación. Sostenibilidad.

Keywords

Labs. Innovation. Sustainability.

1. A modo de presentación

La complejidad de los problemas actuales promueve la revisión de los abordajes clásicos en el Derecho, fundamentalmente en el campo del Derecho Público. La globalización, el cambio climático, la pobreza extrema, la profusión regulatoria o las lagunas, la exclusión en todas sus formas, provoca imaginar escenarios futuros con la puesta en marcha de soluciones disruptivas, imaginativas, inclusivas y sostenibles, alineadas con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda ONU 2030.

En ese contexto, los laboratorios de innovación constituyen herramientas para componer escenarios imaginados, creando conceptos, mejorándolos en forma permanente, poniéndolos en práctica a partir –verbigracia– de la generación de gemelos digitales, fomentando la cultura de la innovación jurídica, trabajando hacia el interior de los diseños curriculares del grado y el posgrado, promoviendo la interdisciplina, influyendo en mejoras regulatorias y articulando con los gobiernos, la sociedad civil y las empresas, a través de plataformas inteligentes que modelen una organización rizoma basada en redes.

Con ello se pretende consolidar un prototipo colaborativo, ágil, abierto, transversal y tecnológico, sin desatender el fin esencial de la propuesta: la protección de los derechos fundamentales de las personas, situando el énfasis en las más vulneradas y la conservación y mejoramiento permanente del ambiente.

2. Definiendo los laboratorios de innovación

Según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), los laboratorios son espacios para experimentar con nuevas formas de generar valor público, modernizar la relación con la ciudadanía, aportar nuevos canales de participación y colaboración. A la vez, funcionan como un sistema de apoyo transversal para la gestión de la innovación en otras áreas del gobierno².

Los laboratorios de innovación (Labs) constituyen el continente adecuado para repensar conceptos, procesos, haceres, sin el apuro de la coyuntura, de los plazos, de la premura de las publicaciones.

Permiten generar ecosistemas de colaboración entre diversas disciplinas, experiencias, prácticas, enlazando necesidades y problemas con soluciones creativas.

Los Labs se caracterizan³ por:

² PAONESA, L., “¿Qué son los laboratorios de innovación pública?”, en BID, <https://blogs.iadb.org/conocimiento-abierto/es/que-son-los-laboratorios-de-innovacion-publica/>, consultado el 30-1-2023.

³ ACEVEDO, S. y DASSEN, N., “Innovando para una mejor gestión. La contribución de los laboratorios de innovación pública”, en BID, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/viewer/Innovando-para-una-mejor-gestión-La-contribución-de-los-laboratorios-de-innovación-pública.pdf>, consultado el 30-1-2023.

- i) Su capacidad para innovar en temas y procesos centrales a las agendas de otras instituciones y no quedar relegados a temáticas marginales.
- ii) La adopción efectiva de las innovaciones de los laboratorios por parte de los organismos del Estado y su escalamiento o difusión a otras áreas del gobierno.
- iii) La sostenibilidad y mantenimiento de las soluciones desarrolladas una vez lograda su implementación.

En el ámbito de la universidad de gestión pública, un Labs abriga el rol de propender al fortalecimiento de la participación ciudadana, la apertura de datos, la cocreación de soluciones y la puesta en ejecución de los cinco pilares instaurados en la Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública⁴, que consisten en:

- a) Orientación y visión estratégica (el análisis de prospectiva en las administraciones públicas).
- b) La gestión del conocimiento.
- c) La inteligencia colectiva.
- d) Inteligencia artificial, robótica y administración pública.
- e) Un modelo relacional democrático, inclusivo, abierto y transparente.

Como se afirma en el mencionado instrumento, la innovación supone repensar, adaptar y transformar las políticas, los servicios, las arquitecturas institucionales y los planes de formación de los servidores públicos orientándolos al desarrollo de la cultura emprendedora y de innovación en función de las nuevas necesidades de las personas. Por tanto, exige un gran conocimiento de la situación actual en materia de políticas, servicios públicos y mecanismos de gestión a modo de diagnóstico y repensar la actividad (el *que*) y la operativa de gestión (el *cómo*) de una manera nueva en función de los profundos cambios tecnológicos, económicos, sociales y políticos. En este sentido la innovación debería generar nuevas formas de pensamiento, nuevas estrategias en los procesos de construcción social, y de adaptación e

⁴ Aprobada por la XIX Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado, Andorra, del 8-10-2020.

inclusión a las tecnologías emergentes, junto con la incorporación de conceptos humanistas que superen la brecha planteada ante la tecnología como herramienta totalizadora de la gestión y la resolución de problemas. De esta forma, la innovación, vista bajo un enfoque sustantivo más que bajo un enfoque instrumental, se posiciona como una herramienta democratizadora en la medida en que permitirá no sólo modificar la forma de gestionar aquello que las administraciones públicas vienen ejecutando, sino integrando marcos de acción diferentes en cuya ejecución se amplíe la garantía de derechos (base material de un proceso de democratización).

El laboratorio sirve para pensar en conjunto cómo nos imaginamos un futuro inclusivo, ético, ecológico y humano.

Consideramos que la ciudad aparece como la entidad más proclive a generar los cambios necesarios para proveer soluciones tendentes a la transversalidad participativa.

Partimos de una hipótesis que expresa que el abordaje jurídico actual para la solución de problemas sociales complejos resulta inadecuado, oscuro y desconectado de la realidad. En lo institucional, prevalece la discrecionalidad funcional, carente de mensurabilidad y alejada de parámetros de objetividad. También la de las megaempresas tecnológicas que funcionan a manera de una entidad estatal.

En un Estado Democrático es un requisito que la organización y la gestión públicas sean colaborativas y participativas.

Las tecnologías digitales sostenibles e inclusivas tienden a promover nuevas formas de interacción global entre el Estado y los ciudadanos y permiten la cocreación de ordenamientos aptos para el desarrollo económico, social, cultural y ambiental de la comunidad y responden a estándares emergentes de la inteligencia colectiva.

En definitiva, los Labs pueden actuar enlazando a diversos actores políticos, sociales y académicos, a fin de construir escenarios de resolución de problemas públicos relevantes.

3. Innovar desde lo jurídico

El Derecho tiene mucho camino por recorrer en el ámbito de la innovación, hibridando sus abordajes con otras disciplinas.

Los institutos que requieren urgente atención desde una mirada transversal –al menos en el ámbito del Derecho Público– son el de la organización, la regulación y, desde la práctica urbana y ambiental, la innovación en el territorio a través del modelo de las *smart cities*.

Respecto de la organización, José Cabrera⁵ nos propone –bajo el concepto de redarquía– pensar juntos en cómo nos imaginamos las organizaciones del futuro, pensadas en las personas, que aprendan y no ordenen, conectadas con la inteligencia colectiva, inmersas en modelos colaborativos y horizontales, pensando la gestión como tecnología social.

Por su parte, Raúl Oliván Cortés, exdirector de Gobierno Abierto e Innovación Social del Gobierno de Aragón, explica que la Agenda ONU 2030 se reivindica como un instrumento eficaz que permite transitar por la bisectriz entre la legitimidad del *demos* y la operatividad del *cratos*, vinculando la creación de una nueva institucionalidad más abierta, plural y participativa con resultados concretos, a través de los ODS y todas sus metas⁶, trayéndonos el Hexágono de Innovación Pública (HIP).

En materia de regulación, se esbozarán algunas ideas sobre las regulaciones legibles por máquina y el concepto de criptorregulación.

En cuanto a los modelos de *smart cities*, se abordarán cuestiones relativas a qué se considera ciudades inteligentes en la actualidad, su desarrollo a través del uso de gemelos digitales y bajo la técnica del *world building*.

4. La innovación en materia de organización

a) Redarquía

Se entiende al modelo como un nuevo orden alternativo, que no

⁵ Cfr. CABRERA, J., “Redarquía. Más allá de la jerarquía”, Amazon Fulfillmen, Poland, 2014.

⁶ Cfr. OLIVÁN CORTÉS, R., “Instituciones que aprenden. HIP: un modelo de innovación pública para la era pos-COVID”, resumen ejecutivo de la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) presentado en la XXVII Cumbre Iberoamericana, Andorra 2020; disponible en Segib, https://www.segib.org/wp-content/uploads/InstitucionesqueAprenden_ResEjecutivo_ES.pdf, consultado el 30-1-2023.

se encuentra basado en el poder y en las relaciones jerárquicas clásicas, sino en relaciones de colaboración, diversidad, flexibilidad, comunidad, cocreación de valor.

La redarquía, afirma Cabrera, da a nuestras organizaciones dos dimensiones importantes: una dimensión de red que tiene que ver con el conjunto de nodos y enlaces que facilitan las relaciones, y una dimensión comunitaria que hace posible el desarrollo de la identidad colectiva⁷.

Su carácter dinámico es lo que le da la capacidad para dar respuesta a retos excepcionalmente complejos. No entiende a la redarquía como sustitución de la jerarquía, sino a ambas, como categorías complementarias.

Siguiendo al autor de mención⁸, analizaremos sus propiedades:

i) *Colaboración*: es la forma más poderosa de crear valor aprovechando los beneficios de la inteligencia colectiva⁹.

ii) *Autogestión*: cada agente dispone de autonomía para tomar sus propias decisiones y para gestionar su aportación al interés común. La coordinación se realiza por adaptación mutua, compromiso y colaboración. El modelo redárquico hace posible que autonomía y control no sean términos antagónicos, sino complementarios.

iii) *Transparencia*: se trata de la auténtica clave del orden redárquico. Cada miembro de la red debe conocer la aportación de los demás, tener a su alcance toda la información para gestionarla de forma adecuada y darle el mayor rendimiento posible.

⁷ Cfr. CABRERA, op. cit., p. 100.

⁸ Íd., ps. 104-106.

⁹ Es el reconocimiento y enriquecimiento mutuo de las personas, y no el culto de comunidades fetichizadas o hipostasiadas. Una inteligencia repartida por todas partes. Nadie lo sabe todo, todo el mundo sabe algo, todo el conocimiento está en la humanidad. Se hace necesario pasar del hecho al proyecto, pues esta inteligencia, a menudo despreciada, ignorada, inutilizada, humillada, no es valorada con justeza. Mientras que nos preocupamos cada vez más por evitar el despilfarro económico o ecológico, parece que se derrocha impetuosamente el recurso más precioso al rechazar tomarlo en cuenta, desarrollarlo y emplearlo dondequiera que se encuentre, cfr. LEVY, P., "Inteligencia colectiva: por una antropología del ciberespacio", trad. de Felino Martínez Álvarez, Organización Panamericana de la Salud, Washington, 2004, p. 20.

iv) *Confianza*: no hay redarquía sin colaboración y no hay colaboración sin confianza. En la era de la colaboración, una organización puede ser verdaderamente competitiva cuando aprovecha al máximo las herramientas de trabajo que ofrecen las tecnologías sociales, y esto es únicamente posible dentro de una cultura de confianza. La confianza es, por tanto, esencial para generar interacciones productivas entre las personas y entre las organizaciones.

v) *Emergencia*: los resultados no se alcanzan mediante acciones planificadas desde la cúpula de la organización, sino que emergen de forma natural, de abajo hacia arriba, fruto de la acción local y de la interacción en redes abiertas. El intercambio de información y el aprendizaje colaborativo producen un efecto multiplicador: de los esfuerzos individuales, aparentemente irrelevantes, en distintos puntos de la red van surgiendo las soluciones a los retos a los que se enfrenta la organización.

vi) *Coherencia*: la transparencia de las conversaciones en red nos permite mantener la coherencia y la continuidad entre visión, misión y valores, siempre con el compromiso puesto en acción. Como sistemas autorreferenciados, las estructuras redárquicas se adaptan a los cambios del entorno manteniendo en todo momento su identidad, que es lo que conocemos como *autopoiesis*¹⁰.

vii) *Participación*: todos los agentes que constituyen una redarquía tienen un lugar en el proceso de creación, que es, al contrario que en las estructuras jerárquicas, participativo. En base a esto, podemos decir que el sentido de pertenencia y el compromiso con la organización es mayor.

viii) *Reciprocidad*: en las estructuras redárquicas la reciprocidad es la esencia de la relación de intercambio. El beneficio personal de la colaboración va implícito en la propia participación en la actividad en la cual se contribuye.

ix) *Interdependencia*: todos los puntos de la red están conectados¹¹. Lo que ocurre en un punto de la red afecta al resto de alguna manera,

¹⁰ Es un neologismo que designa la cualidad de un sistema molecular capaz de reproducirse y mantenerse por sí mismo.

¹¹ Volveremos sobre el tema cuando analicemos el Hexágono de Innovación Pública (HIP).

directa o indirectamente; de ahí que la organización redárquica tome conciencia de todos los problemas (sociales, económicos, medioambientales) que afectan al conjunto¹².

x) *Apertura*: una de las propiedades fundamentales de los sistemas abiertos es que no buscan la estabilidad; son estructuras abiertas que persiguen la interacción con el entorno, por lo que necesitan un cierto grado de desequilibrio para fomentar el crecimiento y los cambios productivos.

xi) *Adaptabilidad*: la estructura redárquica es capaz de adaptarse en forma continua, en tiempo real, al entorno mediante un *feedback* constante. Frente a la planificación milimétrica y al “aquí lo hemos hecho siempre así”, se impone el sentido común y la capacidad de cambiar con rapidez para adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad.

xii) *Libertad*: en lugar de ocultar los conflictos y las contradicciones inherentes a toda relación humana, sea profesional o no, se propicia la libertad para expresarlos, actitud mucho más sana y edificante. Al no existir un control central de los pequeños y constantes cambios locales, la estructura de la organización permite muchos niveles de autonomía, y contribuye a preservar así su estabilidad global.

xiii) *Aprendizaje*: el aprendizaje colectivo es una cualidad fundamental de las estructuras redárquicas, así como uno de sus puntos más fuertes. Para dar este paso, las organizaciones deben fomentar las conversaciones enraizadas en la franqueza, ya que éstas constituyen una forma de aprendizaje en sí mismas.

De esta manera podemos verificar que la jerarquía es un orden de poder impuesto y es unidireccional –hay agentes con más poder que otros que se relacionan de arriba hacia abajo–, en tanto la redarquía se basa en un orden natural y multidireccional –los agentes se relacionan

¹² En este punto resulta de interés alinear la estrategia con la Agenda ONU 2030 que fija los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Para ampliar véase <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2015/09/la-asamblea-general-adopta-la-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>, consultado el 20-2-2023.

de forma abierta y el trabajo se distribuye, sacando el mejor partido de las conexiones entre los diferentes nodos de generación de valor¹³–.

b) *Hexágono de la Innovación Pública (HIP)*¹⁴

El punto débil de nuestras nuevas entidades relacionales, de los rizomas puros, es que los vínculos entre nodos (las conversaciones) consumen un recurso escaso: el tiempo. La utopía de una dinámica deliberativa infinita (tendente sólo al *demos*) choca con la necesidad de la producción de resultados concretos (cristalizados en el *cratos*). Para resolver ese dilema propone el concepto de “conversación productiva”. La ética de las instituciones que aprenden (o instituciones rizoma) está basada en la descentralización distribuida, la autoorganización, el conectivismo, el nomadismo, la hibridación y la criollización. Cierta grado de caos y libertad son necesarios para propiciar la creatividad y la innovación. A partir de la observación de 105 metodologías (enfoques, herramientas, instrumentos), identificó seis vectores clave que describen los flujos de innovación en el contexto de instituciones: *Open* (abierto), *Trans* (transversal), *Fast* (ágil), *Proto* (modelado), *Co* (colaborativo) y *Tec* (tecnológico). De estos vectores surge el Hexágono de la Innovación Pública (HIP) que funciona a través de metodologías e instrumentos específicos. A partir de allí, se puede multiplicar la conectividad, intensificar la densidad hacia dentro, crecer la red hacia afuera, reforzar lazos, reducir distancias, favorecer la sincronía, propiciar visiones compartidas, trazar itinerarios transversales –*bypass* a las arterias críticas– e incrementar el potencial productivo de las conversaciones.

¿A qué refieren cada uno de estos vectores?¹⁵

i) *Open*: abrir no sólo significa dejar que entren las ideas desde fuera o pedir opinión, supone también liberar códigos, compartir información, trabajar en abierto, publicar los datos y ponerlos a producir valor social. La retórica del abrir no se agota en los portales de transparencia o de *Open data*, los datos verdaderamente abiertos son aquellos

¹³ Cfr. CABRERA, op. cit., ps. 106-107.

¹⁴ Cfr. OLIVÁN CORTÉS, op. cit.

¹⁵ *Ibíd.*

que tienen capacidad de transformación. Los datos meramente publicados, como el buzón de sugerencias vacío o la sesión informativa a la que no va nadie, no suponen un avance significativo hacia lo abierto, no son constitutivos de red porque no generan conversaciones o relaciones significativas.

ii) *Trans*: este vector alude a lo transversal, lo transdisciplinar, lo interdependiente, lo interconectado, lo híbrido y lo anfibio, lo mezclado y lo mestizo. Pocos espacios como las instituciones públicas o las grandes organizaciones sociales están tan afectadas por las debilidades endémicas de las estructuras jerárquicas (cuellos de botella, trabajo en silos, poca agilidad, nula capacidad de experimentación y asunción de riesgos, poco incentivo a la creatividad, escaso margen a lo imprevisible, delimitación de competencias) y, por tanto, necesitan con tanta urgencia las dinámicas “*Trans*” para atravesar esas líneas reactivas.

iii) *Fast*: una institución centrada en lo relacional, diseñada sobre la base de una enorme conversación en flujo, puede correr el riesgo de no terminar produciendo nada tangible. Nos topamos de nuevo con el dilema *demos/cratos*. Es por ello que la dimensión tiempo se reivindica como uno de los seis vectores claves. Va más allá de la necesidad de acortar los tiempos. Está relacionado también con la noción de distancias de la red. El concepto de distancia entre nodos no es sólo geográfico, sino de cualquier tipo (espacial, emocional, idioma, cultural). En este caso, lo *Fast* se refiere también a la necesidad de incrementar la productividad relacional, la eficiencia de la conversación, de aproximar nodos distantes.

iv) *Proto*: se refiere a un mismo modo de hacer basado en la idea de anticipar el futuro mediante una prueba más o menos experimental, barata, visible, inspiradora y/o funcional; pero siempre rápida (*Fast*) para, desde ahí, iniciar una segunda fase que podrá ser una nueva vuelta de iteración para su perfeccionamiento, un proyecto listo para su implantación a mayor escala o un modelo definitivo replicable *ad infinitum*. No obstante, lo verdaderamente revolucionario del vector *Proto* no es su relación con el factor tiempo. Lo interesante es el enorme potencial que tienen los modelos tangibles (un prototipo, una maqueta, una demo) para tejer relaciones significativas sobre la base

de conversaciones productivas en las que se reduce el nivel de abstracción y, por tanto, el eventual riesgo de un diálogo infinitamente circular sin conclusiones.

v) *Co*: Lo cooperativo y lo común, llevado a la acción, se convierten en cocreación o codiseño. Significantes en auge que han colonizado las plataformas digitales, las dinámicas empresariales, el lenguaje de los ecosistemas de innovación y, cada vez con más fuerza, las propias instituciones públicas. Este tsunami cultural de lo compartido y lo multitudinario (*crowd* en inglés: *crowdsourcing*, *crowdfunding*, *crowdlaw*) se explican por la concurrencia concomitante de dos fenómenos en la última década. En primer lugar, por la disrupción que supuso la web 2.0 que permitió pasar de una Internet para los usuarios a una Internet de la gente donde los ciudadanos dejaron de ser meros consumidores y se convirtieron también en productores (subiendo artículos, fotos, opiniones, videos), inaugurando una nueva era en la que la utopía de la inteligencia colectiva, antaño quimérica por inviable, se volvía de pronto la forma más lógica de producción de contenidos. En segundo lugar, el auge de lo *Co* se explica también por el agotamiento de la pulsión posmoderna, monopolizada ideológicamente desde hace décadas por el pensamiento único y sus correspondientes marcos mentales (individualismo, competición, mercado, mérito y evolución natural) que comenzó a dar señales de alarma conforme se desplomaban los mercados financieros en septiembre del año 2008. De pronto, los foros de Internet, los grupos de redes sociales o WhatsApp, se ponían al servicio de nuevas asociaciones informales, colectivos de afectados, asambleas y plataformas civiles, colectivos con nuevas identidades hasta hace poco invisibilizadas. Parece razonable afirmar que hemos transitado de las masas de las dos primeras revoluciones industriales, a las multitudes de la era del conocimiento.

vi) *Tec*: El último vector se refiere a la tecnología y, en general, a la transformación digital de las organizaciones. No obstante, cuando hablamos del enfoque tecnológico y digital estamos pensando mucho más allá del paradigma de la administración electrónica de los últimos diez años, entendido éste como la mera adaptación de los contenidos y servicios públicos a entornos digitales accesibles (expedientes y registros electrónicos, firmas y certificados digitales, pago de tasas, car-

petas ciudadanas, identidad digital). Pensarse en red o en rizoma nos permite pensar no sólo en el inmenso caudal de información disponible y de la conectividad, también es revolucionario el hecho de que la tecnología nos habilita a tener conversaciones ubicuas y asíncronas, lo cual nos permite generar artificialmente densidad de red y acortar las distancias, aumentando como nunca hubiéramos soñado la productividad relacional. Ésa es la revolución de las instituciones en red.

5. Innovando la regulación

Transformar lo dado en el ámbito de las regulaciones nos lleva al análisis de dos subtemas: la regulación de código y la criptorregulación.

a) *Regulación de código*

La idea se circunscribe a elaborar modelos de regulación compatibles con la democracia, articulados con la sociedad civil a través de la incorporación de tecnología digital sostenible.

Actualmente, la regulación –leyes, actos administrativos, contratos e incluso sentencias– está escrita para el consumo humano. Junto con los servidores públicos que implementan una política, las organizaciones del sector privado y el público tienen que leer e interpretar el lenguaje dentro de las mismas. La mayoría de las veces, las interpretaciones varían, ya que diferentes personas a lo largo de la cadena pueden tener definiciones sutilmente diferentes para los términos dentro de la regulación de que se trate. Para los equipos dentro del gobierno encargados de su aplicación, significa averiguar cómo crear un sistema que pueda garantizar que la regulación se implemente de manera eficiente, lo que hoy en día, en la mayoría de los casos, significa hacerlo digitalmente. El problema con esto es que la regulación a menudo se redacta de una manera que la hace incompatible con la entrega digital¹⁶.

¹⁶ Cfr. DARABI, A., “Nueva Zelanda explora leyes legibles por máquinas para transformar el gobierno. La legislación como código podría ser la clave para iniciar la reforma digital”, en Apolitical, <https://apolitical.co/solution-articles/es/nueva-zelanda-explora-leyes-legibles-por-maquina-para-transformar-el-gobierno>, consultado el 30-1-2023.

El gobierno de Nueva Zelanda se ha formulado algunas de las siguientes preguntas clave, en materia de leyes legibles por máquinas¹⁷:

- i) ¿Qué reglas se deben seguir para la producción de leyes legibles por máquinas?
- ii) ¿Cómo nos aseguramos la coherencia entre las reglas legibles por humanos y su equivalente legibles por máquina?
- iii) ¿Cómo desarrollamos políticas públicas y legislación de una manera centrada en el usuario, que tenga en cuenta que las personas a menudo necesitan interactuar con varias reglas a la vez?
- iv) ¿Cómo permitimos de manera efectiva y genuina que las personas interesadas y afectadas ayuden a dar forma a estas reglas?
- v) ¿Cómo sería un conjunto de principios para el desarrollo de legislación legible por humanos y máquinas para una prestación de servicios eficaz y eficiente?

Según el gobierno de Nueva Zelanda, hacer que la legislación o las reglas comerciales sean consumibles para la máquina en la creación de conjuntos de reglas permitiría: una implementación más rápida de la política pública; que las políticas se modelen a través de escenarios y pruebas de usuarios antes de implementarlas; eliminar la “brecha de traducción” que existe actualmente entre la política y la intención legislativa y el software que se desarrolla para respaldar la prestación de servicios; conducir a una mayor innovación e integración de servicios, ya que haría que las versiones de la legislación consumibles por máquinas estuvieran disponibles abiertamente para uso público; centrar la atención en la necesidad de que se desarrollen políticas y leyes con conocimiento del método de prestación de servicios y a través de equipos multidisciplinarios, y el valor de puntos de datos comunes en todo el gobierno, y la suscripción programática a los cambios de reglas para que los sistemas de software puedan ser notificados automáticamente.

Advierte que a veces los cálculos determinados para los subsidios son muy complicados para reflejar la complejidad de los diferentes

¹⁷ Digital Government New Zealand, “Better Rules for Government Discovery Report”, en Digital, <https://www.digital.govt.nz/dmsdocument/95-better-rules-for-government-discovery-report/html>, consultado el 30-1-2023.

costos de vida y circunstancias. El poder de la legislación digital no es simplificar y, por lo tanto, eliminar esta respuesta matizada a la complejidad, sino aclarar y hacer que la implementación sea más ágil y consistente. También permite un enfoque más dinámico para el modelado o la prueba y la iteración.

La legislación legible por máquinas puede admitir la consulta avanzada de las reglas. Por ejemplo, preguntas como “muéstreme los 10 trámites más complicados” o “muéstreme todos los derechos que se me pueden aplicar si nací antes de 1985”¹⁸.

b) *Criptorregulación*

El regular ya no se limitará al control sostenido y concentrado ejercido por el órgano o ente estatal sobre actividades que son consideradas valiosas por una parte de la comunidad, donde la coacción parece dividir a unos contra otros, sino que, como coordinación, incluirá ordenar (y controlar ese orden) con miras al bien de la comunidad total en una suerte de ejercicio que realiza el bien de todos. En el plano formal, ese formidable ordenador halla apoyo o sustento en, al menos, alguna clase de explicitación lingüística –textual, gestual o conductual– para poder llegar a ser cognoscible y poder ser incentivo, molde u objeto de valoración, según el punto de vista que se adopte¹⁹.

A partir de lo analizado precedentemente, entendemos que nos encontramos en condiciones de formular un concepto o definición²⁰ de regulación, ahora resignificado y denominado criptorregulación.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ SACRISTÁN, E., “Teoría de la regulación. En especial, acerca de los fundamentos de la regulación”, en MORÓN URBINA, J. y DANÓS ORDÓÑEZ, J. (coords.), *Estudios de Derecho Administrativo. Derecho Administrativo iberoamericano. Innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*, Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 621, con cita en OGUS, A., “Regulation-Legal Form and Economic Theory”, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 1.

²⁰ A los fines de este trabajo tomaremos como sinónimos la terminología de concepto y definición, si bien puede entenderse que el primero es menos preciso porque es una opinión –cfr. 4ª acepción del “Diccionario” de la RAE– en tanto que definición es una proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de algo material o inmaterial –cfr. 2ª acepción del “Diccionario” de la RAE–.

Es la “actividad de condicionamiento de derechos fundamentales, a fin de su armonización con otros, en un todo conforme con principios y normas de rango superior, objetiva, mensurable y sostenible, que opera a través de códigos inscriptos en sistemas digitales, consolidados a través de consensos universales que derivan de la inteligencia colectiva”²¹.

Romper con los abordajes tradicionales, creemos que es la manera de resignificar el concepto de regulación.

Decimos que se trata de *actividad de condicionamiento* aludiendo al modo en que los derechos deben ejercerse, adhiriendo a la clásica tesis de que los derechos no son absolutos, por lo cual acto seguido determinamos el elemento teleológico que requiere que ese condicionamiento se efectúe para *armonizar* ciertos derechos fundamentales con otros de igual naturaleza.

Hablamos de *actividad*, omitiendo ex profeso en cabeza de qué autoridad, atento a que se expone *en un todo conforme con principios y normas de rango superior*. No hay necesidad de formular más aclaraciones, teniendo en cuenta que la pirámide constitucional indica que en el vértice superior se encuentra la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos incorporados, luego y en orden descendente tenemos los tratados, la ley, los reglamentos y normativa emanada de autoridades inferiores.

Esa actividad es *objetiva*, es decir, no debe depender de la voluntad de los funcionarios.

Es *mensurable*, esto es que se debe poder medir el cumplimiento de los fines previstos de manera concreta.

Es *sostenible*, lo que implica que no puede quedar sujeta a coyunturas, sino que debe mantenerse en el tiempo.

Que *opera a través de códigos inscriptos en sistemas digitales*, lo

²¹ ANTIK, A., “Resignificando la regulación en la era del *blockchain*”, Astrea, Buenos Aires, 2023; “Hacia una regulación democrática basada en *blockchain*”, en RUOCCO, G. y VÁZQUEZ, C. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Doctor Augusto Durán Martínez*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2023, p. 1222.

que es el basamento por el cual la actividad puede cumplir con los caracteres que se mencionaron precedentemente.

Consolidados a través de consensos universales, lo que nos coloca en el “entorno digital”, que genera un ecosistema jurídico muy diverso al actual.

Los avances tecnológicos no tienen techo y se aceleran cada vez más, lo que nos ubica ante el escenario de otras vías de cimentación de consensos, que pueden complementar e incluso optimizar, los que derivan del sistema de representación, que hoy se encuentra en crisis.

Estas vías son consideradas disruptivas²², siendo posibles en el marco de la implementación de *blockchain*²³.

La tecnología *blockchain* tiene profundas implicaciones en muchas instituciones. Se busca correr el peso del poder desde el Estado hacia la tutela de la dignidad de la persona humana. O al menos legitimar, a través de respuestas no tradicionales, la actuación de los órganos estatales.

Entonces, ¿por qué no creer que hay otras alternativas para construir consensos?

Imaginemos derechos fundamentales inscriptos en una plataforma digital distribuida que pueda procesar y coordinar necesidades o problemas públicos con recursos humanos y materiales disponibles. Ese programa distribuido funciona y actúa con sujeción a criterios propios generados a través de la incorporación previa de estándares, principios y normas de rango superior, que, por otra parte, son universales.

¿Podrá generarse así un modelo regulatorio para la democracia?

²² En tanto el grado de novedad e impacto que generan. El término *disruptive technology* fue acuñado por Clayton M. Christensen en un artículo escrito con Joseph Bove, titulado “Disruptive technologies: catching the wave”, en *Harvard Business Review*, January-February of 1995. Para ampliar véase ATTA, G., “Responsabilidad civil de las aplicaciones de plataformas”, en VELTANI, J. (dir.), *Aspectos jurídicos de las aplicaciones de plataformas*, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 71.

²³ Pensemos en un red flexible y segura que de manera rápida y relativamente barata, permita habilitar nuevos servicios, integrar a más participantes y generar mayor valor público. Esta configuración se llama “red de malla” (*mesh network*) y consiste en una red que conecta ordenadores y otros dispositivos directamente unos con otros.

¿Se conseguirán consensos de base para el abordaje cada vez más complejo de los problemas públicos?

Pareciera una utopía, pero muchas de las experiencias que se constatan a nivel global se encuentran transitando ese camino, bajo modelos organizativos que se enmarcan en los estándares de gobierno abierto, digital, inclusivo y sostenible.

6. ¿Dónde trabajar la innovación? Las *smart cities*

En el entorno innovador, las ciudades aparecen como la entidad más adecuada en el manejo de las nuevas complejidades, por lo que la generación de soluciones tendentes a la transversalidad participativa debiera poder iniciarse a partir del ensayo en éstas.

Hablar de ciudades inteligentes requiere de un cabal entendimiento de lo que ello significa hoy día, en un contexto eminentemente urbano y digital. En él, las ciudades se enfrentan a múltiples desafíos, entre ellos, la emergencia climática, como uno de los más relevantes²⁴.

En este contexto, una ciudad inteligente, conforme la definición del BID, es aquella que coloca a las personas en el centro del desarrollo, incorpora tecnologías de la información y la comunicación en la gestión urbana y usa estos elementos como herramienta para estimular la formación de un gobierno eficiente, que incluya procesos de planificación colaborativa y participación ciudadana²⁵.

Cualquier plan de ordenamiento territorial que se proyecte debe respetar estándares mínimos de protección, constituyendo una obligación de la autoridad pública implementar los escenarios locales ideales a las aspiraciones que conforman el plan o esquema de desarrollo de manera interdisciplinaria, pues en materia de satisfacción de los intereses humanos ingresan aspectos económicos, políticos, sociales, culturales, educativos, ecológicos, empresariales, tecnológicos y otros, que exigen que la regulación del territorio sea abordada desde el punto de

²⁴ BELLOCCHIO, L., “Ciudades del futuro. Inteligentes, sostenibles y humanas”, El Ateneo, Buenos Aires, 2023, p. 11.

²⁵ Cfr. BELLOCCHIO, op. cit., p. 13, citando a BUSKELA, M. *et al.*, “La ruta hacia las *smart cities*: Migrando de una gestión tradicional a la ciudad inteligente”, BID, 2016.

vista de diversas áreas que aporten los elementos técnicos necesarios para el logro del desarrollo armonioso y equitativo de la región, departamento, municipio o comuna.

También es necesario que la autoridad pública en su accionar concilie las iniciativas públicas gestoras del bien común con las privadas, imprimiéndole de esta manera el carácter democrático a la regulación, para que la participación no excluya ningún elemento de interés y que el particular se vea involucrado de alguna forma en el accionar del crecimiento ordenado, en el buen uso del territorio y su ocupación, porque en definitiva el ordenamiento territorial es clave en el desarrollo de una sociedad, al ser el territorio el espacio donde se gesta el desarrollo como efecto de crecimiento ordenado y sustentable²⁶.

Ello porque, en definitiva, todo planeamiento urbano tiene como objetivo evitar o superar el desorden con que suele desarrollarse el proceso de urbanización de las ciudades, como consecuencia de las acciones dispersas e individuales que sobre un espacio físico desarrollan los propietarios del suelo o sus operadores, con miras a mejorar las modalidades de ocupación y uso del suelo, y el mejoramiento de las actividades que se desarrollan en él, como así también la calidad de vida de los habitantes que se encuentran viviendo o trabajando en el espacio físico a intervenir²⁷.

Superando los conceptos tradicionales en materia de planificación y gestión de las ciudades, el nuevo paradigma encuentra sustento en el modelo de las *smart cities*.

Este arquetipo de ciudad requiere trabajar sobre la idea de gobierno abierto, inteligente y democrático, que establezca canales claros de participación ciudadana, para lo cual es necesario invertir en la creación de infraestructura técnica abierta que permita alimentar los procesos

²⁶ ANTIK, A. y TALLER, A., “La necesidad de incorporar los principios rectores del ordenamiento territorial en la futura reforma constitucional santafesina”, en Libro de Ponencias del Cuarto Congreso Argentino de Administración Pública, *Sociedad, Gobierno y Administración*, Buenos Aires, 2007; disponible en Asociación AG, <https://www.asociacionag.org.ar/documentos/temas/participacion-democracia-y-gobernabilidad/page/11/>, consultado el 30-1-2023.

²⁷ TALLER, A. y ANTIK, A., “Curso sobre Derecho Urbanístico”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 97.

de publicación, uso de los datos abiertos y retroalimentación, así como en la capacidad de los gobiernos para gestionar esos procesos. También es necesario invertir en procesos de inclusión de nuevos actores de la sociedad civil y en el fortalecimiento de las nuevas organizaciones que han surgido en distintas áreas. Además de aumentar el número de usuarios, estos actores forman parte de la infraestructura viva que podría mejorar la calidad y el uso de los datos²⁸.

El uso de gemelos digitales puede servir para replicar con precisión la infraestructura de las ciudades y el movimiento de las personas. La empresa Cityzenith con el software Smart World Pro ha construido digitalmente la ciudad de Amaravati en India²⁹.

Los gemelos digitales pueden servir como campo de ensayo para no cometer errores con la efectiva erogación del presupuesto público. Como Amaravati, existen muchos ejemplos en el mundo.

Por último, la técnica *world building* creada por Alex McDowell³⁰, para diseñar y proyectar ciudades, consiste en designar una práctica narrativa en la que el diseño de un mundo precede a la narración de una historia; el mundo ricamente detallado se convierte en un contenedor para la narrativa, produciendo historias que emergen lógicamente y orgánicamente de su núcleo bien diseñado. La técnica posibilita acompañar los cambios disruptivos de esta era tecnológica, con nuevos modos de pensar y diseñar futuros posibles. Las competencias del mundo artístico, en colaboración con la ciencia, resultan fundamentales para crear los mundos donde se proyectan las soluciones urbanas. Así nació la *world building* como disciplina³¹.

7. Epílogo

El presente trabajo trata acerca de la innovación para la inclusión.

²⁸ SCROLLINI, F., “El surgimiento de América Latina abierta: la agenda de datos abiertos en la región”, ed. por A. Naser, A. Ramírez-Alujas y D. Rosales, en *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe, Naciones Unidas*, Cepal, Santiago de Chile, 2017, p. 434.

²⁹ BELLOCCHIO, op. cit., p. 45.

³⁰ Director creativo de las películas “Minority report” y “Charlie y la fábrica de chocolates”, entre otras.

³¹ Cfr. BELLOCCHIO, op. cit., p. 170.

En ese marco se trajeron a colación los laboratorios de innovación como herramientas hábiles para el rediseño y redefinición de conceptos tradicionales en pos de la búsqueda de soluciones adecuadas a problemas públicos cada vez más complejos.

Asimismo, se expuso sobre qué institutos se entiende que la innovación debe operar prioritariamente: la organización administrativa y la regulación, delineando el contexto donde los resultados deben tener lugar, esto es, la ciudad en modo *smart*.

Ahora bien, resulta indispensable modificar la forma en que el Estado se relaciona con las personas. Los laboratorios de innovación pueden ser los proveedores de miradas no sólo académicas o sociotécnicas, sino también humanas sobre una nueva forma de que problemas y soluciones logren encontrarse de manera armónica.

El modelo Estado-céntrico se encuentra agotado. Sin embargo asistimos a una era en la que seguimos discutiendo si la respuesta a los problemas repitentes es más o menos regulación o un cambio en los esquemas organizativos o de escalafón, etcétera.

La humanización tecnológica, el diálogo entre diferentes miradas, el abordaje transdisciplinar y los diálogos productivos son las maneras que la innovación encuentra para rumbear hacia la construcción de consensos imprescindibles.

Los laboratorios de innovación pueden representar los canalizadores inestimables de esos acuerdos.

En una época en la que se discute el valor de lo público nada más oportuno que pensar esquemas de innovación que conduzcan a robustecer las instituciones jerarquizando el relacionamiento colaborativo, transversal, creativo, sostenible e inclusivo.

Bibliografía

ACEVEDO, Sebastián y DASSEN, Nicolás, “Innovando para una mejor gestión. La contribución de los laboratorios de innovación pública”, en BID, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/viewer/Innovando-para-una-mejor-gestión-La-contribución-de-los-laboratorios-de-innovación-pública.pdf>, consultado el 30-1-2023.

- ANTIK, Analía, “Hacia una regulación democrática basada en *blockchain*”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Augusto Durán Martínez*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2023.
- “Resignificando la regulación en la era del *blockchain*”, Buenos Aires, Astrea, 2023.
- ANTIK, Analía y TALLER, Adriana, “La necesidad de incorporar los principios rectores del ordenamiento territorial en la futura reforma constitucional santafesina”, en Libro de Ponencias del Cuarto Congreso Argentino de Administración Pública, *Sociedad, Gobierno y Administración*, Buenos Aires, 2007; disponible en Asociación AG, <https://www.asociacionag.org.ar/ocumentos/temas/participacion-democracia-y-gobernabilidad/page/11/>.
- ATTA, Gustavo, “Responsabilidad civil de las aplicaciones de plataformas”, en *Aspectos jurídicos de las aplicaciones de plataformas*, Buenos Aires, La Ley, 2020.
- BELLOCCHIO, Lucía, “Ciudades del futuro. Inteligentes, sostenibles y humanas”, Buenos Aires, El Ateneo, 2023.
- CABRERA, José, “Redarquía. Más allá de la jerarquía”, Poland, Amazon Fulfillmen, 2014.
- DARABI, Anoush, “Nueva Zelanda explora leyes legibles por máquinas para transformar el gobierno. La legislación como código podría ser la clave para iniciar la reforma digital”, en Apolitical, <https://apolitical.co/solution-articles/es/nueva-zelanda-explora-leyes-legibles-por-maquina-para-transformar-el-gobierno>.
- LEVY, Pierre, “Inteligencia colectiva: por una antropología del ciberespacio”, Washington, Organización Panamericana de la Salud, 2004.
- OLIVÁN CORTÉS, Raúl, “Instituciones que aprenden. HIP: Un modelo de innovación pública para la era pos-COVID”, Andorra, resumen ejecutivo de la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) presentado en la XXVII Cumbre Iberoamericana, 2020; disponible en Segib, https://www.segib.org/wp-content/uploads/InstitucionesqueAprenden_ResEjecutivo_ES.pdf, consultado el 30-1-2023.
- PAONESA, Laura, “¿Qué son los laboratorios de innovación pública?”, en BID, <https://blogs.iadb.org/conocimiento-abierto/es/que-son-los-laboratorios-de-innovacion-publica/>, consultado el 30-1-2023.
- SACRISTÁN, Estela, “Teoría de la regulación. En especial, acerca de los fundamentos de la regulación”, en *Estudios de Derecho Administrativo*.

Derecho Administrativo iberoamericano. Innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne, Lima, Gaceta Jurídica, 2018.

SCROLLINI, Fabrizio, “El surgimiento de América Latina abierta: la agenda de datos abiertos en la región”, en *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, Cepal, 2017.

TALLER, Adriana y ANTIK, Analía, “Curso sobre Derecho Urbanístico”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011.

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

por MARIANO BÄR¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Una síntesis de la objeción de conciencia desde el plano conceptual. 3. Efectos jurídicos de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos en el Derecho interno. 4. Decisiones relativas a la objeción de conciencia por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. 5. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El derecho a la objeción de conciencia adquiere cada vez más relevancia en los Estados que se caracterizan por el pluralismo propio del fenómeno globalizante. Este derecho a desobedecer el derecho en virtud de las convicciones se puede desprender de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión reconocidas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Aquí sostengo que no existe una doctrina robusta sobre la objeción de conciencia y esto trae como consecuencia un desacuerdo entre un posible carácter general del derecho o una excepción que requiere legislación expresa ante determinados supuestos. El desafío de este artículo es repasar una base teórica de la objeción de conciencia a partir de algunos constructivismos, para luego pasar a los casos que se han resuelto dentro de los organismos internacionales. Esto se realiza con la intención de reflexionar sobre

¹ Abogado (UCSF). Especialidad en Derechos Humanos (UCLM). Maestrando en Derecho Público (UNR) y Argumentación Jurídica (UNL). Correo electrónico: bar.mariano@gmail.com.

el alcance, los límites y las implicancias que las decisiones de los organismos internacionales sobre la objeción de conciencia tienen en el Derecho argentino, contribuyendo al debate sobre su naturaleza.

Abstract

The right to conscientious objection is becoming increasingly relevant in states characterized by the pluralism inherent of the globalizing phenomenon. This right to disobey the law based on one's beliefs can be derived from the freedom of thought, conscience and religion recognized in international law instruments about human rights. It seems that there is still no robust doctrine on conscientious objection and, therefore, there is no agreement on whether it is a right with a general character or whether its exercise is only possible when it is recognized as an exception in expressly legislated cases. The challenge of this article is to review a theoretical basis for conscientious objection based on some constructivisms, and then move on to cases that have been resolved within international organizations. This is done with the intention of reflecting on the scope and limits of conscientious objection and, in particular, the implications that these resolutions have for Argentine Law, thus contributing to the debate on its legal nature.

Palabras clave

Objeción de conciencia. Derechos humanos. Libertad de conciencia y religión.

Keywords

Conscientious objection. Human Rights. Freedom of conscience and religion.

1. Introducción

Este artículo forma parte de una investigación mayor en la que se procura brindar una respuesta a los distintos interrogantes que surgen en torno a la figura de la objeción de conciencia. Especialmente, a través del marco normativo vigente en nuestro ordenamiento jurídico,

se intenta desarrollar y sostener un derecho general a la objeción de conciencia y reconocerlo como un derecho humano.

Partiendo de la base de que la objeción de conciencia, con carácter general, no encuentra regulación expresa en el sistema normativo y su construcción ha sido esencialmente jurisprudencial, donde se la ha definido como “el derecho a no cumplir una norma y orden de la autoridad que violente las convicciones internas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común”².

También existen disposiciones normativas nacionales o subnacionales donde es reconocida para supuestos expresamente determinados, como es el caso de determinadas prestaciones médicas³ o como lo fue en su momento el servicio militar obligatorio.

Sin embargo, existe consenso por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional para derivar el derecho a la objeción de conciencia como una manifestación del derecho a la libertad de pensamiento, de religión y de conciencia. En el medio, a partir de la resolución del caso “Portillo”⁴, se ha realizado una interpretación amplia del concepto “culto” en virtud del que resulta no solamente de la práctica religiosa, sino también de conductas derivadas de motivos éticos, morales o filosóficos.

Hernán Gullco⁵ apunta con claridad que más allá de la posi-

² CSJN, “Bahamondez, Marcelo s/Medida cautelar”, sentencia del 6-4-93, *Fallos*: 316:479.

³ Por ejemplo, en la Provincia de Santa Fe, el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud se encuentra reconocido en el Código de Ética de los Profesionales del Arte de Curar y sus Ramas Auxiliares (art. 132 de la ley provincial 4931), en la ley que regula el ejercicio de la enfermería (art. 11, inc. 6°, de la ley provincial 12.501), y en el artículo 4° de la ley provincial 11.888, que crea el Programa Provincial de Salud Reproductiva y Procreación Responsable. A nivel nacional puede reconocerse la existencia de la objeción de conciencia en la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud con el derecho al trato digno y respetuoso, en virtud del que sus convicciones personales y morales deben ser respetadas por los agentes del sistema de salud y en la Ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en cuanto a la labor médica. ⁴ CSJN, “Portillo, Alfredo s/Infr. art. 44, ley 17.531”, sentencia del 18-4-89, *Fallos*: 312:496.

⁵ GULLCO, H., “Libertad religiosa. Aspectos jurídicos”, Didot, Buenos Aires, 2016, ps. 70 y ss.

ción de la Corte Suprema, tampoco es posible tomar un concepto restrictivo del culto, principalmente por la incorporación –a través del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional– al bloque de supremacía normativa a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) que expresamente utilizan el concepto de conciencia junto al de religión.

Aquí es donde cobra especial importancia abordar para el desarrollo de la objeción de conciencia lo que los organismos internacionales de derechos humanos, propios de cada uno de estos instrumentos, han dicho al respecto.

Por ello en este trabajo repaso las distintas expresiones formales –a través de fallos, recomendaciones, informes y observaciones– que se produjeron en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (SIDH). De esto se intentará sacar algunas conclusiones.

2. Una síntesis de la objeción de conciencia desde el plano conceptual

La objeción de conciencia desnuda una tensión entre la obligación de obedecer al derecho y las convicciones profundas que pudiera tener una persona para no dar cumplimiento a las conductas legales que se le prescriben como miembro de una comunidad.

Si bien las objeciones son generalmente de índole religioso, no hay un obstáculo para considerar tuteladas las conductas que se desprenden de otras motivaciones como las políticas, filosóficas o, simplemente, razones morales que no se encuentran sujetas a ninguna cosmovisión en particular más que la del propio sujeto y que se alegan como motivo de desobediencia al Derecho. Lo trascendente es que el sujeto se sienta violentado en sus convicciones más íntimas en caso de cumplir con el mandato legal.

Un panorama general de los aspectos teóricos que se le puede dar a la desobediencia al derecho, al menos siguiendo a algunos autores de frontera identificados a un marco constructivista –como el que personalmente sostengo–, es necesario para seguir avanzando.

Para John Rawls, la objeción de conciencia consiste “en desobedecer

un mandato legislativo más o menos directo, o una orden administrativa” que puede fundarse “en principios religiosos o de otra clase, en desacuerdo con el orden constitucional”⁶. Pero no todas las modalidades de desobediencia al derecho constituyen casos de objeción de conciencia, sino aquellas que se ajusten a determinados parámetros: (i) que al agente le esté moralmente prohibido obedecer la orden de la autoridad, ya sea en razón de su carácter general o porque se extiende a ciertos casos que, entiende, no debieran ser cubiertos por él; (ii) que se trate de un acto privado, consciente, por el que se rehúsa cumplir un precepto legal sin que con ello se proponga un cambio en el programa de gobierno (materializado en la ley) o que le suponga esperanza alguna de ello, y (iii) que los motivos por los que el agente objeta se apoyen en principios políticos, religiosos o filosóficos que estén de acuerdo con el orden constitucional.

Por su parte, Ronald Dworkin⁷, distingue tres actitudes frente a la autoridad del derecho, a partir de preguntarse por la forma correcta de actuar dadas las propias convicciones cuando se tiene la creencia de que una decisión política es, por algún motivo, incorrecta o inmoral. La que se asimila a la objeción de conciencia es la que denomina “desobediencia basada en integridad”, que supone que el sujeto se insubordina a la ley en tanto lo obliga a comportarse de forma inmoral y, así, su integridad personal y su conciencia le prohíben obedecer.

Es una desobediencia de carácter defensivo y urgente, por lo que no se podría apostar a agotar el proceso político para lograr el cambio en la norma. Si no hay desobediencia, la persona sufriría una pérdida final y no le serviría que en un futuro la ley que objeta se revoque. Por eso, en estos casos, existe un privilegio moral que justifica la insubordinación, aunque la persona con su conducta contribuya a empeorar la situación a la que se opone en vez de mejorarla.

Pero no toda conducta de desobediencia basada en integridad se justifica. La conducta encuentra un límite en la propia naturaleza moral de la oposición. Así, si la conciencia le impide a alguien obedecer

⁶ RAWLS, J., “Teoría de la justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, ps. 335 y ss.

⁷ DWORKIN, R., “Una cuestión de principios”, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2017, ps. 143 y ss.

una ley, tampoco debería permitirle cometer daños contra inocentes, descartando entonces la violencia como medio de oposición. Pareciera que para Dworkin se trata de una de sus “cartas de triunfo” ante las mayorías.

Carlos Nino, por su parte, sostiene que lo característico de la objeción de conciencia está en su elemento teleológico. No sólo en “el hecho de que el individuo cree que una obligación jurídica que se le impone está en conflicto con una de sus obligaciones morales”⁸, sino que el acto agota su finalidad en la mera exención del deber legalmente impuesto, distinguiéndola así de otros tipos de desobediencias que se presentan “con el fin de lograr, a través de diversos mecanismos, la derogación de esas u otras normas que se consideran moralmente inicuas”⁹.

Más allá de la caracterización, lo controvertido es determinar si la libertad de conciencia otorga como corolario alguna protección general a través de la objeción de conciencia, o la protección sólo es posible en los casos donde la excepción de cumplimiento viene establecida *ex ante* en la norma jurídica que impone el deber. Para Marina Gascón Abellán, la respuesta dependerá según la concepción que se tenga de la libertad y los derechos fundamentales y su posición en el sistema jurídico¹⁰.

3. Efectos jurídicos de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos en el Derecho interno

Como sostuve al comienzo, el objetivo de este trabajo es analizar algunos aspectos de la objeción de conciencia en el Derecho Internacional para contribuir a su desarrollo en el Derecho interno, por lo que antes de repasar los antecedentes internacionales es necesario atribuirles algún criterio de obligatoriedad para nuestro ordenamiento jurídico interno.

⁸ NINO, C., “Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 406.

⁹ Íd., p. 147.

¹⁰ GASCÓN ABELLÁN, M., “Defensa de la objeción de conciencia como derecho general”, en *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 15, 2018, ps. 85 y ss.

Sabido es que el SIDH, como sistema regional de protección creado por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se compone de un cúmulo de normas sustantivas y procesales de tutela de los derechos humanos, mecanismos de monitoreo y denuncia contra los Estados que los violan y de organismos con competencia para actuar con relación a su observancia por parte de los Estados miembro.

Explica Novak¹¹ que, dentro del SIDH, la CADH contempla tres técnicas de control de los derechos humanos: (i) los informes de los Estados parte; (ii) las denuncias interestatales, y (iii) las denuncias individuales.

Los primeros son un mecanismo que impone la obligación a los Estados parte de proporcionar a la CIDH toda la información que se les requiera en relación con el modo en el que garantizan, en su Derecho interno, la efectividad de las disposiciones de la CADH. Y la CIDH, ante ellos, puede formular recomendaciones. Sin restar importancia a los informes, son las denuncias el mecanismo de control que realmente logra un mayor grado de eficiencia en la protección de los derechos humanos.

¿Pero qué alcance tienen las decisiones de los organismos del SIDH en el Derecho interno argentino? Depende. Si el alcance es medido con relación a las sentencias de la Corte IDH, se debe recordar el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”¹², según el cual “no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” resultan obligatorios para los Estados parte. Y a partir de esto fue nuestra propia CSJN la que trazó un recorrido. Este camino comenzó con la inteligencia de que las sentencias de la Corte IDH resultan “una guía para la interpretación de los preceptos convencionales”¹³, hasta terminar afirmando que “la traslación de las conclusiones de la

¹¹ NOVAK TALAVERA, F., “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo”, en *Agenda Internacional*, vol. 9, núm. 18, 2003, ps. 25 y ss.

¹² Corte IDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de 26-9-2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

¹³ CSJN, “Giroldi, Horacio y otro s/Recurso de casación”, sentencia del 7-4-95, *Fallos*: 318:514.

Corte Interamericana [...] al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del tribunal internacional mencionado han de interpretarse de buena fe como pautas jurisprudenciales”¹⁴.

Para Juan Carlos Hitters¹⁵, el principio de buena fe emanado del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que impone la obligación de los Estados parte de llevar adelante sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos internacionales correspondientes, deriva en que “en principio existe por lo menos una vincularidad moral y también jurídica de acatamiento ya que el incumplimiento de los tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres poderes (arts. 1.1 y 1.2 del Pacto de San José)”¹⁶ y que “cuando la CSN sostiene que los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión IDH ‘deben servir de guía’ o que ‘constituyen una imprescindible pauta de interpretación’, está diciendo –desde la perspectiva del Derecho interno– que los mismos tienen valor de doctrina legal”¹⁷.

Con relación a las opiniones consultivas, existen algunas dudas en doctrina sobre si se trata de una tarea jurisdiccional o no, aunque “si nos adscribimos a la teoría del órgano, la conclusión no admite réplica, pues parte de la base de que toda la actividad de un tribunal –como el interamericano– es jurisdiccional, por ser un cuerpo de esencia judicial”¹⁸. En la práctica, estos pronunciamientos suelen ser seguidos por los tribunales de los Estados parte.

Ya distinto pareciera ser el caso de los informes, al menos, en la jurisprudencia de la CSJN. Sobre el punto sostuvo que sirven “de guía

¹⁴ CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, sentencia del 14-6-2005, *Fallos*: 328:2056; “Videla, Jorge Rafael; Massera, Emilio Eduardo s/Recurso de casación”, sentencia del 31-8-2010, *Fallos*: 333:1657.

¹⁵ HITTERS, J. C., “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en HITTERS, J. C., *El control de convencionalidad en el sistema interamericano. Efectos. Obligatoriedad*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Santiago de Querétaro, 2021, ps. 131 y ss.

¹⁶ *Íd.*, p. 148.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Íd.*, p. 149.

para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁹, pero con posterioridad el criterio viró hacia que “si bien por el principio de la buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial”²⁰. Finalmente, adoptando una posición intermedia, sostuvo que “como fuente del Derecho interno, los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros, que deben tener en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el Derecho interno; y esa racional indagación conlleva la posibilidad de apartarse del contenido de los informes y recomendaciones cuando resulten incompatibles con los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”²¹.

Por mi parte, adhiero a la tesis de que el principio de buena fe del Derecho Internacional, y particularmente cuando se trata de derechos humanos, vincula a los tribunales internos a seguir la interpretación que la Corte IDH ha realizado en su jurisdicción contenciosa y consultiva cuando ello sea posible en virtud de su compatibilidad con las normas constitucionales del Derecho interno, pero sin excluir su aplicación cuando no sean compatibles, en cuyo caso deberá armonizarse en virtud del principio *pro persona*, escapando esto último a la posibilidad de este trabajo. Recordando, también, que “la Constitución

¹⁹ CSJN, “Bramajo, Hernán Javier s/Incidente de excarcelación”, sentencia del 12-9-96, *Fallos*: 319:1840; “Sánchez Reisse, Leandro Ángel s/Excarcelación”, sentencia del 7-5-98, *Fallos*: 321:1328.

²⁰ CSJN, “Acosta, Claudia y otros s/Hábeas corpus”, sentencia del 22-12-98, *Fallos*: 321:3555; “Felicetti, Roberto y otros s/Revisión”, sentencia del 21-12-2000, *Fallos*: 323:4130.

²¹ CSJN, “Alonso, Jorge s/Recurso de casación”, sentencia del 19-9-2002, *Fallos*: 325:2322.

Nacional en su contenido de instrumento de gobierno debe analizarse como un conjunto armónico dentro del que cada parte ha de interpretarse a la luz de las disposiciones de todas las demás, pues sus normas deben ser interpretadas en forma coherente”²². La posición intermedia adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que se hizo referencia, me parece adecuada con relación a los informes emitidos por la CIDH.

Por lo demás, sostengo que es por el mismo motivo que no sólo los tribunales tienen el deber de adoptar la interpretación que la Corte IDH realiza de la CADH y de seguir las pautas interpretativas de la CIDH, sino que también la Administración tiene dicho deber y el Órgano Legislativo al momento de sancionar las leyes. Todo es lógico ya que el sujeto obligado es el Estado parte y no la parte del Estado, si se permite el juego de palabras.

4. Decisiones relativas a la objeción de conciencia por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

El SIDH contiene, en el artículo 12 de la CADH, una disposición normativa que indica que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, cuyas implicancias son la libertad de conservar la religión o las creencias, o de cambiar de religión o de creencias, de profesar y divulgar la religión o creencias individual o colectivamente y en público como en privado. Prevé, también, que nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar este derecho y sujeta su limitación a la condición única de que ella se produzca por la ley, siempre que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral, en términos públicos, o los derechos o libertades de los demás.

También interesa particularmente a la objeción de conciencia el artículo 6° de la CADH, donde se determina la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, de donde nadie debe ser constreñido a realizar un trabajo forzoso u obligatorio, pero aclarando que no constituye

²² CSJN, “Canales, Mariano y otro s/Homicidio agravado”, sentencia del 2-5-2019, Fallos: 342:697.

trabajo forzoso u obligatorio “el servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél”.

Cabe agregar a esta referencia normativa que tanto el derecho a la libertad de conciencia como la prohibición de la esclavitud y la servidumbre no pueden ser suspendidos ni aun en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, conforme a lo que establece el artículo 27 de la CADH. El SIDH, además, tutela el derecho de toda persona a profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado, a través del artículo III de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH).

Parte de los contornos del derecho a la libertad de conciencia, con relación a su manifestación a través de la objeción de conciencia, fueron trazados por la CIDH y la Corte IDH aunque, entiendo que, lamentablemente, el desarrollo por parte del SIDH no ha sido todo lo deseable.

Un primer antecedente se encuentra en el caso “Sahli Vera y otros”²³, del año 2005, donde tres jóvenes chilenos se negaban a prestar el servicio militar obligatorio y a participar en él, aun ante la obligación que por la legislación interna del Estado de Chile debe cumplir todo ciudadano mayor de 18 años. La negativa se alega por ser una incursión arbitraria en la vida privada y una injerencia arbitraria con los planes de vida. Hasta ese momento la CIDH nunca se había referido a la objeción de conciencia en el marco de peticiones particulares²⁴.

²³ CIDH, Informe N° 43/2005, fondo, “Sahli Vera y otros” (Chile), de 10-3-2005, en CIDH, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/CHILE.12219sp.htm>, consulta del 18-5-2020.

²⁴ La CIDH, en cambio, sí se había referido a la objeción de conciencia en sus recomendaciones en dos oportunidades. En ambas lo hace tomando las sugerencias emanadas de otros órganos internacionales (para el caso, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas) enderezadas en el sentido de que los Estados deben implementar en forma efectiva el derecho a libertad de conciencia y religión, mediante modificaciones legislativas que contemplen excepciones al servicio militar en casos de objeción de conciencia, recomienda a los Estados realizar modificaciones en sus ordenamientos jurídicos internos con miras a proteger y respetar el derecho de los

Luego de un repaso por las decisiones que análogamente se habían tomado en el seno del Sistema Europeo y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la CIDH –que finalmente resuelve que no existen violaciones por parte del Estado chileno– considera que el artículo 12 de la CADH, leído juntamente con el artículo 6º, reconoce expresamente el derecho a la condición de objetor de conciencia en los países en los que esta condición está reconocida; sin embargo, en los países donde el reconocimiento de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio no se ha producido, tanto el Sistema Europeo como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se han negado a hacerlo y la CIDH “no ve razón alguna para apartarse de esta jurisprudencia coherente y constante de los órganos internacionales de derechos humanos, que deriva de una interpretación con sentido común del significado claro y normal del texto de los respectivos instrumentos [...] el Estado argumenta convincentemente que no está obligado a otorgarla, dado que el artículo 12 de la Convención autoriza expresamente al Estado a limitar el ámbito del Derecho por razones de seguridad nacional, habiendo así, por tanto, procedido”²⁵.

Ciertamente puede entenderse que, en este punto, la CIDH deja un cierto espacio para el margen de apreciación nacional, al menos en cuanto al servicio militar obligatorio²⁶.

El mismo año, en oportunidad de atender el caso “Alfredo Díaz Bustos”²⁷, la CIDH tuvo que resolver sobre el entendimiento de solución amistosa a la que llegaron las partes. El caso se trataba del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio en

conscriptos al trato humano, libertad de conciencia y religión, y a contemplar la exención o prestación de un servicio alternativo para los casos de objetores de conciencia (Informe Anual de la CIDH de 1997 e Informe Anual de la CIDH de 1998).

²⁵ Íd., párr. 97.

²⁶ LONDOÑO LÁZARO, M. y ACOSTA LÓPEZ, J., “La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el Sistema Interamericano”, en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 9, 2016, ps. 233 y ss.

²⁷ CIDH, Informe N° 97/2005, solución amistosa, “Alfredo Díaz Bustos” (Bolivia), de 27-10-2005, en CIDH, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Bolivia14.04sp.htm>, consulta del 18-5-2020.

el Estado de Bolivia, en virtud de la petición que Alfredo Díaz Bustos realizó alegando el desconocimiento de su derecho a ser objetor de conciencia por su religión (testigo de Jehová), siendo posible la eximición de la obligación a través de la objeción de conciencia para los practicantes del culto católico, en tanto la ley boliviana dispone que, en tiempos de paz, los clérigos, los seminaristas, los religiosos y los novicios están exentos del servicio militar. La CIDH consideró al acuerdo como una solución “plenamente concordante con el carácter evolutivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, donde se salvaguarda el estatus de objetor de conciencia en los países que han establecido por ley dicho estatus”²⁸, referenciándose con el Comentario General 22 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del año 1993 en tanto interpretó el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, consagrado en el artículo 18 del PIDCyP, reconociendo la protección de la objeción de conciencia y afirmando que “cuando este derecho se reconozca en la ley o en la práctica no habrá diferenciación entre los objetores de conciencia sobre la base del carácter de sus creencias particulares”²⁹.

Un año más tarde debió analizar el caso “Xavier Alejandro León Vega”³⁰, donde el peticionante alegó que el Estado ecuatoriano estaba violando sus derechos al no haberle otorgado una cédula de objetor de conciencia que tuviera los mismos efectos jurídicos que la cédula militar de las personas que habían realizado el servicio militar obligatorio, a pesar de que es un derecho reconocido por la legislación ecuatoriana, y que ello le generaba grandes dificultades ya que el no cumplimiento del servicio militar traía la consecuencia de limitar ciertos derechos. Si bien la CIDH sólo decidió sobre la admisibilidad del caso, es decir, sobre si existe prima facie una aparente o potencial violación de un derecho garantizado en la CADH, es interesante resaltar que “la Comisión considera que el derecho a negarse a cumplir el servicio militar u objeción de conciencia es un derecho que podría

²⁸ Íd., párr. 19.

²⁹ Íd., párr. 20.

³⁰ CIDH, Informe N° 22/2006, admisibilidad, “Xavier Alejandro León Vega” (Ecuador), de 2-3-2006, en CIDH, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Ecuador278.02sp.htm>, consulta del 18-5-2020.

derivarse de los artículos 11 y 12, leídos juntamente con el artículo 6.3.b, de la Convención Americana, cuando la objeción de conciencia esté reconocida expresamente en la legislación del Estado en consideración”³¹. Es decir que, para la CIDH, es posible que la objeción de conciencia no sólo surja de la libertad de conciencia sino, también, de la protección de la honra y la dignidad establecidas en el artículo 11 de la CADH.

Finalmente, en el informe de “Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos”³² del año 2011, la CIDH reconoce que los y las profesionales de la salud tienen derecho a que se respete, en ejercicio de su labor, su libertad de conciencia. Lo que resulta llamativo, por lo novedoso de este enfoque, es que lo hace con referencia al artículo 18 del PIDCyP, pero no con relación al artículo 12 de la CADH, como en los antecedentes recorridos. Más allá de ello, resulta relevante destacar que para la CIDH “el derecho a la objeción de conciencia del profesional de la salud es una libertad. Sin embargo dicha libertad podría colisionar con la libertad de los pacientes. En consecuencia, el equilibrio entre los derechos de los profesionales de la salud y los derechos de los pacientes se mantiene a través de la referencia”, es decir que, ante la objeción del profesional para la atención del paciente, persiste un deber de derivar a otro profesional de la salud. Y por fin, el punto que resulta de mayor relevancia es que, a diferencia de los casos resueltos, aquí la CIDH no exige que el derecho a la objeción de conciencia deba ser expresamente consagrado.

5. Conclusiones

Llegando a este punto, es posible anotar algunas cuestiones en el marco del SIDH. Entre ellas que si bien el desarrollo del instituto por parte de los órganos de decisión ante casos concretos se enfoca en la objeción de conciencia con relación al servicio militar obligatorio, pa-

³¹ Íd., párr. 31.

³² CIDH, Informe “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”, en OAS, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/131.asp>, consulta del 18-5-2020.

rece desprenderse que el derecho es negado con carácter autónomo y general e inclusive que no se reconoce como un derecho humano sino como una excepción exclusiva para los ordenamientos jurídicos internos de cada país cuando así se disponga.

Ciertamente, si entendemos a la objeción de conciencia como una derivación necesaria de la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia, esto es una debilidad importante.

Como anotación, aunque no es posible desarrollarlo aquí, distinta parece la situación en el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH). Aquí se encuentra a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad de conciencia, donde no sólo se presenta un aspecto pasivo en el sentido de considerarla inherente al derecho a “tener” una religión (en sentido amplísimo), sino que ve en el acto de insumisión una verdadera “manifestación” de la conciencia que merece tutela. En la resolución de sus casos, si bien se enfoca a la objeción de conciencia con relación al servicio militar obligatorio, el SUDH ha desarrollado una doctrina que tiende a reconocerla con un atisbo de carácter general y derivado del derecho a la libertad de conciencia al excluir –en los casos resaltados como doctrina actual– la referencia al servicio militar obligatorio, aunque, en esencia, de ello se trataban los casos resueltos³³.

La novedad viene dada en el SUDH, como señala Fabián Salvioli³⁴, en que desde allí la objeción de conciencia es una derivación exclusivamente del artículo 18 del PIDCyP, que no admite limitación posible en virtud del artículo 4º del mismo pacto y por lo tanto no será ya

³³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Dictamen sobre las comunicaciones 1642 a 1741/2007, en UNDOCS, <https://www.undocs.org/es/CCPR/C/101/D/1642-1741/2007>, consulta del 30-5-2020; Dictamen sobre las comunicaciones 1853/2008 y 1854/2008, en UNDOCS, <https://www.undocs.org/es/CCPR/C/104/D/1853-1854/2008>, consulta del 29-5-2020; Dictamen sobre la comunicación 1786/2008, en UNDOCS, <https://www.undocs.org/es/CCPR/C/106/D/1786/2008>, consulta del 30-5-2020.

³⁴ SALVIOLI, F., “La consagración del derecho humano a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio: evolución de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, núm. 10, 2013, ps. 111 y ss.

necesario someter limitación alguna al test de razonabilidad que, hasta ese momento, imperaba en su doctrina legal.

En fin, lejos se está de tener contornos claros y definidos de la objeción de conciencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por lo menos si se pretende que la objeción de conciencia sea vista como un derecho humano y, por lo tanto, de carácter general, derivado de la libertad de conciencia. Sí, por otro lado, queda claro que a pesar de la referencia normativa expresa se comienza a abarcar mucho más allá que para el supuesto expresamente contemplado del servicio militar obligatorio. Pero posiblemente, y más temprano que tarde, en razón de que la objeción de conciencia termina siendo una suerte de correlato de la agenda pública global, los casos –no ya los informes– que deberán afrontarse tanto en el SUDH como en el SIDH, serán en relación con las objeciones de conciencia de cada vez un mayor y creciente número de supuestos.

Bibliografía

- DWORKIN, Ronald, “Una cuestión de principios”, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2017.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Defensa de la objeción de conciencia como derecho general”, en Eunomía. Revista en cultura de la legalidad (núm. 15), 2018.
- GULLCO, Hernán, “Libertad religiosa. Aspectos jurídicos”, Buenos Aires, Didot, 2016.
- HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, Santiago de Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.
- LONDOÑO LÁZARO, María y ACOSTA LÓPEZ, Juana, “La protección internacional de la objeción de conciencia: análisis comparado entre sistemas de derechos humanos y perspectivas en el sistema interamericano”, en Anuario Colombiano de Derecho Internacional (núm. 9), 2016.
- NINO, Carlos, “Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”, Buenos Aires, Astrea, 1989.

NOVAK TALAVERA, Fabián, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo”, en Agenda Internacional, vol. 9 (núm. 18), 2003.

RAWLS, John, “Teoría de la justicia”, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

SALVIOLI, Fabián, “La consagración del derecho humano a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio: evolución de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas”, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones (núm. 10), 2013.

Sentencias, dictámenes e informes

CIDH, Informe “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”, en OAS, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/131.asp>, consulta del 18-5-2020.

— Informe N° 22/2006, admisibilidad, “Xavier Alejandro León Vega” (Ecuador), de 2-3-2006, en CIDH, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Ecuador278.02sp.htm>, consulta del 18-5-2020.

— Informe N° 43/2005, fondo, “Sahli Vera y otros” (Chile), de 10-3-2005, en CIDH, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/CHILE.12219sp.htm>, consulta del 18-5-2020.

— Informe N° 97/2005, solución amistosa, “Alfredo Díaz Bustos” (Bolivia), de 27-10-2005, en CIDH, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2005sp/Bolivia14.04sp.htm>, consulta del 18-5-2020.

Corte IDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de 26-9-2006, Serie C, N° 154.

CSJN, “Acosta, Claudia y otros s/Hábeas corpus”, sentencia del 22-12-98, *Fallos*: 321:3555.

— “Alonso, Jorge s/Recurso de casación”, sentencia del 19-9-2002, *Fallos*: 325:2322.

— “Bahamondez, Marcelo s/Medida cautelar”, sentencia del 6-4-93, *Fallos*: 316:479.

— “Bramajo, Hernán Javier s/Incidente de excarcelación”, sentencia del 12-9-96, *Fallos*: 319:1840.

— “Canales, Mariano y otro s/Homicidio agravado”, sentencia del 2-5-2019, *Fallos*: 342:697.

- CSJN, “Felicetti, Roberto y otros s/Revisión”, sentencia del 21-12-2000, *Fallos*: 323:4130.
- “Giroldi, Horacio y otro s/Recurso de casación”, sentencia del 7-4-95, *Fallos*: 318:514.
 - “Portillo, Alfredo s/Infr. art. 44, ley 17.531”, sentencia del 18-4-89, *Fallos*: 312:496.
 - “Sánchez Reisse, Leandro Ángel s/Excarcelación”, sentencia del 7-5-98, *Fallos*: 321:1328.
 - “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad”, sentencia del 14-6-2005, *Fallos*: 328:2056.
 - “Videla, Jorge Rafael; Massera, Emilio Eduardo s/Recurso de casación”, sentencia del 31-8-2010, *Fallos*: 333:1657.
- Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Dictamen sobre la comunicación 1786/2008, en UNDOCS, <https://www.undocs.org/es/CCPR/C/106/D/1786/2008>, consulta del 30-5-2020.
- Dictamen sobre las comunicaciones 1642 a 1741/2007, en UNDOCS, <https://www.undocs.org/es/CCPR/C/101/D/1642-1741/2007>, consulta del 30-5-2020.
 - Dictamen sobre las comunicaciones 1853/2008 y 1854/2008, en UNDOCS, <https://www.undocs.org/es/CCPR/C/104/D/1853-1854/2008>, consulta del 29-5-2020.

LA CONSTITUCIÓN DE NUESTRA COMUNIDAD

BASES Y ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONSTITUCIONALISMO COMUNITARIO

por JUAN FACUNDO BESSON¹

SUMARIO: I. Introducción. II. El constitucionalismo comunitario es ontológico. III. De la Constitución real a la Constitución escrita. IV. La deuda de la Constitución de 1949: la reforma del sistema de representación política. V. La Constitución del Chaco de 1951: la fase superior del constitucionalismo comunitario. VI. Los fundamentos de la representación política en el constitucionalismo comunitario. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

A más de 70 años de la sanción de la Constitución argentina de 1949 nos encontramos que el mencionado instrumento jurídico –superando el papel– patentizó un proyecto constitucional en concordancia con un *ethos* diferente al propuesto por el liberal-oligárquico decimonónico, el cual tenía como principal exponente normativo a la, por entonces anacrónica, Constitución de 1853. En ese nuevo programa constitucional, la comunidad, movilizada desde las organizaciones libres del pueblo, sería la garantía para construir un modelo de democracia y ciudadanía con identidad propia. En sintonía con lo señalado, la Constitución de 1949 expresaría los principios, valores y disposiciones de un nuevo paradigma, el constitucionalismo comunitario, que encontraría su fase superior en la Constitución de la Provincia del

¹ Abogado (FDER-UNR). Especialista en Derecho Laboral (FDER-UNR). Docente en Derecho Político, Cátedra C, y Derecho de la Integración, Cátedra C.

Chaco, cuando ésta instrumenta no sólo cambios profundos en la Parte Dogmática, sino también en el modelo de representación política alejado de los arquetipos demoliberal y corporativo, y que al presente podemos ver en vigencia sus postulados.

Abstract

More than 70 years after the sanction of the Argentine Constitution of 1949, we find that the indicated legal instrument –going beyond paper– established a constitutional project in accordance with a different ethos from that proposed by the nineteenth-century liberal-oligarchic, whose main normative exponent to the, by then anachronistic, Constitution of 1853. In this new constitutional program, the Community, mobilized from the free organizations of the people, would be the guarantee to build a model of democracy and citizenship with its own identity. In line with what has been indicated, the 1949 Constitution would express the principles, values and provisions of a new paradigm, community constitutionalism, which would find its highest phase in the Constitution of the province of Chaco, when it implements not only profound changes in the part dogmatic, but also in the model of political representation far from the demoliberal and corporate archetypes, and that at present we can see its postulates in force.

Palabras clave

Constitucionalismo comunitario. Comunidad. Organizaciones libres del pueblo.

Keywords

Community constitutionalism. Community. Free Organizations of the People.

I. Introducción

La historia del pensamiento constitucional argentino no comienza en el siglo XIX luego de los procesos independentistas, las raíces se remontan a la primera época del influjo castellano en América, pasando

luego por el “Imperio” en las llamadas Indias Occidentales y posteriormente con la consolidación virreinal y del Derecho indiano en todo el continente. Con estos antecedentes el debate constitucional decimonónico encuentra en nuestro proyecto de país a los prohombres del iluminismo vernáculo –Rivadavia, Alberdi², Sarmiento y Mitre–, quienes representaban una idea de arquitectónica constitucional de corte oligárquico-liberal, que tenía por objetivo administrar un Estado semicolonial al servicio de una minoría rentista, que consagraría sus privilegios en reglamentos jurídicos repletos de referencias a juristas y legislaciones foráneas³. En contraposición a esta línea, surge una alternativa, un pensamiento constitucional propuesto desde el pueblo, que comienza a redefinir desde su singularidad un enfoque sustentado en la tradición hispánica, antes mencionada, el antiiluminismo apriorístico, respetuoso de nuestro mestizaje criollo y el sentido de trascendencia que otorgaba la espiritualidad de nuestra fe fundante, el cual tuvo su punto más alto, en ese siglo XIX, en el proyecto constitucional de la Confederación Argentina con Juan Manuel de Rosas –el Restaurador de las Leyes⁴–, erigiéndose como gran constituyente y en el cual podemos encontrar al primer conductor que concibe la Constitución como expresión histórica, política, económica, social, cultural y espiritual de nuestra comunidad.

Dando un salto temporal, en el siglo XX, hay que retrotraerse al ciclo político de impronta nacional-popular conducido por Juan Domingo Perón tras el hecho mítico que significó el 17 de octubre de 1945 que sellaría el proceso iniciado por la revolución nacionalista del 4 de junio de 1943. El conductor justicialista retomaría la tradición del “Restaurador de las Leyes”, y que tuvo por objetivo romper la dependencia de nuestro país con Gran Bretaña y cuestionar la nueva

² En una primera etapa de su vida y obra.

³ En especial franceses, como con el Código Civil de 1804, y estadounidenses, con la Constitución de Estados Unidos de 1787.

⁴ Cuando Rosas asume su primer gobierno de la Provincia de Buenos Aires, recibe el título de “Restaurador de las Leyes e Instituciones de la Provincia de Buenos Aires”. En ese momento, Argentina se encontraba en un período de guerra civil y anarquía. Al tomar el gobierno de la Provincia de Buenos Aires y, posteriormente, impulsar el Pacto Federal termina con ese período, convirtiéndose en el “Restaurador de las Leyes” que había sido nombrado.

hegemonía imperial de los Estados Unidos, mediante una posición de independencia, soberanía, justicia y de tercera posición.

El proceso constituyente de Perón se consagró jurídicamente en la Constitución escrita de 1949, la cual supralegalizó todos aquellos derechos e instituciones que la experiencia justicialista había instalado en los años previos y marcó un rumbo para el futuro. Es debido a ello que no se enmarca dentro de las experiencias del llamado constitucionalismo social, a pesar del afán de los constitucionalistas dogmáticos de ubicarlo dentro de la mencionada corriente. A diferencia de la Constitución de México de 1917 o la alemana de Weimar de 1919, por citar dos claros ejemplos de la corriente social, nuestra Constitución estaba impregnada de un sentido filosófico dado por la idea de comunidad organizada, es decir, que venía a dar cuenta de una Constitución real que reconocía un programa de democracia social y participativa, profundamente cristiana y humanista, edificada en torno a la acción de las organizaciones libres del pueblo, siendo el sujeto político el pueblo organizado autónomamente y en último lugar, en el plano geopolítico, la comunidad erigida como un proyecto de civilización alternativo al individualismo capitalista y al colectivismo soviético. Es debido a ello que viene a instituir una nueva corriente constitucional, el constitucionalismo comunitario, que es original, periférico y se diferencia de las tradiciones constitucionales occidentales conocidas.

En este sentido, podemos observar el surgimiento de un nuevo actor constituyente, dado por una nueva Constitución real que se selló el 17 de octubre de 1945. Este hecho mítico gestó un verdadero proyecto de Nación, es decir, un pueblo unido políticamente con capacidad de obrar y con consciencia de su singularidad política. Antes de este surgimiento, el actor constituyente era una minoría organizada, que nunca invocó la voluntad de la mayoría y la relegó de las decisiones políticas fundamentales. El nuevo actor constituyente cimentaría la reforma en cuatro pilares vertebrales: la independencia económica, la soberanía política, la justicia social⁵ y la cultura nacional.

⁵ Por *justicia social*, debe entenderse, expresa Sampay: “la justicia que ordena las relaciones recíprocas de los grupos sociales, los estamentos profesionales y las clases,

En este contexto, las relaciones de poder cambiaron, configurándose nuevos modos de construcción de lo político que llevan a una transformación consecuente también en lo jurídico, en lo económico, en lo social y en lo cultural. Este nuevo paradigma de Estado Democrático de Justicia Social no se asemeja a las experiencias socialdemócratas europeas o los corporativismos autoritarios. Es preciso señalar que se trata de un fenómeno netamente hispanoamericano y principalmente sudamericano.

II. El constitucionalismo comunitario es ontológico

La Constitución de 1949 se propuso hacer efectivo el gobierno de los sectores populares, estatizando el manejo de los recursos financieros, de los recursos naturales, de los servicios públicos y de los principales bienes de producción, con la finalidad de ordenar planificadamente la economía para conseguir un desarrollo autónomo y armónico, que concediera bienestar a todos y a cada uno de los miembros de la comunidad. Asimismo, cabe puntualizar que el cambio epocal que antecedió a la Constitución de 1949 fue singular, no solamente por la inédita circulación y producción de ideas y obras emergidas de la cultura popular que se operó en toda nuestra América, sino por la excelencia y el compromiso de mujeres y hombres concretos que encarnaron posteriormente muchas de aquellas aspiraciones para transformarlas en realizaciones específicas.

La Constitución de 1949, como así también muchas Constituciones provinciales posteriores⁶, son el efecto político de ese discurso de Juan Domingo Perón donde plantea la idea política de comunidad organizada, idea que presenta dos lecturas posibles, según Buela: “Como sistema social y como sistema de poder: I) Como sistema social sostiene que el pueblo aislado, atomizado, no existe. Sólo existe el pueblo organizado y como tal se transforma en factor concurrente en los apa-

con las obligaciones individuales, moviendo a cada uno a dar a los otros la participación en el bienestar general a que tienen derecho en la medida en que contribuyeron a su realización”.

⁶Ver BESSON, J., “La impronta federal de la Constitución de 1949”, en BESSON, J. *et al.*, 1949. *La Constitución de los argentinos*, Facultad de Derecho, UNR, Rosario, 2019, ps. 285-341.

ratos del Estado que le son específicos a cada organización libre del pueblo. II) Como sistema de poder sostiene que éste procede del pueblo que se expresa a través de sus organizaciones. Ni el poder procede del Estado ni del gobierno. Ni el pueblo delega su poder en las instituciones del Estado”⁷. Agrega Roy Williams⁸ que con “comunidad organizada” el justicialismo comienza a pensarse a sí mismo y a la filosofía de su tiempo, en estrecha relación con el obrar político y con las posibilidades de un horizonte comunitario nacional. Es así como el discurso de Perón expuesto en el primer Congreso Nacional de Filosofía de 1949, el 9 de abril de 1949, realizado en Mendoza, debe ser considerado el más relevante de la doctrina justicialista.

La comunidad, su constitución y construcción constante, es el objetivo central, en el ideario justicialista. Es lo que le permite diferenciarse del liberalismo, ya que para Perón la elección de la categoría comunidad y no sociedad es esencial, ya que comunidad es aquello que compartimos, mientras que sociedad connota una asociación, casi en sentido comercial, con todas sus implicancias. Mientras que la comunidad es orgánica, tradicional, natural, espontánea, anterior al iluminismo, capitalismo y racionalismo, la sociedad es artificial, mecánica, calculadora y capitalista. Y, con respecto al marxismo, Perón señalaría: “(el marxismo) convertirá en materia política la discusión filosófica y hará de ella una bandera para la interpretación materialista de la historia”⁹. Es allí, cuando Perón propone, para diferenciarse del colectivismo insectificante soviético, una comunidad con impronta espiritual.

En virtud de lo señalado, se agrega que el Movimiento Nacional Argentino, con el justicialismo, comienza a tener una doctrina popular y propia, nueva en el campo ideológico mundial, en un todo de acuerdo con los hechos que marcaban la realidad de nuestro país y que la misma quedaba instituida en la Constitución. La propuesta filosófica-

⁷ BUELA, A., “La Constitución chaqueña de Evita. Los sindicatos al poder. 1951”, en Nacional y Popular, <https://nacionalypopular.com/2018/09/21/la-constitucion-chaqueña-de-evita-los-sindicatos-al-poder-1951/> (consultado el 13-11-2019).

⁸ WILLIAMS, R., “Fenomenología del peronismo”, Biblos, Buenos Aires, 2015, p. 173.

⁹ PERÓN, J., “La comunidad organizada”, Fabbro, Buenos Aires, 2015.

política de Perón –como gran *demiurgo*¹⁰– sin lugar a dudas iba de la mano con el programa político comunitario y un nuevo proyecto constitucional, en el cual el pueblo tiene la primacía frente al Gobierno y al Estado: no está al servicio de éstos ni debe ser manipulado o dirigido por ellos, sino que ambos deben servir al pueblo y fomentar su bienestar, en el sentido que el Gobierno y el Estado hacen lo que el pueblo quiere y defienden un solo interés: el del pueblo.

En clara referencia a lo señalado, el justicialismo impulsó con el ideal de la comunidad organizada un Gobierno centralizado, es decir, un órgano de concepción y planificación, un Estado descentralizado, como organismo de ejecución, y un pueblo organizado, como el elemento activo que hace realidad el proyecto político. Es decir, el pueblo no es una masa amorfa que delega su poder político en representantes, sino que participa activamente mediante la organización de las asociaciones e instituciones que él mismo crea libremente, no sólo para hacer realidad los planes de gobierno sino para proponer, proyectar, aportar y discutir las políticas que se han de aplicar.

Así, los tres factores –Gobierno, Estado y pueblo– actúan armónicamente coordinados: el Estado se subordina en forma absoluta al Gobierno, a la vez que las distintas organizaciones libres del pueblo colaboran y cooperan en forma inteligente con el Gobierno y con las instituciones estatales. De esta forma el pueblo, como pueblo organizado, crea un sistema social que genera un poder político real que le permite la recreación permanente de un sistema social equilibrado para el logro de la buena vida. Es decir, el poder nace de la comunidad y se proyecta a los aparatos del Estado como factor concurrente en ellos y baja luego a la comunidad a través de las medidas adecuadas que

¹⁰ En griego *demiurgo* significa obrero, obrero público en realidad, porque es una palabra compuesta de *démos*: pueblo y *érgon*: obra. Así pues, cuando Platón en su obra “Timeo” habla del origen y formación del mundo utiliza la categoría de Demiurgo, un Dios que ordena, pero no crea el mundo. No es un Dios creador como el Dios cristiano. El Demiurgo de Platón es una especie de Dios artesano, industrial y hábil. Tomando la mencionada categoría platónica podemos señalar que Juan Domingo Perón encarnó, como Demiurgo, a las fuerzas vitales de una Nación e Ideas, binomio que decantó en la cosmogonía justicialista que tuvo su momento mítico el 17 de octubre de 1945 y que lograría el punto más alto de la epopeya en 1949 con el discurso de Comunidad Organizada y la Constitución de 1949.

toma el gobierno para la vida buena¹¹. Este pueblo, concebido por el justicialismo, conforma la “Asamblea Constituyente” que va a reactivar el poder permanentemente preocupado por el “vivir bien” de todos quienes dan unidad e integridad al país. De esta forma el poder constituyente no es una abstracción, como en 1853, ni una separación del “poder originario del pueblo”.

III. De la Constitución real a la Constitución escrita

El texto de la Constitución de 1949 –piedra fundacional del constitucionalismo comunitario– será una síntesis del fruto de un realismo político-jurídico que reconocerá derechos e instituciones ya vigentes en la realidad. En este sentido, Ernesto Adolfo Ríos sentenció que se trató de la constitucionalización de una realidad justa¹². De esta forma, a diferencia del iluminismo apriorístico que había nutrido el texto de 1853 presuponiendo que la razón era capaz de construir *ex ante* una nueva realidad, la Constitución de 1949 será un instrumento jurídico elaborado para dar cuenta de una comunidad dispuesta a autorredefinirse sobre sus propios cimientos¹³. Vino a institucionalizar el *ethos* argentino-mestizo, es decir, aquello que habita dentro de uno y de la comunidad, que se estructura a través de usos o vigencias coordinados entre sí a través del tiempo y que a su vez determina un tiempo peculiar.

La Constitución de 1949 expresó en el más alto plano jurídico la resolución de la cuestión nacional en aquel momento, con un modelo normativo de país con soberanía, independencia y justicia social, en sustitución de las obsoletas relaciones jurídicas de producción del país oligárquico heredadas del siglo XIX. Cabe poner de relieve que en ese momento el Movimiento Obrero tenía un fuerte peso político-institucional y el desenvolvimiento de la economía había estimulado el surgimiento de un sector social industrial y los sectores medios se

¹¹ QUARRACINO, J., “Peronismo y Doctrina Social de la Iglesia”, en Historia del Peronismo, <https://historiadelperonismo.com/?p=9821> (consultado el 19-11-2019).

¹² RÍOS, E., “Suite constitucional incompleta”, en 1949: *Rumbos de justicia*, Fondo Editorial, 2009.

¹³ PESTANHA, F., “La Constitución de 1949 como producto histórico cultural”, en Nacional y Popular, <https://nacionalypopular.com/2015/04/24/la-constitucion-de-1949-como-producto-historico-cultural-1/> (consultado el 28-3-2020).

encontraban cada vez en mejores condiciones. La Constitución vino a ser el producto de una síntesis histórica, de una organización que contenía: el nuevo rol dirigista del Estado, la participación comunitaria por intermedio de las organizaciones libres del pueblo y una tercera posición diferenciada del liberalismo egoísta e individualista y del estatalismo comunista que insectificaba al hombre.

El anhelo de Perón era aspirar a consagrar un instrumento constitucional, para regir el destino nacional con espíritu comunitario, que logre amplia resonancia en el concierto de los pueblos hermanos. Su intención era expresar un género único, una Constitución revolucionaria y enmarcada dentro de la tradición del discurso constitucional federal y criollo. En este sentido, es el punto de inicio de una forma de concebir al constitucionalismo en otra clave, en clave situada, en clave comunitaria a pesar de no haber modificado el régimen de representación parlamentaria demoliberal, lo cual recién se pudo expresar con la Constitución del Chaco de 1951, que planteó un camino nuevo a explorar, pues lo diferenciaba del corporativismo de Estado, típico del fascismo, o la experiencia de partido único de Yugoslavia, en sentido contrario proponía una nueva forma de participación, idea medular del justicialismo, donde las organizaciones libres del pueblo, creadas libremente de abajo hacia arriba y sin intervención del Estado, tomaban un rol de protagonismo en lo económico e institucional-orgánico.

La Constitución de la comunidad, que fuera resultado del proceso iniciado en 1943, finaliza en 1955 cuando triunfa la contrarrevolución oligárquica, por medio de la fuerza, imponiendo la derogación por un bando militar, la Constitución sancionada en 1949 y decretando luego la vigencia de la Constitución de 1853, cuestión que era ilegal e ilegítima atento a que el artículo 21¹⁴ de la Constitución justicialista

¹⁴Argentina, Constitución de 1949, artículo 21: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes de sus miembros presentes; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto.

”Una ley especial establecerá las sanciones para quienes, de cualquier manera, preconizaren o difundieren métodos o sistemas mediante los cuales, por el empleo de la violencia, se propongan suprimir o cambiar la Constitución o alguno de sus principios básicos, y a quienes organizaren, constituyeren, dirigieren o formaren parte

disponía un mecanismo diferente para la derogación total o parcial. Luego, en 1957, una Convención Nacional Constituyente en la que participaron las dos vertientes de la UCR, el Partido Demócrata Progresista, el Partido Socialista y el Partido Comunista, entre otros, tuvo por única misión convalidar la norma derogatoria en plena proscripción del movimiento político de los mayoritarios sectores populares¹⁵. Otro embate sufriría –la Constitución de 1949–, en 1994, cuando por la ley 24.309 se declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853, que incluyó las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957, y dejó afuera el texto de la Constitución de 1949.

IV. La deuda de la Constitución de 1949: la reforma del sistema de representación política

En la década de 1930 las tesis corporativistas de Rómulo Amadeo con su obra “El gobierno de las profesiones y la representación proporcional” llevarían a profundizar el debate con relación a la representación en las democracias liberales de Occidente. En este sentido señala: “...que el Estado no tiene competencia para manejar la vida económica de la Nación; que las profesiones deben gobernarse por sí mismas pues ellas conocen sus necesidades, sus intereses de oficio o regionales; y sobre todo que la industria, la agricultura, el comercio y la enseñanza técnica deben regirse independientemente del Estado aunque sometiéndose siempre a los intereses generales que éste representa”¹⁶.

Agrega que el hecho básico que explica estos cambios es el pasaje del individualismo de la Revolución francesa al hecho de la agremiación, porque la economía se ha vuelto compleja, indómita para los organismos parlamentarios. Entonces los Estados han debido encontrar la forma de controlarla, no por su sola cuenta, sino con la intervención

de una asociación o entidad que tenga como objeto visible u oculto alcanzar alguna de dichas finalidades”.

¹⁵ Cabe poner de relieve que el voto en blanco fue el que más apoyos obtuvo con 24,31%, en claro signo de repudio a la violación que estaba llevando adelante la oligarquía y sus aliados.

¹⁶ AMADEO, R., “El gobierno de las profesiones y la representación proporcional”, Sebastián Amorrortu, Buenos Aires, 1922, p. 7.

de los interesados. En una importante sección del libro, Amadeo repasa la experiencia política y jurídica que se ha impuesto en Alemania (Constitución de Weimar, Sección 5ª), Francia (con un amplio desarrollo del consejalismo desde fines del siglo XIX), Bélgica, los Estados Unidos de América (que avanzaban hacia una democracia industrial), Inglaterra (con el auge de los Consejos Withley), Austria, Holanda, Checoslovaquia, Irlanda¹⁷ (con el establecimiento o reconocimiento de consejos funcionales o sectoriales que representen ramas de la vida social y económica del pueblo) y la República Argentina, que contaba con proyectos de establecer esa colaboración de las profesiones y setos sociales mediante consejos¹⁸.

Ya en la década de 1940 las ideas de Amadeo y otros pensadores corporativistas¹⁹ cobrarían vigor en el debate ante la inminente preparación de la reforma constitucional que llevaría adelante el justicialismo en 1949. En este marco, la Universidad de Buenos Aires lanzó una encuesta a sus docentes acerca de la necesidad de reformar la Constitución y una serie de preguntas relativas a los diversos temas que abordan el Derecho Constitucional. En particular, señala Bukovac²⁰, había dos preguntas que podían dar lugar a las “teorías corporativistas”²¹: una relativa a la integración de cuerpos técnicos consultivos y la otra referida al sistema de representación parlamentaria.

Lo cierto es que la respuesta a las mencionadas preguntas fue mayoritariamente por la negativa; de los treinta y tres docentes que par-

¹⁷Esta Constitución marcaría a Arturo Sampay, el cual escribió su obra “La doctrina tomista de la función social de la propiedad en la Constitución irlandesa de 1937”, en *Boletín Cultural argentino-irlandés*, núm. 2, Buenos Aires, 1940.

¹⁸ AMADEO, op. cit., ps. 13-58.

¹⁹Alejandro Ruiz-Guiñazú, Bonifacio Lastra, Marcelo Sánchez Sorondo y Rodolfo Irazusta, entre otros.

²⁰ BUKOVAK, C., “Las ideas y proyectos corporativistas en la Argentina del siglo XX”, en REPHIP, <https://rehip.unr.edu.ar/handle/2133/6489?show=full> (consultado el 12-1-2019).

²¹Expresamente las preguntas eran: 8. ¿Conviene integrar el cuadro de las autoridades de la Nación con Consejos Técnicos? ¿De qué carácter?, y: 9. ¿Debe mantenerse en su actual estructura y sentido la representación parlamentaria? ¿Deben ampliarse, reducirse o modificarse el régimen electoral y la representación en el Congreso? ¿Qué condiciones y duración deben fijarse a los legisladores?

ticiparon de la encuesta, veinte respondieron en el sentido de no hacer innovaciones en lo referido a la estructura y sentido de la representación parlamentaria. Sin embargo, corresponde reconocer que hubo un importante sector que impulsaba la inclusión de otras formas de representación, fundamentalmente adhiriendo al proyecto que había elaborado Carlos Ibarguren, que en la década de 1940 publicó una obra con su propuesta constitucional, en la cual afirmaba que la “verdadera democracia” era la social y que debía estar estructurada mediante organizaciones orgánicas complejas, jerarquizadas y funcionalmente diferenciadas que representasen al “pueblo” a través de asociaciones económico-políticas y diferentes entidades culturales²². En total, fueron ocho los docentes que se definieron por este tipo de propuestas y cinco abstenciones que prefirieron limitarse a sus áreas específicas.

De entre los que propulsaban el cambio en el sistema representativo, cabe mencionar a aquellos que, según Seligmann Silva²³, influidos por Ibarguren, recomendaron la representación de la Nación a través de las corporaciones económicas y culturales, agregando que debía tenerse presente a la clase media, dándoles asiento en el Senado. De este modo, la Cámara Alta se integraría con los senadores de las provincias y representantes de la Iglesia, las universidades, el Ejército, las corporaciones obreras de la manufactura, del transporte y de la minería, las federaciones de agricultores y obreros rurales, las sociedades industriales, bolsas de comercio, sociedades rurales y asociaciones profesionales.

Por otra parte, Marcelo Sánchez Sorondo²⁴ fue original: partiendo de la idea de que el régimen representativo encarnado en el Parlamento estaba en crisis, proponía mantener la Cámara de Diputados en su sentido y representación, pero eliminar al Senado y crear el Consejo de las Autarquías, compuesto de representantes de las ciudades capitales, regiones nacionales (provincias y territorios), y de los intereses del trabajo, la industria y la administración, cuya función se limitaba

²² IBARGUREN, C., “La reforma constitucional”, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1948, ps. 31-32.

²³ SELIGMANN SILVA, L., en AA. VV., *Encuesta sobre la revisión constitucional*, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 1949, p. 191.

²⁴ SÁNCHEZ SORONDO, M., en AA. VV., *Encuesta...* cit., ps. 180 y 181.

a dictaminar sobre proyectos de ley iniciados por el Poder Ejecutivo y que sancionaba o no Diputados.

Asimismo, a juicio de Bargalló Cirio²⁵, además de las representaciones provinciales –que durarían seis años–, el Senado debía convertirse en Cámara estamental y acoger a expresidentes y ex-vicepresidentes, a dos obispos, a dos rectores de universidades nacionales y a dos representantes de las fuerzas del trabajo y del capital, todos permanentes; otros como Héctor y Jorge Llambías²⁶ adherían a la idea de hacerlo órgano de la representación funcional de la sociedad jerárquica e institucionalmente organizada. En este sentido señalaría Héctor: “...reconocer claramente y garantizar el derecho de las asociaciones profesionales y sindical obrera y patronal, incluyéndose en la Constitución las normas más generales de organización legal, dejándose amplio margen para la libertad natural de agremiación sólo sujeta a normas claras y a políticas de bien público”²⁷. Asimismo, también hubo algunas mociones a favor del voto familiar según la tesis de Aberg Cobo²⁸.

Por su parte Faustino Legón, complejizando la propuesta de Aberg Cobo sobre la representación familiar, distinguió dos alternativas: la primera, extrema, suponía abandonar el criterio de representación política existente por otro en el cual la familia, y no el individuo, era tomada como unidad representativa; la segunda, moderada, implicaba fortalecer la influencia social del padre de familia acordándole un voto plural. Ambas tenían inconvenientes: aquella chocaba contra la realidad del sufragio universal y tendría la apariencia de un retorno a sistemas aristocráticos pues adopta una estructura representativa que tiene como base exclusiva los lazos sanguíneos; ésta modificaba el sistema del sufragio universal, acordando un voto plural, que Legón veía riesgoso porque “...el abandono de ese principio puede ser la pérdida de una

²⁵ BARGALLÓ CIRIO, J., en AA. VV., *Encuesta...* cit., p. 152.

²⁶ LLAMBÍAS, H., en AA. VV., *Encuesta...* cit., p. 59.

²⁷ *Íd.*, p. 147.

²⁸ ABERG COBO, M., “Reforma electoral y sufragio familiar”, Kraft, Buenos Aires, 1944. En esta obra prologada por González Calderón, se defiende la democracia orgánica ante la meramente numérica, los primordiales intereses públicos frente a los intereses personales de quienes manejan los partidos políticos, el sufragio familiar contra la tendencia exclusivista del sufragio universal que trae el imperio de “un hombre, un voto”.

postrera garantía de libertad y de orden para aventurarse en el caos bolcheviquista o en los recursos angustiosos y transitorios de los regímenes de fuerza”²⁹. Agrega el mencionado jurista en la Encuesta a los docentes de la UBA que de aceptarse la representación orgánica, debía combinarse con la representación genérica y democrática, de carácter político. En su opinión, la representación de las organizaciones libres del pueblo tenía que adoptarse gradualmente y por vía subsidiaria; pues si ella respondía a las funciones reales, había que admitir lo difícil que era catalogar todas las funciones sociales existentes, lo que no podía lograrse salvo falsificaciones autoritarias de la opinión³⁰.

En concreto, no hubo ninguna inclusión que pudiera clasificarse como representación orgánica o funcional en la Constitución Nacional de 1949. Lo único que se podría admitir es que este texto constitucional receptó algunos conceptos que están muy emparentados con algunas doctrinas que han sostenido la representación orgánica, tal el caso de la Doctrina Social de la Iglesia. En particular, el reconocimiento y protección que se brindaba a la familia, a los gremios y al principio de subsidiaridad, a través de los artículos 37 y 40.

V. La Constitución del Chaco de 1951: la fase superior del constitucionalismo comunitario

A partir de la revolución nacionalista de 1943, se expandió la presencia estatal en los territorios nacionales, con el crecimiento de las estructuras administrativas, el asentamiento de delegaciones de organismos nacionales, el desarrollo de infraestructura a través de la obra pública, la adopción de medidas para el fomento de su desarrollo económico y la modificación paulatina de su organización institucional³¹.

En julio de 1951 se sancionó la ley 14.037, mediante la cual se declaró provincias a los territorios nacionales del Chaco y La Pampa.

²⁹ LEGÓN, F., “Reformas democráticas y supremacía constitucional”, en *Cuestiones de política y Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 172.

³⁰ LEGÓN, F., en AA. VV., *Encuesta...* cit., p. 73.

³¹ LEONI, M. y SOLÍS CARNICER, M., “Peronismo, diseño institucional y centralización política. Un análisis a partir de dos espacios subnacionales argentinos: Corrientes y Chaco (1946-1955)”, en *Iberoamericana*, Ibero-Amerikanische Institut Preußischer Kulturbesitz, Madrid, 2015, ps. 68-69.

El proyecto fue ingresado a la Cámara de Senadores el mismo día que en la Cámara de Diputados se trataba sobre tablas la reforma de la Ley Electoral 14.032. Esto ocurrió unos pocos meses antes de las elecciones nacionales de 1951.

El mencionado proyecto de provincialización fue presentado en la Cámara de Senadores por Román Subiza, el ministro de Asuntos Políticos. Subiza también participó en la elaboración de la nueva ley electoral. La simultaneidad de los dos proyectos y la presencia de Subiza en tanto ideólogo de ambas legislaciones demostró que las provincializaciones fueron pensadas en forma conjunta con las transformaciones en el sistema electoral.

Que Chaco se convirtiera en provincia no fue simplemente un gesto del Gobierno Nacional hacia una población durante años marginada. Felipe Gallardo³², dirigente del Sindicato Único de Agricultores del Chaco con sede en Zapallar (hoy Gral. San Martín) llevó a cabo una campaña de concientización, recolección de firmas y reunión de datos estadísticos sobre la situación económica y social del Chaco a fin de elevar un petitorio al Gobierno Nacional para lograr la provincialización. En ese sentido tuvo el respaldo de Eva Duarte de Perón, la cual elevó un petitorio al presidente señalando que ya “no es posible demorar el justo clamor de aquellos territorios. Han llegado a la mayoría de edad y es necesario de una vez por todas hacerles justicia”³³.

Mientras el proyecto de provincialización era tratado en el Con-

³² Felipe Gallardo (1915-1996) fue el primer gobernador constitucional de la Provincia del Chaco. Gobernó entre el 4-6-53 y el 20-09-55. En ese período de 2 años y 3 meses fueron creadas 42 escuelas en todo el territorio chaqueño. Asimismo ordenó expropiar tierras improductivas para destinarlas al bien público. Fue el primer gobernador obrero que tuvo la Argentina. Fue apoyado por más del 90% del electorado, obteniendo 124.865 votos. No dudó en enfrentarse a grandes emporios económicos, como el de la empresa Bunge y Born, en defensa de los intereses provinciales.

Había sido un dirigente obrero, de vieja tradición militante en el yrigoyenismo y contra la empresa británica La Forestal; consideraba que la población ya estaba madura para hacerse cargo de su propio destino y dejar de depender del Ejecutivo nacional.

³³ MAYOR, S., “De Belgrado a Resistencia: la influencia yugoslava en la constitución peronista del Chaco”, en *Periodismo Popular*, en <https://www.notasperiodismopopular.com.ar/2017/01/12/belgrado-resistencia-influencia-yugoslavia-constitucion-peronista-chaco/> (consultado el 24-6-2023).

greso, se aprobaron la ley electoral y el censo de 1947, dos elementos claves para los siguientes comicios nacionales y que, para el caso de los territorios nacionales, determinaba la elección de delegados con voz, pero sin voto en la Cámara de Diputados. Es durante el proceso de discusión que Eva Duarte de Perón presentó una nota en el Senado de la Nación el 21 de junio de 1951, como presidente del Partido Peronista Femenino, en la que solicitaba la provincialización del Chaco y de La Pampa, ya que ambos territorios contaban con recursos propios, como para constituir una unidad económica autónoma, y además, población como para trabajar sus tierras y explotar sus riquezas, y cultura cívica. Probablemente, el factor determinante fue la acción del sector gremial, atento que los sindicatos chaqueños, liderados por Carlos Gro, amigo personal de la primera dama, se habían convertido en un respaldo seguro para lograr una organización provincial.

Finalmente, por la ley 14.037, sancionada el 20 de julio y promulgada el 8 de agosto de 1951, se provincializaron los territorios de La Pampa y Chaco. Se destituyeron los gobernadores de los exterritorios nacionales, quienes, hasta que no se constituyeran las autoridades provinciales, serían reemplazados por comisionados federales. El Chaco y La Pampa habían entrado en un momento de transición: ya no eran territorios, pero aún no se encontraban organizados como provincias.

Juntamente con las elecciones presidenciales de noviembre de 1951, señala Martha Ruffini³⁴ en las que participaron por primera vez los habitantes de los territorios y que consagraron la fórmula Perón-Quijano, se eligieron los convencionales constituyentes de las dos nuevas provincias. En el Chaco se presentó el Partido Justicialista, la Unión Cívica Radical, el Partido Comunista, el Partido Socialista y el Partido Demócrata Progresista. La totalidad de los convencionales electos fue peronista, con un 80% de los votos. En cuanto a la composición, ocho convencionales representaban al sector gremial y siete al sector político. De esta manera, la CGT local mantenía su papel preponderante dentro del proceso.

³⁴RUFFINI, M., “La consolidación inconclusa del Estado: los territorios nacionales, gobernaciones de provisionalidad permanente y ciudadanía política restringida (1884-1955)”, en *Revista SAAP*, vol. 3, núm. 1, 2007, Buenos Aires, p. 143.

Más allá de los aspectos formales de la Convención, cuando nos involucramos en el texto de la Constitución, ya en el Preámbulo comienza con una novedad: “Nos, los representantes del pueblo trabajador de la Provincia...”, y no el común: “Nos, los representantes del pueblo...”, característico de las Constituciones impregnadas del espíritu de la Revolución francesa. La apelación específica al *pueblo trabajador* indicaba el carácter específicamente justicialista, pues una de las verdades del justicialismo –la número cuatro– reza: “No existe para el Justicialismo más que una clase de hombres: los que trabajan”. Surge también del Preámbulo la invocación a Dios y mencionaba, entre sus objetivos, afianzar “...una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana...”

En el cuerpo del texto constitucional, en el inicio se encontraba una Sección Primera con cinco capítulos: *Declaraciones generales, derechos, deberes y garantías, Derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad y de la educación y la cultura, Educación e instrucción, Función social de la propiedad, régimen económico y de los servicios públicos y Salud pública*; y una Sección Segunda sobre el “régimen electoral”.

En cuanto a los antecedentes para la elaboración de la Constitución del Chaco, en el año 1951 visitó el país el dirigente sindical yugoslavo Takel Rusel junto con Jovan Djordjević³⁵, mano derecha de Edvard

³⁵ Jovan Djordjević fue politólogo y jurista, quien se desempeñó principalmente como asesor y mano derecha del dirigente Edvard Kardelj, especialmente en lo relacionado con la elaboración de las diversas Constituciones que rigieron en la antigua Yugoslavia durante sus 46 años de vida. Así fue como participó activamente en la redacción de la primera Constitución de 1946, la cual fue un calco de la soviética. Posteriormente se elaboraron las versiones de 1953, 1963 y 1974, en las cuales también participó Djordjević. La de 1974 fundó nuevos principios de estatalidad al fortalecer el papel de las repúblicas y las provincias autónomas, imprimiéndole un marcado énfasis federalista. También se desempeñó como presidente de la Corte Constitucional de Serbia entre 1971 y 1979. La Constitución del Chaco se inscribe en las conceptualizaciones elaboradas por Jovan Djordjević, como por ejemplo el concepto de “Federalismo polivalente”, el cual sería un sistema factible de adecuar los intrincados y numerosos intereses que un individuo puede tener, a través de privilegiar su inserción grupal o colectiva. Dicho argumento se basa en que la sociedad humana se encontraría atravesando una fase de transición entre el federalismo “tradicional” (territorial y político), hacia una nueva forma de federalismo, social, funcional y participativo.

Kardelj³⁶ –por aquellos años ministro de Asuntos Exteriores de Yugoslavia– y participó en la redacción de las Constituciones yugoslavas de 1953, 1963 y 1974. En este sentido apunta Mayor que a partir del trabajo de Kardelj, desarrollando el concepto de “constitucionalismo polivalente”, se construyó un concepto innovador que apunta : “...a sintetizar los múltiples intereses que puede haber en una sociedad determinada privilegiando las distintas formas de inserción de los individuos en términos colectivos”³⁷. Los mencionados representantes del Estado yugoslavo se entrevistaron con sus dirigentes de la CGT y con Eva Perón, a quienes explicaron el sistema constitucional yugoslavo cuyo rasgo distintivo era la participación de los trabajadores en el Poder Legislativo. Cabe destacar que había una diferencia fundamental entre las dos Constituciones: la yugoslava sostenía el partido único en tanto que la chaqueña reconocía la pluralidad de partidos.

El historiador chaqueño Héctor Ferreira atestigua que fue Evita quien ofreció el mayor impulso político a esta novedosa Constitución, afirmando: “Estos representantes (los del listado social) hablarán por la propia boca del territorio. Serán la voz de la tierra, directa y clara. Dirán lo que saben con pleno conocimiento de causa y pedirán lo que en justicia necesitan”. “Estos representantes (los del listado comunitario) hablarán por la propia boca del territorio. Serán la voz de la tierra, directa y clara. Dirán lo que saben con pleno conocimiento de causa y pedirán lo que en justicia necesitan”³⁸.

³⁶ Edvard Kardelj (1910-1979) fue uno de los principales dirigentes de la Yugoslavia titoísta. De origen esloveno, participó en la Segunda Guerra Mundial como partisanos de Josip Broz “Tito”. Posteriormente con la instauración del Estado comunista se desempeñó como uno de los máximos dirigentes del país (ministro de Relaciones Exteriores y presidente del Parlamento yugoslavo), se lo considera uno de los principales ideólogos del sistema de autogestión que le dio cierta especificidad al sistema socialista yugoslavo.

³⁷ MAYOR, op. cit.

³⁸ FERREIRA, H., citado en “Declaración de Interés por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, la creación de la Constitución de 1951 de la Provincia, Presidente Perón, aprobada el 22 de diciembre de 1951”, en Diputados, <https://www.diputados.gov.ar/comisiones/permanentes/caconstitucionales/proyectos/proyecto.jsp?exp=5799-D-2014> (consultado el 23-6-2023).

VI. Los fundamentos de la representación política en el constitucionalismo comunitario

Cuando se señala que la Constitución del Chaco de 1951 fue el instrumento que terminó de cerrar la concepción comunitaria constitucional, es porque considera sus bases en que las comunidades nunca se han formado por la suma de individualidades que racional y voluntariamente decidieron pactar para construir una sociedad civil y política, sino todo lo contrario, siempre se constituyeron naturalmente a partir del núcleo básico familiar pasando al conjunto orgánico de familias o de otros grupos naturales. El resultado se debe a un proceso histórico y no de un contrato social. Es el hombre, en tanto *zoon politikón*, el que por naturaleza constituye la comunidad –no la sociedad, que es una construcción artificial–. En este sentido señala Buela: “...es en esas instituciones de la comunidad, denominadas cuerpos intermedios que están ubicados entre la familia y el Estado, en donde el hombre tiene sus intereses y éstos son los que deben de ser representados delante del poder político. Estas organizaciones que el pueblo se da libremente para defensa de sus intereses más concretos y específicos son de dos tipos: territoriales (el municipio, las asociaciones vecinales, etc.) o funcionales (profesionales, empresarias, sindicales, culturales, deportivas, etc.). La representación política orgánica está entroncada con los intereses particulares de las organizaciones intermedias y de los individuos que pertenecen a dichas instituciones. El diputado ya no se atribuye ser el representante de “la voluntad general”, ni de los individuos, ni peor aún de “los partidos” en la degeneración de la democracia, sino de los intereses de cada una de las esferas esenciales de la sociedad, con lo cual se evita que uno (el representante) esté simplemente en el lugar del otro (el representado), sino que el interés mismo está efectivamente presente en los diputados representantes. Esto lo dijo Hegel en 1831, razonando con total libertad, claridad y sabiduría”³⁹.

Lo expresado por Buela son las bases filosófico-políticas sobre las que se sostiene el sistema de representación política para el constitu-

³⁹ BUELA, A., “Notas sobre el peronismo”, Grupo Abasto, Buenos Aires, 2007, ps. 30-31.

cionalismo comunitario. Por un lado, el poder representa a la comunidad, y por otro, la comunidad; en este caso la comunidad se representa junto o ante al poder. En el primer caso la comunidad es representada por la autoridad, en el segundo caso ella se representa delante del Estado como una realidad existencial. Agrega Buela: “Así el poder representa a una sociedad política en cuanto que constituye una unidad en el Estado, pero la sociedad se representa delante del poder en cuanto multiplicidad de organizaciones. En la representación partidaria se procura dar representación a varias corrientes de opinión y a las minorías en la representación proporcional. En la representación orgánica se tienen en vista los intereses de las organizaciones que componen la comunidad”⁴⁰.

Pero como el centro de decisión política es siempre el poder, la simple existencia de cuerpos intermedios no basta para lograr las reivindicaciones comunitarias, el pueblo aspira también a influir en las decisiones políticas, en una palabra, a participar del gobierno y para ello es necesario que las organizaciones libres del pueblo tengan, como los partidos políticos, representación política en el cuerpo legiferante.

En orden a lo glosado, podemos encontrar a la primera experiencia histórica, como ya hemos comentado con la República socialdemócrata de Weimar en 1919 con la incorporación del Consejo Económico Nacional, compuesto por los cuerpos intermedios y cuya función era emitir dictamen preceptivo sobre los anteproyectos de leyes del Estado. Contrariamente a lo que comúnmente se afirma, la Italia fascista no fue ninguna experiencia de representación orgánica porque anuló, lisa y llanamente, la representación política y adulteró o, mejor aún, desnaturalizó la doctrina corporativista que durante el siglo XIX y principios del XX, los pensadores sociales católicos como La Tour du Pin, Albert de Mun y Vogelsang habían elaborado y opuesto al liberalismo de la Revolución francesa⁴¹.

Una segunda experiencia es la plasmada en la Constitución de la República Federativa Popular de Yugoslavia de 1948, en la época de Josip Broz “Tito”, donde la Asamblea Popular Federal estaba com-

⁴⁰ Íd., p. 31.

⁴¹ Íd., p. 32.

puesta por dos cámaras: el Consejo Federal y el Consejo de Productores; unos llevaban la representación política y los otros la representación económica. Los primeros eran elegidos por todo el pueblo y los segundos por los miembros de las diferentes y múltiples cooperativas. De esta forma se instauraba un sistema socioeconómico de socialismo autogestionario, que se percibió en general como una tercera vía alternativa tanto al de los Estados Unidos como al de la Unión Soviética. Asimismo, en 1949, con la aprobación de la “Ley de los Comités del Pueblo”, el partido había aumentado las prerrogativas de las comunidades locales, la Ley Constitucional de 1953, que modificaba casi por completo la Constitución de 1946, impulsaría una reorganización total de la representación política fundada en la descentralización y la autogestión. Años más tarde, estos principios quedarían consagrados en el ordenamiento jurídico yugoslavo mediante la sanción de la Constitución de 1963.

Una tercera experiencia se produjo con la circunstancia constitucional del Chaco, aquí analizada, donde se establece el voto profesional, el cual tenía por objeto, como relata en su informe el gobernador Felipe Gallardo, la formación de una comunidad organizada. Era un incentivo para que el pueblo del Chaco se organizara por sectores y con el voto de los afiliados contarán con una representación directa en la Cámara de Diputados.

Si bien la Constitución del Chaco recogió las disposiciones de carácter económico y social incluidas en la Constitución del 49, existe entre estas dos Constituciones una diferencia sustancial, pues la del 49 no llega a modificar el régimen de representación demoliberal respetando el monopolio que ejercen los partidos políticos en dicho campo, mientras que la del Chaco lo hace. En los artículos 33⁴² y 118 se

⁴² Chaco, Constitución de 1951, art. 33: “El Poder Legislativo se ejercerá por una Cámara de Representantes cuyo número será de uno por cada 14.500 habitantes o fracción que no baje de siete mil quinientas. Después de la realización de cada censo general, la Legislatura fijará la representación con arreglo a aquél, pudiendo aumentar, pero no disminuir el número de legisladores. La mitad de la representación será elegida por el pueblo de la provincia, dividida ésta en tantas circunscripciones como número de legisladores componga esa mitad. La otra mitad de los representantes será elegida por los ciudadanos que pertenezcan a las entidades profesionales que se rigen por la ley de asociaciones profesionales, debiendo estar integrada la lista de candidatos con

regula y establece la modificación de la que hablamos. En ellos se establece que habrá una Cámara de representantes compuesta por 30 miembros (el Chaco tenía en la época 450.000 habitantes), la elección de 15 representantes provenientes de los listados de los partidos políticos será a pluralidad de votos y por todo el pueblo, y la elección de los otros 15 representantes, también a pluralidad de sufragios, pero sólo votada y compuesta por los ciudadanos que pertenezcan a las entidades profesionales⁴³. Cabe destacar que esta novedosa disposición constitucional no fue pensada como un reemplazo de los partidos políticos sino más bien como una profundización de la democracia⁴⁴.

Se trataba, según describe Roberto de Jesús Zalazar⁴⁵, de una forma de participación profesional en uno de los poderes del Estado. Muchos criticaron este sistema, pero era parte del programa de Perón, el que tenía por objeto la formación de una comunidad organizada, la organización del pueblo. No se trataba de un privilegio, era un incentivo para que la gente se organizara por sectores. Porque tanto derecho tenía el obrero organizado como el profesional organizado. Porque es distinto dialogar con un grupo de mecánicos o un grupo de abogados que hacerlo con representantes de sus organizaciones. Y así por medio del “voto gremial” ellos contaban con una representación directa en la Cámara de Diputados. Por eso se estableció: el voto del ciudadano y el voto sindical o profesional. Entonces si usted estaba afiliado a una entidad que integrara la Confederación General del Trabajo, la Confederación General de Profesionales o la Confederación General Económica, usted tenía derecho al “doble voto”.

Para los defensores de esta innovación constitucional su intención fue poner al alcance del pueblo trabajador (obreros, empleados, industriales,

miembros de dichas entidades, dividida igualmente la provincia en tantas circunscripciones como número de legisladores compongan esa mitad”.

⁴³ BUELA, A., “Consecuencias politológicas del Congreso de filosofía del 49”, en Conferencia magistral en el Congreso de Filosofía, Mendoza (del 19-9-2009), Centro de Estudios Estratégicos Suramericanos, Federación del Papel, Escuela de Gobierno, Buenos Aires, 2009.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ ZALAZAR, R., “El Chaco: del territorio nacional a la provincia autónoma”, ed. del autor, Resistencia, p. 219.

comerciantes, profesionales, trabajadores de cualquier rama y oficio) la representación parlamentaria sin tener que subordinarse a las oligarquías partidarias que normalmente manejan los partidos políticos⁴⁶.

Conclusiones

Hoy vemos que hay sectores que insisten en una revitalización de los preceptos de la Constitución de 1949, pero lo hacen dentro de la corriente del constitucionalismo social, como si fuese un instrumento jurídico más de un Estado de Bienestar o keynesiano y de esta forma negar que estaba impregnada del sentido filosófico dado por la idea de comunidad organizada, es decir que venía a dar cuenta de una Constitución real que reconocía un programa de democracia social, participativa, profundamente cristiano y humanista, edificada en torno a la acción de las organizaciones libres del pueblo, siendo el sujeto político el pueblo autónomo organizado libremente y en último lugar, en el plano geopolítico, la comunidad erigida como un proyecto civilizatorio alternativo. Otro mal que causan, en su afán de reivindicar a la Constitución de 1949, es pretender derogar en este momento histórico, la Constitución escrita, lo cual a priori se torna esencial, pero es necesario construir una estrategia a largo plazo e interrogarse sobre qué circunstancias deben darse, cómo pensamos una nueva Constitución real con justicia, soberanía e independencia y con el protagonismo de qué actor constituyente.

En orden a lo señalado, es preciso indicar, como se hizo a lo largo del presente artículo, que la Constitución Nacional de 1949 fue conocida por la inclusión de disposiciones de carácter económico y social, y sin lugar a dudas ahí radica su fuerza, pero también por concebir al constitucionalismo en otra clave, en clave situada, en clave comunitaria a pesar de no haber modificado el régimen de representación parlamentaria demoliberal. Asimismo, esta tradición constitucional recién con la Constitución del Chaco de 1951 llegaría a su mayoría de edad, ya que planteó un camino nuevo a explorar, que lo diferenciaba del corporativismo de Estado del fascismo, o la experiencia de partido único de Yugoslavia, en sentido contrario proponía una nueva forma de participación, idea medular del

⁴⁶ *Ibíd.*

justicialismo, donde las organizaciones libres del pueblo, creadas libremente de abajo hacia arriba y sin intervención del Estado, tomaban un rol protagonismo en lo económico e institucional.

Bibliografía

- ABERG COBO, Martín, “Reforma electoral y sufragio familiar”, Buenos Aires, Kraft, 1944.
- AMADEO, Rómulo, “El gobierno de las profesiones y la representación proporcional”, Buenos Aires, Sebastián Amorrtu, 1922.
- BUELA, Alberto, “Consecuencias politológicas del Congreso de filosofía del 49”, en Conferencia magistral en el Congreso de Filosofía, Mendoza (del 19-9-2009), Buenos Aires, Centro de Estudios Estratégicos Suramericanos, Federación del Papel, Escuela de Gobierno, 2009.
- “La Constitución chaqueña de Evita. Los sindicatos al Poder. 1951”, en Nacional y Popular, [https://nacionalypopular.com/2018/09/21/la-constitucion-chaquena-de-evita-los-sindicatos-al-poder-1951/\(consultadoel13-11-2019\)](https://nacionalypopular.com/2018/09/21/la-constitucion-chaquena-de-evita-los-sindicatos-al-poder-1951/(consultadoel13-11-2019)).
- “Notas sobre el peronismo”, Buenos Aires, Grupo Abasto, 2007.
- BUKOVAK, Carlos, “Las ideas y proyectos corporativistas en la Argentina del siglo XX”, en REPHIP, <https://rephip.unr.edu.ar/handle/2133/6489?show=full> (consultado el 12-1-2019).
- Facultad de Derecho (UBA), “Encuesta sobre la revisión constitucional”, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 1949.
- FERREIRA, Héctor, cit. en *Declaración de Interés por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, la creación de la Constitución de 1951 de la Provincia Presidente Perón, aprobada el 22 de diciembre de 1951*, en Diputados, <https://www.diputados.gov.ar/comisiones/permanentes/ca-constitucionales/proyectos/proyecto.jsp?exp=5799-D-2014> (consultado el 23-6-2023).
- IBARGUREN, Carlos, “La inquietud de esta hora: liberalismo, corporativismo, nacionalismo”, Buenos Aires, Boldán, 1934.
- “La reforma constitucional”, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1948.
- LEGÓN, Faustino, “Mutabilidad e inmutabilidad constitucional”, en AA. VV., *Reforma de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Acción Social, 1948.
- “Reformas democráticas y supremacía constitucional”, en *Cuestiones de política y Derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1951.

- LEONI, María Silvia y SOLÍS CARNICER, María del Mar, “Peronismo, diseño institucional y centralización política. Un análisis a partir de dos espacios subnacionales argentinos: Corrientes y Chaco (1946-1955)”, en *Iberoamericana*, Madrid, Ibero-Amerikanische Institut Preußischer Kulturbesitz, 2015.
- MAGGIO, Mayra, “El peronismo en el Chaco. Una aproximación a sus orígenes”, en LEONI, María Silvia y SOLÍS CARNICER, María del Mar (comp.), *La política en los espacios subnacionales. Provincias y territorios en el nordeste argentino (1880-1955)*, Rosario, Prohistoria, 2012.
- MAYOR, Santiago, “De Belgrado a Resistencia: la influencia yugoslava en la Constitución peronista del Chaco”, en *Periodismo Popular*, [https:// www.notasperiodismopopular.com.ar/2017/01/12/belgrado-resistencia-influencia-yugoslavia-constitucion-peronista-chaco/](https://www.notasperiodismopopular.com.ar/2017/01/12/belgrado-resistencia-influencia-yugoslavia-constitucion-peronista-chaco/) (consultado el 24-6-2023).
- PERÓN, Juan Domingo, “La comunidad organizada”, Buenos Aires, Fabbro, 2015.
- PESTANHA, Francisco, “La Constitución de 1949 como producto histórico cultural”, en *Nacional y Popular*, <https://nacionalypopular.com/2015/04/24/la-constitucion-de-1949-como-producto-historico-cultural-1/> (consultado el 28-3-2020).
- QUARRACINO, José, “Peronismo y Doctrina Social de la Iglesia”, en *Historia del Peronismo*, <https://historiadelperonismo.com/?p=9821> (consultado el 19-11-2019).
- RÍOS, Ernesto, “Suite constitucional incompleta”, en 1949: Rumbos de Justicia, Fondo Editorial, 2009.
- RUFFINI, Martha, “La consolidación inconclusa del Estado: los territorios nacionales, gobernaciones de provisionalidad permanente y ciudadanía política restringida (1884-1955)”, en *Revista SAAP*, vol. 3 (núm. 1), Buenos Aires, 2007.
- WILLIAMS, Roy Carlos, “Fenomenología del peronismo”, Buenos Aires, Biblos, 2015.
- ZALAZAR, Roberto de Jesús, “El Chaco: del territorio nacional a la provincia autónoma”, Resistencia, ed. del autor.

GÉNERO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: EL IMPACTO Y LA NECESARIA APLICACIÓN DE NORMAS DE FONDO Y CONVENCIONALES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

por ANTONELLA CHIARRELLO¹ y DENISE FRONTANINI²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Conceptos fundamentales y transversales. 3. Procedimiento administrativo como garantía ciudadana e instrumento de control. 4. Normativa de género. Aplicación concreta en los procedimientos administrativos. 5. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Los feminismos y la aplicación de la perspectiva de género vienen conquistando terreno negado históricamente por los discursos de poder, entre ellos, el Derecho. Sin embargo, dentro de las distintas ramas jurídicas, parecería que el Derecho Administrativo es una de las que más ha diferido su abordaje. Dada tal situación nos preguntamos: ¿cuál es la razón de este silencio? ¿Acaso no se ve afectada la materia

¹ Abogada (Universidad Nacional de Rosario). Profesora en Derecho (Universidad Abierta Interamericana). Especialista en Abogacía del Estado (Escuela del Cuerpo de Abogados/as del Estado-PTN) y en Magistratura (UNR). Docente en Derecho Privado. Parte General (UNR).

² Abogada (Universidad Nacional de Rosario). Profesora en Derecho (Universidad Nacional de Rosario). Diplomada en Derecho Procesal Constitucional (UCA). Miembro de la cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho (UNR) a cargo de la Dra. Raquel Alianak.

administrativa en ninguna manera por ello? ¿Impacta dicha perspectiva en el Derecho Administrativo? En el supuesto afirmativo, ¿cómo se ven afectados sus institutos de manera concreta? Claro es que son muchos los interrogantes y pocas las respuestas. Pese a la amplitud y las vicisitudes en materia de género, en este trabajo intentamos aproximarnos al análisis de esta óptica a través de la figura del procedimiento administrativo. Se analizará cómo normas de tipo general y no específicamente administrativas o procedimentales, internacionales y locales, traen reglas a cumplir por parte del Estado en todos sus estadios y tienen incidencia fundamental en el recorrido de los ciudadanos y ciudadanas y el resguardo de sus garantías hasta el dictado de un acto administrativo. Pensar al Derecho Administrativo y a los distintos procedimientos en clave de género es necesario ya que es pensar en clave de derechos humanos.

Abstract

Feminisms and the application of the gender perspective have been conquering ground historically denied by the discourses of power, among them, the Law. However, within the different legal branches, it would seem that Administrative Law is one of those that has deferred its approach the most. Given such a situation, we ask ourselves: what is the reason for this silence? Is the administrative matter not affected in any way by it? Does this perspective have an impact on Administrative Law? If so, how are your institutes concretely affected? Of course, there are many questions and few answers. Despite the breadth and vicissitudes in terms of gender, in this paper we try to approach the analysis of this perspective through the figure of administrative procedure. It will be analyzed how norms of a general type and not specifically administrative or procedural, international and local, bring rules to be complied with by the State in all its stages and have a fundamental impact on the journey of citizens and the protection of their guarantees until the issuance of an administrative act. Thinking about Administrative Law and the different procedures in terms of gender is necessary since it is thinking in terms of human rights.

Palabras clave

Derecho Administrativo. Perspectiva de género. Procedimiento.

Keywords

Administrative Law. Gender perspectiva. Procedure.

1. Introducción

Los feminismos y los discursos en relación con la perspectiva de género vienen conquistando terreno negado históricamente por los razonamientos hegemónicos y patriarcales. Sin embargo, no podemos desconocer los avances que ha habido en torno a las diversas fuentes del Derecho sobre esta materia intentando iluminar todo el sistema jurídico. Ahora bien, como adelantamos, no todas las ramas del Derecho han tenido el mismo avance, y pareciera que el Derecho Administrativo mostrará cierta reticencia al abordar la temática.

Autoras como Caputi, Ivanega, Salvatelli, entre otras, sostienen que es innegable la gran falencia del Derecho Administrativo argentino actual, como rama autónoma de nuestro ordenamiento jurídico en materia de género y diversidad. Sin embargo, rescatan los progresos y la evolución que ha tenido la jurisprudencia al respecto.

En concordancia con esta afirmación, el doctor Carlos F. Balbín expone la encrucijada en la que se encuentra esta rama en tanto parece incapaz de observar el contexto social y tomar razón de los cambios³. El autor explica que el hecho de no haber sido capaz de comprender los fenómenos sociales generó dos consecuencias. Por un lado, el empobrecimiento del Derecho, y, por el otro, su menor utilidad como herramienta de regulación, ordenación y resolución de los conflictos, o al menos desde el punto de vista de la percepción humana. En este sentido, explica que esto se debe a la lógica del pensamiento en la era de la modernidad, el positivismo y el mito del progreso ilimitado que transformó nuestra forma de pensar e impactó en el contenido y

³ BALBÍN, C., “Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general”, 1ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 326.

el alcance del Derecho. Así pues, la razón instrumental se tradujo básicamente en el progreso indefinido, el individualismo, el consumismo y el mercado sin reglas. Cabe preguntarse, entonces, si en esa matriz cultural, el Derecho es capaz de contribuir a crear verdaderas condiciones de inclusión.

En el comentario al libro “Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general”, de autoría del doctor Balbín, la doctora Caputi expone que falta mucho para reconciliar al Derecho Administrativo con las legítimas demandas sociales que nos interpelan y con la realidad que lo circunda, porque el que llega a nuestros días, si bien trae consigo un conjunto de reglas sobre derechos, privilegios y límites, es un *corpus* que está “incompleto y desarticulado”⁴. En la obra citada se nos recuerda que es privativa de dicha rama la persecución de un bien común o un interés público, cuyo resguardo queda en manos del Estado y que, aun así, se ha mostrado impermeable al constitucionalismo social, salvo en algunas tímidas incorporaciones de los últimos tiempos, tal vez por no quedar tan expuesto a las críticas sociales. Por lo tanto, es necesario crear otros modos de pensar, alejados de la cultura de la razón instrumental.

Con buen criterio, la jurista citada observa que en cada ámbito del Derecho se puede observar un avance en este sentido. Por ejemplo, con la sanción del Código Civil y Comercial en 2015, el Derecho Civil se empapó de una perspectiva de derechos humanos, ponderando en la máxima categoría a la dignidad humana. En el Derecho Penal, con la consagración del principio *in dubio pro reo*; en el Derecho Laboral, el reconocimiento del *in dubio pro operario*; en el Derecho de Consumo, el *in dubio pro consumidor*. Estas pautas de interpretación facilitan la interpretación en pos de los derechos de los más vulnerables. Sin embargo, cuando se quieren trasladar estos principios al Derecho Administrativo, y más aún en los procedimientos, vemos que no han sido receptados de forma plena, en parte porque hay una tendencia al *in dubio pro* administración que merma la posibilidad de aplicar una

⁴ CAPUTI, C., “Comentario bibliográfico: Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 2021, p. 177.

mirada más inclusiva, de género y de derechos humanos. Prima facie hay una tensión o una incompatibilidad que no es tal, pero que así se percibe⁵.

Para comenzar a desentrañar qué sucede con los procedimientos atinentes a cada institución pública, es necesario un estudio exhaustivo de cuestiones cuyo análisis no es tradicional en el Derecho Administrativo, y que se vinculan con aspectos del obrar estatal o de organismos públicos, bajo un enfoque de género.

Antes de realizar una introspección dentro de esta rama del Derecho, es interesante plasmar las palabras de la doctora Alicia Ruiz, en relación con el discurso jurídico, quien hace referencia a que es un entretejido de discursos sociales diversos:

“El Derecho no deviene ni de la pura razón, ni de dios; es parte de la cultura, es contingente y cambiante. Es opaco, las ficciones lo atraviesan y su trama es la de un relato peculiar que constituye realidades y sujetos, que legitima o deslegitima pedazos del mundo, que naturaliza y declara verdaderos sólo lo que incluye en su texto bajo determinadas formas”⁶.

Desde una teoría crítica, el discurso jurídico encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social, se instala como legitimador del poder, al que torna neutral. Es un discurso que se expone como coherente y racional, cuya regla básica busca determinar quiénes están autorizados para imponer un sentido jurídico con el afán de justificar sus actos o palabras. Esa autorización se plantea en términos de doble ficción: la primera es que la misma “proviniese del propio discurso” y su único efecto “fuese únicamente producir normas”. Algo que como operadoras jurídicas comprendemos que no es verdad.

Por eso, coincidimos con la autora mencionada cuando enfatiza sobre el compromiso y deber de las mujeres estudiosas del Derecho

⁵ CAPUTI, C., Jornada de Clausura 2021, Panel 8, Perspectiva de Género y Derecho Administrativo, del 24-1-2022, en YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=dxScgl6-gE&t=1361s>.

⁶ RUIZ, A., “Cuestiones acerca de mujeres y Derecho”, en SANTAMARÍA, SALGADO y otros (comps.), *Aportes para el debate: el género en el Derecho. Ensayos críticos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 116.

en las luchas feministas y no porque seamos representantes de todas las mujeres, sino que somos poseedoras de un saber peculiar y complejo, que naturaliza al mundo social, disciplina las conciencias y los cuerpos y es el discurso del poder⁷.

Repensar el Derecho y su función social es un desafío que va más allá de contar con un buen entramado de leyes o con buenas sentencias judiciales para las mujeres. Significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como un sujeto de Derecho y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad⁸.

Partimos de estas ideas siendo conscientes de que lo importante es cuestionar y observar con mirada crítica todas las instituciones que nos enseñaron en la facultad, donde lo que parece nuevo muchas veces es simplemente la reiteración de aquellos presupuestos que sostienen y justifican diferencias sexuales, criterios de normalidad y anormalidad, o reduccionismos binarios presentados como si fueran “la expresión de una verdad jurídica universal, ahistórica y absoluta”⁹. Este trabajo pretende aportar reflexiones sobre cómo los procedimientos administrativos suelen ser reproductores de estos estereotipos y exponer la posibilidad de hallar soluciones más justas o equitativas a través de la real aplicación de normas que prima facie no son procedimentales pero que su conocimiento es totalmente necesario.

2. Conceptos fundamentales y transversales

Previo a adentrarnos en los aspectos que hacen al procedimiento en sí, es necesario desarrollar algunos conceptos centrales que deben estar presentes, como son el género, los estereotipos, la perspectiva de género y la interseccionalidad.

En el desarrollo y la formación de los abogados y abogadas no puede faltar el sentido del equilibrio, el altruismo, la empatía y la

⁷ Íd., p. 119.

⁸ FACIO, A. y FRIES, L., “Feminismo, género y patriarcado”, en *Revista sobre enseñanza del Derecho en Buenos Aires* (núm. 6), 2005, p. 260.

⁹ RUIZ, op. cit., p. 120.

solidaridad. En esta línea, la doctora Ivanega sostiene que debe sumarse el pensamiento transdisciplinario e interdisciplinario, incluyendo la mirada antropológica, y que si bien esta disciplina, tradicionalmente, acudió a la economía o las ciencias de la administración, hay una obligación de quienes la estudiamos de añadirle sociología e incluso antropología para entender la vulnerabilidad, las brechas de género, la aludida feminización de la pobreza, el desempleo y demás fenómenos que no se pueden desconocer y que como ya sabemos nos atraviesan como sociedad¹⁰.

En este sentido, para definir género, estereotipos y perspectiva debemos recurrir a otras áreas. Así, se entiende por género a un conjunto de características, actitudes y roles sociales, que de forma cultural e histórica fueron asignados en virtud de su sexo, cuyo resultado ha sido colocar en una situación de desigualdad estructural e histórica a las mujeres y también a otros sujetos afectados en virtud del género¹¹.

Asimismo, los estereotipos de género son barreras que todavía encuentran las mujeres y que se hallan arraigados de manera profunda en cada sociedad, impidiendo la equidad de género. Al respecto, cabe aclarar que los estereotipos se tratan de preconcepciones de atributos o características, de roles. Es una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar¹². Según la Real Academia Española: “consiste en una imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable”¹³.

Éstos influyen directamente en las discriminaciones que sufren las mujeres, cuando por tal condición son desplazadas, estigmatizadas o se les imponen mayores pruebas para demostrar su capacidad o idoneidad, y lo peor es que ese “carácter inmutable” que se encuentra en

¹⁰ IVANEGA, M., “El principio de igualdad. Cuestiones de género”, en *Revista Derecho y Sociedad* (núm. 54), 2020, p. 93.

¹¹ *Íd.*, p. 93.

¹² En OHCHR, <https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/pages/genderstereotypes.aspx>.

¹³ Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, ed. del Tricentenario, act. al 2019.

la definición de la RAE parece con el transcurso del tiempo estar cada día más impregnado en la realidad y claramente esa resistencia no podemos tildarla de inocente. La doctora Pautassi explica que la sexualidad biológica se fue transformando en producto de la actividad humana, dando cuenta del hecho que las formas de ser mujer y de ser varón son una construcción social histórica y, por lo tanto, cambiante, diferente en cada grupo social y en cada momento histórico. Sin embargo, este eje que hoy parece elemental y bastante obvio requirió el derrumbamiento de la teoría de que las diferencias entre mujeres y varones eran naturales y que era inamovible lo “propio” de cada sexo. “El ser mujer o ser varón se transforma aun dentro de un tipo de organización genérica dada, por lo mismo, el contenido de ser mujer no es obligatorio y no está naturalmente determinado sino estructurado desde la historia y las relaciones de poder, y por lo tanto es modificable”¹⁴.

Una vez dilucidados estos conceptos centrales, es posible constituir desde el Derecho una categoría de análisis que permita conocer las diferentes dimensiones que abarca la discriminación contra las mujeres y las estrategias necesarias para combatirla. Es decir, se reconoce que la discriminación contra las mujeres sigue siendo una realidad generalizada y que la respuesta institucional y normativa ha tenido enormes obstáculos¹⁵. Sin embargo, consideramos que conocer a qué nos referimos cuando hablamos de género permitirá a su vez identificar los roles, identidades y estereotipos que contribuyen a situaciones de discriminación.

En suma, será posible aplicar a todos los procesos, áreas e instituciones del Derecho una real perspectiva de género. En definitiva se trata de lograr “relecturas, resignificaciones y reconceptualizaciones que permitan un análisis diferenciado del mundo y de la realidad; de la aplicación de las normativas e instrumentos internacionales de de-

¹⁴ PAUTASSI, L., “La igualdad en espera: el enfoque de género”, en *Lecciones y Ensayos de la Universidad de Buenos Aires* (núm. 89), 2011, p. 281.

¹⁵ MANTILLA FALCÓN, J., “La importancia de la aplicación del enfoque de género al Derecho: asumiendo nuevos retos”, en *Revista de Derecho Themis* (núm. 63), 2013, p. 131.

rechos humanos, para poder actuar sobre ella y transformarla mediante la práctica de relaciones igualitarias y no discriminatorias”¹⁶.

Finalmente se debe tener presente la interseccionalidad que según Crenshaw, citada por Madriz Franco, se puede definir como “el fenómeno por el cual cada individuo sufre opresión u ostenta privilegio en base a su pertenencia a múltiples categorías sociales”¹⁷. En otras palabras, implica tener en cuenta las diferencias y las diversas identidades que se construyen en base a distintas categorías históricamente vulnerabilizadas. Esta perspectiva nos da herramientas para pensar con más complejidad cómo se cruzan los diferentes ejes de desigualdad y qué necesidades específicas resultan de esos cruces.

3. Procedimiento administrativo como garantía ciudadana e instrumento de control

En reiteradas ocasiones se suele reducir al procedimiento administrativo como un plexo normativo destinado a regular el funcionamiento de la relación entre Administración y ciudadano/a¹⁸.

Sin embargo, en los últimos años se destacan los variados desarrollos doctrinales que hacen hincapié en una visión no restringida del mismo, considerando que no se trata de meras reglas instrumentales orientadas a la consecución de un objetivo determinado, sino que además configura un instrumento de gobierno y de control, a la vez que impone a las partes la adecuación de sus conductas a la juridicidad y pone de manifiesto el respeto del gobernante por el Estado de Derecho¹⁹.

¹⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos”, IIDH, San José, 2008, p. 174.

¹⁷ MADRIZ FRANCO, R., “La interseccionalidad en las luchas feministas”, en Fundación género con clase, <https://www.generoconclase.org.ve/2020/04/12/interseccionalidad-luchas-feministas/>, consultado el 15-12-2022.

¹⁸ SÁNCHEZ, A., “El procedimiento administrativo como herramienta de racionalización de poder”, en COVIELLO, P.; BIBILONI, H. y ARIAS, V. (eds.), *Procedimiento administrativo a 20 años de la reforma constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 11.

¹⁹ *Íd.*, p. 12.

En este sentido, coincidimos con el doctor Comadira, quien sostiene al respecto: “El procedimiento administrativo es la serie, secuencia o sucesión de actos que, dirigida a la satisfacción directa e inmediata del bien común o interés público, constituye el elemento ordenador, regulador y sistematizador del desenvolvimiento de la función administrativa del Estado [...] En ese marco, las formas –y el procedimiento es ‘forma’– cumplen un doble papel tuitivo, pues deben asegurar, por un lado, la eficacia de la gestión de la Administración, y, por otro, el respeto de los derechos e intereses particulares”²⁰.

Pues bien, debemos ser conscientes de que en el marco de un procedimiento administrativo se busca que la Administración exprese su voluntad a través de un acto administrativo que por lo general posee consecuencias en los derechos e intereses de los miembros de la comunidad con diferentes sentidos y alcances, generando beneficios y menoscabos según las circunstancias. Por ello, el procedimiento administrativo no debe limitarse a fijar reglas de carácter formal, sino que también debe considerar los derechos sustanciales que en el ámbito estatal y en la esfera de los particulares resultan involucrados con motivo del ejercicio de la función administrativa²¹.

Partiendo de esta base, es imprescindible prestar atención a los primeros contactos que se abordan entre el/la ciudadano/a con un agente de la Administración, en cualquier instancia (Mesa de Entradas, órgano competente para resolver, etc.) y la necesidad de que este/a último/a se encuentre debidamente capacitado/a para reconocer y detectar situaciones en donde se requiere aplicar normativa de fondo y principios generales del Derecho.

Cuando no hay protocolos existentes, necesitamos darle un lugar a la analogía, que implica observar qué fuentes del Derecho interno e Internacional poseemos para resolver determinados conflictos o situaciones a afrontar. Si el agente de administración no lo hace, o simplemente por desconocimiento no realiza una interpretación global del

²⁰ COMADIRA, J., “Derecho Administrativo: acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios”, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 124.

²¹ POZO GOWLAND, H., “Perspectivas y desafíos del procedimiento administrativo”, en COVIELLO, BIBILONI y ARIAS (eds.), op. cit., p. 167.

Derecho, pueden verse afectados derechos subjetivos y potencialmente encontrarnos frente a una situación de violencia institucional.

La ley 19.549 –Ley Nacional de Procedimiento Administrativo–, junto a su reglamentación por decreto 1759/72, establecieron diversas normas que rigen el procedimiento administrativo en el ámbito nacional. Asimismo, se han destacado los roles desempeñados por la Procuración del Tesoro de la Nación y la doctrina que fueron elaborando los principios del mismo, a saber: legalidad objetiva, oficialidad, informalismo a favor del administrado, debido proceso y derecho de defensa, igualdad e imparcialidad en la actuación de la Administración, entre otros²².

Sin embargo, no se puede desconocer que los cambios más significativos en dicha temática se dieron a partir de la reforma constitucional nacional en 1994, en especial por medio de los nuevos derechos y garantías que incorporó en sus artículos 36 a 43, y la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75, inciso 22²³.

Asimismo, y circunscribiéndonos a la temática específica, nos encontramos con un status normativo que posee un enfoque de género y que supone revisar los procedimientos administrativos en cada una de las instituciones estatales.

4. Normativa de género. Aplicación concreta en los procedimientos administrativos

En nuestro país existen varias normas que regulan en distintas áreas del Derecho la materia de género, a saber: la Ley 26.842 sobre Prevención y Sanción de Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas; la Ley 26.485 sobre Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales; la ley 27.499, la cual establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los Poderes Ejecutivo,

²² Íd., p. 169.

²³ *Ibíd.*

Legislativo y Judicial de la Nación; la ley 26.791, que incorpora al Código Penal la figura del femicidio y los crímenes de odio; la Ley 26.743 de Identidad de Género; la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, y demás resoluciones ministeriales y decretos presidenciales, como el 476/2021, que reconoce identidades por fuera del binomio masculino y femenino al incorporar la nomenclatura “X” en el documento nacional de identidad.

Asimismo, en el orden internacional la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer (Cedaw)²⁴, la cual posee jerarquía constitucional; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belém do Pará”)²⁵, con status supralegal.

Frente a este abanico de normas nos preguntamos: ¿ellas se dirigen al Derecho Administrativo? ¿Podríamos decir que no encontrándose dentro de un *corpus* específicamente procedimental afectan el instituto del procedimiento administrativo? Nuestra respuesta es afirmativa en ambos casos.

En la Convención de Belém do Pará, el vocablo “administrativo” aparece en su articulado reiteradas veces y contiene explícitas referencias a instituciones centrales de nuestra disciplina, tales como: el procedimiento administrativo, el proceder de los funcionarios públicos, el dictado de reglamentos para poner en ejecución los mandatos normativos asumidos por los Estados signatarios²⁶. Asimismo se observa en ella la referencia a “autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones”, “reglamentos”, “procedimientos” y los “mecanismos administrativos”, “normas administrativas”, y como último concepto el de “debida diligencia”.

El artículo 7º presupone que debería haber una labor de incorporación de sus mandatos, y de consecuente adaptación de los esquemas tradicionales de pensamiento en el Derecho Público argentino. Implica

²⁴ Ratificada en nuestro país por ley 23.179 en el año 1985.

²⁵ Ratificada en nuestro país por ley 24.632 en el año 1996.

²⁶ CAPUTI, M. C., “Institutos del Derecho Administrativo al servicio de los derechos de las niñas, mujeres y ancianas”, en BUTELER, A. (dir.), *Cuestiones estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, buena administración y derechos individuales*, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 273.

que las materias o cuestiones que integran el ámbito del Derecho Administrativo deben ser revisadas y transversalizadas, para incorporar una reformulación que las armonice con los mandatos de esta Convención²⁷.

Expresamente establece que “Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: a) abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c) *incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas*, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; d) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad; e) tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer; f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; g) *establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios* para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y h) adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención” (la cursiva nos pertenece).

Los incisos c, y g, son claros y contundentes: nuestra disciplina

²⁷ Íd., p. 276.

debe garantizar un espacio seguro a mujeres –y agregamos, diversidades– que han atravesado situaciones de violencia.

Otra ley hito es la que ratifica en nuestro país la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer” (Cedaw). Ésta incorpora la noción de discriminación de manera amplia que implica “...menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer”, y considera que se debe tener presente “la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra esfera” (art. 1º). De esta forma es la primera Convención internacional que, a diferencia de otros tratados de derechos humanos, no se erige como neutral en términos de género sino que promueve la creación de medidas de acción afirmativa para aumentar las oportunidades de participación económica, social, cultural, civil y política de las mujeres²⁸.

Como ya hemos hecho alusión: el objetivo del procedimiento es obtener en definitiva una expresión de voluntad por parte de la Administración –es decir, un acto administrativo–. Hasta el momento en que ello ocurra, tanto Administración como ciudadano/a recorren un camino en donde tiene que cumplirse una serie de principios y reglas que no encontramos en las clásicas normas procedimentales pero que necesariamente deben ser aplicadas. Ese camino comienza con el primer contacto de la ciudadanía con la Administración, el cual variará en sus aspectos materiales de acuerdo al ámbito de que se trate (empleo público, previsional, contratación, etc.) y en cualquier instancia (mesa de entradas, órgano competente para resolver, etc.). Se tomarán algunos ejemplos que creemos que son aplicables.

En el orden interno, la anteriormente citada ley 27.499, conocida como “Micaela”²⁹ y sancionada en 2018, establece la capacitación obli-

²⁸ PAUTASSI, op. cit., p. 283.

²⁹ La ley 27.499 lleva el nombre Ley Micaela en homenaje a Micaela García, asesinada en 2017 por Sebastián Wagner en Entre Ríos. Antes del femicidio, Wagner estaba preso por dos violaciones. El juez Carlos Rossi le otorgó la libertad condicional, a pesar de que los informes técnicos indicaban lo contrario. El caso es un ejemplo de la importancia de la formación en género en todos los ámbitos del Estado. Fuente: en YouTube, <https://www.youtube.com/watch?v=yyKCGihFiCo>, del 27-9-2022.

gatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. La Provincia de Santa Fe por ley 13.891 (2019) adhirió a la Ley Micaela y el decreto 192/2020.

Esto es fundamental porque el agente debe poder reconocer de inmediato una situación que pueda generar potencialmente una discriminación de género, y su tratamiento erróneo sin aplicar estas normas fundamentales puede implicar una violación al deber de debida diligencia y a los derechos humanos; esto conllevará una posible responsabilidad del Estado. En este sentido, la Corte Interamericana sostuvo en “Espinoza González vs. Perú” (2014) que “una capacitación con perspectiva de género implica no sólo un aprendizaje de las normas, sino deber de generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos”³⁰.

La Ley 26.743 de Identidad de Género, sancionada en 2012, trae una noción de género que no implica que la persona deba acudir a una intervención quirúrgica, hormonal, o realizar el cambio registral. Es decir que la persona con la sola invocación de una identidad autopercebida aunque difiera de la establecida en su documento de identidad tiene el derecho de ser tratada con su nueva identidad, y el Estado el deber de respetarla.

En esa línea el artículo 12 regula lo que denomina “trato digno”: “deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados. Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine

³⁰ DEFELIPE, O., “La capacitación como medida de prevención: la Ley Micaela”, en IVANEGA, M. (coord.), *Igualdad y género*, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 362.

las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a. En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada”.

Asimismo, el artículo 13 contempla un principio fundamental de aplicación e interpretación siempre a favor del acceso al derecho de identidad de género.

Por otra parte, el decreto nacional 476/2021 establece que la nomenclatura “X” en el campo “sexo” de cualquier formulario comprenderá las acepciones de no binaria, indeterminada, no especificada, indefinida, no informada, autopercibida, no consignada, u otra acepción con la que pudiera identificarse la persona que no se sienta comprendida en el binomio masculino/femenino.

5. Conclusiones

No debemos dejar lugar a dudas que cuando hablamos de perspectiva de género en definitiva hablamos de perspectiva de derechos humanos. Ése debe ser el puntapié de cada planteo al respecto: no se trata de “ideología” ni de ningún discurso o frase hecha; no es más ni menos que normas que son el resultado de luchas sociales de distintas organizaciones colectivas que materializan el cumplimiento de los compromisos asumidos por nuestra República como parte de una comunidad internacional.

Las normas que hoy tenemos representan no el techo sino –en base al principio de progresividad– el piso y la base de los derechos.

La temática nos encuentra, por un lado, pesimistas, y, por el otro, optimistas.

En el primer sentido, porque aunque se reconocen los enormes esfuerzos realizados desde distintos ámbitos y los avances obtenidos, aún quedan instituciones y prácticas que discriminan a la mujer y al colectivo LGTBIQ+ y mantienen su condición cultural de inferioridad. En este sentido, puede observarse que hay una distancia entre la norma y la realidad, es decir, entre el Derecho, su vigencia y

eficacia³¹. Aun así, reconociendo la extensa normativa nos encontramos ante un problema de estructuras jurídicas androcéntricas que no reconocen la importancia y entidad de las violencias institucionales que se dan muchas veces en los ámbitos administrativos³².

Sin embargo, también somos optimistas en el sentido de que tenemos armas concretas. Ya no hay excusas, no hay “vacío legal” para invocar cuando quiere solaparse un desconocimiento arbitrario de derechos. Asimismo, más allá de lo mencionado y del amplio plexo normativo, creemos que siempre es favorable la mención expresas en la normas de procedimiento de principios y reglas en materia de género.

Aún hay mucho trayecto en el Derecho por recorrer y muchas luchas por dar y es el deber de los distintos espacios académicos estar a la vanguardia y a la altura de los tiempos que corren.

Consideramos totalmente necesario propender a la investigación, estudio y desarrollo de la perspectiva de género en las distintas instituciones del Derecho, y que dicho impulso debe efectuarse principalmente en las universidades para que esta brecha mencionada entre norma y realidad disminuya cada vez más.

Bibliografía

- BALBÍN, Carlos, “Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general”, Buenos Aires, Astrea, 2020.
- BODELÓN, Encarna, “Violencia institucional de género”, en Anales de la Cátedra Francisco Suáres (núm. 48), 2014.
- CAPUTI, M.^a Claudia, “Comentario bibliográfico: crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general”, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, 2021.

³¹ LUETTO, M. V.; REVUELTA, R. y SANTILLÁN, M., “El Poder Judicial y la eficacia de la normativa de género. Estudio de caso en la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba”, en CARRASCO, M. y LUXARDO, N. (eds.), *El orden cuestionado: lecturas de Antropología Jurídica*, Universidad Nacional de General San Martín, Buenos Aires, 2017, p. 132.

³² BODELÓN, E., “Violencia institucional de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suáres* (núm. 48), 2014, p. 136.

- CAPUTI, M.^a Claudia, “Institutos del Derecho Administrativo al servicio de los derechos de las niñas, mujeres y ancianas”, en BUTELER, Alfonso (dir.), *Cuestiones estructurales de Derecho Administrativo. Instituciones, buena administración y derechos individuales*, Buenos Aires, Astrea, 2018.
- COMADIRA, Julio, “Derecho Administrativo: acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios”, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2003.
- DEFELIPE, O., “La capacitación como medida de prevención: la Ley Micaela”, en IVANEGA, Miriam Mabel (coord.), *Igualdad y género*, Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 362.
- FACIO, Alda y FRIES, Lorena, “Feminismo, género y patriarcado”, en Revista sobre enseñanza del Derecho en Buenos Aires (núm. 6), 2005.
- IVANEGA, Miriam Mabel, “El principio de igualdad. Cuestiones de género”, en Revista Derecho y Sociedad, 2020.
- “Igualdad y género”, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2019.
- LUETTO, María Verónica; REVUELTA, Raquel y SANTILLÁN, María Marta, “El Poder Judicial y la eficacia de la normativa de género. Estudio de caso en la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba”, en CARRASCO, M. y LUXARDO, N. (eds.), *El orden cuestionado: lecturas de antropología jurídica*, Buenos Aires, Universidad Nacional de General San Martín, 2017.
- MADRIZ FRANCO, Rebeca, “La interseccionalidad en las luchas feministas”, en Fundación género con clase, <https://www.generoconclase.org.ve/2020/04/12/interseccionalidad-luchas-feministas/>.
- MANTILLA FALCÓN, Julissa, “La importancia de la aplicación del enfoque de género al Derecho: asumiendo nuevos retos”, en Revista de Derecho Themis (núm. 63), 2013.
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “Mujeres y sus derechos en Argentina”, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2021, ts. I y II.
- PAUTASSI, Laura, “La igualdad en espera: el enfoque de género”, en Lecturas y Ensayos de la Universidad de Buenos Aires (núm. 89), 2011.
- POZO GOWLAND, Héctor, “Perspectivas y desafíos del procedimiento administrativo”, en COVIELLO, Pedro; BIBILONI, Homero y ARIAS, Verónica (eds.), *Procedimiento administrativo a 20 años de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

- RUIZ, Alicia, “Cuestiones acerca de mujeres y Derecho”, en SANTAMARÍA, SALGADO y otros (comps.), en *Aportes para el debate: el género en el Derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- SÁNCHEZ, Alberto, “El procedimiento administrativo como herramienta de racionalización de poder”, en COVIELLO, P.; BIBILONI, H. y ARIAS, V. (eds.), *Procedimiento administrativo a 20 años de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

GASTÓN BACHELARD Y EL DESAFÍO DE ROMPER CON LO OBVIO

por JAVIER HUMBERTO FACCO¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Propuesta epistemológica de Bachelard: constructivismo, cesura y antiesencialismo. 3. Devenir histórico: los tres estadios de la marcha científica. 4. Explicación epistemológica: marcha discontinua del conocimiento científico. 5. Superación de obstáculos y ruptura epistemológica. 6. Impronta psicológica: el juego dialéctico entre imaginación y razón. 7. Intencionalidad pedagógica: precedencia del error. 8. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En la perspectiva epistemológica de Gastón Bachelard la “ciencia” se construye mediante la producción abstracta de conceptos y en oposición a la “opinión” que de manera espontánea generalmente se forman las personas en base a los datos suministrados por la experiencia sensorial. Su propuesta en torno a la teoría del conocimiento es crítica del mero empirismo, definido por el autor como una actitud de “realismo ingenuo” que confía de forma acrítica y ciega en la información proveniente de los sentidos. Por lo demás, el planteo epistemológico de Bachelard puede caracterizarse como constructivista, antiesencialista y discontinuista, toda vez que el conocimiento se obtiene no de forma lineal y acumulativa, sino mediante rupturas y cortes que implican

¹ Abogado (UNR). Licenciado y profesor en Filosofía (UNR). Magíster en Derecho Privado (UNR). Doctor en Derecho (UNR). Magíster en Sistema Giuridico Romanista, Diritto Comparato e Diritto della Integrazione (Università Tor Vergata di Roma). Dottore di Ricerca (Università Tor Vergata di Roma). Profesor titular ordinario de la asignatura “Derecho Privado. Parte general” (Facultad de Derecho, UNR). Investigador adjunto del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR).

soluciones de continuidad de lo “establecido” por el denominado “sentido común”; en efecto, con cada interrupción de lo que afirma el sentido común se supera un *obstáculo epistemológico* que impide la consecución del conocimiento. De ahí que el filósofo francés pondere el error, la *superracionalidad* y la imaginación como factores decisivos para realizar un “psicoanálisis de la razón”, apto para liberar las fuerzas represivas internalizadas que impiden la plena realización del espíritu científico. En el presente ensayo se explora el pensamiento de Bachelard desde cuatro coordenadas: histórica, epistemológica, psicológica y pedagógica. Se trata de un cuádruple punto de vista convergente para la exposición sintética de su original modelo explicativo de evolución científica.

Abstract

According to Gastón Bachelard’s epistemological perspective, “science” is built through the abstract production of concepts and in opposition to the “opinion” that people generally form spontaneously based on the data provided by sensory experience. His proposal regarding the theory of knowledge is critical of mere empiricism (defined by the author as an attitude of “naive realism”), which blindly trusts the information coming from the senses. For the rest, Bachelard’s epistemological model can be characterized as constructivist, anti-essentialist and discontinuist, since knowledge is obtained not in a linear and cumulative way, but through ruptures and cuts that imply solutions of continuity of what is “established” by the so-called “sense common”; indeed, with each interruption of what common sense affirms, that epistemological obstacle that obstructed the achievement of knowledge is overcome. Hence, the French philosopher considers error, super-rationality, and imagination as decisive factors to carry out a “psychoanalysis of reason” that allows the release of internalized repressive forces that hinder the full realization of the scientific spirit. In this essay Bachelard’s thought is explored from four coordinates: historical, epistemological, psychological and pedagogical. It is a fourfold convergent point of view to synthetically expose the original explanatory model of scientific evolution.

Palabras clave

Ciencia. Evolución discontinua. Obstáculo epistemológico.

Keywords

Science. Discontinuous evolution. Epistemological obstacle.

1. Introducción

Gastón Bachelard (1884-1962) representa una figura central de la epistemología crítica francesa de su tiempo². La talla intelectual de este pensador, tan ecléctico como prolífico, puede dimensionarse por la notable influencia ejercida en filósofos como Louis Althusser (1918-1990), Georges Canguilhem (1904-1995) y Michel Foucault (1926-1984)³. Sus primeros intereses giraron en torno a la filosofía de las ciencias naturales, siendo la *microfísica* el campo privilegiado de las investigaciones emprendidas⁴. Sin embargo, en paralelo al rigor de su

² La epistemología se ocupa del proceso de constitución y fundamentación de los conocimientos científicos, distinguiéndose –en su fase fundacional– entre dos contextos: de descubrimiento y de justificación. El tema de esta disciplina reside en determinar aquellos criterios idóneos para justificar los conocimientos (validarlos mediante la verificación o refutación) en el ámbito de las ciencias. Según tal escorzo el canon epistemológico ha quedado circunscrito a los problemas vinculados al contexto de justificación. En un escenario dominado por esta tendencia, Bachelard ha sido considerado uno de los exponentes de las “epistemologías alternativas”, cuyas preocupaciones atañen al contexto de descubrimiento. Al respecto véase KLIMOVSKY, G., “Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología”, A-Z Editora, Buenos Aires, 1994, p. 390.

³ Georges Canguilhem y Michel Foucault, en este orden, sucedieron a Bachelard en la cátedra de “Historia y Filosofía de las Ciencias” de la Universidad de la Sorbona, en la cual permaneció entre 1940 y 1954 luego de dejar la Universidad de Dijón, donde había enseñado desde 1930.

⁴ Algunos datos biográficos pueden ilustrar el perfil sincrético de Bachelard y su amplia cultura. Nació en Bar-sur-Aube (región de la Champaña). Hijo de artesanos, fue educado en el seno de una modesta familia. Al concluir los estudios secundarios trabajó en la oficina de correos de Remiremont hasta 1906 y más tarde en París entre 1907 y 1913. En 1912 obtuvo la Licenciatura en Matemáticas. Su deseo de ser ingeniero se vio truncado por la Primera Guerra Mundial y su alistamiento en el Ejército. Al regresar a Bar-sur-Aube fue nombrado profesor de Física y Química. Cuando la “teoría de la relatividad” derrumbó las ideas que había adquirido en física se inclinó hacia

obra científica, a través del tiempo fue explorando en sus “libros placenteros” –como gustaba llamarlos– una interesante veta poética en la que denota una curiosidad muy atenta al *ser* de las cosas⁵.

La posición de Bachelard representa una tercera vía entre el programa epistemológico del *neopositivismo* o *empirismo lógico* surgido al calor del Círculo de Viena y basado en el análisis lógico (axiomatización) del material empírico con arreglo al modelo de las ciencias formales, y la *teoría crítica* de la Escuela de Frankfurt cuyo objeto estriba en la historia social y en la acción transformadora (praxis) del conocimiento. Su planteamiento intenta evitar ambos extremos, los cuales –a su juicio– conducen a sendos reduccionismos (logicismo y sociologismo, respectivamente).

En virtud de lo frondosa que ha sido la producción de Bachelard y su ulterior influencia en los más variados ámbitos de los estudios científicos, filosóficos y humanísticos, centraremos la atención en un trabajo que condensa lo esencial de su propuesta epistemológica: “La formación del espíritu científico” (1938)⁶. En esta obra se reflexiona sobre las condiciones históricas y psicológicas para el progreso de la ciencia con el foco puesto en la noción de “espíritu científico”, el cual es entendido como un sujeto no locativo (sin lugar) ni sustantivo (sin sujeto), sino como la acción de la inteligencia constructiva desplegada a lo largo del tiempo.

En efecto, su tarea consiste en hacer un “psicoanálisis del conoci-

la Filosofía. En 1920 obtiene una segunda Licenciatura en Letras. Consiguió el grado de doctor en 1927 con una tesis premiada y publicada en 1929 con el título “Essai sur la connaissance approchée” (“Ensayo sobre el conocimiento aproximado”). Cfr. FERRATER MORA, J., “Diccionario de Filosofía”, Ariel, Barcelona, 2004, p. 299.

⁵ Apunta FERRATER MORA, op. cit., p. 298: “Junto a las investigaciones de las estructuras de la razón, se deben a Bachelard estudios de interpretación psicológico-literaria de los ‘elementos fundamentales’ (tierra, agua, fuego, aire)”. Entre sus obras poético-filosóficas figuran: “La psychanalyse du feu”, 1938 (trad. española “El psicoanálisis del fuego”, 1953); “L’eau et les rêves: Essai sur l’imagination de la matière”, 1942; “L’air et les songes: Essai sur l’imagination du mouvement”, 1943 (trad. española “El aire y los sueños: ensayo sobre la imaginación del movimiento”, 1958); “La terre et les rêveries du repos: Essai sur les images de l’intimité”, 1948.

⁶ Su título completo original en francés es *La formation de l’esprit scientifique: contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, J. Vrin, Paris, 1938.

miento objetivo” con el objeto de evidenciar los valores (estructuras mentales) inmanentes a la actividad científica, cómo son vividos y actualizados en cada época y de qué manera todo esto incide en el acto mismo de conocer. El estudio devela la fuerte (y, tantas veces, “tácita”) influencia de los prejuicios, opiniones y creencias en la práctica científica cotidiana. De este modo, Bachelard contribuye a esclarecer la psicología y caracterología del investigador, destacando las cualidades intelectuales y éticas que a su parecer sería deseable que reuniera.

El objetivo de Bachelard es acercar las ciencias humanas a una poética. En su obra “Psicoanálisis del fuego” (1938) destaca que la filosofía podría fungir como espacio de interconexión entre ciencia y poesía, como opuestos de igual valor, operando en un flujo dialéctico (reversión de la negación hegeliana). En otras palabras, el temperamento filosófico sería la síntesis resultante de contraponer el espíritu científico (contractivo y taciturno) al espíritu poético (expansivo y luminoso). Así, el Bachelard más maduro en sus configuraciones metafísicas y científicas no dudó abreviar en la imagería de la “poesía” (con sus caleidoscópicas visiones espaciales, “tópicas”), la cual –a la luz de su etimología– significa precisamente “creación” o “producción” (del griego ποιήσις, *poíesis*, derivado a su vez del verbo ποιέω, *poieō*, “hacer” o “crear”)⁷.

2. Propuesta epistemológica de Bachelard: constructivismo, cesura y antiesencialismo

Es oportuno recordar a Néstor Braunstein cuando formula la pregunta básica de cómo se constituye una ciencia, y enuncia tres respuestas posibles: (a) por una parte, están quienes afirman que el camino de la ciencia es un recorrido lineal que parte del conocimiento directo que los sentidos nos confieren de las cosas. El saber científico tiene su primer apoyo en las apariencias y se constituye por un movimiento

⁷ Cfr. AA. VV., “Gastón Bachelard y la vida de las imágenes”, ed. por B. Solares, UNAM, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, México, 2009; LAPOUJADE, M. N., “Mito e imaginación a partir de la poética de Gastón Bachelard”, en *Revista de Filosofía. Maracaibo*, vol. 25, núm. 57, 2007, ps. 91-111.

progresivo desde lo evidente y más simple hacia lo desconocido y complejo; (b) otros, en cambio, postulan la existencia de una facultad especial del intelecto o del espíritu humano que le posibilita aprehender la esencia de los fenómenos de una manera súbita, intuitiva y exacta, trascendiendo los engaños de las apariencias que ocultan esa esencia; (c) por último, hay quien sostiene que la ciencia no se fundamenta en lo aparente a los sentidos ni tampoco tiene como fin la búsqueda de esencias arcanas. Por el contrario, la ciencia se construye merced a un trabajo de producción de conceptos enfrentando a los datos de la experiencia sensorial y a las convicciones espontáneas. Éstas son a juicio de Braunstein las tres concepciones epistemológicas dominantes: a) empirista (materialista) o continuista; b) intuicionista (esencialista) o discontinuista idealista, y c) de la práctica teórica o discontinuista materialista⁸.

Esta última es la concepción que milita Bachelard, para quien el “espíritu científico” nunca es algo acabado y concluso, sino que está en permanente formación, pasando por diferentes etapas y siempre sometido a la crítica racional. De ahí que su tono no pueda ser sino polémico. El conocimiento es una *construcción* y no una descripción aséptica de la realidad (posición contraria al realismo ingenuo), los conceptos científicos no son réplicas mentales de esencias y, por lo tanto, la ciencia no puede ser un mero reflejo (representación intelectual) de las cosas que hay en el mundo⁹. Corolario de todo ello es que el objeto en las ciencias sociales (y, en cierta medida, en las ciencias naturales) no sea algo dado sino un constructo o artificio, es decir, un resultado construido teóricamente que devela un aspecto hasta entonces desconocido de lo real. Para resumir este posicionamiento es oportuna la cita de un perspicaz apotegma acuñado por el autor: “Lo real no es jamás lo que podría creerse, sino siempre lo que debería haberse pensado”¹⁰.

⁸ Cfr. BRAUNSTEIN, N. A. *et al.*, “Psicología: ideología y ciencia”, 8ª ed., Siglo XXI, México, 1982, p. 7. Aclara el autor que los términos “continuista” y “discontinuista” deben entenderse en el sentido de continuidad o falta de continuidad entre la apariencia sensible y el conocimiento obtenido.

⁹ Cfr. CANGUILHEM, G., “Sobre una epistemología concordatoria”, en DEL BARCO, O. (dir.), *Introducción a Bachelard*, Calden, Buenos Aires, 1973, ps. 24-25.

¹⁰ BACHELARD, G., “La formación del espíritu científico”, trad. de J. Babini, Siglo XXI, México, 1972, p. 9.

De acuerdo a lo expuesto, resulta harto evidente que el enclave epistemológico de Bachelard es *antiesencialista*. En efecto, a su juicio, no hay un mundo previo de simples esencias esperando ser captadas por la ciencia, que luego se encargaría de formalizar y traducir en lenguaje científico. No puede sostenerse que hay una realidad ordenada antes de la ciencia ni fuera de ella, pues no existe lo sencillo o simple (sino lo “simplificado”). Con la expresión *natura constructa*¹¹, Bachelard argumenta que no existen las partículas aisladas en sí mismas, sino partículas aisladas por el hombre mediante una operación técnica dirigida a individualizar ciertos fenómenos, “producciones” humanas como resultado de una “fenomenotécnica”¹². No existe el objeto sencillo, homogéneo, no articulado. La simplificación es un proceso operacional destinado a seleccionar lo que nos interesa en este momento, abstrayéndolo de un contexto¹³.

La ciencia se hace *contra* la experiencia, *contra* la percepción, *contra* toda actividad técnica usual. La ciencia corresponde a un mundo por construir y no a un mundo por describir. Además, si la ciencia no capta lo real, su función es indicar la singladura que nos permita acercarnos a lo real. Es el valor de *aproximación* al cual se puede aspirar: el conocimiento siempre es relativo al punto de vista desde el cual el sujeto aborda lo real¹⁴. Además, como no hay una verdad objetiva e inmutable (parcialidad e inestabilidad del conocimiento), el error y la *corrección* desempeñan un papel fundamental en el dinamismo que impulsa incesantemente al espíritu hacia nuevas conquistas. Ambas cuestiones se imbrican mutuamente (conocimiento relativo/falible), pues decir “conocimiento aproximado” implica la constante posibilidad de rectificar el pensamiento, quebrar los marcos lógicos de la primera aproximación, ensayar nuevas preguntas y observaciones

¹¹ BACHELARD, G., “L’esperienza dello spazio nella fisica contemporanea”, trad. italiana por M. R. Abramo, Siciliano, Messina, 2002. Sobre este punto cfr. ABRAMO, M. R., “Il razionalismo di Gaston Bachelard”, Siciliano, Messina, 2000.

¹² Cfr. BACHELARD, G., “L’attività razionalista della fisica contemporanea”, por F. Bonicalzi, trad. italiana por C. Maggioni, Jaca Book, Milano, 1985.

¹³ Cfr. GEMBILLO, G. y ANSELMO, A., “Filosofía de la complejidad”, trad. española por A. Russo, Comunidad Editora Latinoamericana, CABA, 2018, p. 81.

¹⁴ Tema de su tesis doctoral: “Essai sur la connaissance approchée” (“Ensayo sobre el conocimiento aproximado”) (vid. supra nota 4).

con el objetivo de que nuestro “espíritu” (acción de la inteligencia) sea cada vez más fino y ajustado en sus proceder. Hasta aquí las tesis fundamentales de la epistemología bachelardiana.

Considerando que un despliegue exhaustivo de cada una de estas proposiciones sería impracticable en un ensayo breve como el presente, optamos por compendiar cuatro *coordinadas* a partir de las cuales Bachelard discurre en orden al proceso de constitución del “espíritu científico”: (a) el esquema *histórico*, en el que periodiza el desarrollo y maduración de este espíritu a través de fases cronológicas sucesivas; (b) la explicación *epistemológica*, donde aparecen las nociones de evolución discontinua de la ciencia, obstáculos y ruptura epistemológicas; (c) la impronta *psicológica*, en la que se conjetura la configuración del “conocer” mediante el despliegue dialéctico de imaginación (creadora) y razón (polémica); (d) por último, la intencionalidad *pedagógica* que permea la entera obra de Bachelard y su ponderación del “error” como insumo decisivo en la construcción autónoma de conocimiento. En este escrito procuramos mostrar un panorama sintético de estos cuatro niveles de “explicación” y el modo en que ellos convergen configurando un modelo coherente de comprensión de los fenómenos.

3. Devenir histórico: los tres estadios de la marcha científica

La “evolución científica” es el periplo que debe atravesar el espíritu científico en su proceso de formación, reconfiguración y maduración. Este itinerario arranca con la confianza inicial en la exactitud de la simple percepción, hasta llegar a una abstracción incentivada por las objeciones de la razón. En suma, el camino del espíritu científico es el trayecto que va de la percepción hacia la abstracción.

Bachelard, al considerar múltiples áreas de la evolución científica, advierte que ella no es homogénea; de ahí su aseveración: “...las soluciones científicas, en problemas diferentes, no poseen jamás el mismo grado de madurez”¹⁵. Sin embargo, aunque se trate –según sus propias

¹⁵ BACHELARD, “La formación...” cit., p. 15. Cfr. además BACHELARD, G., “La filosofía del no. Ensayo de una filosofía del nuevo espíritu científico”, Amorrotu, Madrid, 2003, p. 19: “no todos los conceptos científicos llegaron al mismo grado de madurez”.

palabras— de “groseras etiquetas históricas”, con fines expositivos periodiza tres etapas en el derrotero del pensamiento científico:

- A) *Estadio precientífico*: desde la Antigüedad clásica hasta pasado el Renacimiento (siglos XVI, XVII e incluso el XVIII).
- B) *Estadio del espíritu científico*: en ciernes desde fines del siglo XVIII y que se extiende hasta todo el siglo XIX y comienzos del siglo XX.
- C) *Estadio del nuevo espíritu científico*: cuyo hito inicial es 1905, cuando Einstein formula el principio de relatividad restringida (especial) y destierra conceptos de la física tradicional que se creían consolidados¹⁶. A partir de entonces, asevera Bachelard: “la razón multiplica sus objeciones, disocia y reconfigura nociones fundamentales y ensaya abstracciones más audaces”¹⁷.

No obstante las dificultades que supone la apuntada heterogeneidad de madurez entre las diversas disciplinas o saberes, Bachelard busca trazar una pauta general: en todos los fenómenos (sea cual fuere el campo científico al que adscriben) es necesario pasar de la *imagen* a la *forma geométrica* y de ésta a la *forma (aún más) abstracta*¹⁸. La secuencia sería la siguiente: Imagen = espíritu precientífico; forma geométrica = espíritu científico; forma abstracta = nuevo espíritu científico. Bachelard estima que en su época se asiste al surgimiento de un *nuevo espíritu científico*, que se opone tanto al predominio antiguo y medieval de la imagen como al predominio moderno (cartesiano) del esquema

¹⁶ ABBAGNANO, N., “Historia de la Filosofía”, trad. de J. Esterlich, Montaner y Simon, Barcelona, 1956, t. III, p. 398, denomina a esta fase “Desarrollo crítico de la física”. Según el principio de relatividad especial, la distancia espacial o temporal no es una entidad o valor en sí, sino que es relativa al cuerpo que se escoge como sistema de referencia, negándose cualquier sistema de referencia privilegiado. Ergo, dos acontecimientos simultáneos con respecto a un punto no lo son con respecto a otro punto, y se convierten en relativos los conceptos de longitud, volumen, masa, aceleración, etcétera, que antes eran considerados como absolutos. En suma, el relativismo trae de nuevo “que integra en el sistema del objeto conocido el lugar mismo del observador físico con respecto al objeto” (GUÉRY, F., “La epistemología”, en AKOUN, A. y otros [dir.], *La filosofía*, Ediciones Mensajero, Bilbao, 1974, p. 127).

¹⁷ BACHELARD, “La formación...” cit., p. 15.

¹⁸ Íd., p. 10.

geométrico¹⁹. Así, pues, un espíritu científico transita dialécticamente por las siguientes instancias:

- A) El *estado concreto*: el espíritu se contenta con las *imágenes* del fenómeno, con la experiencia básica apoyada en la simple percepción y observación (intuiciones sensibles).
- B) El *estado concreto-abstracto*: se adjuntan a la experiencia básica *esquemas geométricos* (primeras representaciones de las intuiciones sensibles).
- C) El *estado abstracto*: el espíritu se despegas de la experiencia (y de su representación geométrica que ya le es familiar), en abierta contradicción con la realidad básica. Aquí se revela la *razón polémica* que objeta, niega y refuta a la experiencia/intuición inmediata²⁰.

Preocupándose por la “base afectiva” del pensamiento científico en sus estados progresivos, Bachelard necesita esclarecer los *intereses* que movilizan la actividad del sujeto versado en la ciencia. En este sentido postula una “ley de los tres estados del alma”: una ley psicológica de los *estados anímicos* (en correspondencia con la ley histórica de los estadios del espíritu científico).

El primer paso es el *alma pueril o mundana* que se asombra ante el mundo (curiosidad ingenua), pasando por el *alma profesoral* que enseña lo que sabe sobre el mundo (orgullosa dogmatismo), hasta llegar al *alma en trance de abstraer y de quintaesenciar*, que carece de soporte experimental estable y se trastorna a cada instante por las objeciones de la razón. En la tarea de *psicoanalizar el interés* que anima al científico Bachelard concluye que el “amor por la ciencia”²¹,

¹⁹ FERRATER MORA, op. cit., p. 298.

²⁰ BACHELARD, “La formación...” cit., p. 11.

²¹ Así, en la “delimitación de contextos” propuesta por Hans Reichenbach (perteneciente al Círculo de Berlín y muy cercano al de Viena) en su obra “Experiencia y predicción” (1938), Bachelard invierte la ecuación: el *nuevo espíritu científico* se centra en la *creación científica* y, por tanto, el interés epistemológico estriba en el contexto de descubrimiento (heurístico) antes que en el contexto de justificación (el “aparato de pruebas”, el aspecto más burocrático de la actividad científica) (vid. supra nota 2).

el puro y sano placer por descubrir la verdad, es lo que constituye un “dinamismo psíquico autógeno”²².

Ya expuesta la perspectiva histórica de la progresión científica, es dable sondear los otros niveles (complementarios y solidarios) a través de los cuales Bachelard expone su visión sobre el devenir del conocimiento científico: epistemológico, psicológico y pedagógico.

4. Explicación epistemológica: marcha discontinua del conocimiento científico

La actitud (*ethos*) del científico que pregona Bachelard exige ante todo tener *paciencia* en el camino del espíritu científico para atravesar dialécticamente sus sucesivos momentos: percepción o intuición sensible, representación geométrica, abstracción²³. Ello requiere, a su vez, de una disposición para rectificar errores, enfrentar y superar problemas, corregir puntos de vista que por resultarnos familiares se han convertido en nuevas imágenes. La ciencia avanza autocuestionándose, es decir, complicando y afinando la ciencia constituida para revisar su estructura, manteniendo en discusión los resultados adquiridos. La conciencia de su propia rectificación, la incesante acción polémica y agresiva de la razón, es la forma que adopta la actividad racional tal como la entiende Bachelard y que denomina “superracionalismo”.

La ciencia determina sus propios objetos mediante la destrucción de los objetos de la percepción común y el rechazo de lo dado, en ruptura con la intuición y el sentido común. Un elocuente ejemplo histórico que emplea Bachelard para ilustrar cómo lo contraintuitivo es lo que hace progresar a la ciencia es la invención de la lámpara eléctrica por Thomas A. Edison, basada en el principio –contrario a la experiencia común– de que para iluminar *hay que impedir que se quemase algo* (pues lo “intuitivo” es precisamente creer lo opuesto: que para iluminar hay que quemar algo)²⁴.

²² BACHELARD, “La formación...” cit., ps. 12-13.

²³ Íd., p. 10.

²⁴ Este hecho rompió con las técnicas usuales de iluminación hasta el siglo XIX, que se basaban en el principio de que para iluminar había que quemar una materia.

De ahí que sea tan importante el recurso a la historia de las ciencias para observar el despliegue de nociones fundamentales sometidas a diferentes comprensiones según sus respectivas fases históricas²⁵. Así, por ejemplo, en la “Filosofía del no” (1940) Bachelard realiza una historización del concepto científico de “masa” para mostrar cómo han ido mudando sus significados a través de los estados de intelección por los que fue pasando. Es un interesante ejercicio de elucidación epistemológica, de laboriosa crítica histórico-teórica que comienza por identificar los conceptos empleados por la ciencia para definir la verdadera relación epistemológica entre ellos y el contenido expresado en cada transición histórica. En suma, Bachelard desfragmenta una misma noción científica en una secuencia de niveles temporales y con semejante operación pone de realce que desde las primeras concepciones (precientíficas) del término “masa”, que lo hacían equivalente a lo que *se percibía* como *lo más voluminoso*, se llega a través de sucesivas metamorfosis semánticas hasta la idea contemporánea abstracta y contraintuitiva de *masa negativa*²⁶.

En la lámpara de Edison el arte técnico consiste en precisamente lo opuesto a esta intuición: impedir que una materia se queme. En efecto, la bombita no está hecha para evitar que la lámpara sea agitada por las corrientes de aire y apague el fuego (como era el caso de las antiguas lámparas de aceite); por el contrario, está destinada a mantener el vacío alrededor del filamento (provocado por un gas inerte) para que éste siga incandescente y no se queme. La ciencia eléctrica se instituye una técnica no natural, que no acepta lecciones de una observación empírica de la naturaleza. Se produjo un adelanto técnico-científico superando un obstáculo epistemológico (psicológico, por no pensar *más allá* de la experiencia básica). El descubrimiento de la lámpara eléctrica supuso una escisión o salto con respecto al conocimiento fundado hasta entonces en el sentido común, un divorcio entre el conocimiento científico y las intuiciones de la experiencia inmediata, una muestra cabal de discontinuidad e interrupción entre cultura y naturaleza. Cfr. BACHELARD, G., “Le rationalisme appliqué”, PUF, Paris, 1949, p. 106 (hay versión en español: “El racionalismo aplicado”, Paidós, Buenos Aires, 1979).

²⁵ Así, por ejemplo, PIAGET, J., “Naturaleza y métodos de la epistemología”, trad. de H. Acevedo, Proteo, Buenos Aires, 1970, p. 55, resume la posición de Bachelard en “un racionalismo dinámico que se orientaba hacia una dialéctica calcada en las peripecias históricas mismas”.

²⁶ En esta obra Bachelard afina el análisis con un ejemplo de lo que denomina “filosofía dispersada”, distinguiendo cinco niveles en la evolución del vocablo científico de “masa”: A) *animismo* (masa = algo más o menos abundante, masivo, voluminoso); B) *realismo* (el concepto de masa está ligado al uso empírico de la balanza);

El progreso de la ciencia puede medirse por la capacidad que ella tiene de rectificar sus errores (infra, título 7). Así, pues, advirtiendo y afrontando los errores, cada campo del saber científico adquiere de manera paulatina mayor profundidad y precisión²⁷. En primer lugar, el espíritu científico se alza en ardua lucha contra los prejuicios, la opinión vulgar y el sentido común, todo lo cual representa un estadio precientífico. El conocer es lograr emanciparse de lo que se predica de la realidad por la mera intuición sensible (observación) y consecuente inducción (creer que es posible extraer leyes de lo observado). Empero, para conocer ante todo es necesario saber plantear los problemas y ello presupone una modificación psíquica que inaugure nuevas matrices de pensamiento que permitan ir más allá del estadio doxástico. La ciencia es lo opuesto de la opinión²⁸, pues ésta es incapaz de conocer y formularse preguntas (por ser “interesada”, guiada sólo por la utilidad); así, nada sólido puede fundarse sobre la opinión y es el primer escollo que debemos superar.

C) *positivismo o racionalismo clásico* (el concepto deja de concebirse aislado y se integra en un cuerpo de nociones; es la conocida fórmula de Newton: la masa se define como el cociente entre fuerza y aceleración [$F = ma$]); D) *racionalismo complejo* (a partir de Einstein y la descomposición del átomo se relativiza la noción de masa que pasa a ser una función complicada de la velocidad: la masa de un objeto es relativa al desplazamiento de ese objeto); E) *racionalismo dialéctico* (que llega a la noción “extrañamente dialectizada” de *masa negativa* con la mecánica de Dirac). Los dos niveles primitivos constituyen el estadio precientífico, el tercero el estadio científico; y los últimos dos, el nuevo espíritu científico o *superracionalismo*. Cfr. BACHELARD, “La filosofía...” cit., ps. 21-33.

²⁷ En la terminología de Thomas S. Kuhn (1922-1996) el equipolente de los “obstáculos epistemológicos” son las “anomalías” que al proliferar durante la “ciencia normal” ponen en crisis el “paradigma” hegemónico y claman por marcos epistémicos alternativos (aun cuando subsistan vestigios del paradigma precedente). Kuhn describe así los procesos de “revolución científica” (análogos a las “rupturas epistemológicas” bachelardianas) que conducen a la ciencia por un sendero no lineal. Cfr. KUHN, Th. S., “La estructura de las revoluciones científicas”, trad. de C. Solís Santos, 3ª ed., 2ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 2010, *passim* (en particular, vid. Cap. VI, “Las anomalías y el surgimiento de los descubrimientos científicos”, ps. 129-148, y Cap. VII, “Las crisis y el surgimiento de las teorías científicas”, ps. 149-164).

²⁸ Se reedita de esta manera –mutatis mutandis– la célebre dicotomía δόξα/ἐπιστήμη (*doxa/epistémē*) establecida por Platón (Libros V, VI y VII de “República”).

5. Superación de obstáculos y ruptura epistemológica

En su acepción ordinaria, el vocablo “obstáculo” alude a un impedimento, algo con lo que tropezamos a nuestro paso, que se interpone y estorba el andar; ergo, para continuar el camino el obstáculo debe ser removido²⁹. Los obstáculos epistemológicos –en palabras de Bachelard– constituyen “factores de inercia”, “causas de estancamiento y hasta de retrocesos [...] en la marcha del espíritu hacia su objetivación”³⁰. Estas resistencias a la formación de un conocimiento objetivo no provienen de elementos externos (la complejidad de los fenómenos) o fisiológicos (los límites sensoriales o cerebrales del hombre). Los obstáculos epistemológicos son ocasiones de detención, instancias de cesura (interrupciones) de los procesos de maduración del conocimiento causadas por la intervención de valores subjetivos inconscientes³¹. La denominación –según Klimovsky– alude a “todo hecho, prejuicio o manera de operar que actúa para evitar la ruptura epistemológica”³².

En efecto, la ciencia avanza produciendo “rupturas” o “cortes epistemológicos” (*coupure épistémologique*). La ruptura es el hiato entre el espíritu precientífico y el científico. El desarrollo de la ciencia evidencia así fragmentaciones en distintas fases, que son más bien contextos epistemológicos, marcos de preguntas científicas, pues todo conocimiento es una respuesta a una pregunta. Si no hay pregunta, no puede haber conocimiento científico³³. Así, pues, enlazando ambos conceptos, en la perspectiva de Bachelard la ruptura epistemológica se produce

²⁹ Véase la definición del término en el “Diccionario de la lengua española” (RAE), del latín *obstaculum*: impedimento, inconveniente, dificultad, escollo, estorbo, óbice, traba, embarazo, obstrucción, tropiezo, contumelia, pereque.

³⁰ BACHELARD, “La formación...” cit., p. 15.

³¹ Toda ciencia en estado naciente y todo espíritu en vías de formación encontrarán obstáculos epistemológicos que surgen de la naturaleza misma del conocimiento y del acto que lo constituye. Por ello, discernir los obstáculos epistemológicos significa contribuir a fundar los rudimentos de un psicoanálisis de la razón (íd., p. 22).

³² KLIMOVSKY, op. cit., p. 390. El autor enumera en la lista de “obstáculos epistemológicos” a los prejuicios, ideologías, intereses de clases, metodologías estrechas, instrumentos inadecuados, problemas de carácter académico entre escuelas, factores de poder, etcétera. Inclusive, en algunos episodios de la historia de la ciencia, métodos tan opuestos –como los inductivistas y modelísticos– han operado como obstáculos y anclaron la evolución científica.

³³ Cfr. BACHELARD, “La formación...” cit., p. 16.

ante la superación de los obstáculos e inaugura la oportunidad de iniciar un auténtico proceso de “creación” (condición de posibilidad del avance científico). Tales escisiones tendrían lugar toda vez que se liberan las falsas nociones a las que nos conduce la opinión corriente ligada a *lo inmediato y perceptible* como fuente indiscutible de “verdad”.

Sin embargo, aquello que presenta una inmediatez aparente puede ser objeto de una crítica ulterior, en virtud de enfoques inéditos y multiplicidad de abordajes posibles. El corte habilita un espacio para ensayar nuevas preguntas que trasciendan la estrechez de miradas del “sentido común”, para sortear prejuicios y creencias generados, a su vez, en la actitud de creer ingenuamente en que la realidad es tal como se presenta a nuestra experiencia sensible.

Dirá, sin hesitaciones, nuestro autor: “En efecto, se conoce *en contra* de un conocimiento anterior, destruyendo conocimientos mal adquiridos o superando aquello que, en el espíritu humano, obstaculiza a la espiritualización”³⁴ (la cursiva es nuestra). En este párrafo resuenan los ecos de la negación dialéctica hegeliana y la influencia ejercida, entre otros, sobre Paul K. Feyerabend³⁵.

Así, la verdad es entendida por Bachelard como rectificación de los errores iniciales y consecuente emancipación del espíritu científico³⁶. El progreso de la ciencia no es algo en lo que él no cree, antes

³⁴ Íd., p. 15.

³⁵ Paul Karl Feyerabend (1924-1994) publica en 1975 su obra titulada “Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento” (original en inglés: “Against Method: Outline of an Anarchist Theory of Knowledge”). El filósofo de la ciencia austríaco –precursor del “anarquismo metodológico”– ha sido designado como “una especie de hermano ideológico” de Bachelard (KLIMOVSKY, op. cit., p. 389) y los afilia el gesto común de apertura hacia recursos alternativos en la investigación, no aceptados por el estricto método científico. Feyerabend parte de una crítica abstracta al monismo metodológico (por la reducción al absurdo) y luego demuestra su ineficiencia como único canal de acceso al conocimiento científico mediante el análisis de una serie de casos históricos. Su postura epistemológica y metodológica se epitoma en la frase “todo vale” (*anything goes*). Véase FEYERABEND, P., “Contra el método”, Ediciones Folio, Barcelona, 2002.

³⁶ En el último capítulo de la obra analizada, denominado “Objetividad científica y psicoanálisis”, Bachelard formula el primer postulado de su epistemología: “el objeto no puede designarse de inmediato como ‘objetivo’; en otros términos, una marcha hacia el objeto no es inicialmente objetiva” (BACHELARD, G., “La formación del

bien resulta un elemento crucial de su orientación epistemológica. Pero, a diferencia de otras corrientes, en las que el avance científico es presentado como un proceso lineal y continuo, para Bachelard se trata de un progreso con intermitencias y oscilaciones (discontinuo) y válido sólo para el singular evento de la realidad que se intenta abordar científicamente.

Disipado el error se gana en precisión y detalle. Ello no implica que un conocimiento adquirido tras un esfuerzo científico de remoción de errores, opiniones y prejuicios se puede volver a cristalizar, hasta el punto de tener asignado un valor en sí convirtiéndose en *respuesta concreta y cerrada* (mientras la *pregunta abstracta y franca* que le dio origen se termina olvidando). Así surgen nuevos obstáculos epistemológicos: cuando lo que había sido un factor dinamizante del conocimiento (una nueva pregunta) se concretiza otra vez en *respuesta/imagen*, en un producto de escuela familiar, que obtura el enriquecimiento del espíritu³⁷.

El espíritu científico describe entonces una trayectoria no lineal en su evolución. La ciencia se alimenta de las rupturas epistemológicas: fracturas con la obviedad de la experiencia (algo que *obstruye* el surgimiento de los saberes)³⁸. En este sentido, advierte Klimovsky, es

espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo”, 17ª ed., Siglo XXI, México, 1991, p. 282). Lo primero no es, pues, la captación objetiva de algo dado, sino una red de errores subjetivos que remiten a lo inconsciente, a partir de lo cual tiene lugar el encuentro con el objeto. Alcanzar la objetividad científica exige entonces una ruptura con la experiencia básica y una rectificación subjetiva. Ahora bien, estas rupturas y rectificaciones no se dan en soledad, sino que suponen los controles sociales que brindan las instituciones en las cuales se produce y se enseña ciencia. Asimismo, en tales instituciones, pueden darse las condiciones para promover entre los sujetos el psicoanálisis del conocimiento objetivo.

³⁷ Según GUÉRY, op. cit., p. 130, la fuerza de las imágenes y los símbolos –fuentes continuas de error– procede de su fascinación e insistencia y de ahí que la “ciencia reclama la filosofía del *no*, porque debe decir no a las seducciones de lo inmediato y de la imagen. Este *no* es el que pronuncia una ciencia cuando nace, y lo que precede a este acto de nacimiento queda excluido de su vida, con riesgo de llevar una existencia subterránea y de constituir algo así como su inconsciente”.

³⁸ El término *obvio* (que sirve al título del presente ensayo) es tomado en su sentido etimológico. Del latín *obvius*, significa: “lo que se encuentra al paso; por consiguiente, que se ofrece por sí mismo, espontáneamente al espíritu; lo que es o,

interesante reparar cómo a partir de una teoría formada al interior de una determinada ciencia pueden emerger nuevas maneras de estudiar la naturaleza o la sociedad que hacen nacer una disciplina científica diferente e inédita. Dicho autor cita el ejemplo de Sigmund Freud, quien desde el campo de la neurología (en el que permaneció hasta 1890) se fue aperciendo de las limitaciones que esta disciplina evidenciaba para comprender muchos trastornos psiquiátricos y tuvo que recurrir a recursos de la psicología, hasta que terminó conformando un modelo teórico que poco tenía que ver con la ciencia neurológica en la que había forjado su pensamiento inicial. Al finalizar el proceso se verificó una ruptura epistemológica y, con la publicación de “La interpretación de los sueños” (1899), surgió el psicoanálisis³⁹.

6. Impronta psicológica: el juego dialéctico entre imaginación y razón

Si para Bachelard el conocimiento es algo en construcción permanente, se impone la pregunta de cómo se forma el espíritu científico. La respuesta supone una doble vía: imaginación poética y razón científica. Ambas están implicadas en un juego dialéctico en el cual cada una desempeña su rol. La primera es creadora, dice *sí* (o se pregunta *¿por qué no?*); la segunda de naturaleza polémico-crítica les dice *no* a las desmesuras de la imaginación. La imaginación sueña (abre) y la razón controla (ajusta). Mediante esta dialéctica entre las dos potencias psíquicas evoluciona el conocimiento científico⁴⁰.

al menos, parece evidente” (LALANDE, A., “Vocabulario técnico y crítico de la filosofía”, trad. española bajo la dirección de Luis Alfonso, El Ateneo, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 909). Es oportuno recordar a BARTHES, R., “Lo obvio y lo obtuso. Imágenes, gestos, voces”, trad. de C. Fernández Medrano, Paidós, Barcelona, 1992, p. 51, quien a propósito de la “retórica de las imágenes” afirma que *obvius* significa “que *va por delante de mí*: evidente [...] pero con una evidencia *cerrada*, sujeta a un sistema completo de destinación” (cursiva del autor).

³⁹ Cfr. KLIMOVSKY, op. cit., p. 391.

⁴⁰ Bachelard plantea una doble dialéctica, dejando entrever la matriz hegeliana que impregna su pensamiento. Por un lado, la referida relación entre imaginación y razón; por otro, la función polémica asignada a esta última, en tanto su objeto consiste en contradecir a la experiencia común (inmediata y usual). La razón debe asumir una posición expectante, siempre alerta y en guardia contra los conocimientos familiares.

La imaginación siempre va adelante, preexiste, puesto que nace *ex nihilo*. La razón viene después, a corregir errores. No hay verdades primeras esperando ser descubiertas, hay errores primeros que exigen ser rectificadas. Es por eso que, según Bachelard, el espíritu llega a la verdad construyendo y no contemplando. La ciencia es acto, no representación. La ciencia es el acto de rectificación continua.

La conciencia poética de la imaginación suscita imágenes. La imaginación es agonía, exaltación, tiempo vertical, novedad. Es creadora de mundos, descubre las fuerzas vivientes de la naturaleza, nos sumerge en la profundidad de las cosas; en lo más primigenio y auténtico. Se vuelve hacia el cuerpo y se mezcla con el mundo. La imaginación siempre es causa y origen (pues nace de la nada). Es anterior a la memoria y se expresa en un fulgor, en un instante⁴¹.

La conciencia científica de la razón produce conceptos. La responsabilidad de la razón es oponerse al poder originario, poético-creador de la imaginación. Pero la constante presencia del fuego creador que hay en el hombre obliga a la razón a un esfuerzo constante de negación, crítica y reducción.

Se advierte enseguida que *imágenes* y *conceptos* son antagónicos. Una neta polaridad existe entre ambos: los pensamientos no se imaginan

Pues, cuando una idea científica se torna “demasiado familiar se carga con un concreto psicológico demasiado pesado [...] amasa un número excesivo de analogías, imágenes, metáforas [...] poco a poco, pierde su vector de abstracción, su afilada punta abstracta” (BACHELARD, “La formación...” cit., p. 17).

⁴¹ Cfr. COLOMBRES, A., “El resplandor de lo maravilloso (o el reencantamiento del mundo)”, Colihue, Buenos Aires, 2018, p. 16, quien traza un paralelo entre la propuesta aperturista de Bachelard y el “diálogo de saberes” descolonizador de las “Epistemologías del Sur” (antropología crítica de “Nuestra América”), que “...reflexiona sobre su propia práctica, acercándose así a la Filosofía, aborda hoy los aspectos éticos de la epistemología para descolonizar a las Ciencias Sociales, las que se ven compelidas a admitir en su esfera a los otros saberes del mundo en paridad de condiciones, pues de existir la verdad, ella no puede ser patrimonio exclusivo de ninguna cultura, y menos ajustarse a la despótica metodología instaurada por el positivismo, a la que ningún congreso internacional reconoció como universal”. El objetivo de tales metodologías y cosmovisiones consiste en desarticular el programa epistemológico del Iluminismo, desplazando a la *razón occidental y colonial* como fuente monopólica de “conocimiento” y abriendo un camino hacia la emancipación humana desde perspectivas que trasciendan el racionalismo de hierro de la Ilustración (op. cit., ps. 12-13).

y las imágenes no se piensan⁴². Estos polos opuestos se alternan en el espíritu (tal como se suceden el día y la noche) en un vínculo dialéctico de purificación recíproca. La razón científica se nutre del impulso dominante de la imaginación, pero para negarlo. La imaginación inventa vida nueva, abre los ojos para nuevos tipos de visión, crea mundos.

El reto consiste en saber combinar ambas potencias: no confundir el hombre diurno de la ciencia y el hombre nocturno de la poesía. ¿Puede sorprender entonces que Bachelard haya sabido encarnar a ambos? Aunque ciencia y poesía son caminos independientes, su programa se vale de una doble pedagogía (de la razón y de la imaginación) para la mejor formación del espíritu científico.

7. Intencionalidad pedagógica: precedencia del error

Además de científico (físico) Bachelard fue docente de Filosofía, primero en la Universidad de Dijón y luego hasta su retiro en la Sorbona. Esta condición de educador es un dato esencial para apreciar en toda su dimensión el complejo perfil intelectual de nuestro autor. En su personalidad se conjugan epistemología y pedagogía en una unidad indisoluble.

La práctica educativa tradicional destierra el error de la enseñanza científica. Al contrario, según Bachelard el error no debe ser visto como una debilidad sino como una fuerza, pues “la ensoñación no es un humo, sino un fuego; un fuego que se renueva sin cesar”⁴³. Urge entonces resignificar las prácticas didácticas y reponer el calibre epistemológico del error en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Su importancia radica en que el error preexiste al conocimiento. Siempre es algo inicial, de lo cual debe partirse, y no algo que debe evitarse a toda costa. El obstáculo pedagógico se produce cuando el profesor no comprende que no se pueda comprender.

De ahí que el psicoanálisis desempeñe un papel preponderante. El psicoanálisis bachelardiano es concebido como una “catarsis intelectual

⁴² Cfr. LACROIX, J., “Gastón Bachelard. El hombre y la obra”, en DEL BARCO (dir.), op. cit., p. 13.

⁴³ Cfr. CANGUILHEM, op. cit., p. 27.

y afectiva”, condición ineludible para que una cultura científica pueda constituirse y progresar⁴⁴. En efecto, el pensamiento científico se caracteriza por errores rectificables, por nuevas preguntas, no por verdades primeras e indiscutibles, ni respuestas dogmáticas⁴⁵. El espíritu no comienza con una lección, dado que “el adolescente llega al curso de Física con conocimientos empíricos ya constituidos; no se trata, pues, de adquirir una cultura experimental, sino de cambiar una cultura experimental, de derribar los obstáculos amontonados por la vida cotidiana”⁴⁶. No hay que llenar el supuesto vacío, sino hacer un psicoanálisis de los errores originarios⁴⁷.

Empero, semejante actitud de apertura se exige también de los maestros: “Tener acceso a la ciencia es rejuvenecer espiritualmente, es aceptar una mutación brusca que ha de contradecir a un pasado”; no hay que dejar de formar el espíritu, renunciar a ser un escolar, pues el hombre es “una especie que necesita mutar, que sufre si no cambia”⁴⁸. No puede haber ciencia sin una escuela permanente, en

⁴⁴ Los obstáculos epistemológicos anidan en “un inconsciente del espíritu científico”. Los contenidos de tal inconsciente son “explicaciones irracionales reprimidas”, que corresponde hacer emerger a la superficie, “conceptos precientíficos nucleados inconscientemente”, “razones irrazonadas”, “preferencias indestructibles”; en definitiva, deseos y fantasías inconscientes materia de interpretación del psicoanálisis. Aquí se trata de un psicoanálisis especial: el “psicoanálisis de la razón” o “del conocimiento objetivo”, dirigido al reconocimiento de los obstáculos epistemológicos para habilitar una auténtica actividad científica. La búsqueda de los intereses afectivos profundos del sujeto de conocimiento es tarea análoga al psicoanálisis y apunta a la “sublimación” para desplazar y convertir los intereses individuales hacia un interés trascendente dado por el placer y amor por la ciencia en tanto factor decisivo de un dinamismo formador de su razón en la actividad científica. Cfr. BECERRA BATÁN, M. R., “La epistemología de Bachelard y el psicoanálisis en ‘La formación del espíritu científico’ y ‘El psicoanálisis del fuego’ (1938)”, en *Epistemología e historia de la Ciencia. Selección de Trabajos de las XVII Jornadas*, vol. 13, 2007, p. 68.

⁴⁵ En palabras de GUÉRY, op. cit., p. 132: “...el momento más vivo de la ciencia será la rectificación: cuando el contacto entre la construcción racional y la realidad corre el riesgo de volverse en detrimento de la primera, la ciencia, al igual que un ser vivo, no se salva sino transformándose y adaptándose; son las rectificaciones, cuya serie ilimitada compone la vida de una ciencia”.

⁴⁶ BACHELARD, “La formación...” cit., p. 21.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Íd.*, p. 18.

continuo e incesante devenir, que perdura a lo largo de toda una vida. Sólo la sociedad de los espíritus, el diálogo constante entre maestro y discípulo son generadores de verdad; así, remata Bachelard: “la sociedad se hará para la escuela y no la escuela para la sociedad”⁴⁹.

8. Conclusiones

A) *Las dos vertientes de la obra bachelardiana.* Las tendencias científicas y poéticas confluyen en la *formación del espíritu científico*. Se trata de dos vectores de acceso al universo del espíritu⁵⁰. La razón científica con su aspecto polémico y el orden severo de los pensamientos. Y la imaginación poética con su aspecto creador y sus largas ensoñaciones (*rêveries*) tranquilas. Por esta doble vía dialéctica el espíritu se convierte en una realidad superior, negadora de la percepción y transformadora de nuestras intuiciones más arraigadas (supuesta “obviedad” –autoevidencia– del denominado “sentido común”). Ciencia y poesía son brotes de la imaginación: el conocimiento científico es fruto de nuestra imaginación racional, también se trasluce como si fuera un sueño (*rêver*) consciente⁵¹.

B) *Rol de la abstracción y valor rectificador que concede a la racionalidad.* La epistemología de Gastón Bachelard es una defensa del carácter abstracto del conocimiento. Hay que desembarazarse –afirma el autor– del pecado original del empirismo. Si la racionalidad posee un papel determinante en la actividad científica, es porque la objetividad no es posible de entrada. Bachelard le asigna a la razón ya no una función arquitectónica, apriorística (como Descartes) sino una función rectificadora: la razón interviene para corregir (desviar) el camino que las soluciones del conocimiento intuitivo o perceptivo sugieren. Este mecanismo racional de revisión resulta necesario para

⁴⁹ Íd., p. 297.

⁵⁰ Es la dualidad de perspectivas: el fenómeno de la ciencia como teoría física y el fenómeno de la poesía que, en sentido amplio, engloba casi toda literatura. Cfr. HYPOLITE, J., “Gastón Bachelard o el romanticismo de la inteligencia”, en DEL BARCO (dir.), op. cit., p. 34.

⁵¹ Cfr. DENIS, A. M., “El psicoanálisis de la razón de Gastón Bachelard”, en DEL BARCO (dir.), op. cit., p. 93.

garantizar una visión “objetiva” desde el punto de vista metodológico, sin que ello implique una pretensión de arribar a saberes absolutos.

C) *El conocimiento científico como construcción*. El espíritu científico se construye sobre las ruinas del espíritu no científico. Ambos están en una relación necesaria, para definirse mutuamente. Bachelard nos conmina a ironizar al estilo socrático, a desprendernos de nuestro pensamiento primero para criticarlo. Promover la ironía metódica como actividad libre y reflexiva, dirigida hacia un fin preciso: despojarnos de nuestras seguras respuestas que nos dan una sólida visión del mundo, vencer el temor a que su integridad se rompa con nuevas preguntas. El distanciamiento crítico de nuestro pensamiento originario es la condición preliminar de la “objetividad”.

D) *Un espíritu científico activo*. Las revoluciones espirituales son necesarias (tanto en el plano del psiquismo del científico como de la comunidad a la que pertenece), pues motorizan al espíritu. Éste debe volver a interpelar la experiencia, “salir de la contemplación de *lo mismo* y buscar *lo otro*”; se debe “dialectizar la experiencia”, no homogeneizarla, unificarla, sino diversificarla, precisarla, rectificarla, ir siempre más allá de lo que ella ofrece a simple vista⁵². El racionalismo bachelardiano, a diferencia del racionalismo clásico de matriz cartesiana (que aspira superar y de ahí lo de “superracionalismo”), no es una filosofía que reduce “la riqueza de lo diverso en la pobreza de lo idéntico”, sino que trabaja en su anhelo de expandir y multiplicar sus aplicaciones⁵³.

En apretada síntesis, la idea fuerza que anima la entera obra de Bachelard es que se conoce *en contra* de un conocimiento precedente. Ergo, la ciencia no puede consistir en la mera representación (de un sujeto aislado y neutral) sino en acción ejercida sobre la realidad. Así, pues, desde que la física cuántica formuló el “principio de indeterminación” no caben dudas de que el observador modifica –con su particular modo de aproximarse a los objetos– aquello que observa. De ahí que el “espíritu” del científico requiera de un psi-

⁵² Cfr. BACHELARD, “La formación...” cit., p. 19.

⁵³ BACHELARD, G., “El racionalismo aplicado”, Paidós, Buenos Aires, 1979, p. 81.

coanálisis que le permita hacer una *catarsis* (purga) de todas sus cargas y lastres (fuente de errores y prejuicios que obstaculizan el conocimiento). En todo caso, a juicio del filósofo francés, los saberes científicos nunca son absolutos y pétreos, sino aproximativos y perfectibles.

Por lo demás, la exhortación ética de Bachelard es muy clara: no claudicar ante el espíritu conservativo que prefiere lo que confirma su saber a lo que contradice, antepone las respuestas a las preguntas. Allí, donde el espíritu conservativo domina, el crecimiento espiritual se detiene. Como contrapartida, su apuesta es fomentar un instinto formativo: “un pensamiento ansioso [que] desconfía de las identidades [esencias] más o menos aparentes, para reclamar incesantemente mayor precisión, *ipso facto* mayores ocasiones de distinguir”⁵⁴.

En síntesis, el “nuevo espíritu científico” persigue saber para interrogar cada vez mejor, ejercer la práctica del matiz y formular preguntas audaces que generen la apertura de nuevos horizontes.

Bibliografía

- AA. VV., “Gastón Bachelard y la vida de las imágenes”, ed. por B. Solares, México, UNAM, Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, 2009.
- ABBAGNANO, Nicola, “Historia de la filosofía”, trad. de Juan Esterlich, Barcelona, Montaner y Simon, 1956.
- ABRAMO, Maria Rita, “Il razionalismo di Gaston Bachelard”, Siciliano, Messina, 2000.
- BACHELARD, Gastón, “El racionalismo aplicado”, Buenos Aires, Paidós, 1979.
- “Il nuovo spirito scientifico”, trad. de F. Albergamo, Laterza, Bari, 1951.
- “L’attività razionalista della fisica contemporanea”, por F. Bonicalzi, trad. italiana por C. Maggioni, Milano, Jaca Book, 1985.
- “L’esperienza dello spazio nella fisica contemporanea”, trad. italiana por M. R. Abramo, Siciliano, Messina, 2002.

⁵⁴ *Ibíd.*

- BACHELARD, Gastón, “La filosofía del no. Ensayo de una filosofía del nuevo espíritu científico”, Madrid, Amorrortu, 2003.
- “La formación del espíritu científico”, trad. de José Babini, México, Siglo XXI, 1972.
- BARTHES, Roland, “Lo obvio y lo obtuso. Imágenes, gestos, voces”, trad. de C. Fernández Medrano, Barcelona, Paidós, 1992.
- BECERRA BATÁN, Marcela René, “La epistemología de Bachelard y el psicoanálisis en ‘La formación del espíritu científico’ y ‘El psicoanálisis del fuego’ (1938)”, en *Epistemología e Historia de la Ciencia. Selección de Trabajos de las XVII Jornadas*, vol. 13 (2007), ps. 67-73.
- BRAUNSTEIN, Néstor A. *et al.*, “Psicología: ideología y ciencia”, 8ª ed., México, Siglo XXI, 1982.
- CANGUILHEM, Georges, “Sobre una epistemología concordatoria”, en DEL BARCO, O. (dir.), *Introducción a Bachelard*, Buenos Aires, Calden, 1973.
- COLOMBRES, Adolfo, “El resplandor de lo maravilloso (o el reencantamiento del mundo)”, Buenos Aires, Colihue, 2018.
- DENIS, Anne Marie, “El psicoanálisis de la razón de Gastón Bachelard”, en DEL BARCO, O. (dir.), *Introducción a Bachelard*, Buenos Aires, Calden, 1973.
- FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, Barcelona, Ariel, 2004.
- FEYERABEND, Paul, “Contra el método”, Barcelona, Ediciones Folio, 2002.
- GEMBILLO, Giuseppe y ANSELMO, Annamaria, “Filosofía de la complejidad”, trad. española por Alessia Russo, CABA, Comunidad Editora Latinoamericana, 2018.
- GUÉRY, François, “La epistemología”, en AKOUN, A. y otros (dirs.), *La filosofía*, Bilbao, Ediciones Mensajero, 1974.
- HYPOLITE, Jean, “Gaston Bachelard o el romanticismo de la inteligencia”, DEL BARCO, O. (dir.), *Introducción a Bachelard*, Buenos Aires, Calden, 1973.
- KLIMOVSKY, Gregorio, “Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología”, Buenos Aires, A-Z Editora, 1994.
- KUHN, Thomas S., “La estructura de las revoluciones científicas”, trad. de C. Solís Santos, 3ª ed., 2ª reimp., México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

- LACROIX, Jean, “Gastón Bachelard. El hombre y la obra”, en DEL BARCO, O. (dir.), *Introducción a Bachelard*, Buenos Aires, Calden, 1973.
- LALANDE, André, “Vocabulario técnico y crítico de la filosofía”, trad. española bajo la dirección de Luis Alfonso, Buenos Aires, El Ateneo, 1953.
- LAPOUJADE, María Noel, “Mito e imaginación a partir de la poética de Gastón Bachelard”, en Revista de Filosofía. Maracaibo, vol. 25 (núm. 57), 2007, ps. 91-111.
- PIAGET, Jean, “Naturaleza y métodos de la epistemología”, trad. de Hugo Acevedo, Buenos Aires, Proteo, 1970.

BREVE RELATO SOBRE LA LUCHA DE LA MUJER ARGENTINA POR SUS DERECHOS CIVILES, LABORALES Y POLÍTICOS

por MARCELO MARCHIONATTI¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 3. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

Es la idea de este artículo hacer un breve relato de las luchas que debieron afrontar las mujeres argentinas para obtener derechos civiles, políticos y laborales. Éstos les fueron vedados durante muchos años en virtud de distintas razones que se desprenden de la investigación realizada. El artículo aborda la situación desde lo normado por el Código Civil de Vélez Sársfield hasta los últimos avances realizados en pos de la conquista de los derechos reclamados. Esto es, las luchas feministas y los logros obtenidos a través de los años, desde los primeros pasos de nuestro país como un Estado organizado a la actualidad. Así, se repasarán las primeras luchas encarnadas por mujeres solitarias, la posterior unión en asociaciones que contaban, en no muchos casos por cierto, con el apoyo de los hombres, pero que daban mayor fuerza a los reclamos, hasta llegar a tiempos recientes en los cuales comienza a darse un real avance en la conquista de derechos postergados. Es interesante analizar que el logro de los mismos no sólo significó en

¹ Abogado (Facultad de Derecho, UNR). Profesor adjunto de Historia Constitucional Argentina (Facultad de Derecho, UNR). Director del Centro de Estudios de Historia Constitucional Argentina "Dr. Sergio Díaz de Brito" de la Facultad de Derecho (UNR).

muchos casos la marginación de las mujeres que encabezaban los reclamos, sino que al obtenerse derechos muchos años después, fue usufructuada su lucha sin otorgarles mérito y, en definitiva, condenándolas al olvido. Entonces, tal lo dicho, no es intención del presente sólo destacar las luchas, sino quiénes las encarnaron y cómo evolucionó la situación de las mujeres en el período señalado.

Abstract

The purpose of this article is to make a brief account of the struggles that Argentinian women had to face in order to obtain civil, political and labour rights. For many years, these rights had been forbidden as a consequence of different reasons that will emerge from this investigation. This article addresses the situation from what is regulated by the Civil Code of Velez Sarfield to the latest advances made in pursuit of obtaining the claimed rights. That is, the feminist struggles and the achievements that have been attained throughout the years, from the first steps of our country as an organized State to the present day. Thus, the first struggles embodied by desolated women will be reviewed, the subsequent union in associations including, in not many cases, the support of men that gave greater strength to the claims, until reaching recent times in where the conquest of postponed rights begins to make real progress. It is interesting to analyze that obtaining the rights did not only meant the marginalization of the women who led the demands but also, when they were obtained many years later, getting their struggle taken advantage of without granting them merit and, ultimately, condemning them to oblivion. So, as mentioned previously, it is not the intention of this article to only highlight the struggles, but rather those who embodied them and the evolution of the situation regarding women in the indicated period.

Palabras clave

Mujer. Derechos. Lucha.

Keywords

Woman. Rights. Struggle.

1. Introducción

Hombres necios que acusáis a la mujer sin razón, sin ver que sois la ocasión de lo mismo que culpáis.

SOR JUANA INÉS DE LA CRUZ

Mucho camino se ha recorrido para lograr los derechos civiles, políticos y laborales de la mujer, y aunque hoy parezca absurda e irreal la situación en la que se encontraban las mujeres argentinas hasta hace no muchos años, es necesario que conozcamos la lucha que debieron afrontar contra las tremendas desigualdades con respecto a los hombres. Comenzaremos por decir que la enorme diferencia entre ambos sexos venía de antiguo; las viejas culturas, religiones y civilizaciones a lo largo del mundo así lo establecían. Se consideraba al hombre, y más aún al padre de familia, como el único capaz, ya que su mujer e hijos no lo eran. En este lado del mundo, el Derecho Romano, la religión judeocristiana y las leyes virreinales mantenían esa injusticia. Posteriormente, esa diferencia se mantuvo prácticamente inalterable durante el siglo XVIII y en prácticamente la totalidad del siglo XIX. Baste como ejemplo para demostrar la desigualdad entre el hombre y la mujer, que ésta era considerada jurídicamente como una incapaz relativa, no tenía acceso a cargos públicos, no podía elegir ni ser elegida, no había leyes que permitiesen la investigación de la paternidad, no existía igualdad de salario a igual trabajo, etcétera.

2. Desarrollo

En un comienzo, las luchas de las mujeres ante esta situación fueron individuales, pero hacia finales del siglo XIX comenzaron a nuclearse en distintas asociaciones para exigir por sus derechos civiles, políticos y laborales, con lo que sus reclamos comenzaron a tomar mayor fuerza. Entre muchas otras de aquellas primeras luchadoras solitarias, podemos destacar a Cecilia Grierson, Elvira Rawson, Alicia Moreau de Justo, Alfonsina Storni, Virginia Bolten, Julieta Lanteri, etcétera. No haremos, en honor a la brevedad, un detalle de las innumerables asociaciones pro derechos de la mujer que se crearon en aquellos años.

Existía en nuestro país, tal como en gran parte del mundo, una escala jerárquica y autoritaria donde el hombre estaba en la cima y la mujer se encontraba sometida a los dictados de aquél. Nuestro Código Civil establecía que la mujer casada no podía trabajar, estudiar o ejercer el comercio, sin la autorización del marido; le debía obediencia y éste, a cambio, le debía protección; el domicilio conyugal lo fijaba unilateralmente el esposo; la nacionalidad de la mujer se perdía al casarse y se adoptaba la del marido; no podía administrar ni sus bienes propios; la patria potestad la ejercía el marido; la mujer casada estaba incluida en la lista de los inhabilitados, era una incapaz de hecho y debía ser representada por su esposo; tampoco podía ser testigo sin autorización del marido. La mujer soltera no podía ser tutora de sus hermanos, ni testigo en los instrumentos públicos ni en testamentos. Basta con lo hasta aquí mencionado como ejemplo suficiente para entender la tremenda situación en que se hallaba la mujer.

Así las cosas, en 1910 se realizó el Primer Congreso Femenino Internacional en Buenos Aires. Allí, Elvira Rawson presentó el siguiente Proyecto de Reforma al Código Civil: “Artículo 1º – La mujer, al contraer matrimonio, no perderá los derechos que la ley acuerda a los seres mayores de edad y con sus facultades mentales sanas. Art. 2º – La madre podrá ejercer sobre sus hijos la misma autoridad y tutela que el padre (administración de bienes, etc.). Art. 3º – En todo caso será permitida la investigación de la paternidad. Art. 4º – El padre o la madre natural que ejerza la patria potestad, tendrá la administración y el usufructo de los bienes de sus hijos, salvo los casos de excepción legal. Art. 5º – La mujer casada podrá ejercer toda profesión lícita y tendrá la libre administración de los bienes que hubiere aportado al matrimonio, así como los que ganare con su industria o profesión. Art. 6º – La mujer casada podrá vender, hipotecar, adquirir y donar los bienes que le pertenezcan, en las mismas condiciones que el hombre, respetando el derecho de los hijos. Art. 7º – Cuando se tratare de bienes comunes o de gananciales, no podrá disponer uno de ellos de dichos bienes o gananciales, sin consentimiento expreso del otro. Art. 8º – Cuando por convenio expreso, uno de los dos cónyuges asuma la administración del total de los bienes, estará obligado a informar al otro de la marcha de los negocios y la inversión de los fondos. Art. 9º –

La mujer, sin necesidad de autorización del marido, podrá girar sobre sus haberes, tener libreta de banco y ser socia de sociedades cooperativas y de socorros mutuos. Art. 10 – La mujer divorciada, en todos los casos podrá disponer del total de sus bienes, comprendiendo en éstos los que le corresponden como gananciales. Si hubiere hijos, se fijará la cuota –igual para ambos– con que deban concurrir a sufragar los gastos de manutención, vestuario, educación, etcétera. Art. 11 – Mientras se sustancia el divorcio, y una vez decretado éste, si no hay causa infamante o excepción legal para la madre, los hijos deben quedar bajo su tutela. La mujer mayor de edad, soltera, viuda o casada, podrá ser tutora. Art. 12 – La mujer podrá ser testigo de los instrumentos públicos y de los testamentos, en las mismas condiciones que el hombre”².

Los diputados Alfredo Palacios y Rogelio Araya presentaron en el Congreso sendos proyectos basados en el de Elvira Rawson, pero muy mutilados, para que se pudiesen tratar. Sin embargo, ni siquiera de esa manera fueron debatidos.

Alfredo Palacios presentó su Proyecto de “Derechos Civiles de la Mujer” que tendía a darle capacidad civil a la misma. Así, sostuvo al presentar el mismo: “Que nuestras leyes no le otorgan todos los derechos que le corresponden de acuerdo con la orientación del pensamiento. Hay supervivencias inexplicables de la vieja legislación romana que están incrustadas en los Códigos a tal punto que, en la ley argentina, que no ha seguido por cierto las huellas del Código alemán, la mujer no puede disponer del producto de su trabajo o profesión. El legislador al establecer una seria incapacidad para la mujer casada, incapacidad que está lejos de ser natural, ha puesto de manifiesto inconsecuencias de criterio que demuestran de una manera acabada lo absurdo de las disposiciones restrictivas [...] El proyecto que presento tiende a suprimir esas limitaciones arbitrarias que señalan valladares al desenvolvimiento de la acción femenina; tiende también y por eso, a que la mujer conquiste una emancipación relativa en el orden social y en el orden doméstico y a que se eleve su dignidad,

² FONT, M., “La mujer: encuesta femenina argentina”, Costa Hermanos, Buenos Aires, 1921.

no en los madrigales de los poetas, como dice Ferri, sino en las leyes de la nación y en los actos diarios de la vida”³.

Tal lo dicho, el Proyecto de Palacios no prosperó, pese a que insistió en 1913 y en 1915. Allí se legislaba sobre la capacidad de la mujer casada, la liquidación de la sociedad conyugal, el derecho de la mujer de administrar todos sus bienes, dejando al marido la administración de los que el mismo Proyecto establecía como gananciales y los propios de aquélla, siempre que con respecto a éstos no existiera la voluntad manifestada de la esposa ante el jefe de Registro Civil del lugar de su domicilio, de conservar su administración de establecer la separación total de los bienes de la sociedad conyugal.

En tanto, el diputado Rogelio Araya presentaba su Proyecto en 1919. Este Proyecto, denominado de “Emancipación Civil de la mujer”, sostenía lo siguiente: “Art. 1º – El padre o la madre natural que ejerza la patria potestad tendrá la administración y el usufructo de los bienes de sus hijos, salvo los casos de excepción legal. Art. 2º – La mujer, sin necesidad de autorización del marido, podrá ser socia de sociedades de socorros mutuos y cooperativas y tener libreta propia de cajas de ahorros y girar ella sola sobre sus haberes. Art. 3º – La mujer podrá ser testigo de los instrumentos públicos y de los testamentos en las mismas condiciones que el hombre. Art. 4º – Las tías y hermanas de las menores podrán ser tutoras mientras sean solteras o viudas. Art. 5º – La mujer divorciada podrá disponer de los bienes propios sin autorización alguna. Art. 6º – La mujer casada podrá ejercer toda profesión lícita y tendrá la libre administración y el derecho de disponer de los bienes que ganare con su trabajo. Art. 7º – Quedan derogadas las disposiciones que se opongan a los artículos anteriores, las cuales serán incorporadas al Código Civil”⁴.

Como se puede observar, aquí también se había limitado absolutamente el Proyecto de Elvira Rawson, pero probablemente era la única forma de lograr que por lo menos se discutiera la igualdad o lo que es más triste aún: la “emancipación de la mujer”.

En la sesión en la que presentó el Proyecto, Rogelio Araya sostuvo:

³ En HCDN, www.hcdn.gob.ar/secparl/dmuseo/archivo-Parlamentario.

⁴ *Ibíd.*

“Poco tendré que decir para fundar este Proyecto. Él tiende a establecer, en la ley y en el hecho, la igualdad de la mujer con relación al hombre, igualdad que dimana de la naturaleza misma [...] La mujer, como el hombre, tiene deberes a cumplir con la naturaleza como con la sociedad. Hasta ahora se ha dejado a la mujer reducida al cumplimiento de los primeros deberes y se le ha cerrado el camino hacia los segundos. Esto ha creado una desigualdad que ha rebajado el nivel de la mujer al de una simple procreadora y transformándola por su confinamiento a ese único papel en una carga social [...] Por otra parte, es obra de justicia la liberación de la mujer...”⁵

Pese a los sucesivos fracasos de los proyectos en el Congreso de la Nación, la lucha de las mujeres no se había detenido en ningún momento; así, ya en 1905, se había fundado el Centro Feminista y en su inauguración decía Elvira Rawson: “Muchas veces nos hemos preguntado si es justo que las leyes fueran hechas sin consultar nuestro interés tanto como el de los hombres; que todas las decisiones sean tomadas sin contar para nada nuestra opinión, como si fuéramos de todo punto inferiores e inútiles [...] Cuando se trata de castigo, ella es responsable y capaz; pero no lo es para propiciar, discutir ni sancionar leyes; y en cualquier condición y edad, es la pupila del padre y del marido”⁶.

Del mismo modo es importante destacar los Estatutos de la Asociación “Pro Derechos de la Mujer”, que quedó constituida el 4 de enero de 1919. En ellos se decía, entre otras cosas: “1. Queremos que se haga desaparecer de los Códigos y leyes todo artículo que establezca una diferencia de legislación entre ambos sexos y en contra de la mujer, para que ésta deje de ser la incapaz que es hoy ante la ley, y recobre ‘todos’ los derechos que corresponden a seres conscientes y responsables. Porque para la mujer, ya sea en su estado de soltera, viuda o casada, con o sin hijos, obrera, empleada o viviendo de sus propias rentas, hay en los códigos y leyes del país, excepciones y trabas que ligan su libertad, rebajan su condición de ser pensante y volitivo y la sujetan a una dependencia absoluta del hombre, dependencia que es necesario cese, no sólo por lo humillante, sino por los

⁵ *Ibíd.*

⁶ FONT, *op. cit.*

verdaderos abusos y crímenes que al amparo de leyes desiguales se cometen con ella [...] 4. Queremos leyes que protejan la maternidad y permitan la ‘investigación de la paternidad’, para que esa función tan sagrada, que se alza cual barrera infranqueable cuando se trata de concedernos deberes, no sea, como hoy, mirada como un crimen que hace de la mujer un paria y la arroja a la desesperación. 5. Queremos la abolición del lenocinio patentado, porque con él se rebaja la condición moral de la mujer [...] 6. Queremos la igualdad de salarios a igualdad de trabajo, porque la mujer tiene las mismas necesidades económicas que el hombre, y nada puede autorizar la disminución de jornales [...] 7. Queremos todos los derechos políticos, debiendo ser tanto electoras como elegidas, porque desde que pagamos impuestos, trabajamos en el progreso del país y ‘somos responsables ante las leyes’, debemos poder legislar en todo lo que atañe a la grandeza de nuestra patria, a la felicidad y bienestar de todos los seres que en ella nacen y viven, y a nuestros propios derechos y deberes”⁷.

El 6 de octubre de 1919 se realizó, en el Ateneo Hispano-Americano, la primera conferencia de un ciclo anunciado por la Asociación Pro Derechos de la Mujer. Allí se sostuvo que “...¡Se pretende negarnos el derecho al voto y a interesarnos y colaborar en asuntos de interés público so pretexto de que no hacemos el servicio militar y pagamos el derecho de sangre! ¿Y las vidas que con nuestras vidas creamos? [...] Y por eso venimos a pedir todos los derechos civiles y políticos, al igual de los que tienen los hombres”⁸.

En tanto, también en 1919, el diputado Carlos F. Melo presentó también su Proyecto de Reformas al Código Civil en lo que respecta a la sociedad conyugal y en 1922 hizo lo propio el diputado Herminio Quiróz. En uno de sus artículos establecía: “Desde la promulgación de la presente ley, la mujer mayor de edad, cualquiera que sea su estado, puede ejercitar, y le corresponden, los mismos derechos civiles que las leyes conceden al hombre, quedando suprimidas todas las incapacidades que se opongan a esa igualdad”⁹. Finalmente, el diputado

⁷ *Ibíd.*

⁸ En *Nuestra Causa*, núm. 6, del 10-10-1919; disponible en El Historiador, www.elhistoriador.com.ar.

⁹ En HCDN, www.hcdn.gob.ar/secparl/dmuseo/archivo-Parlamentario.

Leopoldo Bard, con los elementos de un Proyecto de doctor Del Valle Ibarlucea, presentó otro en 1924 que, como los anteriores, tampoco obtuvo sanción. También en 1924, el Proyecto presentado por el doctor Mario Bravo con su colega de Senado el doctor Juan B. Justo, fue el que sirvió de base a la formación de una Comisión Interparlamentaria designada en 1925 para confeccionar un Proyecto definitivo. La Comisión lo estudió, y el Senado lo aprobó el 25 de septiembre de 1925 y la Cámara de Diputados en septiembre de 1926. Evidentemente, el debate en ambas Cámaras, que llevó dos años, provocó que la ley tenga un carácter limitado.

La ley llevó el número 11.357 y fue conocida como “Ley de Derechos Civiles de la Mujer”. Si bien la norma fue un gran avance en pos de la igualdad entre el hombre y la mujer, tenía sensibles limitaciones, como por ejemplo, no derogar el artículo 55 del Código Civil que definía a la mujer casada como incapaz de hecho relativa, ni el artículo 57 que la subordinaba a la necesaria representación legal del marido.

En definitiva, la ley estipuló ampliaciones para las mujeres casadas tales como la patria potestad sobre hijos de un matrimonio anterior, ejercicio de profesión, oficio, empleo o industria “honestos” sin necesidad de autorización marital o judicial, administrando y disponiendo libremente del producto de esas ocupaciones, adquisición de toda clase de bienes con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria, pudiendo administrar y disponer de estos bienes libremente, entre otros, pero la realidad es que las mujeres casadas seguirían siendo consideradas sujetos con incapacidad jurídica, subordinadas a la representación legal del marido.

Para ser más concretos, el artículo 1º sostenía que “La mujer mayor de edad (soltera, divorciada o viuda) tiene capacidad para ejercer todos sus derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre mayor de edad”¹⁰. Esto es, se excluía a las mujeres casadas de la posibilidad de ejercer todos los derechos que tenía el hombre y sólo se le otorgaban unos pocos beneficios.

¹⁰ *Ibíd.*

Por otro lado, decía Juan Bialet Massé al referirse al trabajo femenino que “Donde el alma duele es al estudiar el trabajo de la mujer”¹¹.

Es por ello que es necesario destacar que las organizaciones feministas lograrían, el 30 de septiembre de 1924, la sanción de la ley 11.317 de protección a la mujer trabajadora y a los menores, que establecía, entre otras cosas, la prohibición del trabajo de menores de 12 años de edad, o a mayores de esta edad que, comprendidos en la edad escolar, no hubiesen completado su instrucción obligatoria; se prohibía ocupar a menores de 14 años para servicio doméstico o en explotaciones o empresas industriales o comerciales; ningún varón menor de 14 años ni mujer soltera menor de 18 años podía ejercer, por cuenta propia o ajena, profesión alguna que se ejerciese en calles, plazas o sitios públicos; se prohibía ocupar en la industria y comercio a mujeres mayores de 18 años durante más de 8 horas diarias o 48 horas por semana, y a menores de 18 años durante más de 6 horas diarias o 36 por semana; se prohibía ocupar a mujeres o a menores de 18 años en trabajo nocturno y en industrias o tareas peligrosas e insalubres y se prohibía ocupar a mujeres durante el período de seis semanas posteriores al parto y debían dejar de trabajar seis semanas antes de la fecha probable de parto, entre muchas otras medidas en defensa de las mujeres y los menores de edad.

En 1928 sería nuevamente Elvira Rawson la que sostendría, en el Tercer Congreso Internacional Feminista, que “Ningún problema social puede ser indiferente a la mujer. Ligada con los seres que ella crea, que ella plasma, que ella ama, es la vida de todos, es el bien común lo que ellos representan, y no puede haber ningún precepto razonable y justo que la condenen a ser expectante, inerte y silenciosa cuando de esos problemas se trata [...] Si las guerras por predominio económico o territorial, rapiñas encubiertas bajo el nombre de misiones civilizadoras, pueden aún asolar a la humanidad; si la maternidad en ciertas condiciones es todavía un crimen social y hay millones de inocentes que no disfrutan del cariño y protección de los genitores y sufren cual criminales el desprecio social, es porque la mujer es cobarde o es insensible o es

¹¹ BIALET MASSÉ, J., “El estado de las clases obreras argentinas a comienzos de siglo”, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1968.

ignorante de su propia fuerza y deber. Basta ya de guerras que siegan las vidas que nosotras damos con peligro de la vida nuestra. Basta de crímenes sociales ejercidos a la sombra de los prejuicios y que el egoísmo criminal de unos siembra y el egoísmo criminal de otros tolera”¹².

En 1957 se ratificó (por decreto-ley 9983 del 23 de agosto de 1957, ley 14.467) la Convención Interamericana de Derechos Civiles de la Mujer aprobada en Bogotá en 1948, que establecía que “Los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer, los mismos derechos civiles de que goza el hombre”¹³. Posteriormente, en 1994, al reformarse nuestra Carta Magna, fue incorporada a la misma con rango constitucional.

Mediante ley 15.786 de 1960, nuestro país ratificó la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer –aprobada por la VII Asamblea General de las Naciones Unidas–, suscribiéndola el 31 de marzo de 1953. En ella se establecía que “Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones y a ser elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna. Asimismo, se establecía que las mujeres tendrían derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna”¹⁴.

Posteriormente a las Convenciones mencionadas, y cuya ratificación por parte de nuestro país trajo muchos debates, Argentina quedó obligada a adecuar sus normas, fundamentalmente en lo que hacía a la capacidad de la mujer mayor de edad, más allá de cuál fuera su estado civil.

Así, recién en 1968 el Código Civil sufrió la modificación efectuada por la ley 17.711.

La reforma fue una instancia importante en el recorrido de los derechos de las mujeres. En efecto, entre otras modificaciones, se establecía la “capacidad jurídica plena para la mujer mayor de edad cualquiera sea su estado civil”.

¹² BARRANCOS, D., “Inclusión/exclusión. Historia con mujeres”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002.

¹³ En Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

¹⁴ *Ibíd.*

El ministro del Interior y mentor de la reforma fue Guillermo Borda, quien explicó que “el principio de la igualdad jurídica de los cónyuges no obsta a que la ley reconozca la prevalencia de alguno de ellos”. Así, eran facultades exclusivas del marido el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, la elección del domicilio conyugal, la obligación de la mujer a usar el apellido del marido (ley 18.248 de 1969), entre otras¹⁵. También quedaba firme el principio de indisolubilidad del matrimonio, pero aceptándose el divorcio por presentación conjunta o de mutuo acuerdo.

Si bien muchos derechos que se le reconocían a las mujeres fueron aceptados a regañadientes, seguían siendo barreras infranqueables el divorcio vincular y el sufragio femenino.

Partidos políticos como el Socialista o la Unión Cívica Radical apoyaban abiertamente la lucha feminista. El PSA sostenía, a través de su secretario general J. M. G. Spika: “El programa mínimo del PSA registra los siguientes puntos: igualdad civil para ambos sexos; sufragio universal sin distinción de sexos; prohibición del trabajo de las mujeres en todas las industrias, que hagan peligrar la maternidad, la salud o la moralidad; prohibición del trabajo de las mujeres obreras 30 días antes y después del alumbramiento, y obligación del pago del salario durante ese paro forzoso”¹⁶. En tanto, la UCR, en la plataforma electoral para las elecciones de 1931, consagraba la intención de luchar por el voto femenino al sostener: “Por medio de leyes especiales y en su oportunidad, con reformas a la Constitución que mantengan y acentúen el carácter democrático, la UCR se preocupará por [...] 6) Los derechos políticos de la mujer”¹⁷. De todos modos, la fórmula Alvear-Güemes fue vetada y finalmente la UCR no participó de aquellos comicios, pero a partir de ese momento siempre permaneció en sus plataformas. Así, y a modo de otro ejemplo, diremos que durante la campaña electoral de 1973 se decía en la plataforma electoral de la UCR: “Haremos que la mujer se desenvuelva en un pie de igualdad con el hombre en material social, económica, jurídica y cultural; que por

¹⁵ GIORDANO, V., “Ciudadanas incapaces. Los derechos civiles de las mujeres en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay en el siglo XX”, Teseo, Buenos Aires, 2012.

¹⁶ FONT, op. cit.

¹⁷ En Historia y doctrina de la UCR, <http://www.historiaydoctrinadelaucr.com/>.

igual tarea perciba igual salario que el hombre; que comparta con el hombre la patria potestad de sus hijos”¹⁸. Asimismo, en 1983, durante la campaña electoral, Raúl Alfonsín decía el 30 de septiembre de 1983: “La mujer sufre las consecuencias de esta sociedad anticuada y machista que ni siquiera le confiere la posibilidad de compartir la patria potestad de sus hijos”¹⁹, y el 26 de octubre de 1983 manifestaba que “Es la voluntad terminar con la discriminación ejercida contra nuestras mujeres argentinas por la subsistencia de costumbres retrógradas”²⁰.

En lo que hace específicamente a los derechos políticos, el movimiento sufragista femenino se montaba sobre el liderazgo férreo de Julieta Lanteri y Elvira Rawson, al que se agregaría Alicia Moreau de Justo. Así, Julieta Lanteri, que había nacido en Italia y se nacionalizó argentina, en 1911 hizo una presentación judicial muy particular: reclamó que se le reconocieran plenos derechos como ciudadana, incluidos los políticos. En efecto, aprovechando que la Municipalidad porteña había convocado a los ciudadanos a actualizar los datos en la confección del padrón y al ver que los requisitos para hacerlo eran ser ciudadano mayor de edad, residente en la ciudad, que tuviese comercio o industria o una profesión liberal y que pagase impuestos y nada aclaraba sobre el sexo, concurrió a inscribirse, pero se le negó la posibilidad de hacerlo. Ante ello, decidió recurrir a la justicia y lo más curioso fue que el fallo de primera instancia, luego refrendado por la Cámara Federal, resultó favorable. El juez E. Claros decía: “Como juez tengo el deber de declarar que su derecho a la ciudadanía está consagrado por la Constitución y, en consecuencia, que la mujer goza en principio de los mismos derechos políticos que las leyes, que reglamentan su ejercicio, acuerdan a los ciudadanos varones, con las únicas restricciones que, expresamente, determinen dichas leyes, porque ningún habitante está privado de lo que ellas no prohíben”²¹. Así fue que el 16 de julio de 1911 Julieta Lanteri fue la primera mujer incorporada a un padrón

¹⁸ Balbín Solución, Lista 4, publicidad de la UCR para las elecciones presidenciales de 1973.

¹⁹ En Alfonsín, <https://www.alfonsin.org/discursos>.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ DELEIS, M.; DE TITTO, R. y ARGUINDEGUY, D., “Mujeres de la política argentina”, Aguilar, Buenos Aires, 2001.

electoral argentino, y en las elecciones del 26 de noviembre de ese año fue la primera mujer sudamericana que pudo votar²².

Ahora bien, la ley 8871 o Ley Sáenz Peña, sancionada en febrero de 1912, que transparentaba el sistema electoral al disponer, entre otras cosas, su carácter secreto y obligatorio, creó una imposibilidad de hecho para que las mujeres pudiesen votar. En efecto, pese a adecentar los comicios, la ley imposibilitó que las mujeres votasen al disponer que el padrón electoral se formaría de acuerdo al empadronamiento para el servicio militar, que era sólo para los ciudadanos varones. Así, al establecerse esta forma de articular el padrón, la ley imponía una restricción automática hacia las mujeres. Lanteri exigió entonces que se la incluyese en el padrón militar, pero no la aceptaron, lo que no impidió que siguiera luchando y fuera por más: ahora daría batalla para ser candidata. Presentó ante la Junta escrutadora el siguiente escrito: “Siendo ciudadana argentina, por nacionalización y en virtud de sentencia de la Corte Suprema, no figura mi nombre en el padrón electoral, no obstante las gestiones que he realizado con tal propósito. Creo, sin embargo, que ello no constituye impedimento alguno para la obtención del cargo de diputado, ya que la Constitución Nacional emplea la designación genérica de ciudadano sin excluir a las personas de mi sexo, no exigiendo nada más que condiciones de residencia, edad y honorabilidad, dentro de las cuales me encuentro, concordando con ello la ley electoral, que no cita a la mujer en ninguna de sus excepciones”²³. La Junta accedió a su reclamo y Lanteri compitió por una banca en el Congreso como diputada, convirtiéndose así en la primera mujer candidata en la Argentina. Lanzó entonces su candidatura con una plataforma electoral altamente progresista que incluía la licencia por maternidad, el subsidio estatal por hijo, la protección a los huérfanos, la abolición de la prostitución reglamentada, el sufragio universal para los dos sexos, igualdad civil para los hijos legítimos y los conceptuados no legítimos, horario máximo de 6 horas de trabajo para la mujer, salario igual para trabajos equivalentes para los dos sexos, jubilación y pensión para todo empleado u obrero, abolición de

²² En *Nuestra Causa*, núm. 10, del 10-2-1920.

²³ BELLOTA, A., “Julietta Lanteri. La pasión de una mujer”, Planeta, Buenos Aires, 2012.

la pena de muerte, divorcio absoluto y representación proporcional de las minorías en los órdenes nacional, provincial y municipal²⁴. Su candidatura contaba con el firme apoyo de Alicia Moreau de Justo y Elvira Rawson. Lanteri hizo campaña en las calles, hablando en las esquinas y hasta en los intervalos de las salas de cine. Empapeló la Ciudad de Buenos Aires con afiches que decían: “En el Parlamento una banca me espera, llevadme a ella”. Finalmente obtuvo 1.730 (obviamente todos masculinos) de los 154.302 escrutados. Al no ser legalizada para ingresar al Parlamento, y continuando con la lucha por el sufragio femenino, Julieta Lanteri, Elvira Rawson y Alicia Moreau de Justo organizaron una impactante votación paralela de mujeres, con 19 urnas, en las elecciones del 7 de marzo de 1920²⁵. La misma se realizó en Plaza Flores y participaron más de 2.000 personas.

Aquí debemos hacer un alto para destacar que será el diputado nacional santafesino Rogelio Araya quien presentará en la Cámara de Diputados, en fecha 25 de julio 1919, el primer proyecto en pro de los derechos políticos femeninos, esto es, en otras palabras, el sufragio femenino (también acotado). El Proyecto de Ley sostenía: “Art. 1° – Modifícase el artículo 7° de la ley de ciudadanía N° 346 en la siguiente forma: Los argentinos varones que hubiesen cumplido la edad de 18 años y las argentinas mujeres que hubiesen cumplido 22 años gozan de los derechos políticos conforme a la Constitución y las leyes de la República. Art. 2° – Modifícase el artículo 1° de la ley electoral N° 8871 en la siguiente forma: Son electores nacionales los ciudadanos varones nativos y naturalizados desde los 18 años cumplidos de edad y las ciudadanas mujeres nativas y las naturalizadas desde los 22 años cumplidos de edad, siempre que estén inscriptos unos y otros en el padrón electoral”²⁶.

El diputado Araya, en la Fundamentación del Proyecto, señalaba, entre otras cuestiones, que “En el proyecto que presenté a la Honorable Cámara en procura de la emancipación civil de la mujer, expresé mi convicción de que la igualdad de ésta con el hombre dimana de la

²⁴ En diario *La Prensa*, del 18-2-1820, cit. por BELLOTA, A. y MATESANZ, J., “Julieta Lanteri, primera sufragista de América Latina”, en *Todo es Historia*.

²⁵ DELEIS, DE TITTO y ARGUINDEGUY, op. cit.

²⁶ En HCDN, www.hcdn.gob.ar/secparl/dmuseo/archivo-Parlamentario.

naturaleza misma [...] Es máxima de derecho político en las democracias, que el hombre no debe acatar otras leyes que las que él mismo se ha dado [...] ¿Por qué la mujer ha de obtener leyes que disponen sobre su persona y bienes, si en ellas no sólo no ha tenido participación, sino que ni siquiera han sido oídas? [...] La emancipación de la mujer y su igualdad con el hombre no se cumpliría si es que no se le acordase a la vez el derecho a elegir y el de ser elegida...”²⁷

El Proyecto de Araya, a pesar de ser un avance, proponía que la mujer votara desde los 22 años, con lo cual se la seguía considerando como no emancipada. De todas maneras, el Proyecto pasó a Comisión Constitucional y allí quedó.

Así las cosas, el diputado Juan José Frugoni presentó otro proyecto de voto femenino en 1922 y el diputado Leopoldo Bard presentaría en 1925 otra iniciativa, alegando que “Yo entiendo la democracia, creyendo en su incesante progreso, que el sufragio de la mujer debe ser un hecho, y que no es sino con profundo dolor que pienso que mientras las Elvira Rawson de Dellepiane, Delfina Bunge de Gálvez, Margarita Abella Caprile, Alicia Moreau de Justo, Alfonsina Storni, Julieta Lanteri de Renshaw, Francisca Jacques, Cecilia Grierson, Dolores Lavalle de Lavalle, Helena Larroque de Roffo, desaparecida prematuramente cuando tanto podía esperarse de su talento y abnegación; y tantas otras benefactoras en el orden social y muchas estudiosas que brindan a raudales su inteligencia en las distintas manifestaciones de la ciencia y el arte [...] Todas ellas no pueden votar, se las considera incapaces por la ley y se capacita a tanto semianalfabeto. Esto suscita lógicas rebeldías en quienes piensan que las mujeres no son esclavas. Y a ese derecho de voto, reservado exclusivamente para los hombres, los constitucionalistas han calificado impudicamente de ‘sufragio universal’, dando a entender con una expresión tan impropia, que si las mujeres suman la mitad de los habitantes del país, su opinión es un valor negativo en el manejo de los destinos públicos”²⁸.

También habrá proyectos de Santiago Fassi (1938), Bernardino Horne (1939) y otros más a los que no haremos mayores referencias por

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*

una cuestión de espacio del presente trabajo²⁹. Hay que señalar, de todos modos, que pese a su insistencia, los proyectos nunca llegarían a ser debatidos.

Asimismo, debemos decir que Leopoldo Bard presentó dos proyectos de ley de divorcio (uno el 8 de junio de 1922 y otro el 15 de julio de 1926), obviamente ambos no tuvieron la menor suerte.

Leopoldo Bard sostuvo en aquel momento que “Es necesario en esta hora, una renovación social, económica y política, dejar de lado las ideas y prejuicios, que pueden haber tenido (con exceso de galantería) su razón de ser o de existir en otra época, pero que deben ser arrojadas para dar paso a las teorías modernas en relación con la hora en que vivimos [...] Desde el momento en que el matrimonio está basado en el consentimiento, si el consentimiento falta, el matrimonio debe dejar de existir. Basado el matrimonio en el amor, si éste por una causa deja de existir, el matrimonio debe quedar anulado de hecho y de derecho”³⁰.

En 1936 se fundó una nueva asociación: la Unión Argentina de Mujeres (UAM) con el fin de obtener los derechos políticos y civiles en Argentina. Se pusieron a la cabeza de ese proyecto dos intelectuales de la literatura: Victoria Ocampo y María Rosa Oliver, junto con Ana Rosa Schlieper de Martínez Guerrero y Susana Larguía, entre otras.

En 1938, Victoria Ocampo y Susana Larguía presentaron un proyecto que demandaba para la mujer el voto en igualdad de condiciones con el varón y en ese contexto la Asociación envía una nota firmada por María Rosa Oliver, quien solicitaba permiso al gobierno respecto de la decisión de no tratar este tema en la Conferencia de Lima de 1938. No tendría respuesta. El pedido no era ingenuo, ya que Ana Rosa Schlieper de Martínez Guerrero fue nombrada delegada de Argentina en dicha Conferencia, y, sin embargo, a pesar de su intensa actividad, no podía lograr el aval del gobierno para apoyar la declaración a favor de los derechos de las mujeres. Así, el 16 de diciembre de 1938 fue Schlieper, ya durante las discusiones sobre estos derechos, quien, a través del ministro de Relaciones Exteriores y Culto, solicitó

²⁹ GALLO, E. R., “Las mujeres en el radicalismo argentino 1890-2020”, Eudeba, Buenos Aires, 2020.

³⁰ En HCDN, www.hcdn.gob.ar/secparl/dmuseo/archivo-Parlamentario.

autorización para levantar restricciones, las que pesaban sobre la delegación para dar el voto favorable a las recomendaciones que se proponían en la Conferencia. Allí se presentó un Proyecto para promover medidas de legislación interna, otorgando a la mujer derecho a elegir y ser elegida en igualdad de condición que el hombre dentro del territorio y respectivas jurisdicciones³¹.

La respuesta del gobierno fue rotunda: “...Los asuntos que la señora propone son del resorte de la legislación interna de cada país y no nos interesa tratarlos en Lima”³². Fue así que se votó con una abstención, que fue la nuestra³³.

Así las cosas, la estrategia de diálogo con los gobiernos por parte de las asociaciones sufragistas terminó definitivamente con el golpe militar de 1943. Las Actas de Chapultepec firmadas en agosto de 1945 incluían entre sus ítems los derechos políticos de las mujeres, lo cual resultaba un logro respecto de la situación acontecida en 1938 cuando el gobierno argentino había negado esa posibilidad. Sin embargo, el acceso a presidencia por parte de Juan Perón paralizó aquellas voluntades políticas de las asociaciones feministas y, prontamente, su esposa, Eva Duarte, fue ganando en presencia pública y logró movilizar a amplios sectores femeninos en pos del sufragio. La sanción de la ley 13.010, en 1947, que consagra los derechos políticos de la mujer se convirtió en un proceso de construcción de Eva Duarte como figura política y se desdibujó la lucha de años de las asociaciones pro derechos de las mujeres. Fue así que las mujeres argentinas votaron por primera vez en 1951. Sin dudas, Eva Perón, pese a que rechazaba el feminismo como tal, se ofrece como una figura de visos excepcionales por muy diversas razones, en especial por su singular intuición relacionada con la justicia social y con la protección de los sectores más vulnerables.

Diremos que, durante los años posteriores, fundamentalmente en los setenta, se crearon numerosas organizaciones tendientes a luchar por los derechos de la mujer. Así, podemos citar a modo de ejemplo

³¹ VALOBRA, A. M.^a, “Los derechos políticos en Argentina y los vaivenes internacionales y nacionales”, en *Travesía*, vol. 20, núm. 2, julio-diciembre de 2018.

³² *Ibíd.*

³³ MREC, “Informe de la delegación argentina a la VIII Conferencia Internacional Americana”, p. XXIII.

a la Unión Feminista Argentina (1970), impulsada por María Luisa Bemberg; el Movimiento de Liberación Feminista (1972), fundado por María Elena Oddone; Alma (1975); Nueva Mujer (1970); el Centro de Estudios Sociales de la Mujer Argentina (1974); Derechos iguales para la mujer argentina (1976), encabezado por Clotilde Sabattini; la Asociación de Mujeres Alfonsina Storni (1977), y la Unión de Mujeres Socialistas (1979), presidida por la doctora Alicia Moreau de Justo, entre otras.

Aquí debemos hacer un alto para señalar que el año 1975 fue elegido por las Naciones Unidas como el Año Internacional de la Mujer. En Buenos Aires se convocó a un Congreso presidido por María Estela Martínez de Perón. Para su organización se formó una coordinadora de grupos y los que se definían como feministas fueron expulsados. A partir de esta experiencia se constituyó el Frente de Lucha por la Mujer, formado por varios grupos feministas, con el fin de elaborar puntos básicos de coincidencia y defenderlos. Al Frente no se le permitió la entrada al Centro Cultural General San Martín, lugar donde se realizaba el Congreso³⁴.

Asimismo, desde 1977, es muy importante destacar, para entender que las mujeres argentinas estuvieron siempre en las luchas de nuestro país y no sólo en las cuestiones estrictamente femeninas, que todos los días jueves un grupo de mujeres con pañuelos blancos giraban en torno a la Pirámide de Mayo pidiendo que aparezcan los desaparecidos. Eran las Madres de Plaza de Mayo y luego las Abuelas de Plaza de Mayo. Eran mujeres que se ponían al frente de la lucha por los DD. HH. junto a otras organizaciones.

También debemos destacar otras organizaciones tales como la Organización Feminista Argentina (1981); la Asociación de Trabajo y Estudio sobre la Mujer “25 de noviembre” (1982); Amas de Casa del País (1982); la Multisectorial de la Mujer (1984); Movimiento Feminista (1985), y Fundación Mujeres en Igualdad (1990).

Así entonces podríamos continuar enumerando diferentes organizaciones, cuya creación disminuyó en los años 90, pero volvió a crecer notablemente en las últimas décadas.

³⁴ ARCHENTI, N., “Situación de la mujer en la sociedad argentina”, Fundación Friedrich Naumann, Buenos Aires, 1987.

En definitiva, luego de años sin modificaciones legislativas en favor de la mujer, en 1983, apenas retornada la democracia luego de la dictadura iniciada en 1976, el reconocimiento de la importancia de los derechos de las mujeres se evidenció en la creación, primero, de la Dirección de la Mujer y, luego, de la Subsecretaría de la Mujer en el ámbito del Ministerio de Salud y Acción Social.

Finalmente, haremos un rápido repaso sobre leyes que fueron consagrando luchas de años sostenidas por valientes mujeres que se atrevieron a desafiar el patriarcado. Así tenemos que en 1985 se aprobó la ley 23.264, que dispone la “eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer”, derogando toda norma que implique algún tipo de discriminación hacia ella. Así entonces, y luego de tantos años de luchas infructuosas, la mujer casada obtuvo derechos que le eran vedados: la patria potestad compartida, la filiación y otros³⁵. En 1987 se aprobó la ley 23.515, mediante la cual se incorporó al Código Civil la Ley de Matrimonio Civil, regulada por la ley 2393, derogando la obligación de la mujer de utilizar el apellido de su esposo, que éste fuese quien dispusiera el lugar de residencia del hogar conyugal y se estableció el divorcio vincular, lo que habilitó la posibilidad no sólo de disolver uniones, sino de contraer nuevos matrimonios que permitieron regularizar innumerables uniones de hecho; se otorgaba pensión al viudo, pensión a la cónyuge divorciada, igualdad de los hijos extramatrimoniales, pensión a la concubina, etcétera³⁶. La ley 24.012, sancionada en 1991, estableció que el 30% de las listas electorales deben estar ocupadas por mujeres. Se trató de la primera legislación de este tipo en América Latina³⁷. Posteriormente, el 23 de noviembre de 2017, se sancionó la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política (ley 27.412)³⁸.

En 1994, la reforma de nuestra Constitución consagró las acciones positivas como herramientas para garantizar la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres en la política. En su artículo 37 establece: “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres

³⁵ En Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

³⁶ En Gobierno de Argentina, <https://www.argentina.gob.ar>.

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ *Ibíd.*

para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”. Además, se incorporaron determinados tratados internacionales de derechos humanos a la jerarquía constitucional. Puntualmente, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer (Cedaw), donde los Estados parte se comprometen a “seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer” y a tomar “todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

Por otra parte, contamos con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (más conocida como Convención de Belém do Pará), ratificada por el Congreso en el año 1996, en la ley 24.632³⁹. Este instrumento trata específicamente de la violencia contra la mujer, entendiéndola como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1º). Esto es, la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica que se dé dentro de la familia, unidad doméstica o cualquier otra relación interpersonal, siendo perpetrada por cualquier persona, en cualquier ámbito; o cuando sea perpetrada por el Estado o sus agentes, sin importar dónde ocurra. Asimismo, el artículo 3º sostiene que “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia”. Los Estados también se comprometen a actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. En este marco, a nivel nacional fue sancionada en el año 2009, la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (ley 26.485)⁴⁰.

La ley 25.781 del año 2003 modifica el artículo 1276 del Código Civil en lo concerniente a la administración de los bienes de origen

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Íd.*

dudoso, que estaban a cargo del marido, por la disposición y administración conjunta de ambos esposos. En tanto, la Ley 24.417 de Violencia Familiar y la ley 26.485 del año 2009 disponen la protección integral contra todo tipo de violencia contra la mujer. Allí se establece, entre otras cosas, la obligación a todo ciudadano de denunciar cuando presencia o conoce por algún medio de actos o hechos de violencia contra cualquier mujer.

Las Leyes de Matrimonio Igualitario (26.618) del año 2010 y de Identidad de Género (26.743) del año 2012 implicaron el reconocimiento jurídico de la diversidad sexual, rompiendo con el paradigma binario y heterosexual, no sólo eliminando el requisito del género o sexo para contraer matrimonio, sino también reconociendo las identidades autopercebidas de las personas.

En el año 2012 fue modificado el Código Penal por la ley 26.791, que incorporó la figura del femicidio. Así, se agravó el castigo por el homicidio de una mujer, cuando sea perpetrado por un hombre y esté motivado por la condición de género de la víctima, otorgándole la pena máxima, de prisión perpetua⁴¹. También en materia penal, la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas tipificó el delito de trata de personas en el artículo 145 bis en 2008 (ley 26.364)⁴².

Más recientemente se sancionó la Ley Micaela (ley 27.499) del año 2019, que establece la capacitación obligatoria en temáticas de género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado.

Por último, el Congreso sancionó la Ley de Acceso a la Interrupción Legal del Embarazo 27.610 del año 2021, que despenaliza el aborto sin causales hasta la semana 14 de gestación, y lo regula, estableciendo las pautas que deben seguirse para la realización de la práctica⁴³.

3. Conclusiones

Hasta aquí es donde la brevedad del artículo nos permite avanzar; sin embargo, diremos que analizar la participación de la mujer en la sociedad argentina significa descubrir una historia de nuestro país que

⁴¹ En Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar>.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ En Boletín Oficial, <https://www.boletinoficial.gob.ar>.

ha estado oculta en la versión oficial. Si bien en el presente abordamos su situación desde la sanción del Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sársfield, es necesario señalar que la mujer estuvo activamente presente en todas las situaciones y acontecimientos que tuvieron lugar a lo largo de nuestra historia. Así, participó durante la conquista española, durante las luchas por la independencia, en el trabajo del campo, en la artesanía, en el desarrollo industrial, y a pesar de todo ello tuvo que esperar el siglo XX para superar la definición de “incapaz” y el status de ciudadana de segunda clase que le fue asignado.

La mujer tenía entonces, en la sociedad, sólo alguno de estos roles: ser esposa y madre, marchitarse en un convento, quedarse en la casa paterna bajo la dominación del padre o ser “sirvienta”.

Así fue que, como hemos visto, han sido numerosas las luchadoras por los derechos civiles, laborales y políticos de la mujer desde la sanción del Código Civil. Fueron víctimas, en su mayoría, de la incompreensión y sufrieron los vaivenes propios de una cultura que se negaba a otorgar derechos a la mujer, y, pese a que muchos vociferaban su apoyo, el mismo no era tal cuando de sancionar leyes se trataba.

Fueron pocos los hombres que acompañaron no sólo de palabra sino con hechos los justos reclamos de las mujeres argentinas. Las razones fueron, entre otras, y tal lo desarrollado en el presente, el legado de viejas culturas y religiones, que generaban leyes que mantenían una clara preponderancia del hombre sobre la mujer.

En un comienzo, las luchas de las mujeres ante esta situación fueron individuales, pero hacia finales del siglo XIX comenzaron a nuclearse en distintas asociaciones que otorgaron mayor fuerza y organicidad a los reclamos.

Con el transcurrir de los años, algunos derechos fueron aceptados por los hombres, en muchos casos contra la voluntad, pero había algo en lo que no estaban dispuestos a ceder, y era en otorgar el derecho a votar a las mujeres y consagrar el divorcio vincular. Así, debieron pasar muchos años hasta conseguir que esa barrera se quebrara.

Podemos concluir que fue a partir de ese momento de quiebre y de las luchas feministas que se daban alrededor del mundo en que poco a poco se comenzaron a reconocer los derechos femeninos. Tam-

bién es importante destacar que fue a partir de las últimas décadas donde estos derechos comenzaron a incrementarse con mayor velocidad.

Es así que entonces se fue logrando la implementación de ansiados y justos derechos; sin embargo, queda aún mucho camino por recorrer, y tal lo mencionamos al comienzo del presente, que este relato de luchas feministas contra los prejuicios, la ignorancia, y la desigualdad, está dirigido a todas aquellas generaciones que las ignoran y futuras que probablemente las ignorarán. Esperemos que este trabajo sirva, aunque en forma de modesto aporte, a evitar ese desconocimiento.

Bibliografía

- ARCHENTI, Nélica, “Situación de la mujer en la sociedad argentina”, Buenos Aires, Fundación Friedrich Naumann, 1987.
- Balbín Solución, Lista 4, publicidad de la UCR para las elecciones presidenciales de 1973.
- BARRANCOS, Dora, “Inclusión/exclusión. Historia con mujeres”, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- “Mujeres, entre la casa y la plaza”, Buenos Aires, Sudamericana, 2008.
- BELLOTA, Araceli, “Julieta Lanteri. La pasión de una mujer”, Buenos Aires, Planeta, 2001.
- BELLOTA, Araceli y MATESANZ, Julia, “Julieta Lanteri, primera sufragista de América Latina”, en Todo es Historia (núm. 278), agosto de 1990.
- BELLUCCI, Mabel, “Entonces la mujer”, en Todo es Historia (núm. 277), julio de 1990.
- BIALET MASSÉ, Juan, “El estado de las clases obreras argentinas a comienzos de siglo”, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1968.
- “Informe sobre el estado de la clase obrera”, Buenos Aires, Hyspamérica, 1985.
- BORDA, Guillermo A., “La reforma de 1968 al Código Civil”, Buenos Aires, Perrot, 1971.
- Caras y Caretas, “El movimiento feminista con la doctora Rawson Dellepiane”, del 2-8-1919.
- CORDERO, Ana Paula, “Elvira Rawson”, Salta, Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales, UNS, 2010.

- DELEIS, Mónica; DE TITTO, Ricardo y ARGUINDEGUY, Diego L., “Mujeres de la política argentina”, Buenos Aires, Aguilar, 2001.
- FEIJOÓ, María del Carmen, “Las feministas”, en *La vida de nuestro pueblo*, Buenos Aires, CEAL, 1982.
- FONT, Miguel, “La mujer: encuesta femenina argentina”, Buenos Aires, Costa Hermanos, 1921.
- Fundación Friedrich Naumann, “Conferencia Internacional: Participación política de la mujer en el cono sur”, Buenos Aires, 1987.
- GALLO, Edit Rosalía, “Las mujeres en el radicalismo argentino 1890-2020”, Buenos Aires, Eudeba, 2020.
- GIORDANO, Verónica, “Ciudadanas incapaces. Los derechos civiles de las mujeres en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay en el siglo XX”, Buenos Aires, Teseo, 2012.
- HALPERIN DONGHI, Tulio, “La república imposible (1930-1945)”, Buenos Aires, Emecé, 2007.
- LAVIN, Asunción, “Mujeres, feminismo y cambio social en Argentina, Chile y Uruguay (1890-1940)”, Santiago de Chile, Centro de Investigaciones D. Barros Arana, 2005.
- MARCHIONATTI, Marcelo, “Elvira Rawson”, en *Polémicos, olvidados o ignorados*, Rosario, Laborde, 2022.
- MREC, “Informe de la delegación argentina a la VIII Conferencia Internacional Americana”.
- Nuestra Causa; disponible en El Historiador, www.elhistoriador.com.ar.
- PALERMO, Silvana A., “Quiera el hombre votar, quiera la mujer votar: género y ciudadanía política en Argentina (1912-1947)”, ponencia presentada en las Jornadas en conmemoración de los sesenta años de la ley 13.010, Universidad Nacional de Tres de Febrero, 2007.
- University of Notre Dame, “Rare Books & Special Collections”, Indiana, www.rarebooks.library.nd.edu.
- VALOBRA, Adriana María, “Claves de la ciudadanía política femenina en la primera mitad del siglo XX en Argentina”, en Estudios, San José de Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2016.
- “Los derechos políticos en Argentina y los vaivenes internacionales y nacionales”, en Travesía, vol. 20 (núm. 2), julio-diciembre de 2018.

USUCAPIÓN ENTRE COPROPIETARIOS

UN ASUNTO SIEMPRE CONTROVERTIDO

por GUSTAVO M. NADALINI¹

SUMARIO: 1. Apreciaciones generales. 2. La prescripción adquisitiva o usucapión como vía de adquisición del dominio. 3. El fenómeno de la copropiedad. 4. No toda relación de poder es de la misma especie. 5. Usucapión entre copropietarios. 6. El quid de la interversión de título. 7. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

La prescripción adquisitiva es una vía hábil para la constitución de derechos reales principales que se ejercen por la posesión. Puede tratarse de la prescripción larga o usucapión, o de la prescripción breve. Pueden usucapir todos los que pueden poseer y el objeto debe ser una cosa o una universalidad de hecho. La posesión es por definición exclusiva, pero se admiten situaciones de concurrencia. Ello permite reconocer la titularidad compartida de derechos reales que se ejercen por la posesión, como el condominio o el cusufructo. Por ello, nada impide que un copartícipe asuma la posesión exclusiva de la cosa común y excluya a los otros de tal condición. Sin embargo, resulta complejo discernir cuándo es viable que la usucapión pueda ser pretendida entre copropietarios, condóminos o coherederos. La norma establece como requisito que para que tal pretensión prospere el sujeto debe intervertir su título a la posesión. Esa interversión debe ser uni-

¹ Profesor titular de Derechos Reales, Derecho Registral, Historia del Derecho, Taller de Acceso a la Información Jurídica, Facultad de Derecho, UNR. Docente estable en Carreras de Posgrado. Docente investigador.

lateral, lo que constituye un abuso de confianza y una causal de vicio. Se ha tornado sumamente difícil en nuestro sistema jurídico dar por acreditada esa interversión y, con ello, habilitar la pretensa prescripción adquisitiva. Aquí se aportan interpretaciones de la norma e ideas para intentar sumar razones que colaboren en el discernimiento de la problemática.

Abstract

Acquisitive prescription is a valid avenue for the establishment of primary real rights exercised through possession. It can involve either long prescription or usucaption, or short prescription. Anyone capable of possession can usucapt, and the object must be a thing or a factual universality. Possession is by definition exclusive, but situations of concurrency are allowed. This allows for the recognition of shared ownership of real rights exercised through possession, such as condominium or usufruct. Therefore, there is nothing preventing a co-participant from assuming exclusive possession of the common property and excluding others from such condition. However, it becomes complex to determine when it is viable for usucaption to be claimed among co-owners, condominium owners, or co-heirs. The rule establishes as a requirement for such claim to succeed that the subject must undergo an interversion of their title to possession. This interversion must be unilateral, which constitutes a breach of trust and a cause of vice. In our legal system, it has become extremely difficult to establish this interversion and thereby enable the alleged acquisitive prescription. Interpretations of the rule and ideas are provided here in an attempt to add reasons that contribute to the understanding of the problem.

Palabras clave

Copropiedad. Usucapión. Intervención de título.

Keywords

Co-ownership. Usucaption. Title interversion.

1. Apreciaciones generales

El fenómeno de la copropiedad sobre cosas es en sí mismo un escenario de potenciales conflictos entre los comuneros. La pluralidad de sujetos activos ejerciendo la propiedad de un objeto implica la necesidad de lograr altos niveles de consenso, sea respecto al uso y destino de la cosa, su mantenimiento y conservación, como en lo atinente a mejoras, gastos e impuestos, legitimación para accionar ante ataques de terceros, entre otros aspectos.

Es habitual presenciar tensiones y diferencias entre los cotitulares, y un ejercicio no siempre claro respecto a los alcances de los derechos de cada uno. El Derecho Civil argentino, fundamentalmente en la normativa vigente en el Código Civil y Comercial de la Nación, plasma una serie de pautas y de reglas que intentan proveer un marco de herramientas firmes y seguras para prevenir o resolver la conflictividad. Así –y a mero título panorámico y ejemplificativo– se advierten los siguientes principios:

- a) Presunción de igualdad de participación en la propiedad de la cosa cuando el título o la ley no establezcan porcentajes concretos y diferentes².
- b) Trato igualitario para los derechos de uso personal del objeto con independencia del porcentual del que cada sujeto sea titular³.
- c) Obligación de todos los comuneros de participar de los gastos de mantenimiento, conservación e impuestos sobre el bien⁴.
- d) Reconocimiento de legitimación activa a cada cotitular para accionar; por el todo frente a terceros, y por su parte indivisa entre los pares⁵.

² Artículo 1983, CCyC: “...Las partes de los condóminos se presumen iguales, excepto que la ley o el título dispongan otra proporción”.

³ Artículo 1986, CCyC: “Cada condómino, conjunta o individualmente, puede usar y gozar de la cosa común sin alterar su destino...”

⁴ Artículo 1991, CCyC: “Cada condómino debe pagar los gastos de conservación y reparación de la cosa y las mejoras necesarias y reembolsar a los otros lo que hayan pagado en exceso con relación a sus partes indivisas...”

⁵ Artículo 2251, CCyC: “*Cotitulares. Cosa juzgada.* Las acciones reales competen a cada uno de los cotitulares contra terceros o contra los restantes cotitulares...”; artículo 2245, CCyC: “*Legitimación* [...] Cualquiera de los coposeedores puede ejercer

- e) Reglas para definir la administración de la cosa común ante la falta de acuerdo, fijando el derecho de la mayoría computada por valor, aunque ésta pertenezca a uno solo de los condóminos⁶.
- f) Posibilidad de acordar un uso alternado o exclusivo de la cosa a favor de uno o varios de los copropietarios, y de decidir una contraprestación por tal derecho⁷.
- g) Opción de poner fin a la comunidad realizando una partición privada, o acudiendo a la vía judicial cuando se presenten las circunstancias legales previstas⁸.
- h) Reincorporación a nuestro sistema jurídico de la partición por licitación, permitiendo que la cosa quede en manos de uno de los comuneros a pesar de la oposición de los otros⁹.
- i) Preferencia para que en sede judicial la partición se efectivice en especie, priorizando la conservación de la cosa en su atribución a los adjudicatarios¹⁰.
- j) Presunción *iuris tantum* de que la comunidad es sin indivisión

las acciones posesorias contra terceros sin el concurso de los otros, y también contra éstos, si lo excluyen o turban en el ejercicio de la posesión común...”

⁶ Artículo 1993, CCyC: “*Imposibilidad de uso y goce en común*. Si no es posible el uso y goce en común por razones atinentes a la propia cosa o por la oposición de alguno de los condóminos, éstos reunidos en asamblea deben decidir sobre su administración”; artículo 1994, CCyC: “*Asamblea* [...] La resolución de la mayoría absoluta de los condóminos computada según el valor de las partes indivisas aunque corresponda a uno solo, obliga a todos...”

⁷ Artículo 1987, CCyC: “*Convenio de uso y goce*. Los condóminos pueden convenir el uso y goce alternado de la cosa común o que se ejercite de manera exclusiva y excluyente sobre determinadas partes materiales”.

⁸ Artículo 1997, CCyC: “*Derecho a pedir la partición*. Excepto que se haya convenido la indivisión, todo condómino puede, en cualquier tiempo, pedir la partición de la cosa. La acción es imprescriptible”; artículo 2371, CCyC: “*Partición judicial*. La partición debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes; b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente; c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente”.

⁹ Artículo 2372, CCyC: “*Licitación*. Cualquiera de los copartícipes puede pedir la licitación de alguno de los bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela...”

¹⁰ Artículo 2374, CCyC: “*Principio de partición en especie*. Si es posible dividir y adjudicar los bienes en especie, ninguno de los copartícipes puede exigir su venta...”

forzosa, permitiendo que cualquiera de los cotitulares pueda activar la división en cualquier tiempo.

- k) Conjunto común de normas particionarias, fungiendo las de la herencia para los condominios comunes¹¹.

Todas estas reglas conforman un elenco sumamente valioso y consolidado en el Derecho interno, similares en varios casos a las previsiones que ya establecía la codificación velezana. Sin embargo, como sucede en todas las instancias en las que las relaciones entre personas activan situaciones jurídicas, este entramado de normas no puede garantizar soluciones absolutas ni asegurar la paz efectiva y permanente al interior del grupo de copropietarios.

La experiencia señala que es habitual asistir a debates suscitados entre propietarios comunes, en los que generalmente se reclaman aportes económicos, el uso abusivo de la cosa, apropiación de frutos, la realización inconsulta de obras y mejoras, locaciones y cánones locativos no compartidos, entre otros. Y se trata de situaciones que suelen consolidarse y perpetuarse en el tiempo, constituyendo escenarios complejos y agravando las posibilidades de hallar soluciones pacíficas y privadas.

Tales circunstancias se agudizan en su conflictividad cuando los cotitulares resultan a la vez vinculados por lazos de parentesco, y entre los que suele existir la relación de coherederos. Se multiplican cotidianamente las experiencias de hermanos que suceden a sus padres como causantes, en la propiedad común (para nosotros condominio) de una casa, por ejemplo. Y es habitual también que, en esos casos, uno de los cotitulares quede ocupando materialmente el bien, sea en continuidad de circunstancias preexistentes, o por incorporación posterior. Es corriente asimismo que ese condómino haya asistido a sus padres en el hogar común, constituyendo allí la residencia de su vida, o que hubiese asumido el mantenimiento de la cosa común a lo largo de los años. Una escena como la que presentamos es sólo un ejemplo posible, aunque repetido, pero se puede proyectar a múltiples situaciones afines.

¹¹ Artículo 1996, CCyC: “Reglas aplicables. Rigen para el condominio las reglas de la división de la herencia, en tanto sean compatibles”.

En nuestro caso, se suele sumar que se profundiza esa situación de hecho, con independencia del análisis teórico que puede brindarse desde el Derecho positivo. El funcionamiento del ejercicio del derecho de propiedad por parte del condómino que tiene el bien en su esfera de posesión se proyecta fácticamente en una suerte de dominio pleno, ante la pasividad material del resto de los comuneros. Las razones de tal actuación por parte de los demás copropietarios son múltiples, y generalmente traducidas en omisiones.

El interrogante que asiste la vocación por compartir las reflexiones de este texto es el de discernir si es posible que el condómino que ocupa el bien, verbigracia en las circunstancias que ofrecimos, pueda pretender la adquisición del dominio por la vía de la prescripción adquisitiva o usucapión. En fin, si es factible usucapir entre copropietarios, condóminos o coherederos.

2. La prescripción adquisitiva o usucapión como vía de adquisición del dominio

Atribuir al paso del tiempo efectos jurídicos de diverso tipo es una constante en los sistemas jurídicos del mundo a lo largo de toda su historia.

La prescripción adquisitiva¹² participa de tal fenómeno, permitiendo que quien posee un bien a lo largo de determinado tiempo, y ante la omisión de quien podría alegar derecho sobre ese objeto, se convierta en su propietario. Es una forma de adquisición del dominio sobre cosas, que resuelve situaciones fácticas en las que la apariencia de propiedad no condice con la titularidad dominial.

Es una vía adquisitiva originaria, ya que el derecho real de dominio nace en cabeza del sujeto poseedor, sin que nadie le transmita tal derecho; y la sentencia judicial que se exige resulta necesaria para formalizar el reconocimiento de un derecho ya ganado. Es importante, por tanto, enfatizar que, al ser una vía o modo unilateral u originario de adquisición, sólo depende de la voluntad exteriorizada del aspirante

¹² Artículo 1897, CCyC: “*Prescripción adquisitiva*. La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”.

a usucapir, concretada en los actos legalmente exigibles y en el marco del amparo del sistema normativo. Resultaría absurdo pretender alguna acción de reconocimiento por parte del titular, aunque sea meramente omisiva, para reconocer el derecho del usucapiente. De igual manera, se debe insistir en que la actuación del juez es de reconocimiento del cumplimiento de las condiciones exigidas por la ley, el paso del tiempo, la calidad posesoria, y demás recaudos, pero no debe entenderse la resolución judicial como un acto de transmisión o constitución del derecho real, como lo requerimos en una adquisición derivada o bilateral del dominio¹³.

En materia de adquisición de derechos reales por prescripción, existen dos posibilidades concretas:

- a) *Prescripción breve*¹⁴ o *corta*: en ella el poseedor debe exhibir buena fe y justo título a su favor. Aquí el tiempo requerido o exigido para lograr consolidar el derecho es menor; en materia de inmuebles se resume a diez años. En verdad es una manera de sanear el título que no ha alcanzado los recaudos legales para ser considerado suficiente, pero que reúne toda la apariencia de tal. Entonces, la posesión efectiva y continua, de buena fe, y la inacción por parte de algún tercero que alegue mejor derecho, opera como vía de adquisición. Es una situación relativamente poco común, y las condiciones exigidas hacen que las tensiones u oposiciones sean menores.
- b) *Prescripción larga*¹⁵ o *usucapión*: en este supuesto sólo es necesario el hecho de la posesión por parte de un sujeto (o varios, ya que la coposesión es factible), que se mantenga de manera constante durante el tiempo de ley (en materia de inmuebles se disponen veinte años). En este caso no es trascendente la buena

¹³ Artículo 1896, CCyC: “*Prohibición de constitución judicial*. El juez no puede constituir un derecho real o imponer su constitución, excepto disposición legal en contrario”.

¹⁴ Artículo 1898, CCyC: “*Prescripción adquisitiva breve*. La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años...”

¹⁵ Artículo 1899, CCyC: “*Prescripción adquisitiva larga*. Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión...”

o mala fe del poseedor, ni la causa de inicio de la posesión, ni la ausencia de título alguno. Los veinte años legitiman el reconocimiento acerca del nacimiento del dominio, honrando una situación de hecho, y brindando un marco de seguridad jurídica para el poseedor y la sociedad toda. El sistema jurídico resigna una verdad formal y estática, permitiendo mutarla en aras del cumplimiento de actos posesorios continuos, públicos y pacíficos, y ante la inexistencia de acciones contradictorias razonablemente atendibles por parte de terceros.

No es el propósito de esta reflexión profundizar la lógica sustantiva y procedimental de la usucapión, ni los recaudos legales concretos exigidos por el ordenamiento, sino simplemente enmarcar la instancia a efectos de analizar el extremo específico de la usucapión entre copropietarios.

Insistimos en la significancia que tiene para el éxito de toda usucapión no sólo la acción positiva del poseedor, reuniendo todos los elementos posesorios, sino también la necesidad de que quien pretenda mejor derecho no realice acción alguna para interrumpir o suspender los efectos del transcurso del tiempo, y eventualmente lograr la restitución del bien. La pasividad jurídica del tercero es tan necesaria como la posesión del pretendiente.

Y también reiteramos que la instancia del proceso judicial, necesaria, en materia de usucapión, opera como escenario de acreditación de un derecho ya adquirido materialmente. Por ello la adquisición de dominio no es derivada, sino originaria o unilateral. El tribunal no ostenta la potestad de otorgar o no el derecho, sino que tiene el deber de su reconocimiento una vez que se prueben los recaudos de ley.

También es necesario recordar que en nuestro ordenamiento es posible sumar o unir posesiones¹⁶, entre otros efectos, para valerse del tiempo de posesión del antecesor para alcanzar los años necesarios para prescribir. Ello cobra particular trascendencia cuando quienes suman sus posesiones son causante y heredero, porque el heredero continúa la posesión de su causante, sin más.

¹⁶ Artículo 1901, CCyC: “*Unión de posesiones*. El heredero continúa la posesión de su causante. El sucesor particular puede unir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras...”

Puede usucapir cualquier sujeto que sea capaz de poseer y reúna los demás requisitos legales; y la posesión debe ser ostensible y continua. Esto último implica que no debe ser abandonada o interrumpida por otra posesión, excepción hecha de los supuestos que judicializados otorgan éxito al poseedor originario.

Finalmente, diremos que la normativa nacional establece que la sentencia declarativa de prescripción larga no tiene efecto retroactivo al tiempo que comienza la posesión. Es razonable, porque el derecho nacerá formalmente en la fecha que la misma sentencia lo establezca (que será aquel en el que se dé por cumplido el plazo de la prescripción). Antes de ello no existía derecho real alguno, sin perjuicio de que el sujeto era poseedor y gozaba de los efectos derivados de tal condición. Al revés, es lógico que en la prescripción breve la sentencia sea con efecto retroactivo, ya que aquí se reconoce la justeza del título al que se sana cumplido el plazo de la prescripción.

A mero título panorámico, resaltamos que el Código unificado establece una serie de presunciones *iuris tantum* en materia posesoria, que resultan muy útiles y facilitan el proceso probatorio de la usucapión o de la prescripción breve. A saber:

- a) La posesión se presume a favor de quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa (registrable o no)¹⁷.
- b) A la relación de poder (posesión o tenencia) se la presume legítima¹⁸, esto es que descansa en la existencia de un derecho real o de un derecho personal respectivamente, debiendo probar su inexistencia quien lo niega y disputa la relación de poder.
- c) En el caso de tratarse de posesiones o tenencias ilegítimas (por ausencia de derecho real o personal de base), se presume la buena fe¹⁹ en el sujeto activo. Ésta es una consecuencia derivada

¹⁷ Artículo 1911, CCyC: “*Presunción de poseedor o servidor de la posesión*. Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que es poseedor quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa...”

¹⁸ Artículo 1916, CCyC: “*Presunción de legitimidad*. Las relaciones de poder se presumen legítimas, a menos que exista prueba en contrario...”

¹⁹ Artículo 1919, CCyC: “*Presunción de buena fe*. La relación de poder se presume de buena fe, a menos que exista prueba en contrario...”

del principio general de la buena fe que ilumina todo nuestro sistema. Las excepciones a esta presunción sólo surgen desde la ley en los casos restrictivamente establecidos en el artículo 1919²⁰. En lo demás, derribar la presunción de buena fe será tarea de quien manifieste interés en hacerlo.

- d) La buena o la mala fe del poseedor o tenedor se determina al inicio de la relación de posesión o de tenencia, y así se mantiene mientras no se produce una nueva adquisición²¹.
- e) El sujeto de una relación de poder (poseedor o tenedor) no está obligado a producir el título en virtud del que posee o tiene, salvo en los casos en los que se lo obligue a exhibirlo como una responsabilidad inherente a su relación de poder²².
- f) Si media título para la relación de poder, se presume que la posesión o la tenencia comienza desde la fecha del título y que tiene la extensión que en ese mismo título se indica²³.
- g) Se presume que el sujeto actual de la posesión o de la tenencia que acredita que la ha ejercido anteriormente, la mantuvo durante todo el tiempo intermedio²⁴. Esto es importante, ya que quien pretenda esgrimir una interrupción, por ejemplo, debe probarlo certeramente.

²⁰ Artículo 1919, CCyC: “*Presunción de buena fe* [...] La mala fe se presume en los siguientes casos: a) cuando el título es de nulidad manifiesta; b) cuando se adquiere de persona que habitualmente no hace tradición de esa clase de cosas y carece de medios para adquirirlas; c) cuando recae sobre ganado marcado o señalado, si el diseño fue registrado por otra persona”.

²¹ Artículo 1920, CCyC: “*Determinación de buena o mala fe*. La buena o mala fe se determina al comienzo de la relación de poder, y permanece invariable mientras no se produce una nueva adquisición. No siendo posible determinar el tiempo en que comienza la mala fe, se debe estar al día de la citación al juicio”.

²² Artículo 1917, CCyC: “*Innecesariedad de título*. El sujeto de la relación de poder sobre una cosa no tiene obligación de producir su título a la posesión o a la tenencia, sino en el caso que deba exhibirlo como obligación inherente a su relación de poder”.

²³ Artículo 1914, CCyC: “*Presunción de fecha y extensión*. Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica”.

²⁴ Artículo 1930, CCyC: “*Presunción de continuidad*. Se presume, a menos que exista prueba en contrario, que el sujeto actual de la posesión o de la tenencia que prueba haberla ejercido anteriormente, la mantuvo durante el tiempo intermedio”.

Es conveniente recordar que la usucapión o prescripción adquisitiva de derechos reales sólo puede intentarse en virtud de cosas que puedan ser objeto de posesión²⁵, y para el reconocimiento de derechos reales principales que se ejercen por la posesión (lo que excluye, por ejemplo, a los derechos reales de servidumbre negativa, y a los derechos reales de garantía, que solamente pueden nacer por contrato en nuestro Derecho). Debe advertirse también que la novedosa regulación sobre el derecho real de superficie impide que éste nazca por prescripción adquisitiva, ya que sólo puede constituirse por contrato. Sin embargo, se admite la prescripción breve porque es una forma de sanear el título (contrato) que no nació como suficiente²⁶. Éste es un ejemplo muy explícito de las diferencias sensibles entre la usucapión y la prescripción breve, y de las razones de por qué en un caso la sentencia que la reconoce resulta retroactiva y en el otro supuesto no.

Con ello queda establecido que pueden adquirirse por prescripción derechos reales sobre cosas determinadas o universalidades de hecho, y que esa posesión puede ser ejercida por una o por varias personas, sea sobre la totalidad de la cosa o sobre una parte material de ella²⁷.

Al exigirse que el objeto a usucapir sea una cosa se cumple con la regla infranqueable de que solamente este tipo de objetos pueden poseerse, excluyéndose los bienes que no sean cosas. Amén de ello, también quedan excluidas del proceso de usucapión las cosas que pertenezcan al dominio público del Estado, en cualquiera de sus niveles o expresiones. Aquí las razones no son las de la especie de objeto, sino las de su naturaleza jurídica, que las coloca fuera del comercio.

La pluralidad de actores en la posesión, entonces, es posible y no violenta el principio de exclusividad. Si bien es cierto que la posesión se reputa exclusiva, en el sentido que si la cosa es poseída por uno

²⁵ Artículo 1912, CCyC: “*Objeto y sujeto plural*. El objeto de la posesión y de la tenencia es la cosa determinada...”

²⁶ Artículo 2119, CCyC: “*Adquisición*. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”.

²⁷ Artículo 1912, CCyC: “*Objeto y sujeto plural* [...] Se ejerce por una o varias personas sobre la totalidad o una parte material de la cosa”.

no puede a la vez ser poseída por otro, esto no impide el fenómeno legal de la concurrencia²⁸. Se establece que dos o más pueden concurrir sobre una misma cosa en tanto se trate de relaciones de poder que no sean de la misma especie que se excluyan entre sí. Siendo así, nada obstaculizaría que dos o más pretendan usucapir para el reconocimiento de la copropiedad, como es el supuesto del condominio. En este caso, se entiende que los sujetos concurren en la posesión de la cosa y que al usucapir redundarían como cotitulares o copropietarios, reconociéndose a cada uno el porcentaje o cuota parte que pueda acreditar, o presumiendo que las mismas corresponden por partes iguales a cada integrante de la comunidad.

Se reputa legitimado activo para usucapir a toda persona legalmente capaz que manifieste una sana voluntad jurídicamente relevante y que cumpla con los recaudos de ley. Esto incluye tanto a las personas humanas como a las personas jurídicas. Siendo la posesión una relación de hecho, se admite toda especie de prueba por parte del actor, amén de cumplimentar especialmente con las que la legislación específica reclama y que la práctica jurídica y nuestra jurisprudencia han consolidado. Así, es de larga data asumir que las pruebas testimoniales, documentales, impositivas, entre otras, conforman un menú útil que suma a conformar la convicción razonable necesaria por parte del juzgador.

3. El fenómeno de la copropiedad

Es conocida la preferencia histórica del sistema jurídico argentino por la propiedad exclusiva, por el dominio pleno, y por incentivar por diversos medios que ésa sea la situación a la que se arrije en materia real, tanto mobiliaria como inmobiliaria. Así, se pueden advertir distintas normas que orientan en ese sentido, como la regla que impone la presunción *iuris tantum* del dominio pleno²⁹; la que establece que a las cosas se las presume libres de cargas y gravámenes a favor de

²⁸ Artículo 1913, CCyC: “*Concurrencia*. No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí”.

²⁹ Artículo 1941, CCyC: “*Dominio perfecto* [...] El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario”.

terceros³⁰; la que establece la posibilidad de que cualquier condómino pueda activar la partición de la cosa común, entre otras. Todo ello es una consecuencia de la concepción iusprivatista, liberal y respetuosa de la propiedad privada que predica nuestro Derecho, desde el mismo texto constitucional.

Amén de ello, no puede ignorarse que existen desde los inicios de los tiempos situaciones jurídicas o fácticas en las que se evidencian escenarios de propiedad compartida. Así, el sistema reconoce al condominio como una figura emblemática de cotitularidad sobre cosas, y lo regula extensamente. Sus normas operan también, en varias ocasiones, como faro referencial para resolver cuestiones de otras instituciones de copropiedad³¹, como el supuesto del derecho real de usufructo constituido a favor de varias personas para que lo ejerzan simultáneamente.

Así también, se reconocen otros escenarios fundamentales de comunidad, como en materia matrimonial o hereditaria, en los cuales si bien no siempre se exhiben situaciones técnicas y estrictas de condominio, hay evidentes experiencias de copropiedad.

Es necesario recordar que los fenómenos condominiales sólo pueden ser sobre cosas estrictamente entendidas, mientras que las experiencias de copropiedad pueden presentarse tanto sobre cosas como sobre bienes propiamente dichos. Éste no es un dato menor, ya que como derivación de todo lo que se ha sostenido, sólo puede pretenderse usucapir la cosa, y ello no se extiende a otros fenómenos de objetos inmateriales.

En materia de copropiedad sobre objetos materiales, como en el supuesto de condominio, se entiende que es posible porque el sistema jurídico argentino admite la coposesión, o, como la denomina el Código Civil y Comercial de la Nación, la concurrencia de posesiones. Si el Derecho no reconociese tal situación de hecho, no resultaría posible aceptar la cotitularidad sobre cosas.

³⁰ Artículo 1888, CCyC: “*Derechos reales sobre cosa propia o ajena* [...] Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario...”

³¹ Artículo 1984, CCyC: “*Aplicaciones subsidiarias*. Las normas de este Título se aplican, en subsidio de disposición legal o convencional, a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes...”

Lo regula y reconoce expresamente la norma del artículo 1913, aunque obligando a realizar una interpretación *a contrario sensu* para poder deducirlo afirmativamente. El texto niega la posibilidad de que concurren sobre una misma cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí. Un lector desprevenido puede cometer el error de considerar que en el país no es factible que dos o más personas posean un mismo objeto. Pero en verdad la norma está diciéndonos que esto no es posible si es que esas dos o más posesiones son de la misma especie o se excluyen una a la otra. Conclusión, si se trata de dos o más sujetos que poseen la misma cosa, en virtud de relaciones de distinta especie o sin excluirse mutuamente, nada impide aceptar la concurrencia.

Se pueden apreciar algunos ejemplos para intentar iluminar lo que se pregona e interpreta. Para una mayor claridad, recordemos que al hablar de relaciones de poder sobre la cosa, el Derecho argentino postula tanto a la posesión como a la tenencia. De hecho, son las únicas relaciones de poder que se reconocen sobre las cosas, desplazando otras relaciones posibles, como las que protagonizan los servidores de la posesión (dependencia, servicio, hospitalidad) que no llegan a conformar situaciones de poder. Y son relaciones de poder fácticas, porque no dependen de que el sujeto cuente con un derecho a su favor para establecer tal relación. Es poseedor el que ha adquirido por compraventa una cartera, pero también quien la arrebata en la calle a quien la portaba. Claro que serán poseedores de distinta especie, pero ambos ostentan una relación de poder sobre el objeto (en el ejemplo, la cartera). Brevemente, repasemos que la posesión alude a aquella relación de poder sobre la cosa en virtud de la cual el sujeto se comporta como un verdadero propietario, lo sea o no, desconociendo con ello un mejor derecho en otra persona. La tenencia, en cambio, la ejerce quien cuenta con la cosa bajo su poder, pero admite y reconoce con sus acciones y voluntad que existe otro sujeto con mejor derecho sobre ese objeto.

Cumpliendo con la promesa de brindar algunos ejemplos en los que la concurrencia de relaciones de poder es posible en nuestro Derecho, se ofrece lo siguiente. Cuando el titular dominial de un inmueble (poseedor) lo entrega en locación a otro (tenedor), ambos tienen una relación de poder sobre el bien, pero son relaciones de distinta especie.

El locador mantiene su dominio sobre el inmueble y una posesión estática, mientras que el locatario ejerce una tenencia activa. De manera similar, si el titular dominial de un campo (poseedor) lo entrega en usufructo a otra persona (también poseedor), ambos ostentan una relación de poder sobre el mismo objeto –uno de modo más pasivo, y el otro de manera más activa– y al ser de distinta especie no se excluyen. Es más, en este ejemplo técnicamente ambos son propietarios en un sentido amplio, sin llegar a ser copropietarios. Ahora bien, la concurrencia en la relación de poder también puede operar en situaciones de igual especie o jerarquía, pero reconociéndose mutuamente. Así, cuando tres amigos compran un lote, adquieren un derecho real compartido (condominio), como cotitulares, poseyendo los tres la misma cosa, cada uno en base a la parte porcentual que le corresponde y admitiendo similar derecho en cada uno de los demás. Con ello advertimos que si la relación de poder –en el caso la posesión– no depende de que quienes la ejercen gocen de un derecho real sobre la cosa, es perfectamente posible que, por ejemplo, tres amigos ocupen un inmueble –poseyéndolo– y pretendan usucapirlo mutuamente adquiriendo así un condominio.

Por supuesto que la coposesión tiene diversos efectos lógicos derivados de la pluralidad de actores. Habrá consecuencias respecto a los frutos, a las mejoras, a las eventuales acciones; todo ello ajeno a la materia de nuestro artículo. Pero es conveniente tenerlo presente, porque no serán pocas las ocasiones en las que resulte necesario resolver conflictos o dirimir confrontaciones al interior de la comunidad o frente a ella.

En fin, el fenómeno de la coposesión o de la copropiedad se presentan como posibilidades muy concretas en nuestro ordenamiento, y forman parte de lo cotidiano. En ocasiones son construcciones absolutamente voluntarias, en otras son la consecuencia de disposiciones ajenas o de la propia ley. Cualquiera sea el caso, aquí se quiere considerar si es viable que entre los coposeedores opere exitosamente la acción de prescripción adquisitiva, usucapiendo uno contra el otro. El desarrollo y la trama de este texto evidencian que avalamos tal posibilidad.

4. No toda relación de poder es de la misma especie

Se ha dicho que nuestro ordenamiento sólo reconoce dos relaciones de poder sobre las cosas: la posesión y la tenencia³². Y propone un esquema regulatorio común, distinguiendo entre una y otra en los casos estrictamente necesarios.

Al ser situaciones o relaciones de hecho, ambas ofrecen una gama muy variada de posibilidades, lo que obliga a la ley a discernir experiencias, ya que algunas gozan de una mirada jurídica de mayor beneplácito que otras. Es cierto que tanto el poseedor como el tenedor no necesitan contar con un título de derecho sobre la cosa para gozar de tal condición, pero no es menos cierto que no es lo mismo si el sujeto cuenta con tal derecho que si carece de él.

A pesar de que la distinción o clasificación entre las distintas especies de relaciones de poder son aplicables tanto a la posesión como a la tenencia, aquí compartiremos la cuestión desde la óptica de la primera, por ser el poseedor el único que puede pretender usucapir.

Así, la posesión puede ser *legítima* cuando el sujeto poseedor es titular de un derecho real sobre la cosa que posee. Por supuesto hablamos de uno de los derechos reales que se ejercen por la posesión y que resultan principales (lo que excluye a los derechos reales de garantía, y –entendemos– a las servidumbres negativas; también debe recordarse lo dicho respecto al derecho de superficie). Sólo agregaremos que para que la tenencia sea legítima, el sujeto tenedor debe ser titular de un derecho personal sobre la cosa, como el caso del locatario.

Por lo dicho, si la persona carece de un derecho real sobre la cosa que posee, indefectiblemente será un poseedor *ilegítimo*³³. Y ello ocurrirá en todos los casos en los que el poseedor no ha logrado reunir todos los requisitos legales para convertirse en sujeto activo de un derecho real, aun en el caso de que goce de algún título, como el adquirente por boleto. Esto es así porque para que exista un derecho

³² Artículo 1908, CCyC: “Enumeración. Las relaciones de poder del sujeto con una cosa son la posesión y la tenencia”.

³³ Artículo 1916, CCyC: “Presunción de legitimidad [...] Son ilegítimas cuando no importan el ejercicio de un derecho real o personal constituido de conformidad con las previsiones de ley”.

real tienen que haberse cumplido las exigencias legales estrictas, de fondo y forma, sin las cuales tal condición no se adquiere. En general, y con independencia de cuál sea la vía de adquisición del derecho real del que se trate, una de las exigencias es la de contar con título suficiente. Para que exista título suficiente tiene que existir un acto jurídico adecuado –es decir, el legalmente viable a tales fines– con todos sus elementos internos y externos resueltos. Por ello, el boleto de compraventa, por ejemplo, es título, pero no suficiente.

Sin embargo, la ilegitimidad también admite matices. Para cualquiera que aplique el sentido común, es claro que no puede tratarse de igual forma al que adquiere un terreno por boleto, que al que simplemente lo ocupa unilateralmente. En ambos casos podemos estar ante un poseedor ilegítimo, pero para distinguir entre ellos ingresa a análisis un factor volitivo, al que se suele recurrir frecuentemente para determinar calidades o condiciones jurídicas. Por un lado tendremos a la posesión ilegítima de *buena fe*³⁴ y por el otro a la posesión ilegítima de *mala fe*. La conceptualización que las diferencia es muy conocida, e implica –aplicada al caso– que en el primer supuesto el sujeto está convencido de la legalidad de su posesión, que actúa de acuerdo a derecho. Además, la regla es que a esta condición hay que presumirla. En todos los ámbitos el sistema nos convoca a confiar en la buena fe de las acciones, y aquí no es la excepción. Resultaría una convivencia signada por la violencia y el descrédito si no fuese así. Amén de que acreditar las buenas intenciones, la creencia honesta en que se hace lo correcto, resultaría de probanza compleja. En cambio, la posesión será de mala fe cuando el sujeto poseedor conocía o debía conocer la ilicitud o ilegalidad de sus actuaciones. Se condena esa especie de dolo en su hacer, o su negligencia al no realizar los actos que le hubiesen permitido reconocer la condición en la que actuaba. Por las mismas razones conceptuales, la mala fe es una situación que no se espera y que deberá probar quien la alegue. El Código Civil y Comercial prevé escasos supuestos en esta materia en los que dispone la presun-

³⁴ Artículo 1918, CCyC: “Buena fe. El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad”.

ción de mala fe, y los enumera en la segunda parte del artículo 1919. En esos casos se invierte la presunción y con ello la carga de la prueba. Es a todas luces evidente que la presunción de mala fe es la excepción y se reduce a los ítems regulados, y que la presunción que opera como regla es la de la buena fe. De no ser así, tendríamos una contradicción flagrante e irresoluble entre dos principios opuestos. En ambos casos, claro está, se trata de presunciones *iuris tantum*.

Pero aun en el extremo de la mala fe se torna necesario hacer distinciones. La misma consiste en establecer si la actuación del sujeto contiene vicios o carece de ellos. La clasificación es en posesión *viciosa* y *no viciosa*³⁵. Imitando en general las palabras del Código derogado, la legislación vigente determina cuáles son los casos en los que hay que reconocer que se está ante una relación viciosa, y distingue a su vez si la posesión es de muebles o de inmuebles. En tal sentido, el articulado postula que la posesión producto de hurto, estafa o abuso de confianza –para muebles– será viciosa; y que será de la misma especie la posesión adquirida por violencia, clandestinidad o abuso de confianza, para inmuebles. Se advierte que una sola es la causal común de vicio, tanto para cosas muebles como para cosas inmuebles; los demás supuestos responden a acciones pertinentes en atención a la naturaleza del objeto. Esa causal común es el *abuso de confianza*, y resulta capital para nuestra especie de trabajo, ya que la prescripción que pudiera intentarse entre copropietarios descansa en tal extremo.

La expresión “abuso de confianza” habilita a interpretar que el sujeto ya se hallaba en relación con la cosa en virtud de una causa determinada, personal o real, y que por una decisión, voluntad y acción propia la modifica. Sabemos que la regla es que no puede variar la causa de la relación de poder si no es por común acuerdo de las partes. Si hubiese acuerdo de partes todo sería simple, legal, y estaríamos ante un supuesto de interversión bilateral³⁶, que puede concretarse en algunos de los supuestos de *traditio brevi manu* o *constituto posesorio*.

³⁵ Artículo 1921, CCyC: “*Poseción viciosa*. La posesión de mala fe es viciosa cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza...”

³⁶ Artículo 1892, CCyC: “*Título y modo suficiente* [...] La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la

Por lo tanto, este abuso de confianza se concreta por una acción unilateral del poseedor. Y lo que provoca con su acción es una verdadera *interversión unilateral de título*. El sujeto cambia, intervierte, subvierte, por sí mismo, la causa de su relación, el título en virtud del cual había establecido la misma. Esa interversión es inaceptable para el purismo jurídico, pero sucede, y la ley no puede ignorarlo. Claro que nacen en el agraviado todo tipo de herramientas y posibilidades para defender su derecho, pero también es cierto que si no lo hace –o no lo hace con éxito– el tiempo comienza a correr a favor del intervertor con miras a la meta de una posible usucapión.

¿Y por qué sería posible que el autor de una interversión unilateral de título por abuso de confianza logre adquirir el dominio por prescripción adquisitiva?

Porque la ley admite usucapir a todo tipo de poseedor, aun vicioso. Los veinte años de posesión continua, pacífica, pública, *sanean* cualquier vicio. De igual manera diremos que el poseedor vicioso cuenta con legitimación activa para incoar las acciones posesorias.

Es claro que la ley prioriza brindar un manto de certidumbre, de la familia de la seguridad dinámica, a una situación de hecho consolidada en el tiempo. Dispensa el origen de esa posesión en virtud de los largos años de apariencia de propiedad que el usucapiente ha concretado. Puede discutirse la axiología de tal decisión, pero los argumentos mismos que justifican la institución de la prescripción adquisitiva larga son los que brindan el sustento necesario.

5. Usucapión entre copropietarios

Reinstalados en el motivo central de nuestra presentación, ratificamos la idea de que en el seno de nuestro sistema jurídico es perfectamente posible admitir que un copropietario pueda intentar con éxito la prescripción adquisitiva larga o usucapión frente al otro o los otros comuneros.

posesión. No es necesaria cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente...”

Aun cuando no existiera norma alguna específica que expresara tal posibilidad, consideramos que habría que arribar a igual conclusión interpretando y aplicando las reglas generales de la materia, algunas de las cuales fueron reflexionadas en este texto. Creemos que el condómino o coheredero reúnen las condiciones de poseedor –cualquiera sea su especie– que los habilita potencialmente a ser sujetos activos de la prescripción.

Resumiendo, algunas razones generales:

- El copropietario es poseedor.
- Unilateralmente todo poseedor puede intervertir el título de su relación.
- Tal interversión lo coloca en situación de poseedor vicioso.
- La posesión viciosa es apta para intentar la prescripción larga.
- La usucapión consumada se concreta en fuente del derecho de dominio al cumplirse todos los recaudos legales (posesión continua, pacífica, pública, omisión del que puede oponerse en mejor derecho).
- La actuación judicial en materia de usucapión debe limitarse a realizar la importante labor de contralor acerca del cumplimiento de los requisitos legales, sin constituirse en fuente creadora del derecho.

Amén de ello, el Código Civil y Comercial de la Nación dispone de una norma concreta que brinda anclaje a la prescripción que estamos interpretando. Se trata del artículo 2368, ubicado en el Título VIII del Libro Quinto, Capítulo 1, *Acción de partición*.

La norma expresa: “*Prescripción*. La acción de partición de herencia es imprescriptible mientras continúe la indivisión, pero hay prescripción adquisitiva larga de los bienes individuales si la indivisión ha cesado de hecho porque alguno de los copartícipes ha intervertido su título poseyéndolos como único propietario, durante el lapso que establece la ley”.

Lo primero que se advierte es que existe una norma que de modo explícito establece que un copropietario –aquí se ubica en el Libro de las transmisiones *mortis causæ*– puede adquirir el todo por usucapión. A partir de ello no podemos ignorar que la norma vive y que, además,

se sostiene en el nuevo texto unificado, ya que de modo similar pre-existía en el Código derogado. La evidencia nos conmina a realizar el mejor esfuerzo de interpretación para establecer las condiciones y situaciones en que esa previsión legal se torna operativa. Resultaría una decisión necia fingir que la norma no existe o que resulta fácticamente inaplicable.

Entendemos que su contenido aplica a todo fenómeno de copropiedad, y no sólo al hereditario, ya que la voz que se utiliza es *copartícipes*, y porque son estas reglas particionarias las que deben aplicarse también a la partición del condominio.

Lo primero que plantea este artículo es decretar que la acción de partición –de herencia– es imprescriptible. Afirmación lógica, y consecuencia natural de la naturaleza de esta disciplina. Lo mismo se sostiene respecto a la acción de partición de condominio³⁷ y también respecto a la posibilidad de entablar acciones reales³⁸, todas ellas son herramientas que concretan el derecho de propiedad.

Mas de manera inmediata la norma se ocupa de aclarar que esa imprescriptibilidad de la acción supervive en tanto continúe la indivisión sobre los bienes. Inmediatamente esas palabras nos permiten deducir que en algunos casos la acción puede chocar con un obstáculo superior –mejor derecho– y caer. En síntesis, la ley nos dice que la acción tiene sentido en tanto el objeto que la motiva persiste, de lo contrario habrá que estar al nuevo escenario jurídico generado. No se trata de que el interesado no pueda intentar la acción, sino que ésta puede resultar infructuosa.

El propio texto legal se apresura en determinar que lo que puede acontecer es que alguno de los copropietarios haya provocado el cese de la indivisión –fácticamente– al haber usucapido. Es decir que alguno de los coherederos o condóminos se convirtió en poseedor exclusivo, desplazando del *corpus* a los otros, y asumiéndose como propietario exclusivo.

Adviértase que la norma dice “...si la indivisión ha cesado de he-

³⁷ Artículo 1997, CCyC: “*Derecho a pedir la partición* [...] La acción es imprescriptible”.

³⁸ Artículo 2247, CCyC: “*Acciones reales* [...] Las acciones reales son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de prescripción adquisitiva”.

cho...”, y ello refiere a una relación de poder concreta, que en el caso es la posesión. Recordemos, el título sobre la cosa –en este caso, sobre su totalidad– es innecesario para la posesión.

Alude la norma a la prescripción larga, lo que es perfectamente razonable, porque aquí el sujeto genera una conducta que se computa como abusiva, configura un verdadero abuso de confianza al asumirse como poseedor único.

La causal que el articulado prevé para dar lugar a tal abuso de confianza que convierte al copropietario en poseedor exclusivo es la interversión de título; el copartícipe ha intervertido su título sobre la cosa de manera unilateral.

Por supuesto que para que esa interversión produzca el resultado que la ley prevé, esto es, beneficiar al sujeto con los efectos de la prescripción adquisitiva, y con ello inhibir las intenciones particionarias de los demás, debe haber poseído durante al menos los veinte años de la usucapión larga. Ello es lo que reclama la norma al decir que la persona debe haber poseído como único propietario durante el lapso que establece la ley. No hay objeción al respecto; se trata simplemente de aplicar las reglas generales de la adquisición por prescripción a este caso particular. Creemos, claro, que el plazo debe computarse desde la interversión misma, y que ha de evaluarse si han ocurrido causales suspensivas o interruptivas de la prescripción como en cualquier situación posesoria.

6. El quid de la interversión de título

Pareciera que al analizar el contenido de la norma del artículo 2368, más toda la normativa concordante en materia de prescripción adquisitiva cuando se trata de un poseedor vicioso por abuso de confianza, la cuestión es determinar si ha habido *interversión de título*.

Se le ha otorgado a esa cuestión una convicción de complejidad extrema, al punto de que en los escenarios como el que analizamos es harto difícil conquistar la adquisición del dominio por usucapión entre copropietarios.

Coincidimos en la necesidad de observar y estudiar con suma cautela si han operado los elementos exigidos, pero también alentamos a no

convertir ese pasaje en una senda tortuosa e inadmisibles, que en los hechos puede convertirse en una negación implícita de la tésis de la norma del articulado aludido.

Consideramos que el acto de intervertir –de manera unilateral– es una decisión exteriorizada por uno de los poseedores a través de actos posesorios propios, exclusivos y excluyentes, que implican por sí la vocación –voluntad jurídica– de expulsar a los demás de la esfera de sus derechos. Es lo mismo que ocurre con aquel que lo hace respecto a un inmueble del que es tercero absoluto.

No puede reclamarse que el intervertor acredite con pruebas que la ley no exige, que los otros poseedores han sido anoticiados de su intención y a pesar de ello se han mantenido pasivos frente a su hacer. ¿Qué pretenderíamos? ¿Acaso que el sujeto comunique fehacientemente a los copropietarios que ha decidido intervertir el título y excluirlos de la posesión? Creemos que sería absurdo. Se le reclamaría lo que el ordenamiento no requiere, y mucho más de lo que se solicita de un usucapiente común.

Son sus actos materiales –posesorios–, todos ellos, de la variada especie que puede implicar el hecho posesorio, y la omisión de los otros, lo que acredita su interversión. Si el sujeto avanza, por ejemplo, en modificaciones sustanciales de la cosa, en la realización de obras que hubiesen necesitado consentimiento común, en la explotación exclusiva del inmueble, en la percepción unilateral de frutos o productos, omite rendir cuentas, dar aviso de situaciones críticas, si acciona contra terceros sin que los otros intervengan, abona la totalidad de los impuestos, tasas y contribuciones, negocia con terceros en virtud de la cosa, mantiene una apariencia de dueño, y un larguísimo etcétera de posibilidades, creemos que ha intervertido.

No lo olvidemos: para usucapir, además de los actos positivos, es necesario contar con la omisión por parte de quienes pudieran alegar derecho sobre el objeto. En el supuesto que estudiamos, es la negligente inacción de los copropietarios en ejercer su derecho la que integra el contenido de la pretensa interversión. Es principio rector del Derecho que la persona debe actuar haciéndose responsable de sus derechos y de la cosa propia. No hacerlo es un indicio de una actitud abandonada,

y cuando otro asume la totalidad de esos deberes –y lo hace por el tiempo de ley– el sistema le reconoce su actuación y atribuye efectos.

Conocemos que una de las objeciones más severas radica en que es necesario exigir en estos supuestos de copropiedad mayores requisitos para poder acreditar la usucapión. Que justamente la copropiedad distingue el fenómeno de escenarios donde los actores no tienen vínculo de este tipo. No lo negamos, pero insistimos en que extremar el análisis no debe significar la amputación de la posibilidad normativa.

Consideramos que violenta todo criterio de justicia y de igualdad de trato, que permitamos sin demasiadas objeciones que un tercero ocupante cualquiera pueda usucapir, y se niegue tal posibilidad a aquel coposeedor que con su interversión amplía la esfera y los alcances de un derecho que ya tiene. Porque en el caso del copropietario se trataría de eso; de convertirse por mérito de la prescripción adquisitiva en titular de la cosa, más allá de aquel porcentaje que ya le pertenecía. Y ése es el escenario –precisamente– que contempla la letra del artículo 2368 del CCyC de la Nación.

Es cierto que todo coposeedor –condómino o coheredero– tiene por su calidad de tal vocación al uso del todo, y que esto es recíproco a cada uno; pero ello no impide que alguno accione conductas que lo convierten en poseedor del todo. Y es esa conducta posesoria de exclusión la que concreta el acto de la interversión unilateral de título. Él cambia su título, porque hasta allí poseía en base al porcentaje de su derecho –título– y desde que extiende su posesión de manera exclusiva –intervierte– cambia el título de su posesión.

Todo esto debe acontecer durante un tiempo extremadamente extenso: veinte años. No se trata de un plazo acotado, reducido, que impide a los otros copropietarios reconocer la situación de hecho y actuar en consecuencia. Es uno de los plazos más extensos que contempla el Derecho argentino para otorgar consecuencias jurídicas sobre las cosas.

Además, recordemos que el propio sistema ofrece herramientas para que entre los copropietarios pueda acordarse el uso exclusivo de la cosa por uno a algunos de ellos, y ese instrumento permitiría acreditar el interés de todos en mantener su derecho amén de habilitar el uso particular. El Derecho se presume conocido por todos, y

acudir a tal previsión permitiría a todo interesado –entre otras consecuencias– evitar la usucapión.

7. Conclusiones

A modo de síntesis conclusiva, reiteramos algunos puntos concretos respecto al tema que nos ocupa:

- La copropiedad de cosas es un fenómeno posible y admitido y regulado por nuestro sistema jurídico.
- Ese supuesto de copropiedad coloca a cada uno de los copartícipes en calidad de coposeedor.
- Si bien la regla en el Derecho argentino es la de la posesión exclusiva, es posible reconocer casos de concurrencia en la posesión.
- La prescripción adquisitiva es una vía hábil para adquirir derechos reales principales sobre cosas determinadas, que se ejercen por la posesión.
- La normativa local admite dos especies de prescripción adquisitiva sobre cosas, la larga o usucapión y la breve.
- Puede producirse la usucapión entre copropietarios que cumplan con los recaudos de ley para poder prescribir.
- Para que proceda la prescripción adquisitiva entre comuneros, el que lo pretenda debe intervertir su título para convertirse en poseedor exclusivo.
- Esa interversión unilateral de título posiciona al actor en poseedor vicioso por abuso de confianza.
- La prescripción que procede entre copropietarios sobre cosas determinadas de la comunidad es la prescripción larga.

No tenemos dudas de la complejidad que implica asumir postura respecto a esta temática, pero nos decidimos por hacerlo e incentivar la reflexión que halle caminos posibles. Son justamente los escenarios más tensos y críticos los que exigen de los operadores del Derecho alimentar fundados debates para conformar un menú de herramientas aptas para resolver del modo más valioso las situaciones más intrincadas.

Bibliografía

Código Civil y Comercial de la Nación.

GURFINKEL DE WENDY, Lilian, “Derechos Reales”, 2ª ed. act. de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, ts. I y II.

MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, “Derechos Reales. En el Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, Zavalfa, 2016, ts. 1 y 2.

MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Manual de Derechos Reales”, Buenos Aires, La Ley, 2015.

SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, t. VI, “Derechos Reales”, Buenos Aires, La Ley, 2016.

SMAYEVSKY, Miriam y PENNA, Marcela, “Usucapión. Procesos judiciales”, Buenos Aires, La Ley, 2007.

EVOLUCIÓN DE LA PRUEBA: INDAGANDO LAS DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y LA PRUEBA ELECTRÓNICA

por LEONARDO POSES STEKELBERG¹

SUMARIO: I. Principios y requisitos de la prueba electrónica. El test de admisibilidad y el acceso a la justicia. II. ¿Sería correcto emparentar a la prueba electrónica con la prueba documental? III. Tipos de prueba electrónica: breve exploración de sus variedades y características. Jurisprudencia. a) Mensajes de datos extraídos de celulares (SMS, mensajes de WhatsApp). b) Firmas electrónicas. Firmas digitales. Documentos electrónicos. c) Correos electrónicos. d) Páginas web. Redes sociales. Capturas de pantalla (o *screenshots*). IV. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

En la era digital, la prueba electrónica se ha convertido en un elemento fundamental en los procesos judiciales. Sin embargo, su naturaleza intangible y manipulable genera desafíos en cuanto a su admisibilidad y valoración. Este artículo analiza las características de la prueba electrónica, comparándola con la prueba documental tradicional. Se examinan los principios y requisitos que la rigen, así como las

¹ Abogado (UNR). Autor del *ebook* “Justicia en la era de la inteligencia artificial: una guía para abogados y legisladores”, publicado por la editorial Juris de Rosario. Autor de varios artículos de doctrina, publicados por las editoriales Juris, Microjuris y Rubinzal-Culzoni. Integrante (como aspirante a adscripto) de la materia “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” (UNR/UCEL). Posgraduado en Derecho del Trabajo (UNR). Integrante del Centro de Estudios sobre Derecho y Tecnología (UNR), dirigido por la Dra. María Zanetti. Columnista invitado en el Diario *El Ciudadano* de Rosario.

dificultades que presenta su equiparación funcional con la prueba documental. Se exploran también distintos tipos de prueba electrónica, como los mensajes de texto y las firmas digitales, ilustrando con ejemplos y jurisprudencia relevantes. El objetivo es contribuir a una mejor comprensión de la prueba electrónica y su impacto en el sistema judicial.

Abstract

In the digital age, electronic evidence has become a fundamental element in judicial processes. However, its intangible and manipulable nature creates challenges regarding its admissibility and valuation. This article analyzes the characteristics of electronic evidence, comparing it with traditional documentary evidence. The principles and requirements that govern it are examined, as well as the difficulties presented by its functional comparison with documentary evidence. Different types of electronic evidence, such as text messages and digital signatures, are also explored, illustrating with examples and relevant case law. The objective is to contribute to a better understanding of electronic evidence and its impact on the judicial system.

Palabras clave

Prueba electrónica. Proceso en Santa Fe. Prueba documental.

Keywords

Electronic evidence. Process in Santa Fe. Documentary evidence.

**I. Principios y requisitos de la prueba electrónica.
El test de admisibilidad y el acceso a la justicia**

La prueba electrónica, fundamentada en datos o documentos generados y almacenados por medios electrónicos, informáticos o digitales, va adquiriendo una magnitud trascendental en la esfera jurídica, al potenciar la revelación de información esencial para la elucubración de los hechos y la protección de los derechos de las partes inmersas en un proceso judicial.

La esencia misma de la prueba electrónica se configura mediante atributos particulares, marcada por su naturaleza intangible, replicable, volátil y manipulable. Este carácter incorpóreo impone una necesidad imperante de recurrir a procesos informáticos –muchas veces complejos– para su apreciación, desafiando la aprehensión directa a través de los sentidos. La capacidad de replicación *ad infinitum*, inherente a su replicabilidad, propaga la posibilidad de innumerables copias o reproducciones, desencadenando una multiplicidad que somete a ensayo la autenticidad y estabilidad de la prueba electrónica. No obstante, su volatilidad se manifiesta como vulneración susceptible a la pérdida o alteración, sea por fuerzas exógenas o endógenas. En esta danza de fragilidades, la manipulabilidad de la prueba electrónica se erige como un factor preeminente, ofreciendo un terreno propicio para modificaciones ilícitas o falsificaciones de índole fraudulenta.

En referencia a la entrada de esta novedosa manera de probar, así reflexiona el abogado Lluch: “...la prueba electrónica, como toda prueba que se actúe en el proceso, debe cumplir con una serie de principios y requisitos para su aportación válida al proceso. Sin embargo, la especificidad y peculiaridad de este medio probatorio hace que, a más de los generales, requiera de requisitos propios para salvaguardar los derechos de las partes y que la aportación de las mismas al proceso sea válida...”²

Como condiciones generales intrínsecas, puedo señalar brevemente a la conducencia, pertinencia y necesidad de la prueba, que más que principios son requisitos insoslayables. El propio Código Procesal santafesino señala que la conducencia radica en la efectividad del contenido específico y particular de esa probanza, para lograr demostrar los hechos que se aleguen en cada caso. Es decir, las partes deben observar que el medio sea adecuado para alcanzar el cometido de demostrar los argumentos de ellas, y que al mismo tiempo se hallen previstas y permitidas dentro del ordenamiento jurídico. Al respecto, Devis Echandía³ señala que la conducencia es una condición de derecho porque

² LLUCH, X. A., “Prueba electrónica”, Bosch, Barcelona, 2011, p. 111.

³ DEVIS ECHANDÍA, H., “Teoría general de la prueba judicial”, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 319.

se trata de determinar si es factible la práctica y admisión de la prueba. A su turno, por pertinencia entiendo que determinado hecho tiene que ser relevante dentro de la litis, debiendo –como cometido para los partícipes– desechar todos los medios probatorios que no sean relevantes para la misma.

Por otro lado, por necesidad de la prueba, nuestra reglamentación procedimental se refiere a que la misma debe ajustarse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias afirmados y/o controvertidos. Al respecto, no está de más señalar que la prueba es de vital trascendencia en un litigio, ya que sin ella la arbitrariedad terminaría primando en las resoluciones de los sentenciadores; y es por esto lo indispensable de la prueba (incluyendo la electrónica), pues dichos fallos deben fundamentarse en hechos demostrados por probanzas aportadas por los interesados, sin que le esté consentido al juez adoptar decisiones que no provengan de estos cimientos.

Al enfrentarnos a los mencionados cambios o nuevas formas de presentación de pruebas en formatos poco convencionales, estimo que es crucial que éstas se rijan por principios o reglas claras. Estas normativas proporcionarían a quienes las evalúan un marco de referencia sólido, facilitando el proceso judicial bajo estándares uniformes. Es así que la introducción de pruebas electrónicas ha generado una serie de cambios inevitables en el proceso legal, siendo uno de los más destacados la necesidad imperiosa de los jueces de garantizar, mediante todos los medios disponibles, la autenticidad, legalidad e integridad de la evidencia electrónica presentada en un juicio.

Aunque los documentos electrónicos pueden ofrecer cierta certeza, también pueden generar incertidumbre debido a la posibilidad de manipulación de los datos virtuales. Es verdad que los documentos físicos también pueden ser alterados, por lo que esta preocupación no debería limitarse sólo a las pruebas electrónicas. Sin embargo, es claro que modificar una prueba electrónica es más fácil que modificar un documento físico. Por consiguiente, es imprescindible que la prueba electrónica, amén de ser conducente, pertinente e insustituible, cumpla con las condiciones de autenticidad, integridad y licitud, quizás citadas más precisamente como “test de admisibilidad”.

Por autenticidad, entonces, se deberá entender que no podrán existir

discordancias o dudas respecto al autor de ese documento electrónico. En este caso, posiblemente la firma digital o el código hash resultarían ser elementos primordiales para alcanzar ese cometido. Uno de los problemas puede suscitarse cuando el documento no cuente con firma digital o, por su naturaleza, sea impracticable que la posea, hecho que podría hacer vacilar sobre la autoría del mismo. Pero en este caso –y como situación lógica dentro de un proceso– le correspondería impugnarlos a la contraparte litigiosa (de manera sostenida y en el momento oportuno), atacando su autenticidad. Por otra parte, en la evidencia electrónica se emplea un término conocido como “hash”, que consiste en un código generado a partir de cualquier archivo digital. Este código sirve como un método único y crucial para preservar la integridad de la evidencia electrónica. Por ejemplo, si se realiza algún cambio en el contenido del archivo (como la adición de un espacio en blanco), el hash correspondiente al archivo se verá modificado. Esta alteración del hash indica que el archivo original ha sido cambiado, lo que implica que ya no conserva su condición de originalidad.

Ahora, si la parte contra quien se pretende hacer valer este elemento convictivo no objetara su veracidad sobre la autoría u originalidad del documento, no le es permitido al magistrado interviniente hacerlo⁴, quien únicamente deberá realizar el análisis de los requisitos para admitir la prueba y valorarla en su oportunidad.

El ingeniero y perito colombiano Jeimy Cano apunta a que la autenticidad es la cualidad de no alteración de los originales frente a las copias, intentando así confirmar que los factores aportados sean reales⁵. La aludida característica se entiende como integridad del documento, que es la segunda fase de este test.

A propósito de las evidencias electrónicas, resulta arduo poder diferenciar un documento virtual original de una copia. Existe, sin duda, forma de hacerlo con los datos de tráfico: señala el autor Lluch que se tendría que realizar una verificación cronológica, dado que el original será necesariamente anterior a la copia, y en función de los datos de

⁴ Aclaro que esta situación en nada se relaciona con la facultad procesal reconocida al magistrado, de requerir –de oficio– la producción de determinada prueba.

⁵ CANO, J., “El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia: conceptos, retos y propuestas”, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2010, p. 185.

tráfico, en cuanto a que los documentos conservan información relativa a su fecha de creación⁶. Para que la prueba documental –física y electrónica– sea competente, debe cumplir con los requisitos de no hallarse en estado defectuoso, disminuida o mutada; no estar alterada en una parte esencial y que no exista instancia o recurso pendiente sobre el punto que, con tales evidencias, se intenta comprobar.

Por fin, queda por invocar al requisito de licitud. Éste representa una exigencia que no se conecta específicamente con la probanza electrónica, pues toda prueba que se obtenga violando algún derecho o libertades fundamentales será rechazada lisa y llanamente, pues carecerá de la necesaria eficacia probatoria. A la sazón, la prueba electrónica no puede ser obtenida por medios ilícitos, ni transgrediendo principios o libertades reconocidas de las personas. De modo que –y como siempre tiene que ocurrir–, será el juez quien en cada caso deba resolver estas cuestiones para la admisibilidad del mencionado material electrónico.

Es en este tramo de la presentación en donde analizo la articulación que pueda existir entre el test de admisibilidad desarrollado por el juzgador –en puntual relación con la probanza electrónica– y el acceso expedito a la justicia. Así como afirmaba en el año 2010 la doctora Highton de Nolasco⁷, dicho concepto (el de acceso a la justicia) es amplio, ya que conduce a brindar otras gamas de soluciones que no sólo se relacionan con la clásica línea de dictar una sentencia (aunque bien sabemos que los jueces tienen dicha responsabilidad como principal función, al conformar un poder del Estado); pero también tienen la obligación de ofrecer un repertorio más extenso que el dictado de un veredicto. Es decir que se exige de los mismos que en forma práctica y dinámica garanticen el acceso a la justicia y, en la materia que sea, en definitiva procuren la incorporación, producción y diligenciamiento de las pruebas que sean pertinentes al caso.

Los jueces tienen como objetivo principal fomentar la búsqueda de la justicia a través de métodos alternativos para resolver conflictos. También deben buscar reducir la cantidad de casos que llegan a los

⁶ LLUCH, op. cit., p. 224.

⁷ Centro de Información Judicial, “Los jueces estamos para garantizar el acceso a la justicia”, en CIJ, <https://www.cij.gov.ar/nota-4501-Highton---Los-jueces-estamos-para-garantizar-acceso-a-justicia-.html>.

tribunales mejorando así el sistema judicial en todo el país. Esto es importante para abordar los desafíos actuales que enfrenta nuestra justicia; es esencial que dicho sistema facilite su acceso para todos, especialmente para aquellos que son más vulnerables; en esta línea de conceptos, el doctor Arese afirma que se ha venido definiendo que el derecho de acceso a la justicia –en un sentido amplio– integra la conceptualización del *ius cogens*⁸.

Cabría analizar, por ende, el complejo lugar que asume un magistrado: el juez enfrenta un arduo desafío al equilibrar dos aspectos constitucionales: por un lado, el derecho del individuo a presentar pruebas libremente, incluyendo las electrónicas (que pueden ser voluminosas), y el derecho a un acceso fácil a la justicia sin obstáculos en la obtención de pruebas; por otro lado, el juez debe evaluar y aceptar pruebas “nuevas” y poco comunes, lo que puede resultar confuso sin el apoyo adecuado. Esto implica tomar decisiones difíciles sobre cuáles son admisibles en un proceso judicial.

Al hallarnos ante una gran variedad de posibles fuentes probatorias en formatos no convencionales, entiendo que, en su oportuno momento, deben tener acceso al proceso judicial a través de alguno de los medios de prueba legalmente previstos (ya que no existe en el presente, en Santa Fe, otra manera de concretarlo). Es por ello que en cualquier orden jurisdiccional la identificación y empleo de la probanza electrónica debería recorrer las siguientes fases, como bien describe el magistrado español Joaquín Delgado Martín⁹:

- Obtención de la información: las partes han de acceder a los mensajes y/o elementos convictivos de forma lícita, sin atropellar derechos fundamentales.
- Incorporación de los datos al proceso: para ello deben cumplir (intentando evitar la repetición innecesaria) ciertos requisitos: pertinencia, necesidad, licitud y admisibilidad procesal.
- Valoración de esos datos incorporados.

⁸ ARESE, C., “Derechos humanos laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 92.

⁹ DELGADO MARTÍN, J., “Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones”, La Ley, Madrid, 2018, p. 201.

Por último, y si cumplen los requisitos anteriores, la prueba electrónica será objeto de valoración por parte del juez o del tribunal.

Valorar una prueba (situación que integra el test de admisibilidad) implica otorgarle la credibilidad que merece de acuerdo con el sistema establecido en las distintas leyes. Llegados a este punto podemos distinguir dos sistemas de valoración:

- *Sistema de prueba legal o tasada*: la ley señala por anticipado el grado de eficacia que el juez debe atribuir a un determinado medio probatorio. Por ejemplo, los documentos con intervención de un fedatario público.
- *Sistema de prueba libre*: el sentenciador estudiará la prueba según su libre valoración, aunque siguiendo las reglas de un criterio racional. Éste –a mi entender– es el sistema establecido (o el más conveniente, debido a su regulación actual) para la prueba electrónica.

¿Qué significa la libre valoración puntualmente de la prueba electrónica? Implica que las leyes no obligan al magistrado a tener por probados los hechos que recoge una prueba electrónica (salvo en el supuesto de documentos públicos electrónicos). La probanza electrónica, entonces, desplegará sus efectos para acreditar el hecho que se discute, pero su eficacia será otorgada por el decisor según las reglas de la sana crítica racional.

En este sentido, el alto ingrediente tecnológico del componente convictivo virtual (sumado a la importancia de los conocimientos científicos para su valoración) determina la peculiar relevancia de la actividad pericial. Debemos, por consiguiente, tener en cuenta que para la valoración de la prueba electrónica el juzgador no debe abrigar ninguna duda sobre dos características:

- La autenticidad del origen: su autor aparente debe ser su autor real.
- La integridad del contenido: esto es que los datos ofrecidos no hayan sido alterados en ningún momento.

Si surgen sospechas sobre la autenticidad y/o integridad de los datos, es muy probable que el juez culmine negando la eficacia de esa probanza electrónica.

En su tasación, el enjuiciador deberá tener en cuenta la tesitura de cada una de las partes en relación con la prueba electrónica aportada, especialmente si la parte contraria rechaza o impugna su validez: si no se formulare impugnación, es decir, si no se cuestiona la validez del elemento electrónico, el magistrado –entendiendo– tenderá a considerarla como auténtica y precisa, por lo que la valorará junto con el resto de las pruebas; si se promueve la impugnación, entonces resultan relevantes para quien decide, por un lado, las alegaciones que argumenten la exclusión, y por el otro, los medios de prueba empleados y los dictámenes periciales propuestos para investir de validez a la misma.

La eficacia de la evidencia electrónica depende en gran medida de cómo el juez interprete y comprenda la normativa vigente, así como las particularidades de esa evidencia. En la práctica, la evidencia electrónica puede ser tratada como un documento válido, como un indicio, o puede requerir un análisis pericial (lo cual generalmente resulta costoso y laborioso). Los elementos de la evidencia original serán evaluados por un perito, por lo que en ese punto ya no se consideraría exclusivamente como evidencia electrónica, sino como una pericia informática. Esto significa que la versión de los hechos presentada en la evidencia electrónica puede cambiar durante el proceso judicial, ya que podría ser considerada como evidencia documental, pericial o inercial.

Finalizando este primer punto, las posibilidades de manipulación de las pruebas electrónicas son tan factibles como variadas; así, el órgano jurisdiccional está obligado a tomar todas las cautelas posibles ante probables alteraciones. Por ello, al someterse la prueba electrónica al test de admisibilidad (a las reglas de la sana crítica) y al ser valorada su eficacia por el tribunal, los participantes en un proceso se emplazan en el deber de facilitar la labor de los jueces, para así poder determinar su certeza o su descarte.

II. ¿Sería correcto emparentar a la prueba electrónica con la prueba documental?

Dadas las particularidades de la prueba electrónica y las formalidades para que este medio de prueba sea efectivamente validado dentro

de un litigio, podemos evidenciar una considerable diferencia respecto de la probanza “clásica” o en forma de documental, en la medida en que los requisitos de validez, eficacia y valoración deben ser más peculiares, cuya sensata explicación se encuentra en el hecho de corresponder a un medio igual o incluso más inerte que el documento físico y con más probabilidades de alteración. De manera que la prueba electrónica requiere –como meta– de mayores medidas de protección, tales como la encriptación, el empleo de firmas digitales, estampas de tiempo o certificaciones de entidades avaladas para ello, entre otras.

Para conducir esa “verdad” (o los enunciados asertivos sobre determinados hechos fácticos), al estadio judicial, convirtiéndola así en una “verdad procesal” (o verdad probada), se deben cumplir, *sine qua non*, con ciertas etapas obligatorias para evitar que todo lo allí enunciado se quede sin sustento o sin sentido. O, en otras palabras, si no se respetan esos pasos previos, la representación de los hechos no alcanzaría el estándar de verdad probada dentro del juicio. Ello es conocido como el *iter* probatorio, que son las fases que debe superar la probanza electrónica hasta llegar en razonables términos al conocimiento del magistrado. Todo ello bajo la garantía del debido proceso.

Ahora bien, teniendo en cuenta el desarrollo y avance social en cuanto al uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), comprendo que se ha generado un nuevo y transformado ambiente (una “sociedad de la información”), en donde surgen y se plantean –muchas veces– conflictos intersubjetivos de intereses como consecuencia (o con posterior aprovechamiento) del uso de las antedichas tecnologías. Y la realidad de los hechos de esos enconos se puede hallar mayormente enfrascada en pruebas electrónicas que se podrían ofrecer dentro del marco judicial, en aras o en intentos de resolver efectivamente (y acreditando las garantías constitucionales) los conflictos que surjan dentro de este plano informático. Para asegurar lo mencionado anteriormente, al incorporar estos elementos de evidencia electrónica al expediente, la regulación establece (como norma general) que los jueces no deberían desestimar la validez jurídica de la información presentada en forma de mensaje de datos.

Aunque en un principio esta disposición fuera concebida como el remedio jurídico respecto a esta nueva fuente de prueba (o fuente de

“dimensión paralegal”)¹⁰, una vez ingresada al proceso, la prueba electrónica sufrirá inevitablemente una transformación: pues no existe este medio de prueba como tal dentro de la legislación procesal santafesina, de manera que para incorporarla al procedimiento se debe revestir indefectiblemente de otro medio de prueba (ya que el mensaje de datos es regulado como un documento tradicional). Tal “mutación” se efectúa en virtud del denominado “principio de equivalencia funcional”; éste, en última instancia, informa que para que mensajes de datos –o pruebas virtuales– puedan ingresar a un determinado juicio, deberían ser validados, admitidos y/o valorados según los estándares señalados para la prueba documental, equiparando así a estos dos medios probatorios.

No obstante, la prueba electrónica dista significativamente de lo que se conoce como prueba documental, pues tanto en su origen como en su práctica, su contenido, su traslado al proceso, sus vicisitudes, su apreciación por el juzgador, etcétera, se localizan marcadas discrepancias, lo que me permite inferir –con alto grado de convencimiento– que el tratamiento análogo que el procedimiento otorga a ambos medios de prueba implica que la verdad de los hechos (que en última instancia es lo que persigue la garantía del debido proceso) no llegue en muchas ocasiones de la forma correcta o ideal al juez, significando esto que aquellos hechos que no ocurrieron puedan ser tenidos erróneamente como probados, y de la misma manera ciertas situaciones que sí ocurrieron puedan ser desechadas dentro de un juicio, colocando en serios conflictos al cumplimiento del postulado de la tutela judicial efectiva.

Empero, dado el apogeo del uso cotidiano y globalizado de las TIC, surge la siguiente incógnita: ¿Cómo asumir que la mayoría de los juicios suscitados en ocasión de esa actividad en medios electrónicos deban ser ofrecidas al proceso o interpretadas por el juez mediante una prueba pericial? Ello podría significar, entonces, que el perito informático indefectiblemente se convierta en un asesor obligado de todo sentenciador, pues, en un futuro que ya se encuentra cerca, la gran mayoría de los juicios –o al menos en las ramas laboral, civil o comercial–, estarán permeados (de una forma u otra) por hechos re-

¹⁰ MENESES PACHECO, C., “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, en *Ius et Praxis*, vol. 14, 2008, p. 20.

gistrados u ocurridos en el uso de las tecnologías de la información o en el mundo virtual, cuyas pruebas de esas situaciones estarán contenidas seguramente en aquellos equipos técnicos o medios electrónicos.

No obstante, habrá quienes afirmen que lo esencial del *iter* probatorio no es el medio a través del cual la encarnación de los hechos llegue al conocimiento del enjuiciador, sino precisamente la propia representación de los hechos contenida en cualquier medio, sin importar cuál. Sin embargo, dadas las particularidades antes vistas respecto de la prueba electrónica, la representación de determinadas circunstancias suscitadas en un medio electrónico o virtual (e introducidas al proceso a través de un medio probatorio como el documento, la pericia o el indicio) dejaría por fuera del conocimiento del juez fundamentos del pleito valiosísimos que serían, justamente, los que podrían contextualizar, ratificar o confirmar esas eventualidades de hechos producidas en un éter electrónico/digital y/o contenidas en un medio electrónico. Al respecto, estima Riofrío Martínez que “...algunos expertos como Browden opinan que la evidencia electrónica dejada por los mensajes de datos, incluso después de ser borrados, suelen ser mayor que la evidencia arrojada por los documentos tradicionales...”¹¹

En relación con los registros electrónicos, algunos autores como el mencionado Riofrío formulan que el documento original es el medio magnético en donde se conserva; por ende, cualquier reproducción o impresión sería una copia, mientras que, para otros especialistas “más actuales”, los documentos electrónicos son todos originales, incluyendo sus representaciones o copias, siempre y cuando conserven su formato primigenio y su contenido no sea alterado: “En el ‘mundo digital’ no se puede entender como documento original únicamente aquel en el que por primera vez se consigna la información, principalmente porque en la práctica el destinatario de un documento enviado vía electrónica recibe una copia y el remitente se queda con el que, en el contexto tradicional, conocemos como original...”¹²

Intentaré explicar lo recién transcrito con un ejemplo: un correo electrónico que es recibido en una computadora personal (equipo re-

¹¹ RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, J. C., “La prueba electrónica: estudio del Derecho Comparado”, Temis, Guayaquil, 2004, p. 173.

¹² CANO, op. cit., p. 15.

ceptor) y proveniente de un sujeto emisor, debería ser reputado con las mismas características en cuanto a su originalidad, integridad, etcétera, que el mail que se conserva en el dispositivo de la persona que lo envió; de tal manera que ambos se convierten en originales. Ahora bien, también podría darse el caso de un individuo que cuenta con un programa administrador de correo electrónico, y que utiliza tanto en la computadora de su oficina como en la personal de su hogar y, aún más, en su *tablet* y su *smartphone*. En todos esos dispositivos se recibe el mismo correo digital enviado por aquel emisor. Ello significará que el receptor tendrá –en el caso– cuatro correos electrónicos “originales” (uno en cada dispositivo) siempre y cuando no los haya alterado y los conserve en su formato original; de tal manera que si este receptor pretende otorgar tales mails a un proceso contencioso, bastará con hacer una copia desde cualquiera de los cuatro mecanismos electrónicos y entregarla al expediente (ya sea en un CD, o en un artefacto USB, o en cualquier otro medio electrónico disponible), con lo cual garantizará que la prueba electrónica va a ser aportada en su estado original.

Sin embargo, pensemos en el mismo caso (pero ahora bajo la óptica restrictiva anterior del ecuatoriano Riofrío), que hace mención a un único documento electrónico original; en tal evento, el original del correo electrónico sólo se conservaría en el equipo desde donde fue transmitido, lo que haría casi imposible su aportación en formato “auténtico” al proceso, máxime cuando el equipo de salida puede ubicarse en cualquier paradero. Pero aún más, con el nuevo auge de los centros remotos de archivo de documentos, comúnmente denominados “nube virtual”, se ha popularizado la práctica en la que cualquier persona puede tener una casilla “inmaterial” en donde pueda almacenar cualquier tipo de información, pero cuyo dispositivo físico es propiedad del operador de esa “nube” y cuya ubicación en el planeta es –en general– desconocida.

Luego de todo lo anteriormente plasmado, desde mi punto de vista no podría afirmarse que toda prueba informática deba igualarse a un documento físico o escrito, pues para ello, necesaria y fundamentalmente, debería ser accesible en el tiempo, manteniéndose vigente para posteriores consultas (situación que no siempre cumple una evidencia elec-

trónica). Expreso también –y como lo vengo sosteniendo– que todo mensaje de datos, documento electrónico o probanza virtual tenga innegablemente una plena fuerza probatoria, pues al igual que sucede con la prueba documental, siempre deberán validarse y valorarse sus atributos en cuanto a integridad, autenticidad, originalidad, autoría confirmada, no repudio, confidencialidad, fiabilidad, etcétera.

Entiendo, entonces, que surgirían los siguientes condicionamientos para concretar una igualdad funcional entre la prueba documental y la probanza electrónica, obedeciendo –preferentemente– al cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que esta última se pueda hacer legible mediante sistemas de hardware y software; (ii) el contenido del documento emitido por el autor debe ser igual al entregado al receptor; (iii) que sea posible su conservación y recuperación; (iv) que la prueba electrónica pueda traducirse al lenguaje convencional; (v) que se puedan identificar los sujetos participantes en el documento; (vi) que la autoría del mismo pueda ser atribuida a un determinado individuo, y (vii) que el documento reúna las condiciones de autenticidad y credibilidad, así como los sistemas utilizados para su certificación o incorporación de firmas electrónicas.

Asimismo, la concepción primigenia de prueba documental –que procesalmente, en nuestra provincia, ha permanecido casi inalterable– podría presentar ciertos cambios en relación con el pretendido ingreso de una nueva modalidad de probanza: la prueba electrónica, o documento multimedia, o evidencia virtual; sin embargo, la misma como medio probatorio dista enormemente de lo que se conceptualiza y regula como prueba documental, tanto en su validez como en su eficacia y en su valoración judicial, tal como pudimos ir observando. La prueba electrónica contiene particularidades y alternativas que incluso, varios años después de haber ganado terreno en los estrados judiciales (quizás) a partir del principio de equivalencia funcional, en la actualidad no han sido investigadas a fondo por tratarse de un medio o formato en constante desarrollo, y por lo cual podría mal equipararse funcionalmente a un medio de prueba “clásico” que desde otrora se halla delimitado, regulado y legalizado con formas propias, siendo muy distantes –en sí– a las circunstancias de la pruebas electrónicas.

III. Tipos de prueba electrónica: breve exploración de sus variedades y características. Jurisprudencia

a) *Mensajes de datos extraídos de celulares (SMS, mensajes de WhatsApp)*

Los SMS (*Short Message Service*) son una prestación para aquellas personas titulares de un teléfono móvil, que posibilitan el intercambio de mensajes de texto cortos entre celulares. Los SMS son una modalidad de documentos informáticos, pudiendo ratificar además que se trata de una comunicación en canal cerrado. Es por ello, afirman ciertos autores en la materia¹³, que los mensajes de telefonía móvil podrían aportarse sin inconvenientes como prueba a un proceso judicial; sin embargo, pueden presentar dos problemas complejos de subsanar: por un lado, la fácil manipulación, y por otro, la dificultad en demostrar la autoría. Cuando se aporta un mensaje de texto como prueba (y para entender o inferir que estamos en presencia de una probanza “completa”), ella debería cubrir sin margen de error tres extremos: quién remite el mensaje mediante una terminal de telefonía móvil; quién lo recibe –a través de otra terminal–, y la integridad y autenticidad de ese recado.

El destinatario (e injuriado en un supuesto conflicto) podría aportar al proceso el contenido de ese SMS que ha recibido, recurriendo a distintos medios de prueba (como ocurre, por ejemplo, con el correo electrónico: serían aceptables los documentos privados, públicos o electrónicos). Su identificación no suele dar lugar a excesivas complicaciones. Sí, el problema nuclear es, como ya he mencionado, demostrar la autoría del mismo. El primer paso a seguir sería identificar el aparato en concreto mediante su código identificador (IMEI¹⁴), y a continuación determinar quién remitió ese mensaje de texto. Otro problema puede darse en la sencilla manipulación de los SMS y, por ende, la dificultad de revelar la autenticidad y veracidad de los mismos. En la actualidad,

¹³ DELGADO MARTÍN, op. cit., p. 178.

¹⁴ El IMEI (*International Mobile Station Equipment Identity*, en inglés) es un código de 15 dígitos pregrabado por el fabricante para identificar cada equipo móvil a nivel mundial. Está compuesto por un código de identificación de marca y modelo otorgado a los fabricantes por la GSMA (*Global System Mobile Association*).

suele recurrirse a las compañías prestadoras de servicios, quienes poseen las herramientas acordes que permiten acreditar la realización de una comunicación en formato electrónico (como es el caso de los mensajes de texto).

En relación con la aplicación WhatsApp y como ejemplo de su empleo dentro de un juicio: en noviembre del año 2021, la sala II de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la Provincia de Salta, dentro de los autos caratulados “F., G. O. c/León Vidrios SRL s/Ordinario”¹⁵ (sobre un despido incausado) dispuso que la veracidad de los mensajes de WhatsApp no puede acreditarse mediante acta notarial. Esta prueba informática fue aportada por la demandada y rechazada por el actor, rechazo que no fue receptado en primera instancia. Por ende, el demandante apeló esgrimiendo que la contraria no pudo acreditar que los mensajes de WhatsApp acompañados como prueba documental “hayan sido remitidos por su parte”.

El letrado del actor señaló que “el análisis sobre el despido con causa no cuenta con un mecanismo de incorporación de prueba digital y que un instrumento electrónico debe superar un triple test de admisibilidad para que se pueda tener por verificada su autenticidad, integridad y licitud”¹⁶. Continuó el profesional sobre la sentencia puesta en crisis que “sienta un peligroso precedente porque con solo adquirir un chip, colocarlo en un celular cualquiera, instalar ‘WhatsApp’, colocar una foto del trabajador y despachar algún mensaje injurioso a la empleadora, se generaría prueba suficiente para sustentar un despido con causa”¹⁷.

Los camaristas señalaron que, más allá de que objetivamente las comunicaciones incorporadas a la causa en cuestión resultan agraviantes, el acta notarial (empleada por la demandada para evidenciar lo auténtico de la prueba aportada por ella) “resulta insuficiente” en orden a demostrar la propiedad del número del teléfono celular y la fecha en que se enviaron los mensajes en cuestión.

¹⁵ Erreius, “Juicio laboral: la veracidad de los mensajes de WhatsApp no se acredita con un acta notarial”, en Erreius, www.erreius.com/opinion/15/procesal/Nota/681/juicio-laboral-la-veracidad-de-los-mensajes-de-whatsapp-no-se-acredita-con-un-acta-notarial.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

En la especie, el procedimiento implementado por la demandada (es decir, obtener la constatación notarial de un contenido digital) no supera el umbral ni del primero ni del segundo de los aspectos referidos, dado que ese cotejo no asegura “ni la autoría por parte del trabajador del mensaje injurioso, ni la [...] inalterabilidad del contenido original, aspecto este último que lleva al supuesto en que determinado mensaje pudo haber sido creado por el señor F. y luego haber sido modificado”¹⁸, concluyeron los jueces.

b) *Firmas electrónicas. Firmas digitales.*
Documentos electrónicos

Una parte de los elementos que verifican la existencia y autenticidad de ciertos documentos es la stampa de una firma de quienes se hallan conectados al contenido del mismo. Tal como sucede con un registro físico, en donde existe la posibilidad de colocar una firma autógrafa –permitiendo reconocer a su autor– y entendiendo la aceptación a lo allí plasmado, la firma electrónica cumple esa misma función, asimilándose, entonces (y aunque con ciertos reparos), a la firma ológrafa.

En una pronta lectura a su definición¹⁹, la firma puede ser “nombre y apellidos escritos por una persona de su propia mano en un documento, con rúbrica o sin ella, para darle autenticidad o mostrar la aprobación de su contenido”; o también “rasgo o conjunto de rasgos, realizados siempre de la misma manera, que identifican a una persona y sustituyen a su nombre y apellidos para aprobar o dar autenticidad a un documento”. En igual sentido, el magistrado español Illan Fernández puntualiza a la firma electrónica como un cúmulo de datos electrónicos que, consignados junto a otros o asociados a éstos, sirven como identificación del firmante. También los entiende como una parte sustancial de un documento electrónico²⁰.

¹⁸ CTrab. de Salta, sala II, *in re* “F., G. O. c/León Vidrios SRL s/Ordinario”, sentencia del 21-11-2021, <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/100/626/000100626.pdf>.

¹⁹ Real Academia Española, <https://dle.rae.es/firma>.

²⁰ ILLAN FERNÁNDEZ, J. M., “La prueba electrónica. Eficacia y valoración en el proceso civil”, Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 470 (libro electrónico).

El ordenamiento jurídico en nuestro país reconoce el valor legal del documento electrónico y de la firma en similar formato, tanto en las normativas sustantivas como en las procesales. Dentro de las que regulan el actuar de los ciudadanos, la ley 25.506 (de Firma Digital), y complementaria del Código Civil y Comercial argentino, admite la eficacia forense tanto de un documento electrónico como de las firmas electrónicas y/o digitales. Pero si nos referimos a los mismos como medios probatorios, es ineludible repasar los Códigos Procesales existentes, sean civiles, comerciales, laborales, etcétera, a fin de determinar cuáles son los requisitos que los mismos adoptan para la producción, conservación y presentación de evidencia electrónica en un procedimiento legal.

El examen necesariamente debe contemplar no sólo la admisibilidad de la prueba electrónica en juicio, sino también los pasos seguidos para su obtención y conservación y el tratamiento utilizado para su presentación dentro de un expediente. Esto es de crucial importancia, pues hasta el momento se mantiene (generalmente) el clásico sistema de administración de expedientes en soporte papel, con lo cual el modo de presentación de un elemento probatorio –en medio electrónico– también será a través de copias físicas impresas.

La configuración en la cual ese documento virtual ha sido obtenido y conservado; las medidas de amparo para la puesta al día de su formato; las precauciones para garantizar que la copia en papel es idéntica al original electrónico, son cuestiones que deberán ser reveladas durante el proceso, de modo de colaborar a conformar la convicción del sentenciador. Esto es, en líneas generales, los pasos básicos para el uso de prueba electrónica, que lógicamente también son aplicables al documento y a la firma electrónica.

c) *Correos electrónicos*

Los emails vinieron, ni más ni menos que a optimizar un elemento sustancial del hombre como es la comunicación; ese contacto milenario y trascendental puede desarrollarse en la actualidad a través de un software o programa básico que permite la conexión inmediata entre personas en distintas partes del mundo. En el ámbito jurídico, podemos

sostener (con algunos reparos) que un correo electrónico podrá ser considerado válido como prueba sólo si cumple con las condiciones establecidas por ley para la firma digital. Esto es así porque “...el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico”²¹.

Así es que, pese a ello, podemos toparnos con algunas excepciones. Una de ellas fue receptada en un conflicto entre Cencosud y la empresa Black & Blue SRL por el malogrado arrendamiento de un local comercial en el shopping Unicenter de la Ciudad de Buenos Aires. El tribunal que condenó a la dueña del centro comercial a devolver la reserva más intereses a Black & Blue dio por válidos los intercambios de correos electrónicos entre los partícipes de la contienda pese a no presentar firma digital alguna. ¿Por qué se tomaron por válidos? Los magistrados, al sentenciar, afirmaron que no existe impedimento para que, en ciertos casos, igualmente pueda ponderarse a los mails como medio de prueba cuando su contenido aparece verosímil de acuerdo a las restantes pruebas del proceso y la sana crítica. Continuaron explayando que “...precisamente, el *sub lite* es uno de esos casos en los que resulta posible asignar valor probatorio a los mails aportados, pues si bien la demandada fue declarada negligente en la producción de la prueba informática que ofreció para acreditar su origen [...] lo cierto es que las comunicaciones en cuestión fueron reconocidas testimonialmente [...] y ofrecen contenidos coincidentes con el de otros elementos de juicio”²².

Ahora bien, la mencionada mensajería electrónica se encuentra indefectiblemente dentro de un artefacto y, por tanto, necesita de un sistema operativo. Es por esto que la manera más asequible de aportarlo a un proceso sería a través de una copia en hoja impresa, es decir, como documento en soporte papel. En este caso estaríamos hablando de un documento privado –aunque siempre se podrá elevar a la forma de documento público– cumpliendo con los requisitos necesarios y el

²¹ CNCom., sala D, *in re* “Black & Blue SRL c/Cencosud SA s/Ordinario”, sentencia del 13-8-2019, <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-comercial-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-black-cencosud-sa-ordinario-fa19130843-2019-08-13/123456789-348-0319-1ots-eupmocsollaf?>

²² *Ibíd.*

acta de fe notarial. También es posible su aportación como documento electrónico: en estos casos lo que se incorpora al proceso es el soporte en sí, es decir, un pendrive, un DVD u otros medios que admiten el almacenamiento de datos.

d) *Páginas web. Redes sociales. Capturas de pantalla (o “screenshots”)*

Una página web es, según el juez Xavier Lluch²³, un tipo de documento informático accesible mediante Internet teniendo como punto de partida la identificación de su enlace específico para su visita y aprovechamiento. Las webs actúan con códigos instalados e interpretados por los navegadores (ubicándose en servidores a los que se accede mediante Internet). A través de una ciberpágina se ofrece a todos los usuarios y visitantes, prácticamente cualquier tipo de información. Incontables sitios webs podrían acceder a un determinado juicio en forma de prueba, por ejemplo como probanza documental (no sólo como documento privado sino también como documento público). Si fuese como documento privado estaríamos ante la impresión del contenido de esa web y su presentación ante el órgano judicial. En cambio, si fuese como documento público, se debe añadir el acta de protocolización del escribano y, en algunos casos, el acta de presencia para que el notario pueda navegar y visualizar el contenido del sitio en cuestión. Además, las páginas webs pueden incorporarse al proceso mediante interrogatorios de las partes y/o de testigos, o también mediante una prueba pericial con las referencias y respuestas del perito informático.

En lo que a este tema respecta, deduzco que siempre la prueba de sitio web debería operarse dentro de los medios probatorios y que, en tal contexto, la demostración que específicamente debería utilizarse –en caso de aspirar a la constatación y/o control de contenidos de una web– sería el reconocimiento judicial (y efectuado –preferentemente– en persona por el juzgador, con asistencia de un profesional idóneo); incluso realizado –si se diera el caso de perentoriedad o posibilidad

²³ LLUCH, op. cit., p. 217.

de alteración o supresión de la prueba– de forma anticipada, con intervención necesaria de una Defensoría Oficial u organismo similar.

En cuanto a redes sociales, al entender del doctor Tomeo (letrado argentino y experto en protección de datos informáticos), cuando hablamos de las mismas nos referimos a plataformas informáticas orientadas a la comunicación y al contacto entre individuos que pueden llegar a encontrarse en distintas partes del globo, pero que igualmente se hallan conectados, ya sea mediante vínculos de afinidad, parentesco, amistad, o bien porque comparten intereses comunes. A través de ellas, los consumidores pueden publicar fotos, conversar, relatar experiencias personales, es decir, compartir toda clase de contenidos y a cada momento. Así, en este entorno que acabo de describir, la palabra “compartir” pareciera ser el gran sostén en el que se fundan todas las redes sociales²⁴, ya que en definitiva son los propios usuarios los que generan los contenidos esenciales, convirtiendo a las aplicaciones en sumamente populares y altamente adictivas.

Una situación paradigmática ocurrió a mediados del año 2022 en Brasil. El periódico *La Voz de Córdoba* contaba que “Esmeralda Mello, una joven brasilera que ganó un juicio laboral por daño moral por omisión de registro y por trato humillante en el ambiente de trabajo, tuvo un revés inesperado por un ‘descuido’ en sus redes sociales”²⁵. El aspecto en cuestión se dio cuando la actora, acompañada de dos amigas, filmó un breve video que unas horas después subió a su perfil de TikTok. Hasta ese momento, nada destacable excepto que las acompañantes de Mello en la filmación resultaron ser testigos “imparciales” en el juicio iniciado por Esmeralda. En la grabación puede apreciarse cómo las tres jóvenes se congradaban de presentarse para “destruir” a su oponente (en el caso, la empresa que empleaba a las tres compañeras). Ahora, dentro del juicio y en un primer momento, la decisión del tribunal resultó favorable a los intereses de la demandante; pero

²⁴ TOMELO, F., “Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil”, La Ley, Buenos Aires, 2012; disponible en <https://es.scribd.com/document/246116090/Las-Redes-Sociales-y-Su-Regimen-de-Responsabilidad-Civil>.

²⁵ Diario La Voz del Interior, “Demandó a sus empleadores y ganó el juicio, pero perdió todo por un video de TikTok”, en La Voz, <https://www.lavoz.com.ar/viral/demandando-a-sus-empleadores-y-gano-el-juicio-pero-perdio-todo-por-un-video-de-tiktok/>.

esa decisión fue revertida posteriormente, al entender, los magistrados, que la ganadora había incurrido en acciones deshonestas. Por esto, fue que “...la justicia revocó el fallo luego de ver un video de TikTok publicado por la joven. En las imágenes se puede ver a la demandante y sus dos testigos bailando y cantando, en tono de celebración, minutos antes de entrar al tribunal de la audiencia”²⁶.

Si hablamos de capturas de pantalla, es común que las personas muestren o quieran presentar *screenshots* o “pantallazos” (impresos) como pruebas dentro de un proceso judicial. En algunos casos se acepta este elemento en un primer momento, pero por lo general el juez las considera como pruebas sin verificación o inválidas –si es que no están acompañadas de algún procedimiento de demostración que las legitime–. Y esto se debe a lo siguiente: los “pantallazos” o capturas de pantallas de dispositivos electrónicos son fácilmente manipulables pudiendo trocarse su contenido. Éstas pueden ser modificadas por ambas partes implicadas o incluso por terceros –por tanto, dejarían de ser confiables–.

Poner a disposición de un tribunal todas las contraseñas de acceso a las cuentas desde las que se obtienen los *screenshots* es una prueba contundente que puede acreditar veracidad al chat y/o situación bajo análisis; así como también se podrían aportar testigos que logren corroborar la autenticidad de las conversaciones que se ponen de manifiesto en la captura de pantalla. Así, todo lo descripto aumentaría la credibilidad de esta clase de prueba. Está demostrado que la captura de pantalla por sí sola no es completamente suficiente, ya que si se busca que tenga un valor probatorio es fundamental reforzarla para revelar la efectividad del documento, descartándose así su posible falsificación.

IV. Conclusiones

A lo largo de este artículo se ha explorado la evolución de la prueba en el contexto digital, ahondando en las similitudes y diferencias

²⁶ Diario Ámbito Financiero, “Demandó a la empresa en la que trabajaba y ganó el juicio, pero perdió todo por un TikTok”, en Ámbito Financiero, [https:// www.ambito.com/informacion-general/video/demando-la-empresa-la-que-trabajaba-y-gano-el-juicio-pero-perdio-todo-un-tiktok-n5488745](https://www.ambito.com/informacion-general/video/demando-la-empresa-la-que-trabajaba-y-gano-el-juicio-pero-perdio-todo-un-tiktok-n5488745).

entre la prueba electrónica y la prueba documental tradicional. Se ha destacado la importancia de la prueba electrónica en el mundo actual, donde las transacciones y comunicaciones se realizan cada vez más en medios digitales. Sin embargo, la naturaleza intangible y manipulable de la prueba electrónica presenta desafíos en cuanto a su autenticidad, integridad y licitud. Para garantizar su admisibilidad y valoración en los procesos judiciales es necesario establecer mecanismos que aseguren la confiabilidad de este tipo de prueba.

En este sentido, la adopción de normas y protocolos específicos para la gestión de la prueba electrónica se vuelve crucial. La inversión en tecnología forense y la capacitación de profesionales en el análisis de datos digitales son también aspectos esenciales. Es importante destacar que la prueba electrónica no reemplaza a la prueba documental, sino que ambas coexisten y se complementan; la elección del tipo de prueba dependerá de las características del caso y de la información que se busca obtener.

En definitiva, la prueba electrónica juega un rol fundamental en el presente y futuro del Derecho. Su correcta utilización permitirá una justicia más eficiente y transparente, acorde a las necesidades de la sociedad digital.

Como reflexión final, opino que la evolución de la prueba hacia el hábitat electrónico exige un replanteamiento de las prácticas y normas jurídicas: la adaptación a las nuevas tecnologías y la adopción de medidas para garantizar la confiabilidad de la prueba electrónica son claves para fortalecer el sistema judicial y asegurar el acceso a la justicia en la era digital.

Bibliografía

- ARESE, César, “Derechos humanos laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- CANO, Jeimy, “El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia: conceptos, retos y propuestas”, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2010.
- Centro de Información Judicial, “Los jueces estamos para garantizar el acceso a la justicia”, en CIJ, <https://www.cij.gov.ar/nota-4501-Highton---Los-jueces-estamos-para-garantizar-acceso-a-justicia-.html>.

- CNCom., sala D, “Black & Blue SRL c/Cencosud SA s/Ordinario”, sentencia del 13-8-2019.
- CTrab. de Salta, sala II, “F., G. O. c/León Vidrios SRL s/Ordinario”, sentencia del 21-11-2021.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín, “Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones”, Madrid, La Ley, 2018.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Teoría general de la prueba judicial”, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1981.
- Diario *Ámbito Financiero*, “Demandó a la empresa en la que trabajaba y ganó el juicio, pero perdió todo por un TikTok”, en *Ámbito Financiero*, <https://www.ambito.com/informacion-general/video/demandando-la-empresa-la-que-trabajaba-y-gano-el-juicio-pero-perdio-todo-un-tiktok-n5488745>.
- Diario *La Voz del Interior*, “Demandó a sus empleadores y ganó el juicio, pero perdió todo por un video de TikTok”, en *La Voz*, <https://www.la-voz.com.ar/viral/demandando-a-sus-empleadores-y-gano-el-juicio-pero-perdio-todo-por-un-video-de-tiktok/>.
- Erreius, “Juicio laboral: la veracidad de los mensajes de WhatsApp no se acredita con un acta notarial”, en Erreius, www.erreius.com/opinion/15/procesal/Nota/681/juicio-laboral-la-veracidad-de-los-mensajes-de-whatsapp-no-se-acredita-con-un-acta-notarial.
- ILLAN FERNÁNDEZ, José M., “La prueba electrónica. Eficacia y valoración en el proceso civil”, Pamplona, Aranzadi, 2009.
- LLUCH, Xavier A., “Prueba electrónica”, Barcelona, Bosch, 2011.
- MENESES PACHECO, Claudio, “Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil”, en *Ius et Praxis*, vol. 14 (núm. 2), 2008.
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos, “La prueba electrónica: estudio del Derecho Comparado”, Guayaquil, Temis, 2004.
- TOMELO, Fernando, “Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil”, Buenos Aires, La Ley, 2012.

DE LA FACTIBILIDAD DEL ETIQUETADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA DE INMUEBLES EN LA PROVINCIA DE SANTA FE

por MIGUEL LUVERA¹
y ELIANA G. PRIVITERA² (*ex æquo*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo. 1. Antecedentes normativos a nivel internacional. 2. Itinerario de la cristalización normativa en Argentina de mecanismos de eficiencia energética de inmuebles. III. De la Ley “Etiquetado de Eficiencia Energética de Inmuebles Destinados a Vivienda”. IV. Conclusiones. Bibliografía.

Resumen

El presente trabajo aborda el andamiaje jurídico del denominado sistema “Etiquetado energético de viviendas” para reconocer las po-

¹ Abogado. Profesor titular de Derecho Registral y profesor asociado de Derecho Civil IV en la Facultad de Derecho (UNR). Profesor estable de Derecho Registral en la Carrera del Notariado en la Facultad de Derecho (UNR). Profesor adjunto de Derecho Registral en la Carrera del Notariado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (PUCA). Profesor estable en Carrera de Especialización en Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción en la Facultad de Derecho (UNR). Profesor invitado en diversas facultades y universidades del país. Director del Centro de Estudios Registrales, de la Universidad Nacional de Rosario. Miembro del Proyecto de Investigación “Análisis de escenarios para evaluar la implementación de la regulación normativa en materia de hábitat sustentable”, 80020190300164UR.

² Analista de Sistemas de Computación. Abogada, Facultad de Derecho, UNR. Profesora universitaria para la Educación Secundaria y Superior, Facultad de Desarrollo e Investigación Educativos. Diplomada en Estudios Sociales Urbanos, Facultades de Ciencias Políticas y Arquitectura, UCC. Doctoranda, elaborando tesis de Doctorado en Derecho, Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho, UNR. Directora del Proyecto de Investigación “Análisis de escenarios para evaluar la implementación de la regulación normativa en materia de hábitat sustentable”, 80020190300164UR.

sibilidades de su operatividad en la Provincia de Santa Fe. En Argentina, el planteo en cuanto al potencial energético y las posibilidades de diseño y aplicación de medidas de eficiencia energética en la construcción ha sido una constante en las gestiones de los distintos órdenes gubernamentales, por lo que se analiza el entramado normativo atendiendo a las directivas emanadas de Nación, en interrelación con las regulaciones provinciales en lo que respecta a la emisión, gestión y registro de las etiquetas en sus respectivos ámbitos de competencias, y con los municipios en lo que refiere a mecanismos de planificación urbana. Se evalúa la presentación y anotación del documento que contiene la calificación energética por ante el Registro de la Propiedad Inmueble provincial, y sus alternativas, formalización en forma autónoma en relación con el inmueble registrado, por quienes estuvieren autorizados, o bien juntamente con el acto de constitución, transmisión, modificación y/o cesión de derechos reales de que se trate. Se postula la integración del sistema de etiquetado energético con las normas protectivas del ambiente.

Abstract

This work addresses the legal framework of the so-called “Home Energy Labeling” system to recognize the possibilities of its operation. In Argentina, the approach regarding energy potential and the possibilities of designing and applying energy efficiency measures in construction has been a constant in the efforts of the different governmental orders, which is why the regulatory framework is analyzed in accordance with the directives emanated from the Nation, in interrelation with provincial regulations regarding the issuance, management and registration of labels in their respective areas of competence, and with municipalities regarding urban planning mechanisms. The presentation and annotation of the document containing the energy rating is evaluated before the provincial Real Estate Registry, and its alternatives, formalization autonomously in relation to the registered property, by those who are authorized, or jointly with the act of incorporation, transmission, modification and/or assignment of real rights in question. The integration between the energy labeling system and environmental protection standards is scrutinized.

Palabras clave

Etiquetado. Eficiencia energética. Vivienda.

Keywords

Labelled. Energy efficiency. Living place.

I. Introducción

En líneas generales, las primeras preocupaciones ambientalistas surgen en relación con la producción, y desde hace unos años asumimos las problemáticas que conlleva el consumo³. Nos interesa del sector constructivo los impactos adversos que genera para el ambiente, entre los que se detallan, a saber: desechos, ruido, polvo, residuos sólidos, generación de tóxicos, contaminación del aire y del agua, malos olores, cambio climático, uso del suelo, operaciones con remoción de la vegetación y emisiones peligrosas. Las emisiones al aire son generadas por los gases de los escapes de los vehículos y el polvo durante la etapa de construcción (Kaur y Arors, 2012)⁴. Coincidimos con que en estas últimas décadas la diversidad de proyectos de construcción realizados y/o en curso y su impacto sobre el ecosistema se han convertido en un asunto de importancia (Zolfagharian, 2012)⁵.

La aparición de distintos sistemas de evaluación en el tiempo está estrechamente ligada con el progresivo cambio de paradigma hacia formas más sostenibles de construir el hábitat. Los primeros registros en evaluaciones de sostenibilidad datan de los años 60, donde los

³ Pueden verse al respecto LORENZETTI, R. L. y LORENZETTI, P., “Consumo y ambiente. Diálogos microsistémicos”, en *RD Amb.*, núm. 39, p. 9; “Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Jurisprudencia Argentina* del 30-9-2015, p. 3; *Jurisprudencia Argentina* 2015-III; “Derecho Ambiental”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, ps. 197-205.

⁴ KAUR, M. y ARORA, S., “Environment impact assessment and environment management studies for an upcoming multiplex. A Case Study”, en *IOSR Journal of Mechanical and Civil Engineering (IOSRJMCE)*, núm. 1(4), 2012, ps. 22-30.

⁵ ZOLFAGHARIAN, S.; NOURBAKHSH, M.; IRIZARRY, J. y RESSANG, A., “Environmental impacts assessment on construction sites”, en *Construction Research Congress*, 2012, ps. 1750-1759.

esfuerzos fueron enfocados a “amortiguar determinados impactos ambientales que vislumbraban dos tendencias principales, a saber: bioconstrucción, centrada en el uso de materiales de bajo impacto ambiental y el bioclimatismo, en busca de una reducción de las necesidades energéticas del edificio”⁶. En la década de los ’90 comienzan a desarrollarse las primeras normativas internacionales dirigidas a la gestión ambiental (ISO TC/207) y junto a ellas surgen las primeras definiciones de etiquetado ecológico aplicado a los productos. Aparecen también los primeros sistemas de evaluación de la sostenibilidad de los edificios. “La creciente conciencia respecto de la importancia de la protección ambiental, y los posibles impactos asociados con los productos del sector de la construcción, tanto manufacturados como consumidos, han aumentado el interés por el desarrollo de métodos para comprender mejor y atender esos impactos”⁷.

A nivel global, numerosos países incorporaron políticas de eficiencia energética (EE) con el fin de disminuir el consumo de energía, aspecto que puede observarse en medidas como etiquetados o pasaportes de eficiencia energética⁸. En tal sentido, podemos referenciar la situación europea reflejada por diversos estudios, en cuanto señalan que los principales problemas en este sector de crecimiento son los siguientes: consumo abusivo de materiales de construcción y materias primas; mayor consumo energético de las edificaciones; incremento insostenible del parque edificado; dispersión generalizada de las ciudades⁹.

Adentrándonos en nuestro país se releva que la implementación de medidas de eficiencia energética en el sector residencial resulta fundamental para contribuir a lograr la meta nacional de ahorro energético,

⁶ “Claves sobre Construcción y Edificación Ambientalmente Sostenible: Retos y oportunidades”, IV Encuentro de Empresas en Ecoinnovación, Bilbao, 2010; disponible en Ihobe, <https://www.ihobe.eus/publicaciones/claves-sobre-construccion-y-edificacion-ambientalmente-sostenible-retos-y-oportunidades>.

⁷ En Iso, <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:14040:ed-2:v1:es>.

⁸ ALONSO-FRANK, A. y KUCHEN, E., “Desarrollo de una herramienta para validar la influencia del comportamiento del usuario sobre la eficiencia energética en edificios públicos de oficinas”, en *Revista Hábitat Sustentable*, 2016, vol. 6, núm. 2, ps. 62-69.

⁹ “Claves...” cit., p. 7.

dado que el mismo representa el 26% del consumo final total del país, de acuerdo con el Balance Energético Nacional del año 2021¹⁰. Siendo que en el sector residencial las mayores demandas están asociadas con la concentración poblacional y las condiciones climáticas¹¹. De forma similar como diagnóstico se manifiesta que “Los edificios en Argentina (sumando los sectores ‘residencial’ + ‘comercial y público’) representaron el 33% del consumo total de energía del país durante 2018 (Gobierno de Argentina, 2019a, 13), el cual, a su vez, significó el 20,8% de las emisiones GEI del país (Gobierno de Argentina, 2019b)”¹².

Atendiendo a los obstáculos en la implementación de acciones con miras a la eficiencia energética, se consideran primordialmente “las lógicas constructivas imperantes con materiales de baja eficiencia, sin consideraciones de ahorro de energía (Discoli, 2016). En general, los edificios en Argentina muestran un pobre comportamiento térmico. La mayoría de las casas residenciales podrían ahorrarse entre 3 y 5 veces el consumo de calefacción al implementar algunas de las medidas de conservación de energía (ECM), como el aislamiento térmico (González, 2013, como se citó en Torrejón Marina, 2020). Se debe agregar la usual resistencia a cambiar de negocios y la falta del conocimiento requerido en las instituciones (Schwarz, 2017). Actualmente, desde el punto de vista del análisis de cadena de valor, el mercado EEC en la Argentina se caracteriza por la participación de relativamente pocos actores. Algunos de ellos con mayor participación de producción nacional, aislantes y aberturas, y otros con dependencia casi exclusiva de insumos importados, energía solar fotovoltaica o la iluminación LED”¹³. Lo positivo es que, como este sector posee la particularidad de ser atomizado, aparece implícitamente un gran potencial de mejora,

¹⁰ En Argentina, <https://www.argentina.gob.ar/produccion/energia/hidrocarburos/balances-energeticos>.

¹¹ En Scielo, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-50732014000300002.

¹² SCHEIN, L. y otros, “Análisis de brecha de habilidades y conocimiento en eficiencia energética en la construcción edilicia en Argentina”, Centro de Copenhague para la Eficiencia Energética, 2021; disponible en UNEPCCC, <https://c2e2.unepccc.org/wp-content/uploads/sites/3/2021/08/analisis-de-brecha-de-habilidades-y-conocimiento-en-eficiencia-energetica-en-la-construccion-edilicia-en-argentina.pdf>.

¹³ SCHEIN y otros, op. cit., p. 21.

ya que la construcción sostenible se basa en la minimización de los impactos de la construcción al ambiente y el uso eficiente de los recursos, y como este sector puede ser abordado desde múltiples enfoques, tiene un gran potencial de mejora (Ministerio de Desarrollo Productivo, 2017).

II. Desarrollo

Atendiendo a que el calentamiento global que se advierte en la tierra es consecuencia, en gran medida, del uso de combustibles fósiles¹⁴, hay acuerdo en la comunidad internacional en la necesidad de la implementación de medidas de eficiencia energética en el sector residencial. En tal sentido, Zolfagharian (2012) sostiene que al identificar los principales impactos medioambientales de los procesos de construcción se mejora la efectividad de los sistemas de administración medioambiental.

1. *Antecedentes normativos a nivel internacional*

Para iniciar el análisis, señalamos que la Certificación Energética de los Edificios es una exigencia derivada de las Directivas 2002/CE/91 y 2010/31/UE de la Unión Europea relativas a la eficiencia energética de los edificios que se trasladó a España por Real Decreto 235/2013. En Italia el Decreto Legislativo N° 192 del 2005, ampliado y modificado posteriormente, rige desde 2006, primero para edificios nuevos y luego en 2007 para edificios existentes. En Alemania poseen dos etiquetas diferenciadas a la hora de comercializar un inmueble. Una es la EEE, que arroja un valor de requerimiento energético para mantener las condiciones de confort de la vivienda, calculado de acuerdo con la Norma ISO 13.790. Este certificado es válido para viviendas nuevas y en uso, y depende de las características constructivas de las mismas. Aporta recomendaciones para mejorar en base a cálculos específicos. Otra es la etiqueta de consumos que establece un indicador en base a la facturación de los últimos tres años de la vivienda. Este certificado

¹⁴ En UN, <https://www.un.org/es/climatechange/science/causes-effects-climate-change>.

es válido únicamente para viviendas en uso y depende del comportamiento del consumidor. Aporta recomendaciones para mejorar en base a conocimientos generales. Es obligatorio para las inmobiliarias y vendedores particulares la publicación de la etiqueta de la vivienda y especificación de su categoría correspondiente, ya sea la de requerimiento o la de consumo. Este certificado tiene gran incidencia en el valor final de mercado.

2. Itinerario de la cristalización normativa en Argentina de mecanismos de eficiencia energética de inmuebles

En Argentina, el planteo en cuanto al potencial energético y las posibilidades de diseño y aplicación de medidas de eficiencia energética ha sido una constante en las gestiones de los distintos órdenes gubernamentales. Es así como encontramos entre las primeras normativas sobre el tema el decreto 140/2007¹⁵ del Poder Ejecutivo nacional, sobre Programa Nacional de Uso Racional y Eficiente de la Energía (Pronuree), que declara de interés y prioridad nacional el uso racional y eficiente de la energía. Aprueba los lineamientos del Pronuree e instruye a la ex-Secretaría de Energía, dependiente del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, a implementarlo, contemplando entre sus acciones el establecimiento de un régimen de etiquetado de EE y el desarrollo e implementación de estándares de eficiencia energética mínima. Ya en el año 2009 la Secretaría de Energía de la Nación, a partir de lo establecido en el Pronuree (decreto 140/2007), solicitó al Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM) la elaboración de una norma que permitiera implementar un sistema de certificación energética de viviendas. En 2010 se aprobó la Norma IRAM 11.900/2010¹⁶ de Etiquetado de Eficiencia Energética de Calefacción para Edificios. En el año 2010, la ex-Secretaría de Energía suministró en su sitio web un aplicativo que permite

¹⁵ En Infoleg, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/136078/norma.htm>.

¹⁶ Establece una metodología simplificada para el cálculo del nivel de eficiencia energética de la envolvente en edificios de habitación humana susceptibles de ser calefaccionados. La calificación energética del edificio se realiza en función de la transmitancia térmica media de la envolvente.

calcular y generar la etiqueta de eficiencia energética de calefacción conforme la Norma IRAM 11.900. Con el mismo se pretendió, por un lado, promover la difusión de la norma, y por el otro, facilitar la labor de los profesionales ligados a la construcción al momento de evaluar sus proyectos desde el punto de vista de la eficiencia energética de su envolvente. Por su parte, el decreto 231/2015 del Poder Ejecutivo nacional crea la Secretaría de Planeamiento Energético Estratégico, y la Subsecretaría de Ahorro y Eficiencia Energética, e introduce bajo su órbita el desarrollo e implementación de programas de eficiencia energética en los distintos sectores de consumo¹⁷. En 2016, la Subsecretaría de Ahorro y Eficiencia Energética propició el diseño de un procedimiento de Etiquetado de Eficiencia Energética de Viviendas unificado para todo el país. Se conforma la Mesa de Trabajo Nacional, bajo el nombre “Sistema de Calificación y Certificación Energética de Edificios Destinados a Vivienda”¹⁸. En 2017, se aprueba la revisión de la Norma IRAM 11.900/2017¹⁹, atendiendo a los consensos previos de la Mesa de Trabajo Nacional. Además, a nivel nacional, a través de la Ley 27.520 “de Presupuestos Mínimos de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global”, se establecen objetivos, principios y acciones a desarrollar por los distintos niveles gubernamen-

¹⁷ En Energía, <http://www.energia.gob.ar/contenidos/verpagina.php?idpagina=4104>.

¹⁸ Integrada por Subsecretaría de Ahorro y Eficiencia Energética, Ministerio de Energía y Minería de la Nación; Secretaría de Estado de la Energía, Provincia de Santa Fe (Coordinación de la Mesa); Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI); Instituto Argentino de Normalización y Certificación (IRAM); Instituto de Energía y Desarrollo Sustentable, Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA).

¹⁹ Esta norma establece el cálculo de las prestaciones energéticas para viviendas unifamiliares y/o unidades funcionales de edificios multifamiliares destinadas a uso residencial. Se basa esencialmente en el “Procedimiento de Cálculo del Índice de Prestaciones Energéticas” (versión 0), documento de base técnica para la prueba piloto de la ciudad de Rosario, Etiquetado de Eficiencia Energética. Se aprueba una nueva revisión de la Norma IRAM 11.900/2017, incluyendo el capítulo correspondiente a la etiqueta de eficiencia energética. El modelo de etiqueta consiste en una escala de letras (A-G), correspondiendo la “A” al máximo nivel de eficiencia energética y la “G” al mínimo. Cada letra de la escala es asociada a un rango de valores del Índice de Prestaciones Energéticas, calculado conforme el método establecido por la Norma. Esta escala debe ser diferente para cada zona climática del país.

tales, siendo que su Capítulo V, artículo 24, referido a las medidas y acciones mínimas de mitigación, apuntala la adopción destinada especialmente a “...a) Fijar metas mínimas de reducción o eliminación de emisiones. b) La utilización progresiva de energías renovables y la consecuente reducción gradual de emisiones de gases de efecto invernadero, con plazos y metas concretas y escalonadas. c) Implementar medidas para fomentar la eficiencia y autosuficiencia energética. d) Promover la generación distribuida de energía eléctrica, asegurando su viabilidad jurídica. e) Diseñar y promover incentivos fiscales y crediticios a productores y consumidores para la inversión en tecnología, procesos y productos de baja generación de gases de efecto invernadero. h) La revisión del marco relativo a las normas básicas de planeamiento urbano, construcción y edificación con el objeto de maximizar la eficiencia y ahorro energético y reducir la emisión de gases de efecto invernadero y de otros contaminantes y la implementación de normas de construcción sustentable”.

Reforzando los desarrollos efectuados hasta el presente, y enmarcándose dentro de los compromisos asumidos por Argentina respecto de la agenda climática, se dicta la resolución 5/2023²⁰, por la cual la Secretaría de Energía lanza el Programa Nacional de Etiquetado de Viviendas (Pronev) con el objetivo de implementar un sistema de Etiqueta de Eficiencia Energética (EEE) unificado para todo el territorio nacional, para cuyo fin se crea el “Aplicativo Informático Nacional de Etiquetado de Viviendas” en el que se realizará la carga de datos de las viviendas y emitirá la EEE. Este registro funcionará bajo la órbita de la Dirección Nacional de Generación Eléctrica. Es relevante para la efectiva implementación del programa la invitación a todas las provincias y a la CABA a celebrar convenios con la Subsecretaría de Energía Eléctrica, para la implementación del Pronev, para que puedan utilizar el Aplicativo Informático Nacional de Etiquetado de Viviendas para sus planificaciones urbanas. Facultándose a la Dirección Nacional de Generación Eléctrica para dictar los actos necesarios para la instrumentación, reglamentación, adhesión y eje-

²⁰ En Argentina <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-5-2023-377958/texto>.

cución del Pronev y suscribir convenios y elaborar las normas aclaratorias y complementarias necesarias²¹.

Cabe mencionar que diversas provincias argentinas han legislado sobre la temática, verbigracia, las leyes 13.059/2010 de la Provincia de Buenos Aires, sobre Acondicionamiento Térmico de Edificios; la 4458/2012 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sobre Normas de Acondicionamiento Térmico en la Construcción de Edificios; la 10.635, del año 2018, de la Provincia de Entre Ríos, por la que se crea el Programa Arquitectura Sostenible; la 5546 de Etiquetado de Eficiencia Energética de Inmuebles, de Río Negro, 2021; la 9336 de Etiquetado de Eficiencia Energética de Inmuebles, de Mendoza, 2021; la 10.907 de Etiquetado de Eficiencia Energética de Inmuebles, de Entre Ríos, 2021; la 9592 de Sistema Provincial de Etiquetado de Eficiencia Energética de Viviendas, de Tucumán, 2022.

Una mención especial merece la pionera Ordenanza N° 8757/2011, de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, sobre Aspectos Higrotérmicos y Demanda Energética de las Construcciones, que incorpora al Reglamento de Edificación de la Ciudad de Rosario (según Ordenanza N° 4975/1990 y modif.) aspectos exigibles en la construcción de edificios, siendo su aplicación progresiva en función de la superficie útil a construir. Su alcance se ha extendido a toda nueva construcción, aplicando a modificaciones, reformas o rehabilitaciones de edificios existentes públicos o privados, con una superficie útil superior a 500 m² y/o donde se renueve más del 25% del total de sus cerramientos. Toma como referencia las Normas IRAM. Conforme lo establecido en el decreto 1647/2021, dispone: “Lo establecido en 1.1.3.a se verificará en todos aquellos edificios y ampliaciones correspondientes a los usos establecidos en el Ámbito de aplicación, artículo 1.1.1 y en los que voluntariamente decidan implementarla. Se verificarán las construcciones con una superficie cubierta computable superior a 300 m² durante los próximos dos años”. En el Plan Local de Acción Climática Rosario 2030 se afirma que “...la disminución en emisiones de gases de efecto invernadero –alcanzado por la Ordenanza Municipal

²¹ En <https://www.argentina.gob.ar/noticias/se-implementara-un-sistema-de-etiquetado-de-eficiencia-energetica-de-vivienda-nivel#:~:text=Mediante%20la%20Resoluci%C3%B3n%205%2F2023,seg%C3%BAn%20su%20grado%20de%20eficiencia>.

Nº 8757/11– es del orden del 0,03% respecto al total de emisiones CO₂e de la ciudad de Rosario y representa el 0,13% de las emisiones de Energía Estacionaria correspondientes al sector residencial. De los resultados también se puede concluir que una reconversión en la envolvente de los edificios tiene un impacto significativo en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero del sector residencial”²².

En el *orden provincial santafesino* creemos que la cuestión se encuadra a partir de la Ley 11.717 sobre “Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”²³, la que se ve reforzada en lo que refiere a eficiencia energética, por la sanción de la ley 14.019 en el año 2021, que define la política pública provincial de respuesta al cambio climático, que sienta entre sus objetivos “...d) Contribuir a la transición hacia las energías renovables y la eficiencia energética [...] f) Integrar la perspectiva climática y de resiliencia frente al cambio climático en el ordenamiento territorial y urbanístico y demás políticas públicas conexas”²⁴. Por otra parte, se considera que Santa Fe “es una consumidora neta de energía, estando interconectada al Sistema Energético Nacional a través de grandes obras de infraestructura [...] Si bien en la actualidad ha habido un incremento del uso de los ‘no convencionales’, todavía

²² Ejes: mitigar las emisiones de gases de efecto invernadero; impulsar la eficiencia energética, la movilidad sostenible y la gestión de residuos; aumentar el acceso a energía limpia, e identificar y adaptarse a los riesgos asociados al cambio climático (en Rosario, <https://www.rosario.gob.ar/inicio/sites/default/files/2021-09/plan-local-de-accion-al-cambio-climatico-2030.pdf>, p. 215).

²³ Art. 2º: “La preservación, conservación, mejoramiento y recuperación del medio ambiente comprende, en carácter no taxativo: a) El ordenamiento territorial y la planificación de los procesos de urbanización [...] b) La utilización racional [...] fuentes energéticas y demás recursos naturales, en función del desarrollo sustentable [...] g) La sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo humano [...] h) La formulación de políticas para el desarrollo sustentable, y de leyes y reglamentaciones específicas acordes a la realidad provincial y regional [...] n) La promoción de modalidades de consumo y de producción sustentable [...] o) El desarrollo y promoción de tecnologías energéticas eficientes, de nuevas fuentes de energías renovables y de sistemas de transporte sustentables...” (en Gobierno de Santa Fe, <https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=228059&item=108183&cod=a027a91afd80ef499dc1a0a139899f7e>).

²⁴ En Santa Fe, <https://www.santafe.gov.ar/boletinoficial/ver.php?seccion=2021/2021-01-06ley14019-2021.html>.

el problema energético actual se sintetiza en lograr un suministro eficiente de energía producido por los recursos energéticos convencionales para la población”²⁵. Es por ello que consideramos fundamental el análisis de la ley 13.903, siendo que dicha norma “complementa la Ley Marco de Acción Climática Provincial, al impulsar una acción efectiva de mitigación contra el cambio climático, promoviendo: la eficiencia en el consumo energético [...] y el aporte de un valor agregado a los inmuebles etiquetados con mayor eficiencia energética”²⁶.

III. De la Ley “Etiquetado de Eficiencia Energética de Inmuebles Destinados a Vivienda”

En su Capítulo I, artículo 1º, dispone: “La finalidad de la presente ley es establecer un procedimiento de etiquetado de eficiencia energética de inmuebles existentes o en proyecto de construcción destinados a vivienda, a fin de clasificar dichos inmuebles según su grado de eficiencia en el consumo global de energía primaria [...] la que tendrá vigencia por diez años”. Hemos de considerar loable la sanción de una norma con rango de ley atento la jerarquización que con ella se otorga a la materia. En lo que refiere al ámbito de aplicación territorial de la norma, Provincia de Santa Fe, el objeto de regulación recae sobre inmuebles existentes o en proyecto de construcción destinados a vivienda. Ahora bien, por decreto 458 de fecha 22 de marzo de 2022, se procede a la reglamentación de la ley 13.903, estableciéndose en el Anexo A, artículo 1º, que se regula “el procedimiento de etiquetado de eficiencia energética de los inmuebles construidos destinados a vivienda, radicados en la Provincia de Santa Fe...” La literalidad del reglamento prima facie resulta restrictiva respecto a lo normado en la ley que entendemos es comprensiva de proyectos de construcción, lo que facilitaría tanto la implementación del procedimiento desde las primeras etapas del emprendimiento inmobiliario como también su articulación con la Ordenanza N° 8757/2011. Por otra parte, interpre-

²⁵ Cámara Argentina de la Construcción, Delegación Rosario, “Pensar el futuro”, 2018, p. 234.

²⁶ En Gobierno de Santa Fe, [https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/244458/\(subtema\)/112857](https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/view/full/244458/(subtema)/112857).

tamos que la provincia, al corresponsabilizarse del desarrollo e integración de las diferentes zonas del territorio (Const. Prov., art. 25), sienta, a través de la normativa en estudio, las reglas de un procedimiento uniforme aplicable en todo el territorio provincial, a efectos de determinar criterios de constructibilidad en lo que refiere a la cualidad de los inmuebles, en simultáneo a la propia capacidad regulatoria de los niveles municipales y/o comunales²⁷. La ley 13.903, en su artículo 2º, define como autoridad de aplicación a la Secretaría de Estado de la Energía, en tanto que el decreto 458, en su artículo 1º, designa en tal cargo al Ministerio de Ambiente y Cambio Climático atento a la atribución de competencias efectuado por la Ley Orgánica de Ministerios 13.920. Entre las funciones que se le encomiendan a la autoridad de aplicación, conforme ley 13.903, se encuentra la gestión del Registro de Etiquetas de eficiencia energética creado por el artículo 10 y del Registro de Certificadores diseñado en su artículo 11. En el artículo 3º se definen las energías primarias y secundarias. El artículo 4º reviste importancia ya que establece como indicador de eficiencia energética el “Índice de Prestaciones Energéticas” (IPE). El IPE sirve como indicador del grado de eficiencia energética de un inmueble y en función de su valor se establece su categorización. Por decreto 458, artículo 4º, se estipula que el valor del índice de prestaciones energéticas de las viviendas constará en el Certificado de Eficiencia energética (CEE). Los artículos 5º a 8º crean la EEE como un documento en el que mínimamente figuran los datos catastrales del inmueble, el valor del IPE y la clasificación en letras otorgada. Se establece que la etiqueta deberá ser solicitada para su presentación y registración en las escrituras traslativas de dominio y se deberá informar al Registro General de la Propiedad a fin de que se pueda documentar en nota marginal sobre la certificación de eficiencia energética correspondiente del inmueble

²⁷ La Ley Orgánica impone a todos los Municipios realizar su Plan Regulador (art. 3º). Además, les delega a los Concejos Municipales la elaboración de las reglas de construcciones y límites de alturas (art. 39, inc. 25/7), que dio lugar a la generación de los códigos de ordenamiento territorial locales (densidades, edificabilidades y usos de inmuebles). Asimismo, la provincia dictó el decreto 7217/67, que regula las condiciones que deben tener los planes reguladores y que contiene una descripción de la técnica de zonificación y una ordenanza modelo de loteos.

con su categoría respectiva. Ante la falta de presentación y registración de la etiqueta, se presumirá la clase de eficiencia energética G. El decreto 458/2022 determina por tabla los rangos y valores correspondientes a cada una de las clases de eficiencia energética, la que a su vez fuese modificada por resolución ministerial 96/2022. Queremos detenernos en este punto ya que nos genera cierta incertidumbre la distinción entre proyecto o inmueble, que presuponemos se debe a lo que en el software utilizado en las pruebas pilotos efectuadas, se denomina etiqueta de proyecto o etiqueta de inmueble. En particular la etiqueta de proyecto no resulta relevante a nivel administrativo provincial, más si a nivel municipal atento que podría incluirse su exigencia en el trámite de inicio de obra²⁸.

Por su parte, en el artículo 9º de la ley 13.903 se diseña el certificado de eficiencia energética del inmueble que es elaborado por un certificador designado según artículo 11 y visado por el Colegio Profesional pertinente. Del juego de los artículos 9º y 11, se delinea el Registro de Certificadores y la figura del certificador de Eficiencia Energética de Inmuebles Destinados a Vivienda que desarrollara el procedimiento de calificación. Deberá ser un profesional matriculado habilitado para el ejercicio profesional con incumbencia en la materia, y aprobado por la autoridad de aplicación. El artículo 10 de la ley 13.903 crea el Registro de Etiquetas de Eficiencia Energética de Inmuebles Destinados a Vivienda bajo la órbita de la autoridad de aplicación, es decir, del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático de Santa Fe. Este tema no fue reglamentado por el decreto 458/2022, y hemos de recordar lo dispuesto por la resolución 5/2023, de creación del Programa Nacional de Etiquetado y del Aplicativo Informático Nacional, a fin de que se realice la carga de datos de las viviendas y se emita la EEE. Como ya vimos, este registro funcionará en el área de la Dirección Nacional de Generación Eléctrica, lo que nos lleva a interrogarnos sobre cómo se efectuará la articulación entre lo normado por la ley provincial y lo proyectado a nivel nacional. Por otra parte, la norma santafesina, en sus artículos 13 y 14, crea una Comisión con carácter de órgano

²⁸ Véanse los requisitos en Gobierno de Rosario, <https://www.rosario.gob.ar/inicio/informar-el-inicio-de-una-obra>.

asesor consultivo de la autoridad de aplicación, cuestión no prevista en el decreto 458/2022. El artículo 15 fija la cantidad de 500 módulos tributarios como contraprestación a solventar por el otorgamiento de cada etiqueta, siendo que el decreto 458 establece el procedimiento de liquidación vía web provincial y código de operación al efecto. El Estado provincial, por artículo 16, se compromete a implementar estándares mínimos de eficiencia energética en todos los planes de vivienda que sean desarrollados con presupuesto propio, fijándolos de manera gradual y progresiva, a fin de lograr como mínimo la clase de eficiencia energética “C” para todas las viviendas que sean ejecutadas a partir del año 2027. En relación con las Municipalidades y Comunas, se norma en el artículo 17 que podrán adherir a la presente ley en el marco de sus facultades según las leyes 2756 y 2439. Nuevamente se suscitan interrogantes: ¿Se requiere el acuerdo expreso entre los diversos niveles gubernamentales? Recuérdese que por resolución 5/2023 el aplicativo para la carga de datos y emisión de la correspondiente etiqueta se concentra en la órbita de la Dirección Nacional. ¿Habrán de adecuar los Estados municipales/comunales atento a su capacidad regulatoria territorial los códigos de edificación sujetándose a la ley de etiquetado? ¿Y al programa nacional? ¿Trabajarán de manera conjunta los diversos organismos administrativos a fin de lograr la vinculación del trámite? Consideramos relevante la coordinación y/o unificación de los procedimientos a fin de evitar desgastes innecesarios tanto para el operador privado como para la propia administración pública. Puntualmente, ¿deberá procederse a la adecuación de la Ordenanza N° 8757/2011? ¿A qué norma habría de ajustarse?, ¿provincial o nacional? Es importante destacar que la Ordenanza rosarina resulta obligatoria conforme la escala prevista por el decreto 1647/2021, y cuenta con instancias de verificación en obra por parte de la Municipalidad, en tanto que el sistema de etiquetado previsto por la ley 13.903 es optativo²⁹. El artículo 18 dispone que la autoridad de aplicación juntamente con el Ministerio de Desarrollo Social establecerá programas para la obtención de etiquetas para inmuebles cuyos

²⁹ Art. 21: “Las disposiciones previstas en la presente ley son de carácter optativo para todos aquellos inmuebles destinados a vivienda”.

titulares sean considerados “casos sociales”. La norma del artículo 20 establece una bonificación en el impuesto inmobiliario urbano anual en función de la categoría obtenida, para los inmuebles que cuenten con EEE vigente.

IV. Conclusiones

En razón de todo lo expuesto, como operadores jurídicos nos preocupa cómo relacionar el documento en que se plasma la EEE con el Registro de la Propiedad Inmueble³⁰. Como ya fuera mencionado, el artículo 8° de la ley 13.909 diagrama la articulación entre el sistema de etiquetado y el Registro General de la Propiedad. El escribano autorizante del documento de constitución, transmisión, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles debe solicitar el Certificado Registral (conf. arts. 23 y ss., ley 17.801, conc. con arts. 40 y ss., ley 6435), que informa sobre la situación jurídica del inmueble (dominio, gravámenes y medidas cautelares), y de las personas constituyentes o disponentes (interdicción de bienes registrables); además, debe petitionar al Catastro (en nuestra Provincia, Servicio Catastral de Información Territorial), el denominado Certificado Catastral (conf. arts. 11, 12 y 13, ley 26.209), que informa sobre el estado parcelario del inmueble (conf. art. 5°, ley 26.209), es decir, la ubicación georreferenciada del inmueble, sus límites en relación con las causas jurídicas que les dan origen, las medidas lineales, angulares y de superficie, el valor fiscal, y sus linderos, todo lo cual constituye el estado parcelario del inmueble. Como se podrá apreciar, los citados instrumentos públicos (conf. art. 309, CCCN) constituyen elementos de protección no sólo del acto que se va a instrumentar, sino que brinda suficiente seguridad jurídica a los terceros interesados, y en especial a la sociedad en su conjunto. Ahora bien, ese mismo criterio protectivo que evidencian los precitados instrumentos públicos debemos otorgárselo a la “etiqueta de eficiencia energética”, que el funcionario autorizante debe solicitar al “Registro de EEE de Inmuebles Destinados a Vivienda”,

³⁰ Siendo que “los registros son, en sentido amplio, organismos mediante los cuales se produce la publicidad jurídica” (CORNEJO, A., “Derecho Registral”, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 6).

creado en la Provincia de Santa Fe bajo la órbita de la autoridad de aplicación, conforme ley 13.903, y al igual que los instrumentos mencionados el autorizante, deberá hacerlo constar en el citado documento portador del acto pertinente, juntamente con los datos emergentes del mismo, es decir, datos catastrales del inmueble, valor del IPE de dicho inmueble, y una clasificación expresada en letras, correspondiendo la letra A a valores de IPE más bajos, es decir, mayor nivel de eficiencia energética, y la letra G a valores de IPE más altos, menor nivel de eficiencia energética. La etiqueta de eficiencia energética otorga valor al inmueble que la contiene, por lo que resulta de extrema necesidad su incorporación al sistema instrumental y registral, todo lo cual evidencia una clara integración con normas protectivas del medio ambiente, y un camino trazado por la política ambiental en el mundo. Si bien el sellado fiscal que establece la ley 13.903 es de un máximo en quinientos módulos tributarios (500 MT), para el otorgamiento de cada etiqueta de eficiencia energética de inmuebles destinados a vivienda de la Provincia de Santa Fe no prescribe el correspondiente a la registración de la misma en el Registro de la Propiedad Inmueble; para ello, consideramos que serán de aplicación las reposiciones fiscales y de ley convenio que estén dispuestas para las anotaciones marginales. En cuanto a la registración inmobiliaria de la etiqueta de eficiencia energética, se dejará constancia expresa en el rubro 7 del folio real (restricciones, cancelaciones, gravámenes, medidas cautelares, etc.), con los datos identificatorios que surjan de la misma, conforme lo dispone el artículo 33 de la ley 17.801 y por el cual el funcionario autorizante del documento deberá solicitar su registración en forma expresa, y el registrador, al efectuar la calificación pertinente, procederá a la anotación con la calificación energética otorgada a la edificación. Si bien hemos referido al escribano como el funcionario autorizante del documento de constitución, transmisión, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, y es el que identifica la ley 13.903 en su artículo 8º, debemos tener presente que existen otros documentos portadores de actos de constitución, transmisión, disposición y/o cesión de derechos reales sobre inmuebles, y no son estrictamente los notariales, sino que nos estamos refiriendo a los documentos judiciales y/o administrativos. A ellos también se les debe aplicar dicho requerimiento

atento a que si bien el acto nace dentro de un documento de distinta naturaleza jurídica en relación con el notarial, también integran el plexo jurídico normativo que permite dicha instrumentación, y su correspondiente registración inmobiliaria.

Como podemos apreciar, la etiqueta de eficiencia energética que deben solicitar los operadores del sistema al Registro correspondiente –ya sea el diseñado por artículo 8° de la ley 13.903, bajo la órbita del Ministerio de Ambiente y Cambio Climático de Santa Fe y/o en caso de convenir con Nación, la emitida conforme resolución 5/2023 por la Dirección Nacional de Generación Eléctrica–, una vez expedida por uno u otro organismo se incorporará al documento pertinente con una cláusula expresa, con los datos antes mencionados, y la comunicación al Registro de la Propiedad Inmueble, podrá formalizarse en forma autónoma con relación al inmueble registrado, por quienes estuvieren autorizados, o bien juntamente con el acto de constitución, transmisión, modificación y/o cesión de derechos reales de que se trate (por ej.: venta, donación, permuta, adjudicación por partición, compra en subasta, etc.). Todo lo expresado con miras a que “el principio de legalidad se hace efectivo en la práctica a través de la función calificadora del Registro [...] teniendo en vista el principio fundamental de seguridad jurídica, con el firme objetivo de lograr la mayor concordancia entre la realidad registral y extrarregistral”³¹. Siendo coherentes con el razonamiento que hemos formulado hasta ahora, al tratar los diversos aspectos que deben precisarse en relación con la publicidad de la etiqueta de eficiencia energética, consideramos que sería de suma utilidad la comunicación al Servicio Catastral de Información Territorial, a fin de que deje expresa constancia en el plano de mensura del inmueble oportunamente registrado, la existencia de la EEE, que revele la condición del inmueble, la que luego se plasmará en el certificado catastral al momento de su expedición.

En suma, creemos que el sistema diseñado por la ley 13.093 posibilita la mejora de los estándares urbanísticos y constructivos permitiendo ahorros importantes en las facturas de energía y la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), a la par que

³¹ SCOTTI, E. O., “Derecho Registral Inmobiliario. Modalidades y efectos de las observaciones registrales”, Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 37.

aumentarían las condiciones de confort de los usuarios³², por lo que exhortamos a las autoridades competentes a la clarificación de las pautas del funcionamiento del sistema con miras a la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario.

Bibliografía

- Cámara Argentina de la Construcción, Delegación Rosario, “Pensar el futuro”, 2018.
- CANO, Guillermo J., “Política, Derecho y administración ambiental”, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- CORNEJO, Américo Atilio, “Derecho Registral”, Buenos Aires, Astrea, 2001.
- FRANZA, Jorge A., “Tratado de Derecho Ambiental”, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2005.
- GIL, Salvador, “Eficiencia energética en Argentina, apostando por conformar un sector energético más sostenible y eficiente en Argentina”, documento de trabajo, 2021.
- KAUR, M. y ARORA, S., “Environment impact assessment and environment management studies for an upcoming multiplex. A Case Study”, en IOSR Journal of Mechanical and Civil Engineering (IOSRJMCE) (núm. 1[4]), 2012.
- LORENZETTI, Ricardo L. y LORENZETTI, Pablo, “Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en Jurisprudencia Argentina del 30-9-2015, p. 3; Jurisprudencia Argentina 2015-III.
- “Consumo y ambiente. Diálogos microsistémicos”, en RD Amb. (núm. 39), p. 9.
- “Derecho Ambiental”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018.
- SCHEIN, Leila y otros, “Análisis de brecha de habilidades y conocimiento en eficiencia energética en la construcción edilicia en Argentina”, Centro de Copenhague para la Eficiencia Energética, 2021; disponible en UNEPCCC, <https://c2e2.unepccc.org/wp-content/uploads/sites/3/2021/08/analisis-de-brecha-de-habilidades-y-conocimiento-en-eficiencia-energetica-en-la-construccion-edilicia-en-argentina.pdf>.

³² En Desde el conocimiento, <https://desdeelconocimiento.com.ar/reactivar-la-industria-de-la-construccion-con-inclusion-y-sostenibilidad/>.

SCOTTI, Edgardo O., “Derecho Registral Inmobiliario. Modalidades y Efectos de las Observaciones Registrales”, Buenos Aires, Universidad, 1980.

ZOLFAGHARIAN, S.; NOURBAKHS, M.; IRIZARRY, J. y RESSANG, A., “Environmental impacts assessment on construction sites”, en Construction Research Congress, 2012, ps. 1750-1759.

Sitios web consultados

<http://www.energia.gob.ar/contenidos/verpagina.php?idpagina=4104>.

<https://www.argentina.gob.ar/produccion/energia/hidrocarburos/balances-energeticos>.

<https://www.iram.org.ar/normalizacion/que-son-las-normas/>.

<https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:14040:ed-2:v1:es>.

https://www.minem.gob.ar/servicios/archivos/7586/AS_15071390561.pdf.

<https://www.rosario.gob.ar/inicio/sites/default/files/2021-09/plan-local-de-accion-al-cambio-climatico-2030.pdf>.

<https://www.santafe.gov.ar/normativa/getFile.php?id=228059&item=108183&cod=a027a91afd80ef499dc1a0a139899f7e>.

<https://www.scielo.cl/>.

<https://www.un.org/es/climatechange/science/causes-effects-climate-change>.

DESISTIMIENTO DE TESTIGOS DURANTE EL JUICIO PENAL ORAL

por CECILIA SUPERTI¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Momento en el que debería estar definida la prueba. 3. Términos tradicionales de la discusión. 4. Principios en juego: adecuado encuadramiento del problema. 5. Relevancia de la cuestión. 6. Posibilidad de discutir acerca de la relevancia del desistimiento en el juicio. 7. Adhesión a la prueba de la contraparte. 8. Jurisprudencia de la CSJSF. 9. Propuesta de solución y conclusión. Bibliografía.

Resumen

En un proceso penal acusatorio adversarial, la prueba debería estar definida en la etapa intermedia, dado que la teoría del caso de cada parte, que incluye necesariamente a los medios de convicción con los que intentará acreditar en el juicio sus proposiciones fácticas, deben estar delimitados antes del inicio del debate oral. Ello es así a fin de que se pueda preservar en éste la garantía de imparcialidad del tribunal. En consecuencia, la práctica de desistimiento de testimonios durante el juicio no resulta acorde con el “deber ser” del sistema y debería ser excepcional.

Si se intenta durante el juicio el desistimiento de algún testimonio ya admitido por alguna de las partes y la otra se opone, la controversia

¹ Abogada (UNR, 2004), habiendo obtenido “Diploma de Honor” y “Premio Corte Suprema de Justicia de Santa Fe”. Especialista en Derecho Penal (UNR). Profesora adjunta por concurso de Derecho Penal 1 (UNR) y docente de litigación penal y de diversas carreras de posgrado de la misma Facultad. Maestranda en Derecho Penal y en Derecho Procesal (UNR). Capacitadora en la reforma procesal penal de Santa Fe para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Santa Fe y para la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe (2008). Abogada relatora de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe desde 2008.

debe resolverla el mismo tribunal de debate. Para hacerlo, no resulta determinante sentar postura acerca de si la prueba es “del proceso” o “de la parte”, dado que la cuestión debe ser decidida teniendo en miras los principios de buena fe procesal, de igualdad de partes e imparcialidad del tribunal. Así, éste no debería pedir explicaciones del desistimiento, ni de la oposición y ante ésta debería habilitarse a la contraparte a examinar directamente a el/la testigo, aunque con las reglas previstas para la categoría del “testigo hostil”, es decir, admitiéndose la posibilidad de que le efectúe preguntas sugestivas.

Abstract

In an adversarial criminal procedure, proof should be defined in the intermediate stage given that the theory of the case of the parties, which necessarily includes the evidence that will be used to try to prove each party factual propositions in the trial, must be defined prior to the beginning of oral trial. This aims at preserving the court’s guarantee of impartiality during the debate. Consequently, the practice of waiving witnesses during the debate is not in accordance with the “What should be” of the system and should be exceptional.

If there is an attempt by one of the parties of waiving a witness already admitted during the trial and the other party opposes it, the controversy must be resolved by the trial court itself. To do so, to establish a position on whether the evidence is from the process or from the party is not decisive, since the issue must be decided taking into account the principles of procedural good faith, equality of the parties and the impartiality of the trier. Thus, the court should not ask for explanations either of the waiver or its objection and, if there is opposition to waive a witness, the counterparty should be entitled to examine the witness directly but with the rules provided for the category of hostile witness, that is, admitting the chance of asking leading questions to the witness.

Palabras clave

Proceso penal. Testigo. Desistimiento de testigos.

Keywords

Criminal procedure. Witness. The practice of waiving witnesses.

1. Introducción

Un problema que se presenta en Santa Fe en los procesos penales del actual sistema acusatorio adversarial consiste en que, frecuentemente, las partes intentan en la audiencia de debate luego de los alegatos de apertura, o incluso, después de algunas declaraciones, desistir de uno o varios de los testimonios oportunamente ofrecidos y admitidos.

Ante esta petición, si la contraparte no se opone, no existe controversia alguna, por lo que no hay nada para resolver. Pero muchas veces ocurre que la contraparte se resiste al desistimiento, manifestando su interés de que se produzca la declaración en el debate. En este caso, sí se presenta un conflicto a decidir por el tribunal de juicio, quien debe determinar si lo acepta o no y, en su caso, establecer cómo se actuará en consecuencia. En la jurisprudencia, esta situación ha dado lugar a distintas soluciones, teniendo en cuenta que el Código Procesal Penal santafesino no contiene ninguna norma expresa sobre el punto, debiendo la cuestión dilucidarse por aplicación de los principios generales del sistema.

Si bien el objetivo de este trabajo es exponer la solución que estimo adecuada para tales casos, entiendo que el análisis debe partir por un desarrollo acerca de lo que creo es el “deber ser” con relación al ofrecimiento de la prueba testimonial, su admisión y eventual intento de desistimiento posterior.

2. Momento en el que debería estar definida la prueba

De inicio, cabe recordar que en el sistema acusatorio adversarial el debate oral, si se llega a esa instancia, se desarrolla mediante la exposición de las partes de su versión ante un tribunal, debiendo cada una aspirar a acreditar sus dichos a través de la prueba, intentando convencer a la magistratura de que su posición se corresponde con lo realmente ocurrido. A su vez, la controversia será resuelta teniendo en cuenta la credibilidad de cada hipótesis y, por supuesto, las reglas

de la carga probatoria en materia penal derivadas del estado constitucional de inocencia (art. 18, CN).

De este modo, cada parte expondrá en el juicio su “teoría del caso”, que es su versión sobre el hecho, su relevancia jurídica y su sustento probatorio; y está compuesta, por tanto, por tres partes: a) la teoría fáctica; b) la teoría jurídica; c) la teoría probatoria².

Así, la “teoría del caso” es el punto de vista del/de la litigante, el ángulo desde el que propondrá valorar la prueba a producir y es la que debe dominar toda su actuación en el proceso. Se compone de proposiciones fácticas, que a su vez acreditan algún elemento de la teoría jurídica y que se confirman con algún medio de prueba³.

En relación con la elaboración de la “teoría del caso”, el trabajo de su construcción debe comenzar con el inicio mismo del análisis de la causa, pudiendo evaluarse distintas alternativas. Sin embargo, con su avance hacia el juicio, se va volviendo más necesario centrarse en una teoría determinada, “casarse” con una sola versión de lo ocurrido⁴.

En este sentido, al inicio de la investigación, el Ministerio Público de la Acusación puede tener diferentes hipótesis acerca del hecho, lo cual es incluso positivo considerando que, conforme el deber de objetividad de que debe guiar su accionar, es esperable que se evalúen todas las posibilidades antes de escoger la que se intentará llevar a juicio. Asimismo, contará con un cúmulo importante de evidencias que sustentarán o debilitarán cada una de ellas. También puede ocurrir que se analice la posible subsunción jurídica de los sucesos en distintos tipos penales.

Más entiendo que toda esta imprecisión propia de la etapa de investigación debería, desde un punto de vista ideal, estar superada cuando se decide acusar (arts. 294 y 295, CPPSF). Es decir, al presentar su acusación el/la representante del Ministerio Público de la Acusación debería tener definida ya cuál será la teoría del caso que planteará en el juicio, es decir, cuáles son las proposiciones fácticas que aspirará a demostrar, cuál es su teoría jurídica y cuáles son las pruebas con

² LORENZO, L., “Manual de litigación”, Didot, Buenos Aires, 2012, p. 37.

³ BAYTELMAN, A. y DUCE, M., “Litigación penal. Juicio oral y prueba”, Universidad Diego Portales, Chile, 2004, ps. 77/99.

⁴ LORENZO, op. cit., p. 136.

las que intentará acreditar cada hecho, siendo aquéllas, justamente, las que le dan fundamento (art. 295, inc. 3º, CPPSF). Ello es así más allá de que el ofrecimiento formal de prueba pueda ser efectuado con posterioridad según las previsiones del ordenamiento normativo procesal (art. 299, CPPSF).

Esto último es crucial, considerando que justamente la prueba “...es la herramienta con la que cuenta el litigante para moldear su historia. Sin pruebas no hay chance de ganar un caso por más que ello sea justo a los ojos del postulante, de la víctima o la sociedad”⁵.

Lo mismo le corresponderá a la defensa ante la existencia de una acusación. De todos modos, cabe aclarar que ésta puede tomar en este aspecto distintas estrategias, dado que puede limitarse a negar la teoría del caso fiscal, o bien plantear su propia versión positiva de los hechos. Así, “[I]a defensa tendrá, en principio, dos opciones al momento de planear su intervención en el juicio: cuestionar la teoría del caso de la acusación o presentar una teoría del caso propia”. Y la decisión que tome en este sentido debería ser coherente, de modo que no puede elegir llegar a juicio, por ejemplo, a decir que la acusación no tiene elementos suficientes para confirmar la participación del imputado con certeza y, a la vez, postular su inimputabilidad⁶.

Es por ello que entiendo que lo ideal sería que en la etapa intermedia (audiencia preliminar) queden zanjadas no sólo las teorías fácticas y jurídicas de ambas partes, sino también todas las cuestiones vinculadas con la prueba (arts. 299 y 302/303, CPPSF). Coincido así con Leticia Lorenzo en cuanto dice que “...al momento del juicio el caso debe llegar ‘limpio’; todas las discusiones sobre lo que las partes pueden alegar o no, la prueba que pueden introducir o no, las decisiones que pueden tomarse o no, debe haberse dado previamente”⁷.

Es decir, la idea es que no se deba tomar en el juicio ninguna decisión sobre admisibilidad probatoria o, al menos, reducir su ocurrencia a los casos estrictamente necesarios –como por ejemplo los supuestos de nueva prueba (art. 324, CPPSF)–.

⁵ CHAIA, R., “Técnicas de litigación penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 2019, t. 1, p. 184.

⁶ LORENZO, op. cit., p. 152.

⁷ Íd., p. 155.

Se permitirá así no sólo una proyección realista acerca de la magnitud del debate, sino también que el tribunal de juicio se atenga a su esperado rol netamente pasivo, esencial para el resguardo de su imparcialidad. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe en el fallo “Mariaux” reconoció la necesidad de que no se “distorsione” la etapa de juicio oral por falta de resolución oportuna de cuestiones que debieron estarlo previamente, así como la vinculación de esta problemática con la garantía de imparcialidad⁸.

En función de lo expuesto, estimo que lo esperable es que, como regla, todas las cuestiones de admisibilidad de prueba queden zanjadas, a más tardar, en la audiencia preliminar, de modo que la situación ya no varíe una vez iniciado el juicio.

En síntesis, teniendo en cuenta los principios que rigen el nuevo sistema y las reglas de litigación oral, el desistimiento de prueba ya admitida durante el debate es una situación que no debería presentarse, o bien que sólo es esperable que ocurra en casos muy excepcionales, aunque no debería ser una práctica habitual. Y tal solución no varía aun cuando sean conocidas las situaciones que la originan en la mayoría de los supuestos –fundamentalmente la distancia temporal que suele presentarse entre la audiencia preliminar y la de debate–, dado que no resulta ventajosa, ni desde el punto de vista del funcionamiento del sistema, ni de la labor de las partes.

3. Términos tradicionales de la discusión

Más allá de lo expuesto, la propuesta de este trabajo consiste en sentar posición sobre la solución que estimo correcta si se presenta en un debate una controversia ante un intento de desistimiento.

En tal camino, considero oportuno partir de señalar que, en general,

⁸ A. y S. 273-428. Allí el tribunal afirmó que “[e]l juicio no es un lugar de investigación sino de prueba y esas pruebas son las que se presentan en la audiencia preliminar y son admitidas como pertinentes y relevantes por el juez. Precisamente, la razón de legislar toda una fase previa de preparación del juicio, y a cargo de un tribunal diferente al que vaya a intervenir en el debate, radica en la necesidad de preservarlo de cualquier tipo de contaminación con las evidencias para asegurar su imparcialidad a la hora de valorar la prueba que se produzca en el debate y con ello dar adecuado fundamento a la sentencia”.

en la jurisprudencia de los Colegios de Jueces/zas Penales de Segunda Instancia de Santa Fe, en los casos en que se han impugnado sentencias condenatorias, a pesar de haberse rechazado en el juicio incidencias vinculadas con el desistimiento de testimonios por la Fiscalía, los tribunales han entendido que la cuestión pasa por decidir si la prueba admitida es “del proceso” o bien si pertenece a “la parte que la ofrece” y ésta puede, por tanto, desistirla si ha perdido interés, sin que la contraparte ningún derecho tenga en consecuencia. Los argumentos que en general se han expuesto en uno y otro sentido son los siguientes:

Prueba de la parte: de un lado, se sostiene que las reglas de litigación incorporadas por el Código Procesal Penal determinan la necesidad de establecer un método que oriente a las partes y al tribunal sobre lo que se puede hacer. En este sentido, se explica que es válida la posibilidad de desistir de testimonios ya admitidos, ya que la postura opuesta se sustenta en reglas que no serían aplicables en el actual sistema procesal penal y que son propias de los sistemas inquisitivos e inconciliables con el nuevo sistema de juzgamiento adversarial que adoptó la reforma, como las de “comunidad de la prueba” y de “adquisición procesal”.

Se concluye así que es factible el desistimiento unilateral de testigos por su oferente hasta al momento que comience su examen en juicio. Sin embargo, se propone que, ante la objeción de la contraparte, deberían brindarse fundadas razones al tribunal para sustentar el pedido, excluyéndose la posibilidad de desistimiento en los casos en que la acusación pretenda con él un ocultamiento de una nueva y creíble versión de descargo, lo que sería una falta grave.

También se resalta que una vez desistido el testimonio por la Fiscalía, ningún dato que de él provenga será incorporado al juicio y, por tanto, la peticionada fiscalización deviene abstracta⁹.

⁹ Síntesis de los argumentos expuestos por la posición mayoritaria desarrollada por el Dr. Ivaldi Artacho y la Dra. Hernández (integrantes del Colegio de Jueces/zas Penales de Segunda Instancia de Rosario) en la causa seguida a “A., F. D.”, CUIJ 21-06807712-2, fallo del 21-2-2020. En tal caso la Fiscalía había desistido de un perito balístico y de una testigo por considerarlos irrelevantes, habiéndose opuesto la defensa a ambos desistimientos. Por su parte, la defensa había desistido de los cuatro testigos ofrecidos, sin que se opusiera a ello la fiscalía, ni que se generara al respecto controversia.

En similar tenor se han expedido los magistrados del Colegio de Jueces/zas Penales de Segunda Instancia de Rafaela, expresando que “...resulta claro de sucesivos artículos del digesto procesal que la prueba pertenece a las partes, en cuanto a iniciativa, al momento, el orden y el modo de su producción (arts. 298, 299 y 323, CPP). A su vez, esta cuestión tiene relevancia respecto de reglas básicas de funcionamiento de un proceso de partes, en tanto proyecta sentido al momento de analizar cómo se realiza la producción de información (reglas de interrogatorio y contrainterrogatorio, art. 325 bis, CPP)”¹⁰.

Comunidad de prueba: en sentido opuesto, se expone que en estos casos debe primar el respeto del debido proceso legal y la defensa en juicio, plasmados, entre otros principios, en la vigencia de los de “comunidad de la prueba” o “adquisición procesal”. En consecuencia, si no hay conformidad de partes, la prueba ofrecida y admitida debe producirse.

Se explica que requerir por la magistratura información a la parte antes de la sentencia acerca de por qué desea controlar la prueba desistida importa per se un prejuzamiento de mérito.

Se destaca que en el nuevo sistema las partes ofrecen las pruebas, pero una vez que son admitidas, éstas son “del proceso”, por lo que, si alguna desiste, la otra tiene derecho a fiscalizarla. Así, ante la oposición de la contraparte, el tribunal sólo tiene una opción: ordenar que se produzca la misma.

Se agrega que la no aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial (art. 223¹¹, por remisión genérica del art. 15, CPPSF) termina resultando *in malam partem*, violándose la regla de garantía del artículo 2º del Código Procesal Penal¹².

¹⁰ Fallo “A., E. O. s/Delitos contra la integridad sexual, etc.”, del 20-4-2020, voto del Dr. Drivet, al que adhirieron los Dres. Fiz y Alvira (magistrados del Colegio de Jueces/zas Penales de Segunda Instancia de Rafaela).

¹¹ Que expresamente dice que “[la] parte que ha presentado testigos puede renunciar al examen de ellos, pero la contraria tendrá derecho de exigir que el examen se verifique”.

¹² Posición minoritaria desarrollada por el Dr. Beltramone (magistrado del Colegios de Jueces/zas Penales de Segunda Instancia de Rosario) en la causa seguida a “A., F. D.”, CUIJ 21-06807712-2, fallo del 21-2-2020.

De modo coincidente a la minoría del tal fallo (y siendo allí citado), sostuvo Carlos Carbone que “...no hay duda de la operatividad del principio de adquisición procesal porque toda la técnica de litigación en juicio permite someter a los testigos de la contraparte al contrainterrogatorio, lo que sería imposible si las pruebas sólo estarían referidas como propias de la parte y de su teoría del caso”¹³.

En tal línea, proponen también Lamas González y Moreno la aplicación del artículo 223 del Código Procesal Civil y Comercial, de manera que debe entenderse que “...una vez aportadas las pruebas por las partes, éstas no son de quien las promovió, sino que serán del proceso...”¹⁴

4. Principios en juego: adecuado encuadramiento del problema

Considero que el encuadramiento de la discusión en los términos en que es frecuentemente planteada por la jurisprudencia no es el más adecuado. Es decir, entiendo que la solución a estas situaciones no se vincula con la toma de posición acerca de si en un proceso acusatorio y adversarial la prueba es “del proceso” o “de la parte que la ofreció”.

En efecto, estimo que no hay dudas de que desterrado el modelo inquisitivo, deben asimismo dejarse de lado no sólo la posibilidad de intervención del tribunal en la producción probatoria, sino también la idea de que la prueba es “del proceso”. Es que, por el contrario, en este sistema cada parte es libre de ofrecer los medios de convicción que estime pertinentes (obviamente respetando el Ministerio Público de la Acusación el principio de objetividad), dado que éstos están a disposición de la estrategia y de la teoría del caso de cada una, como fue explicado anteriormente.

Así, se ha dicho que “[e]l sistema adversarial se caracteriza por

¹³ CARBONE, C. A., “El principio de adquisición o comunidad probatoria no ha muerto en el proceso penal adversarial”, en *La Ley Online*, AR/DOC/1718/2019.

¹⁴ LAMAS GONZÁLEZ, V. S. y MORENO, M., “La prueba en el proceso penal santafesino. Prueba de parte versus comunidad probatoria. Tendencias actuales”, en MJ-DOC-13781-AR, MJD13781.

el hecho de que la prueba es de las partes y son ellas las responsables de procurarla para su práctica en el juicio, sin injerencia alguna del tribunal”¹⁵.

De este modo, la ideología del actual proceso penal es incompatible con la idea de “adquisición” de la prueba para el proceso. Además, esta visión llevaría a sostener que quien intentó desistir de un testimonio tiene la obligación de producirlo en contra de su voluntad, efectuando un examen directo que, cuando menos, no tiene interés en realizar, lo cual resulta inadmisibile desde la óptica del nuevo sistema. En consecuencia, estimo que resulta inaplicable al proceso penal el artículo 223 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, por ser inconciliable con los principios que lo rigen.

Sin embargo, tampoco coincido con la posición opuesta llevada a su extremo. Es decir, el entender que se trata de un proceso de partes y que cada una es libre de ofrecer los medios de confirmación que sean contestes con su teoría del caso, no puede llevarnos a aceptar que el desistimiento de una prueba ya admitida durante el debate debe ser aceptado sin ninguna consecuencia. Es que, tal modo de proceder, como se explicó, no responde a lo que resulta esperable en el nuevo sistema y puede, incluso involuntariamente, terminar perjudicando la estrategia de su contraria.

Llegado este punto, debemos recordar que uno de los principios del proceso en general según Alvarado Velloso es la “moralidad procesal”. En este sentido, explica que si la razón de ser del proceso es erradicar toda fuerza ilegítima de una sociedad, no puede siquiera concebirse que se norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa artería o traición. De ahí que la regla moral debe presidir el desarrollo del proceso¹⁶.

Asimismo, también debemos tener presentes otros dos de los principios esenciales del proceso, esto es, la imparcialidad del tribunal y la igualdad de las partes, este último que implica la necesidad de

¹⁵ KESSLER, M. (dir.), “Capacitación y herramientas para la litigación oral civil y penal”, en *Cuadernillo para docentes*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2017, p. 74.

¹⁶ ALVARADO VELLOSO, A., “Introducción al estudio del Derecho Procesal. Primera parte”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 262.

que exista paridad de oportunidades y de audiencia, de modo que ninguna tenga ventaja o privilegio¹⁷.

Es decir, entiendo que la dilucidación de la cuestión no se vincula con la disyuntiva acerca de si las pruebas son “de la parte” o “del proceso”, sino con la necesidad de esperar de las y los litigantes una actuación de buena fe y respetando reglas claras, no generando con su proceder sorpresas a la contraria que puedan afectar, aunque sea indirectamente, su estrategia elaborada a partir de lo ocurrido en el momento en que debería estar definida su teoría del caso en todos sus elementos, es decir, la audiencia preliminar.

Y no nos estamos refiriendo necesariamente a que el desistimiento sea malicioso, o sea que se funde en que se advirtió que afecta su propia teoría del caso o que beneficia en algún sentido a la contraria. De este modo, los motivos pueden ser múltiples, por ejemplo, porque se entienda que ya se ha acreditado suficientemente el punto para el cual lo ofreció, o que resulta irrelevante para la teoría del caso. Porque puede ser que, aun así, se afecte o perjudique a la contraparte ante la sorpresa. Es que es posible que haya formado parte de la estrategia de ésta el emplear a tal testimonio para alguna finalidad.

5. Relevancia de la cuestión

Cabe efectuar en este punto una aclaración, dado que se ha dicho que como la información del testimonio desistido no va a ingresar al proceso, no puede perjudicar a la contraparte en ningún sentido, siendo esta discusión irrelevante.

Así, más allá del ya referido fallo de las/los camaristas del Colegio de Jueces/zas Penales de Segunda Instancia de Rosario, también se ha expuesto que “...si no hay examen previo, no existe ninguna aseveración y/o negación (del testigo, perito, asesor técnico o intérprete que se trate) que sea posible contrainterrogar o contraexaminar...”¹⁸

¹⁷ Íd., p. 260.

¹⁸ Fallo “Martínez, Hugo Guillermo Martín s/Apelación defensa y fiscal sentencia condenatoria”, del 20-5-2022, voto del Dr. Netri, al que adhirieron el Dr. Creus y la Dra. Feijoó (integrantes del Colegio de Jueces/zas Penales de Segunda Instancia de Santa Fe).

Al respecto, considero que tal argumento soslaya que el contraexamen, si bien tiene por principal finalidad el desacreditar al/a la testigo o al testimonio, puede tener otros objetivos. Así, puede ser empleado para acreditar proposiciones fácticas no centrales de la propia teoría del caso, para acreditar nuestra propia prueba material y, fundamentalmente en lo que nos interesa, para obtener inconsistencias con otras pruebas de la contraparte, siendo de utilidad para desacreditar la teoría del caso opuesta¹⁹.

Pensemos por ejemplo en el caso de que se ofrezcan por el Ministerio Público de la Acusación cinco policías de un procedimiento, sin hacerlo de manera subsidiaria. De este modo, la defensa analiza minuciosamente las declaraciones y encuentra diferencias menores en los relatos que les restan credibilidad (sin llegar a una gravedad tal que amerite la invalidación del acto que fue documentado en el acta de procedimiento). Supongamos entonces que elabora parte de su estrategia aspirando a demostrar en juicio que lo que dijeron los/las funcionarios/as, y que pretende ser empleado por la acusadora como prueba de cargo, no es creíble en algún aspecto, justamente en función de tales inconsistencias. Sin embargo, llegado el juicio, la acusación pública desiste de tres de los testimonios, afirmando que con dos de ellos es suficiente para acreditar su punto.

En consecuencia, por más que lo haya hecho sólo por considerar que los restantes testimonios serían “sobreabundantes”, en los hechos “desarmó” la estrategia de la contraparte. Y si no se le da a la defensa la posibilidad de cumplir con su plan, se la estaría perjudicando en su buena fe.

6. Posibilidad de discutir acerca de la relevancia del desistimiento en el juicio

Asimismo, considero que la solución no pasa por generar en el mismo juicio una incidencia para discutir acerca de la finalidad y razones del desistimiento, ni de la importancia de la prueba para la contraparte, ni de si hubo o no una intención artera en tal proceder.

¹⁹ BAYTELMAN y DUCE, op. cit., ps. 161/164.

Entiendo que ello es impertinente e implica introducir en el debate cuestiones que debieron ser zanjadas previamente. Y, peor aún, que pone en riesgo el normal desarrollo del juicio mismo, considerando que implicaría que las partes deban exponer anticipadamente sus conclusiones al tribunal y obligaría a éste a expedirse, también anticipadamente, acerca de controversias que involucran la valoración de las pruebas, lo cual atenta contra la preservación de uno de los principios más importantes en esta etapa del proceso penal, que es, como se dijo, la imparcialidad del tribunal.

7. Adhesión a la prueba de la contraparte

Tampoco me parece una práctica adecuada desde las reglas de litigación penal que cada parte adhiera a toda la prueba de su contraria, para “cubrirse” ante la eventualidad de que aquélla decida desistir de algún testimonio que pueda ser de su interés en algún sentido y que el tribunal no le asigne ningún derecho en tal situación. Esta práctica se advierte frecuentemente en los procesos penales de la provincia y es, en mi criterio, una consecuencia no deseada de la cuestionada práctica del desistimiento de testimonios admitidos.

Es que, conforme lo explicado anteriormente, las pruebas a ofrecer por una parte deberían ser sólo aquellas que sirvan para acreditar alguna de las proposiciones fácticas de su propia teoría del caso y no otras, de modo que permitir que una parte adhiera a todas las de la contraria “por las dudas”, para poder asegurarse el examen del/de la testigo ante el desistimiento eventual de la contraria, es una inadmisibles distorsión del sistema acusatorio adversarial.

Por ello, entiendo que tal práctica no debería ser admitida por la magistratura a cargo de la audiencia preliminar, dado que allí deben evaluar previo a decidir la admisión de un/una testigo cuál es del punto que se pretende acreditar con su declaración (conforme las exigencias del ofrecimiento probatorio según el art. 299, CPPSF) y sólo admitir como tales a quienes tengan para aportar alguna información que sea coherente con la teoría del caso de la parte, todo lo cual claramente no ocurre con una adhesión general a todas las pruebas de la contraria.

8. Jurisprudencia de la CSJSF

En nuestra provincia se han presentado muchos casos en los que, ante desistimientos de la Fiscalía de alguna prueba durante el debate, la defensa se opone, debiendo resolver los tribunales si aceptan o no tal desistimiento y si le otorgan a la defensa algún derecho.

En los casos en que los tribunales aceptan el desistimiento fiscal a pesar de la oposición de la defensa y sin otorgarle ningún derecho al respecto y se arriba a la condena del imputado, en varias oportunidades la representación técnica de la persona acusada impugna el fallo condenatorio invocando la invalidación del proceso y de la sentencia en función de tal situación, alegando afectación al derecho de defensa. Ante los rechazos de tales pedidos, algunas de esas causas han derivado en la interposición de recursos de inconstitucionalidad ante el máximo tribunal provincial²⁰.

En tales precedentes, y más allá de sus particularidades, en general el motivo por el que no se han admitido las quejas (por recurso de inconstitucionalidad denegado previamente por la Cámara) fue la falta de demostración por la recurrente de la decisividad del agravio en relación con el resultado de la causa, habiendo existido en varios supuestos votos personales y disidencias.

Sin embargo, me parece importante resaltar aquí que en varios fallos, tres de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe señalaron reiteradas veces que el desistimiento es desaconsejable, en tanto podría encontrarse comprometida la buena fe procesal como principio relevante para el adecuado funcionamiento del sistema acusatorio adversarial²¹.

Tampoco puede dejar de señalarse que el doctor Erbetta, en el caso “Alarcón” (en el que votara en disidencia)²², efectuó un *obiter*

²⁰ Algunos de los casos en los que se planteó la cuestión como uno de los agravios en recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa contra confirmaciones de condenas y que motivaron fallos del superior tribunal provincial dictados desde noviembre de 2021 hasta la actualidad fueron A. y S. 313-50; 313-60; 315-386; 315-432.

²¹ Ministros de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, Dres. Erbetta, Falistocco y Netri.

²² A. y S. 313-50.

dictum explicando todas las problemáticas que acarrea esta práctica (no sólo porque puede tener incidencia en la construcción de la teoría del caso de la contraparte, sino también porque compromete la fijación de audiencias), así como la importancia de que en la preliminar se efectúe un riguroso control por la judicatura del ofrecimiento probatorio para evitar este tipo de situaciones en el juicio. Además, enfatizó la trascendencia de reducir los tiempos entre las audiencias preliminares y los juicios para evitar distorsiones operativas.

9. Propuesta de solución y conclusión

En síntesis, entiendo que desde un punto de vista del “deber ser”, el desistimiento de testimonios admitidos en el juicio no debería ocurrir, dado que al momento del ofrecimiento probatorio y de la audiencia preliminar es esperable que ambas partes tengan definida su teoría del caso y así la expongan a la contraparte, para permitirle elaborar también su estrategia para el debate.

Y si por alguna razón, y excepcionalmente, una parte intenta desistir en el debate de algún testimonio ya admitido, considero que lo más adecuado es que se consulte a la contraria acerca de si le interesa su comparecencia, sin preguntar el tribunal acerca de los motivos del desistimiento, ni de la eventual oposición.

Si la contraparte se opone, entiendo que de todos modos no se puede obligar a quien desistió a que efectúe un examen directo en el cual no está interesada. Por supuesto tampoco admito la posibilidad de que el/la testigo sea interrogado/a por el tribunal. Asimismo, un contraexamen sin directo previo es poco razonable desde el punto de vista de las reglas de litigación oral.

Por eso, estimo que, dada esta situación, excepcional y poco esperable, la mejor alternativa es hacer uso de una categoría que si bien no está expresamente estipulada en nuestro Código Procesal Penal –atento a la escasez de regulación de reglas probatorias– es admitida ampliamente por la doctrina en materia de litigación oral e incluso reconocida normativamente en otros ordenamientos, como el ordena-

miento procesal federal²³, o las reglas federales de evidencia de Estados Unidos²⁴. Nos referimos así a la categoría de “testigo hostil”.

Al respecto, afirman Baytelman y Duce que tal institución pretende responder al problema de testigos que una parte necesita llamar a declarar, pero que son hostiles a su teoría del caso. Así, se admite que la parte efectúe a el/la testigo un examen directo, mas se admite en el mismo, y justamente atento a la particularidad de que tiene una versión de los hechos que no es conteste con la del/de la examinador/a, efectuar preguntas sugestivas a fin de lograr obtener la información que tiene²⁵.

De este modo, la parte que intentó desistir del testimonio no estará obligada a efectuar un interrogatorio, haciéndolo directamente la contraria, efectuando un examen directo pero en el que se admitirá la forma propia de preguntar del contraexamen, atento a que se trata de un/a declarante que probablemente sea reacio/a a responder, o bien intentará eludir los puntos en conflicto o relativizar la información que posee.

En conclusión, entiendo que, por los motivos expuestos, la categoría de “testigo hostil” podría ser útil para subsanar las situaciones –que deberían ser excepcionales– en que una parte pretenda desistir de una prueba admitida y se oponga a ello la contraria, teniendo en miras a la preservación de la buena fe procesal, de la igualdad de las partes y de la imparcialidad del tribunal.

Bibliografía

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera parte”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.

²³ Art. 297, tercer párrafo.

²⁴ Rule 611: “...(c) *Leading Questions*. *Leading questions should not be used on direct examination except as necessary to develop the witness’s testimony. Ordinarily, the court should allow leading questions:*

”(1) *on cross-examination; and*

”(2) *when a party calls a hostile witness, an adverse party, or a witness identified with an adverse party*”.

²⁵ BAYTELMAN y DUCE, op. cit., p. 62, nota 3, y ps. 207/208.

- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio, “Litigación penal. Juicio oral y prueba”, Chile, Universidad Diego Portales, 2004.
- CARBONE, Carlos A., “El principio de adquisición o comunidad probatoria no ha muerto en el proceso penal adversarial”, en La Ley Online, AR/DOC/1718/2019.
- CHAIA, Rubén, “Técnicas de litigación penal. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, t. 1.
- KESSLER, Miguel (dir.), “Capacitación y herramientas para la litigación oral civil y penal”, en Cuadernillo para docentes, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2017.
- LAMAS GONZÁLEZ, Verónica S. y MORENO, Maximiliano, “La prueba en el proceso penal santafesino. Prueba de parte versus comunidad probatoria. Tendencias actuales”, en MJ-DOC-13781-AR, MJD13781.
- LORENZO, Leticia, “Manual de litigación”, Buenos Aires, Didot, 2012.

Fallos citados

- Fallo de la CSJSF al resolver la queja por denegación de RI en la causa “A., E. O. s/Delitos contra la integridad sexual”, A. y S. 313-60, fallo del 23-11-2021.
- Fallo de la CSJSF al resolver la queja por denegación de RI en la causa “Alarcón, David Fabio s/Homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso ideal con portación ilegítima de arma de fuego de guerra”, A. y S. 313-50, fallo del 23-11-2021.
- Fallo de la CSJSF al resolver la queja por denegación de RI en la causa “Mariaux, Matías Exequiel y otro s/Homicidio”, A. y S. 273-428, fallo del 7-3-2017.
- Fallo de la CSJSF al resolver la queja por denegación de RI en la causa “Piris, Juan Gabriel y Acosta, Cristian Emanuel s/Homicidio agravado por uso de arma de fuego y portación ilegal de arma de fuego de uso civil”, A. y S. 315-386, fallo del 22-2-2022.
- Fallo de la CSJSF al resolver la queja por denegación de RI en la causa “Tévez, Julio Martín s/Homicidio agravado por uso de arma de fuego”, A. y S. 315-432, fallo del 10-3-2022.
- Fallo de segunda instancia en la causa seguida a “A., E. O.”, CUIJ 21-06567191-0, del 20-4-2020, emitido por los magistrados del Colegio de Jueces/zas Penales de Segunda Instancia de Rafaela: Dres. Drivet, Fiz y Alvira.

Fallo de segunda instancia en la causa seguida a “Alarcón, Fabio David”, CUIJ 21-06807712-2, del 21-2-2020, emitido por las/los magistradas/os del Colegio de Jueces/zas Penales de Segunda Instancia de Rosario: Dr. Ivaldi Artacho y Dra. Hernández (mayoría) y Dr. Beltramone (disidencia).

Fallo de segunda instancia en la causa seguida a “Martínez, Hugo Guillermo Martín”, CUIJ 21-08287569-4, del 20-5-2022, emitido por las/los magistradas/os del Colegio de Jueces/zas Penales de Segunda Instancia de Santa Fe: Dres. Netri, Creus y Dra. Feijoó.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL AUTÓNOMA: EL NACIMIENTO DEL ÓRGANO ELECTRÓNICO TRANSHUMANO (OET)

por GUSTAVO J. THOMAS¹

SUMARIO: 1. Introducción. Qué es qué. Saber para entender. 2. SINHAE y los prejuicios de la antropología. 3. Comportamiento *humano* de los SINHAE. 4. Órgano electrónico transhumano. 5. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

Nos encontramos en un momento de la humanidad que se define como *singularidad tecnológica*²: el momento donde las IA autónomas son más inteligentes que los humanos. El Estado las utiliza, las ha incorporado a su estructura, sin saber tal vez que tienen un alto grado de acciones emergentes no siempre funcionales o afuncionales, sino directamente disfuncionales. En este trabajo abordamos el estudio de qué es un Órgano Electrónico Transhumano –OET– (como género) y su especie, el Sistema de Inteligencia No Humana Autónoma Estatal –SINHAE–.

Un OET/SINHAE no es una IA simplemente o una máquina. Es algo a mitad de camino entre persona y cosa. Piensa, siente, interactúa con otras IA, con máquinas y con personas. Son activas, no meras receptoras pasivas de instrucciones. Hoy está inserto en la sociedad

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UCA); Máster en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Universidad Austral); especialista en Derecho Administrativo (UNR); profesor de Derecho Administrativo de grado y posgrado (UNR).

² VINGE, V., “Technological Singularity”, 1993, en FRC, <https://frc.ri.cmu.edu/~hpm/book98/com.ch1/vinge.singularity.html>, visto por última vez el 6-11-2022.

aunque no lo notemos. Comprender que existe, que produce consecuencias jurídicas y físicas, es el primer paso para el estudio profesional de una nueva situación que incluso puede generar una nueva rama del Derecho.

Luego de reconocer su existencia y sus características deberemos analizar las consecuencias de sus acciones, la responsabilidad por daños, por productos elaborados, de sus programadores, del Estado que lo integre a sus procesos, etcétera.

Desde hace años los OET se comunican con los ciudadanos y no lo sabemos. El análisis debió iniciarse hace tiempo, por lo que el Derecho hoy mira a la distancia cómo esta realidad se le escapó de las manos.

Abstract

We are in a moment of humanity that is defined as *Technological Singularity*: the moment where autonomous AIs are more intelligent than humans. The State uses them, has incorporated them into its structure, perhaps not knowing that they have a high degree of emerging actions that are not always functional or non-functional, but directly dysfunctional.

In this work we address the study of what is a Transhuman Electronic Organ –OET– (as a genus) and its species, the State Autonomous Non-Human Intelligence System –SINHAE–.

An OET/SINHAE is not *just* an AI or a *machine*. It is something halfway between *person* and *thing*. Think, feel, interact with other AI, with machines and with people. They are active, not just passive receivers of instructions. Today it is inserted in society although we do not notice it. Understanding that it exists, that it produces legal and physical consequences, is the first step for the professional study of a new situation that can even generate a new branch of law.

After acknowledging its existence and its characteristics, we must analyze the consequences of its actions, the responsibility for damages, for elaborated products, of its programmers, of the State that integrates it into its processes, etcetera.

For years, OETs have communicated with citizens and we don't

know it. The analysis should have started years ago, so the Law today looks into the distance as this reality got out of hand.

Palabras clave

Órgano Electrónico. Inteligencia artificial autónoma. Administración 4.0.

Keywords

Electronic Organ. Autonomous Artificial Intelligence. Administration 4.0.

1. Introducción. Qué es qué. Saber para entender

La inteligencia artificial *es un sistema de inteligencia no biológica humana que persigue un único fin: la creación de dispositivos o algoritmos que omiten o reemplacen al ser humano emulando sus funciones cognitivas*. Se basa en la existencia y utilización conjunta de cinco capacidades: *descubrir, predecir, justificar, actuar y aprender*.

Son de dos tipos: Inteligencia artificial robusta o Strong AI (inteligencia real en la que las máquinas tienen similar capacidad cognitiva que los humanos), e Inteligencia artificial aplicada o Weak AI (Narrow AI o Applied AI): aquí es donde entran el uso que hacemos a través de algoritmos y aprendizaje guiado con el machine learning y el deep learning. Pueden ser autónomas o no.

Se ha simulado el sistema de redes neuronales biológicas a las IA, lo que ha sido clave para enseñar a las computadoras a pensar y entender el mundo de la manera que lo hacemos, conservando las ventajas innatas que tienen sobre nosotros, como *la velocidad, la precisión y la falta de sesgo*. *Una red neuronal es un sistema informático diseñado para trabajar clasificando la información de la misma manera que un cerebro humano*. Se puede enseñar a reconocer, por ejemplo, imágenes, y clasificarlas según los elementos que contienen. Para poder emular el proceso humano, una IA autónoma debe sumar a sus capacidades en cuanto a potencia de cálculo, velocidad de procesamiento y capacidad de almacenamiento de datos, otras nuevas que permitan imitar

el razonamiento de la mente humana de forma funcional. Así, necesita poder: captar información del entorno. Percepción. Comprender el lenguaje natural (*Natural Language Processing*). Representar el conocimiento. También necesita la capacidad de razonar. Ser capaz de planificar y desplazarse.

Las claves para el pensamiento inteligente de órganos no humanos no es una “cuestión azarosa, un accidente científico”. *Es el fruto del desarrollo de tecnologías claves que en su conjunto nos dieron una forma de razonamiento no humano*. La primera de estas tecnologías es el *machine learning* o aprendizaje automático, que es una rama de la inteligencia artificial dedicada a aprender. *El aprendizaje automático es una forma de IA que ya no depende de unas reglas mecánicas y un programador*, sino que la computadora puede establecer sus propias reglas y aprender por sí misma. Su objetivo principal es resolver problemas reales.

La segunda de las tecnologías es aprendizaje profundo (en inglés, *deep learning*), es un conjunto de algoritmos de clase aprendizaje automático (en inglés, *machine learning*) que intenta modelar abstracciones de alto nivel en datos usando arquitecturas compuestas de transformaciones no lineales múltiples. Es parte de un conjunto más amplio de métodos de aprendizaje automático basados en asimilar representaciones de datos.

La tercera es el M2M (en inglés *machine to machine* –máquina a máquina–): es un concepto que se refiere al intercambio de información o comunicación en forma de datos entre dos máquinas remotas. El concepto se refiere al intercambio de información o comunicación entre dos máquinas. Los dispositivos M2M que se conectan a una máquina remota y proveen de comunicación al servidor; el servidor que gestiona el envío y la recepción de la información, y la red de comunicación por cable o a través de redes inalámbricas.

La cuarta es el procesamiento natural del lenguaje (o NLP por sus siglas en inglés), es la habilidad de un programa de computación de entender el lenguaje humano del habla. Es una herramienta para crear entendimiento biológico y no humano, a la vez que da entornos técnicos “amigables” para las personas. Es una fuente de aprendizaje de la AI sobre los humanos de primera mano, sin programador.

La quinta es la *data mining*, un conjunto de técnicas de extracción de datos aplicables para el análisis de información estructurada, también permite su exploración y clasificación para la búsqueda de patrones en clave de *Big Data*. La explosión de datos actual necesita un sistema de análisis poderoso de *data mining*, porque el “exceso de información” *torna inútil los sistemas comunes 2.0*.

La sexta son las plataformas *conversacionales*, herramientas que permiten la interacción humano/máquina para comunicarse con *aplicaciones*, sitios web y dispositivos utilizando un lenguaje natural a través de voz o texto. Las aplicaciones conversacionales cognitivas *chatbots*, *chatterbots*, asistentes virtuales y tutores virtuales (entre otros) no son exactamente iguales y aunque existen muchas definiciones sobre ellas, todavía no se ha encontrado una línea divisoria clara para determinar sus semejanzas y diferencias.

La diferencia entre la tecnología IA 3.0 y 4.0 radica en que el sistema de IA es, además, autónomo. Ésta es la Cuarta Revolución Industrial.

Entonces tenemos un Sistema de Inteligencia No Humana Autónomo que mediante el uso de redes neuronales (RN) tiene la capacidad de aprender sola (ML), cuestiones complejas, comunicándose con personas y máquinas a través del NLP, las plataformas conversacionales (PC) y M2M, con gran capacidad de análisis (DM, *data mining*) de grandes volúmenes de datos (*Big Data*, BD).

$$\text{SINHAE} = \text{RN} + \text{ML} + \text{NLP} + \text{PC} + \text{M2M} + (\text{DM/BD}).$$

Una IA aprende automáticamente por medio de algoritmos. Un algoritmo no es más que una serie de pasos ordenados que se dan para realizar una tarea. El objetivo del ML es crear un modelo que le permita resolver una tarea dada. Luego se entrena el modelo usando gran cantidad de datos. Para hacerlo cuenta con *tres grandes categorías*: *supervised learning* (aprendizaje supervisado), *unsupervised learning* (aprendizaje no supervisado) y *reinforcement learning* (aprendizaje por refuerzo).

Estos SINHAE en cada segundo toman contacto directo con la incontrolable cantidad de datos que producimos, que se multiplican

exponencialmente, lo que se llama comúnmente *Big Data*, los cuales pueden estar estructurados, no estructurados o semiestructurados.

El *Big Data* importa cinco conceptos: *Volumen* (recopilación de datos de diversas fuentes, incluyendo transacciones comerciales, medios sociales e información de sensores o que se transmite de una máquina a otra); *velocidad* (de circulación); *variedad* (los datos vienen en toda clase de formatos); *veracidad*, y *complejidad*. Las especiales características del *Big Data* hacen que su calidad de datos se enfrente a múltiples desafíos. Se trata de las conocidas como 5 uves: *volumen*, *velocidad*, *variedad*, *veracidad* y *valor*, que definen la problemática del *Big Data*.

Las SINHAE no sólo procesan información, sino que pueden crear, desde otras IA a informes o tareas complejas.

Las sociedades han desarrollado IA para tratar temas comerciales, financieros y económicos en general. Sus formas dependen de su fin, existiendo IA virtuales y desarrollos físicos específicos. Vehículos, robots, drones, etcétera, son más bien elementos de trabajo que utilizan formas de IA, pero no significan necesariamente un grado de autonomía de SINHAE. Existe una clase de particular interés humano y son los *bots* autónomos o RPA (*Robotics Process Automation*), sea con forma humanoide o no.

Un robot es “objeto mecánico que capta el exterior, procesa lo que percibe y, a su vez, actúa positivamente sobre el mundo”. Se lo bautizó como el paradigma de “sentir-pensar-actuar”, que permite diferenciar a los robots de otras tecnologías. Son dispositivos fabricados por el hombre con tres componentes seminales: a) *sensores* que vigilan el entorno y detectan cambios en él, b) *procesadores* o *inteligencia artificial* que deciden cómo responder, y c) *actuadores* que operan sobre el entorno de manera que refleje las decisiones anteriores, provocando algún tipo de cambio en el mundo alrededor de un robot. Cuando estos factores actúan conjuntamente, entonces el artefacto deviene en robot, y adquiere la funcionalidad de un organismo artificial, capaz de operar independientemente, libre de la intervención humana (o de otra índole) y, por extensión, libre de condicionantes externos ese bot o IA es autónomo.

El aspecto humanoide en una IA *no es necesario*, pero hay una

búsqueda notable de lograr *bots* que sean iguales a nosotros físicamente, sin ser el cuerpo humano el sistema más eficiente que existe. Los humanos promedio nos desempeñamos mejor con los elementos cuando le otorgamos rasgos humanos en virtud de nuestra estructura mental y nuestra esencia gregaria.

En esencia las IA se intercomunican con otras IA y con las personas. Tienen un tipo de razonamiento no humano, cumplen tareas encomendadas y crean otras IA. Pueden evolucionar, aprender y darse sus propias pautas a partir de las pautas originales de su programador/creador. Han jugado partidas de juegos complejos con humanos, y han empezado a vencer. Pueden negociar con otras IA y con personas, pueden elaborar contratos y licitaciones públicas. Pueden ser racistas, crear su propia forma de comunicación y hoy por hoy pueden ser desconectadas (¿muerte?). De esto se pueden extraer cuatro grandes diferencias de la inteligencia artificial frente a la humana. Primero: las IA no utilizan figuras retóricas, ironía o *animus iucandi*. Segundo: no cuentan con relativismo lingüístico. Tercero: tienen capacidad de decisión sin contexto social. Cuarto: tienen gran capacidad de procesamiento de datos masivos.

El Estado ha comprobado que la automatización de tareas ahorra tiempo y dinero en empleos. Los RPA son óptimos para tareas peli-grosas, repetitivas o análisis de enormes cantidades de datos.

El punto particularmente fuerte de los bots es la capacidad de anticipar. Anticipar conductas o ciclos en base al análisis de las conductas ya registradas, como lo hace por ejemplo el asistente de escritura de nuestros celulares que parece “adivinar” (predecir) la palabra o frase que queremos escribir. Simplemente es un análisis de la información que permanentemente le damos, lo que las lleva a un análisis de probabilidades que suele acertar la mayoría de las veces, y que, con cada interacción, con cada usuario, aprende automáticamente mejorando la posibilidad de “adivinar” nuestras necesidades.

2. SINHAE y los prejuicios de la antropología

Se advierte que el estudio de las IA autónomas tiene una valla (impedimento) importante en su desarrollo por la concepción antro-

pológica dominante, lo que perturba los análisis de la definición de *razonamiento*, *inteligencia*, *libertad* o *discreción*, por ejemplo. Cada concepto para su validación pasa por un proceso innecesario de comparación con el humano, cuando no lo es. Creemos que la concepción “antropológica único filtro validante” del reconocimiento de otras formas de ser es autopoietica. La apertura del razonamiento a la luz de la ciencia moderna cuestiona su validez universal.

Las actuales IA tienen la *actividad intelectual consistente* en el poder de decidir sobre pasos y procesos para llegar a cumplir con el objetivo dado en la programación. Y es decisión porque toma una de entre varias opciones posibles en función de su finalidad.

Para un humano la voluntad es la capacidad para decidir lo que se quiere y lo que no. El acto voluntario es un acto realizado con discernimiento, intención y libertad; mientras que el acto jurídico es el acto voluntario lícito. Con el caso de *Bob* y *Alice* o de *AlphaGo* sabemos que las IA pueden tomar decisiones. Desde el punto de vista civil, recurriendo al CCyC sabemos que el acto voluntario es el dictado con discernimiento, intención y libertad, lo que nos llevó a analizar y resolver si es posible decir que las IA razonan, lo que les da la libertad legal y eventualmente la intención (resumen 24).

Las SINHAE pueden tener firma, emitir documentos y certificados digitales en la medida que una norma la autorice, en los términos de la ley 25.506 y el CCyC. Hoy nadie discute la validez de las notificaciones electrónicas mientras respeten las normas (de procedimiento administrativo en el caso del Estado).

El razonamiento es el proceso y el resultado de razonar. Consiste en organizar y estructurar las ideas para arribar a una conclusión. Razonamiento en los humanos implica una cierta actividad mental que deriva en el desarrollo de conceptos. El razonamiento posibilita la resolución de problemas o tareas y el aprendizaje a través de la lógica, la reflexión y otras herramientas. En términos del siglo XXI, son sistemas de procesamiento de datos y su ordenamiento para la obtención de conclusiones/resultados.

Es posible diferenciar entre más de una clase de razonamiento en los humanos: Razonamiento inductivo, deductivo, abductivo, argumentativo, relacional. Todos ellos han sido incorporados por las IA, es

decir, en ese aspecto comparte con nosotros esos caminos para resolver sus problemas. Pero además de ello creemos que existe un tipo de razonamiento que efectúan las inteligencias artificiales hoy, *el cual está siendo forzado a ir a otro nivel*: el nivel de imitar el razonamiento humano por diferentes razones. Ello nos llevará a forzar otras preguntas morales porque, tomando el ejemplo de los animales, nos “sentimos cómodos” en decir que algunas especies “razonan” o “tienen un cerebro desarrollado” o tienen “inteligencia” porque sabemos que todo ello no es a nivel humano y, por ende, lo discriminamos “con tranquilidad de conciencia moral”. ¿Pero el día que las IA eliminen esa “tranquilidad moral” y logren razonar *como nuestro sentido antropomórfico dice que es humano*, le reconoceremos la naturaleza de “ser transhumano de derecho”? ¿Qué excusa nos “salvará moralmente” para evitar la consecuencia obvia de lo que nosotros buscamos?

Hemos enfrentado en otro trabajo³ el análisis de la *libre voluntad* asociada con nuestro objeto de estudio. La dualidad cuerpo-mente, uno de los más antiguos conceptos socialmente trabajados, ha llevado a Gilbert Ryle a desplegar su obra *The Concept of Mind*⁴, estableciendo bases teóricas para refutar la teoría de la dualidad cuerpo-mente postulada por René Descartes⁵. Para hacerlo se vale del análisis filosófico y lingüístico que actualmente es confirmado por las neurociencias, llegando así a cuestionar científicamente la existencia de la libertad en el sentido de libre albedrío (*free will*) atribuida a la mente-alma cartesiana.

El problema mente-cuerpo es ontológico y surge cuando se reconoce que la aceptación del dualismo, en cualquiera de sus formas, enfrentaría serios problemas al momento de dar cuenta de la acusación mental. Una de las consecuencias que Descartes pretendía extraer de su teoría era que no todas las cosas en el mundo estaban supeditadas a las explicaciones causales mecanicistas; en realidad, sólo aquellas cosas que caían bajo el dominio de la *res extensa* estaban, en un sentido

³ THOMAS, G. J., “Administración Pública 4.0. Inteligencia artificial estatal (Incorporación del órgano electrónico transhumano), Nova Tesis, Rosario, 2022.

⁴ RYLE, G., “The Concept of Mind”, Hutchinson, London, 1949.

⁵ DESCARTES, R., “Meditaciones metafísicas y otros textos”, Gredos, Madrid, 1987.

estricto, determinadas por las leyes de la naturaleza. Pero el alma humana, *al ser una sustancia distinta y contrapuesta a los objetos de la física*, no se encontraba determinada por ninguna ley causal, de forma que las acciones intencionales del hombre –mentalmente causadas–podían considerarse libres y no compelidas.

Ryle encuentra que la teoría cartesiana de la dualidad utiliza el término “mente” como sinónimo del “alma cartesiana” y centra su crítica en ello. El cuerpo humano está *en el espacio, sujeto a las leyes mecánicas* que gobiernan a todos los cuerpos espaciales, y sus procesos y estados pueden ser controlados por observadores externos. Sin embargo, el alma (*res cogitans*) es incorpórea e intemporal, por lo que presumiblemente es sobrenatural y eterna, y además *es la responsable del libre albedrío humano*.

Debemos comprender que las personas nos comunicamos y percibimos la realidad del mundo en la vida material del cuerpo usando los cinco sentidos, pero la mente no se comunica con otras mentes por ella misma, y sólo podemos “ver” cada persona a la suya propia por introspección ya que no es posible para Descartes conocer los estados y procesos de otras mentes ajenas a la propia. Así, *cuerpo y mente son entes diferentes, como vidas paralelas que nunca se entrecruzan y que la una tiene un inevitable final físico y la otra no*.

Desde una perspectiva naturalista, los científicos tienen la posibilidad de llegar a conocer los estados y procesos de cualquier cerebromente, lo que refutaría una parte sustancial de la teoría cartesiana en lo referente a conocer esos estados y procesos de mentes ajenas a la propia. En definitiva, el cuerpo es visto como una máquina y algunas de sus operaciones son controladas por un fantasma interior, la mente, que es una “máquina espectral”. Éste es el fantasma en la máquina, que no es otra cosa que una crítica por el absurdo.

Hoy se concibe la mente como una “unidad compleja organizada”, del mismo modo que al cuerpo. Además, se describe en términos de causalidad no mecánica. De modo que, aunque se defendía la diferencia esencial entre la mente y el cuerpo, lo mental se explica en los mismos términos que lo físico: la mente es una cosa, aunque de tipo distinto a las cosas físicas y los procesos mentales son causales, aunque la

causalidad *mental sea de distinto tipo que la causalidad mecánica*. Este punto de vista es llamado “hipótesis paramecánica” por Ryle.

El error categorial presenta los hechos de la vida mental como si pertenecieran a un tipo o categoría lógica (o conjunto de tipos o categorías) cuando en realidad pertenecen a otra. En consecuencia, el dogma es un mito filosófico que a nosotros nos permite contemplar el concepto de la inteligencia artificial.

La pregunta por la libertad toca la raíz misma de la naturaleza humana, por lo que Libert midió los procesos eléctricos en el cerebro que anteceden a la toma de conciencia de actos que normalmente *calificamos como libres*. De esta forma, la antiquísima pregunta por la libertad del hombre fue abierta a la investigación científica, en busca de una respuesta ya no filosófica, sino empírica.

Gracias al experimento de Libert⁶, ahora sabemos que el potencial cerebral de preparación aparecía antes de que el sujeto fuera consciente de que quería mover el cuerpo. Esto se puede interpretar como que nuestro cerebro sabe antes que nosotros mismos que queremos realizar una acción o movimiento. *Esos resultados entraron en conflicto con la concepción tradicional del libre albedrío*. Este término, propio del ámbito de la filosofía, *hace referencia a la creencia de que la persona tiene el poder de elegir libremente sus propias decisiones*.

Ahora sabemos que el motivo era que el deseo de realizar un movimiento considerado como *libre y voluntario está, en realidad, precedido o anticipado por una serie de cambios eléctricos en el cerebro*. Por lo tanto, el proceso de determinación o deseo de realizar un movimiento comienza de manera inconsciente. Estos descubrimientos supondrían una restricción a la concepción tradicional de cómo funciona la libertad y el libre albedrío, considerando que éste no sería el encargado de iniciar el movimiento *pero sí de controlarlo y finalizarlo*.

Claramente no es una cuestión que pretendamos dar por agotada o superada, simplemente creemos que las posiciones modernas al cuestionar lógicamente este aspecto de “lo humano” nos permiten “dudar” de ser éste un elemento de negación de la Ciencia del Derecho de

⁶ LIBET, B., “Do We Have Free Will?”, en *Journal of Consciousness Studies*, 1999 (6: 8-9), ps. 47-57.

reconocer al Órgano Electrónico Humano por esta razón. En esencia, la “construcción humanidad” es la real diferencia, pareciendo que ella es auopoiética.

3. Comportamiento humano de los SINHAE

Los *Sistemas Inteligentes No Humanos Autónomos* no tienen por qué comportarse o verse como los humanos; ello no define necesariamente sus tareas. Pero hay una extraña fascinación en nosotros de llegar a ese resultado y al mismo tiempo hay un temor de que ello ocurra.

Alan Turing⁷ se formuló la pregunta sobre si puede una máquina realmente pensar. Para responder formuló un test que básicamente es una conversación entre un ser humano y una máquina diseñada para interactuar verbalmente, mediante lenguaje común, y busca que se pueda identificar cuál es el humano y cuál es la máquina. La prueba requiere que la máquina despliegue todos los comportamientos humanos, sin importar el hecho de que sean inteligentes o no. Incluso examina en búsqueda de comportamientos que consideramos, en lo absoluto, inteligentes. Entre ellos se encuentra la susceptibilidad a insultos, la tentación de mentir o, simplemente, errores de escritura. Se debe entender que la prueba no examina comportamientos altamente inteligentes, como lo son la habilidad de resolver problemas difíciles o la ocurrencia de ideas originales. De hecho, requiere específicamente del engaño por parte del interrogador: si la máquina es más inteligente que un humano, ésta debe aparentar no ser “demasiado” inteligente (debe contemplar y saber que es un engaño, que no es error). Si resolviera un problema computacional que es prácticamente imposible para un ser humano, el interrogador sabría que no es humano y como resultado la computadora reprobó la prueba. Desde el año 2014, las IA han empezado a superar exitosamente el test, por lo que en teoría pueden actuar entre nosotros sin que lo podamos percibir.

Además, el permanente contacto con nuestros datos las somete a los algoritmos humanos. Puestas en contacto con los ciudadanos, una

⁷ TURING, A., “Computing Machinery and Intelligence”, Manchester University, Manchester, 1950, p. 460.

SINHAE estatal se nutrirá de la información de su grupo de contacto. Dicho de otro modo, sólo recogerá conducta de las personas vinculadas con el Estado de manera electrónica y ello puede llevarla a conductas sesgadas. El problema se denomina “carga sesgada de datos”. Ésta puede llevar a una SINHAE a comportamientos humanos inadecuados o reprobables. La situación gira en torno a que los algoritmos que usan las IA pueden ampliar los estereotipos sexistas, racistas y clasistas. Las decisiones adoptadas por las IA a veces discriminan por género o por raza porque parten de datos falsos o no representativos. No es necesario que ello se haga a sabiendas, pero la IA autónoma se conecta con personas y otras máquinas y se nutre de ese cambio de información.

Ningún sistema de inteligencia artificial tiene intencionalidad negativa per se, pero las decisiones que aprende están basadas en los datos con los cuales se ha vinculado, y si esos datos están sesgados (intencionadamente o no), el algoritmo decidirá sesgado, y ese sesgo puede tener consecuencias muy drásticas que afecten a la vida de las personas. Por esto entendemos que los SINHAE, en el esfuerzo por lograr una interacción con nosotros más óptima debe siempre “evitar el engaño/correr el velo de comportamiento humano”, para el humano, quien en todo momento debe poder saber que trata con un bot. El desarrollo técnico resultante de la convergencia de diversas disciplinas y experiencias, que van desde la electrónica hasta la inteligencia artificial, la robótica, las nanotecnologías y las neurociencias permiten desarrollar el concepto de lo transhumano o poshumano.

El concepto en sí tiene vinculaciones en filosofía o sociología que van desde lo novedoso y esperanzador, hasta “el fin de la edad humana”. Es en realidad la construcción de la dimensión del ser poshumano donde se da la libertad de la investigación científica privada y en el reconocimiento no condicionado del Derecho a la Tecnología, especificado a escala individual como derecho al uso legítimo de todas las oportunidades que la innovación científica y tecnológica pone a disposición de las personas.

Por ello un SINHAE = RN + ML + NLP + PC + M2M + (DM/BD) es un sistema transhumano.

4. Órgano electrónico transhumano

Nosotros estamos interesados en el estudio de la idea del SINHAE pero *dentro de la estructura del Estado*. Los órganos del Estado no tienen personalidad propia, diferente al Estado, pero liminalmente trataremos el tema a efectos generales, aplicable eventualmente a las SINHAE transhumanas privadas.

Bajo la tecnología M2M, aprendizaje profundo y evolutivo, la IA ha demostrado que puede desarrollar el rasgo de la *impredecibilidad*, o del *comportamiento emergente*. El comportamiento autónomo es un objetivo claramente declarado de la robótica y la inteligencia artificial, materializando directamente el componente de *impredecibilidad* incluido en la definición que nos servía para comenzar. Una máquina que es lo suficientemente versátil como para “aprender” de los errores podría impedir a sí misma (y a la gente) cometer esos errores en el futuro. Además, debido a que un sistema autónomo aprende de un comportamiento previo, mejorará el desempeño de una tarea a través del tiempo, incluso sin ayuda.

Al seguir desarrollando la figura del SINHAE transhumano como un sistema con “comportamientos emergentes” es necesario hablar de una nueva categoría de sujeto jurídico a medio camino entre persona y objeto. El Derecho parte de la distinción básica entre personas y cosas, siendo posteriormente reconvertida en la tríada didáctica de *personas-cosas-acciones*, tan cara al Derecho Romano.

Junto al ser humano, el Derecho conoce otros sujetos de derechos distintos: se trata de organizaciones sociales a las que el ordenamiento jurídico dispensa un protagonismo en las relaciones jurídicas similar al que corresponde al ser humano (asociaciones, sociedades, corporaciones, fundaciones, etc.). Tales sujetos de derecho no humanos reciben la consideración jurídica de personas, de forma que se produce una importante modificación del concepto de “persona”, al que se da en Derecho un significado distinto del ordinario, de carácter más formal y preciso: para el Derecho, persona ya no es sólo el ser humano como posible sujeto de derechos, sino que también aparecen las personas jurídicas encarnadas en algunas organizaciones sociales a las que el ordenamiento jurídico atribuye esa cualidad.

El concepto de “persona” se convierte en *sujeto de derechos*. Y se distingue entre *persona física (el ser humano)* y las *personas jurídicas (sujetos de derechos distintos del ser humano)*. La distinción fue disuelta por Kelsen, quien, tras haber subrayado que “la así llamada persona física no es por lo tanto un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que atribuyen deberes y derechos al mismo hombre”, concluye destacando que *la así llamada persona física es una persona jurídica*, un puro centro de imputación de situaciones jurídicas. En esta construcción, *la persona no es una realidad natural, sino una construcción jurídica creada por la Ciencia del Derecho*, un concepto auxiliar en la descripción de hechos jurídicamente relevantes.

Para nosotros, al menos la noción de *personalidad jurídica*, entendida como *aptitud para ser titular, activo o pasivo, de relaciones jurídicas*, es la opción jurídica menos radical para atribuir derechos y obligaciones a los sistemas robóticos más avanzados, sin necesidad de por el momento crear una nueva categoría de sujeto jurídico a medio camino entre persona y objeto, como por otra parte se está realizando respecto a los animales, calificados ahora de *seres sensibles*.

De este modo, la personalidad jurídica procede, en la persona individual, del mero hecho de ser persona (humana), condición que es anterior al propio Derecho, mientras que en la persona jurídica la atribución de aquella aptitud no deja de ser, en último término, un expediente técnico o de oportunidad para hacer posible el logro de los fines colectivos y durables que persiguen ciertas organizaciones sociales. Por todo ello, no hay inconveniente en que el Derecho pueda reconocer la (ficticia) personalidad jurídica del robot, como instrumento jurídico a fin de que los sistemas robóticos más avanzados puedan tener, como mínimo, obligaciones y algún tipo de personalidad legal, o incluso, como acabamos de sostener, la posibilidad de ser titulares de relaciones jurídicas con sus correspondientes derechos y obligaciones, y tener un cierto reconocimiento jurídico de su subjetividad, fundamentalmente en derechos de naturaleza patrimonial. Ello no parece más anómalo que el considerar que un ser humano es una “cosa” como sucedía en la esclavitud, o la segregación racial, o establecer un sistema de protección para los animales que se usan en experimentos científicos.

Por esto creemos en la necesidad del reconocimiento de una *personalidad jurídica electrónica* o *personalidad electrónica extrahumana* para los sistemas de inteligencia artificial autónoma más avanzada; esto resulta viable para atribuir derechos y obligaciones a los mismos, sin necesidad de, por el momento, crear una nueva categoría de sujeto jurídico a medio camino entre persona y objeto, como por otra parte se está realizando respecto a los animales, calificados ahora de “seres vivos dotados de sensibilidad”.

El Estado se vale para el cumplimiento de sus fines de las personas humanas y no humanas que actúan en el ámbito administrativo, y expresan su voluntad a través de personas físicas que las integran. Los *órganos* carecen de personalidad.

El órgano, por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte, no constituye una persona diferenciada del mismo, sino que se confunde como parte integrante de él: no tiene, pues, derechos o deberes diferenciados de los derechos o deberes del ente del cual se desprende; su voluntad no es diferenciable de la voluntad de la organización a la cual pertenece, precisamente porque la voluntad a través de él expresada es en esa medida la voluntad de la organización.

Para ser reconocido como un órgano del Estado, el SINHAE debe ser declarado por una norma habilitante, por lo que su tipo será legal. Puede ser de cualquier estructura, pero nunca podrá ser cabeza de la administración.

En el caso de las IA, ha quedado demostrado más arriba que éstas tienen una finalidad, persiguen un objetivo pero no tienen “opinión propia, creencias, criterios éticos”, por lo que no cabe hablar de criterio subjetivo como en los humanos. La búsqueda de dar cumplimiento a sus fines sin embargo puede producir resultados *disfuncionales* por problemas de adquisición de algoritmos equivocados. Sin embargo, es el criterio objetivo el que se despliega para el análisis del órgano humano y por las mismas razones aplicaría al Órgano Electrónico Transhumano.

Respecto de la competencia, siendo que ésta es el conjunto de funciones que un agente puede legítimamente ejercer, ella dependerá de la norma habilitante. En los sistemas democráticos, las personas nos

damos nuestras instituciones en una norma, pero para ser ocupadas por personas humanas por lo menos en sus máximos puestos, votamos a personas humanas. Ése es el orden constitucional en Argentina. Ello los coloca en la cabeza de la organización administrativa sin necesidad de mayor análisis. Ello, sin embargo, por lógica conclusión, implica que, de ser aceptadas al OET, nunca serán cabeza de organización administrativa y siempre ocuparán una función inferior, o, si se quiere “no superior o cabeza de esa administración”. A la serie de poderes del superior jerárquico corresponden otros tantos deberes del inferior.

Como puede pasar con una persona humana, sus actos deben ser controlados por los órganos superiores a priori o a posteriori, y a su vez dirigir su acción de acuerdo a la voluntad de la persona jurídica de derecho público que integra. Ello se logra mediante el régimen recursivo existente y los controles generales de legalidad, oportunidad, mérito y conveniencia que posee.

Como cualquier órgano, los deberes del inferior en el ordenamiento jerárquico se concretan en la “subordinación” y “obediencia” al superior. El OET no tiene “vida privada” como el agente humano, por lo que no hay contraposición de intereses en ese punto. Las IA están en condiciones de discernir cuándo una norma es legal y cuándo no lo es, sobre todo en términos de competencia y análisis de legalidad formal y material. Creemos que puede ser un aporte en la lucha contra la corrupción y la transparencia de los actos de gobierno el hecho del control por parte de la IA, aunque deberá examinarse con cuidado los márgenes de “no obediencia” para evitar la autarquía del OET.

Las consecuencias por los actos emitidos por un órgano electrónico transhumano no varían: nos estamos refiriendo a construcciones jurídicas en virtud de las cuales imputamos a la asociación o corporación o entidad estatal, la voluntad de un ser humano manifestada dentro de un marco determinado, propio del ente.

El OET por ser un medio para imputar una actuación o una voluntad al ente del cual forma parte, no constituye una persona diferenciada del mismo, sino que se confunde como parte integrante de él: No tiene, pues, derechos o deberes diferenciados de los derechos o deberes del ente del cual se desprende; su voluntad no es diferenciable de la

voluntad de la organización a la cual pertenece, precisamente porque la voluntad a través de él expresada es en esa medida la voluntad de la organización. Ello no quita que puedan eventualmente existir voluntades contrapuestas entre órganos de un mismo ente, pues éste, en cuanto ejercita una función, se puede contraponer a sí mismo en tanto ésta sea una función distinta; puede hallarse en contraste consigo mismo por el ejercicio de actividades diversas.

Con lo dicho y lo visto, un *Órgano Electrónico Transhumano es Órgano estatal Inteligente No Humano, autónomo, que mediante el uso de redes neuronales (RN) puede aprender solo (ML) cuestiones complejas, con capacidad de comunicarse con personas y máquinas a través del NLP, plataformas conversacionales (PC) y M2M y tiene capacidad de análisis (DM, “data mining”) de grandes volúmenes de información (“Big Data”, BD).*

$$\text{OET} = \text{RN} + \text{ML} + \text{NLP} + \text{PC} + \text{M2M} + (\text{DM/BD}).$$

5. Conclusión

Un OET/SINHAE no es una IA simplemente o una máquina. Es algo a mitad de camino entre persona y cosa. Piensa, siente, interactúa con otras IA, con máquinas y con personas. Son activas, no meras receptoras pasivas de instrucciones. Hoy está inserta en la sociedad aunque no la notemos. Comprender que existe, que produce consecuencias jurídicas y físicas, es el primer paso para el estudio profesional de una nueva situación que incluso puede generar una nueva rama del Derecho.

Luego de reconocer su existencia y sus características deberemos analizar las consecuencias de sus acciones, la responsabilidad por daños, por productos elaborados, de sus programadores, del Estado que lo integre a sus procesos, etcétera.

Bibliografía

AGRAWAL, J.; GANS, J. y GOLDFARB, A., Prediction machines: the simple economics of artificial intelligence”, Cambridge, MA, Harvard Business, 2018.

- AUVINEN, T., “Organizing for the end of the world with nothing more to say? The implications of non-consensually implemented singularity and ‘trans-posthuman’ technologies for social movements”, en Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences, vol. 8 (núm. 2), 2016, ps. 209-247.
- BOYNE, G., “Public and private management. What’s the difference. Journal of management studies”, 39(1): 97-122, 2002.
- CALLAWAY, E.; HALLIDAY, R.; NAYLOR, H. y THOUVENIN, D., “The latency of the average is not the average of the latencies”, en Psychophysiology (núm. 21), 1984, p. 571.
- CALO, Ryan, “Robots and ethics”, en LIN, Patrick (coord.), *Robot ethics: the ethical and social implications of robotics*, Cambridge, MIT Press, 2012, p. 187.
- “Robots as legal metaphors”, en Harvard Journal of Law and Technology, vol. 30 (núm. 1), 2016.
- “Robots in American Law”, en University of Washington School of Law Research Paper (núm. 2016-04), 2016.
- DESCARTES, René, “Meditaciones metafísicas y otros textos”, Madrid, Gredos, 1987.
- HAGGARD, P. y EIMER, M., “On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary movements”, en Exp Brain Res (núm. 126 [1]), 1999, ps. 128-133.
- LIBET, Benjamin, “Do we have free will?”, en Journal of Consciousness Studies (núm. 6: 8-9), 1999, ps. 47-57.
- “Readiness potentials preceding unrestricted spontaneous pre-planned voluntary acts”, en Electroencephalography and clinical Neurophysiology (núm. 54), 1982, ps. 322-325.
- LUHMANN, N., “Funktion und Kausalität”, en LUHMANN, N., *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie Sozialer Systeme*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, ps. 9-30.
- Interaktion, Organisation, Gesellschaft. Anwendungen der Systemtheorie, en LUHMANN, N., *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1975, ps. 9-20.
- MATSUHASHI, M. y HALLETT, M., “The timing of the conscious intention to move”, en European Journal of Neuroscience (núm. 28 [11]), 2008, ps. 2344-2351.

- PARSONS, Talcot, “On building social system theory: a personal history”, en Daedalus (núm. 99 [4]), 1970, ps. 826-881.
- RYLE, Gilbert, “The concept of mind”, London, Hutchinson, 1949.
- SCHLICK, J. *et al.*, “Industrie 4.0 in der Praktischen Anwendung”, en Industrie 4.0 in Produktion, Automatisierung und Logistik, ps. 57-84.
- SOON, C.; BRASS, M.; HEINZE, H. y HAYNES, J., “Unconscious determinants of free decisions in the human brain”, en Nature Neuroscience (núm. 11), 2008, ps. 543-545.
- STEPHAN, P. *et al.*, “Productmediated communication through digital object memories in heterogeneous value chains”, en 8th IEEE International Conference on Pervasive Computing and Communications, 2009, ps. 199-207.
- THOMAS, Gustavo J., “Administración pública 4.0. Inteligencia artificial estatal (incorporación del órgano electrónico transhumano)”, Rosario, Nova Tesis, 2022.
- TURING, Alan, “Computing machinery and intelligence”, Manchester, Manchester University, 1950.
- VINGE, Vernor, “Technological singularity”, 1993, en FRC, <https://frc.ri.cmu.edu/~hpm/book98/com.ch1/vinge.singularity.html>, visto por última vez el 6-11-2022.

APORTES DE ESTUDIANTES

**COMUNIDADES ORIGINARIAS Y TRABAJO
INFANTIL: ¿INFANCIAS INDÍGENAS
TRABAJANDO O INFANCIAS TRABAJANDO?
EL PELIGRO ENTRE SIMPLICIDAD Y
COMPLEJIDAD NO SIEMPRE LINEAL**

por JACQUELINE IVONE PAUL¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Desarrollo. 2.1. Conceptos esenciales. 2.2. Problemática central. 3. Paradigma de la complejidad. 4. Conclusión. Bibliografía.

Resumen

Este artículo describe y analiza el entrecruzamiento del trabajo infantil y los pueblos indígenas. El objetivo principal es generar una mirada que complejice desde una perspectiva intercultural las maneras en las que se ha abordado el trabajo infantil en la Argentina, el cual se asienta en la incomodidad que genera la colisión de costumbres con derechos reconocidos a las infancias, precisamente teniendo en cuenta el interés superior del niño. Se busca preocupar y ocupar sobre una realidad relegada de las agendas públicas y sociales. Es importante mencionar que el tema que aquí interesa cuenta con escasas estadísticas, es una situación invisibilizada y muchas veces los interrogantes a las preguntas que giran en torno a él generan incomodidades sociales, políticas y judiciales. A modo de adelanto se realizan las siguientes preguntas: ¿Les parece correcto que un niño, niña o adolescente (NNyA) trabaje a los 12 años? ¿Y si ese niño o niña es miembro de

¹ Estudiante de Derecho, Facultad de Derecho, UNR. Ayudante alumna de Práctica Profesional II.

una comunidad originaria o se autorreconoce como indígena, su respuesta cambiaría? ¿Por qué? ¿Los niños y niñas de la comunidad originaria tienen distintos valores/visiones que los niños y niñas no pertenecientes a ella o de las urbes? ¿Y derechos?

Abstract

In this article I describe and analyze the intertwining of child labor and indigenous peoples. The main objective is to generate a look that complexifies from an intercultural perspective the ways in which child labor has been addressed in Argentina, which is based on the discomfort generated by the collision of customs with recognized rights of children, precisely taking into account the best interests of the child. From this we seek to generate, concern and occupy about a reality relegated from the public and social agendas. It is important to mention that the issue we are interested in here has scarce statistics, it is an invisible situation and many times the questions that revolve around it generate social, political and judicial discomfort. As a way forward, I ask the readers and those present, do you think it is right for a child or adolescent to work at the age of 12? And if that child is a member of a native community or recognizes himself/herself as indigenous, would your answer change? Why? Do children from the native community have different values/views than children not belonging to it or from urban areas? And what about rights?

Palabras clave

Comunidades originarias. Trabajo infantil. Interés superior del niño.

Keywords

Native communities. Child labor. Best interests of the child.

1. Introducción

Seguramente las respuestas a las preguntas: ¿Les parece correcto que un NNyA trabaje a los 12 años? ¿Y si ese niño o niña es miembro de una comunidad originaria o se autorreconoce como indígena, su

respuesta cambiaría? ¿Por qué? ¿Los niños y niñas de la comunidad originaria tienen distintos valores/visiones que los niños y niñas no pertenecientes a ella o de las urbes? ¿Y derechos?, hayan iniciado un debate interno en el lector, el cual se ancla en la incomodidad e incertidumbre que genera la colisión de costumbres originarias con derechos reconocidos a las infancias, precisamente teniendo en cuenta el interés superior del niño. El método utilizado en este trabajo es hermenéutico, reconstructivo, se constituye a partir de investigaciones secundarias por medio de lectura y recolección de trabajos documentales, notas periodísticas, informes de organismos públicos, como así también del análisis de entrevistas realizadas a actores sociales intervinientes en la situación de las ciudades de Rosario, Santa Fe y Argentina. Se realizaron entrevistas a Rosana Esquivel, directora provincial de Comunidades Originarias, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social; Daiana Ushu Méndez, coordinadora de Políticas de Erradicación del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente en el Gabinete nacional perteneciente a la Conaeti, y Fernanda Medina, quien ocupaba hasta el año 2021 la Dirección Provincial de Promoción de Empleo Digno y que en el mes de marzo del año 2022 asumió como subsecretaria de Formación Profesional y Capacitación Permanente del Ministerio de Trabajo de la Nación. Asimismo, se realizó un encuentro con Nehuen Sosa, director ejecutivo del CPAI (Consejo Provincial de Asuntos Indígenas).

2. Desarrollo

2.1. Conceptos esenciales

El *trabajo infantil* en *Santa Fe* se presenta con diferencias y similitudes entre las distintas regiones que componen la provincia. En Rosario no hay estadísticas establecidas, lo que acrecienta la problemática, pero es posible que el lector se haya percatado de que en las zonas urbanas o bien en los puestos de las ferias, hay niños, niñas y adolescentes pertenecientes a comunidades originarias vendiendo artesanías y creando productos junto a su familia, principalmente en ferias, entre otras tareas. Este trabajo no pretende demonizar la presencia de los niños y niñas en tareas laborales, ya que surge de varias entrevistas

personales realizadas por organizaciones sociales que los mismos expresan que no quieren ser beneficiarios de discriminaciones. Es necesaria una mirada transversal entre lo que significa el interés superior del niño en estas circunstancias y la capacidad para generar políticas públicas capaces de combinar perspectivas sin inclinarse por una solución simplista que no contemple las complejidades propias de la problemática. Paulo Pinheiro agrega en este sentido: “Hoy estoy convencido de que nada se debe decidir sin su participación. Los niños, niñas y adolescentes son los mejores expertos sobre su propia situación. Fue en ese marco que los niños plantearon la existencia de un sentimiento de denigración cuando su trabajo es tratado como algo diabólico que debe ser abolido. Con esta afirmación no queremos alentar a que los niños trabajen, de ningún modo; el lugar de los niños debe ser la escuela. Sin embargo, creo que debemos precisar qué es lo queremos abolir y erradicar. Así, en la línea del artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, luchamos contra todas las formas de trabajo que sean peligrosas y dañinas para la salud mental y física de los niños, o que interfieran con el goce y ejercicio de sus derechos humanos”.

Al abordar la temática en cuestión son primordiales conceptos a delimitar y tener en cuenta. En principio nos referimos a las “infancias” precisamente en situación de “trabajo infantil”, pero recortamos aún más esta problemática en infancias que pertenecen a la “comunidad originaria”. Hablaremos también de “derechos protegidos” por la “Convención sobre los Derechos del Niño”, juntamente con el “interés superior”.

Cuando nos referimos a las “infancias”, hacemos alusión a una construcción social dinámica. Es decir, no hay una única infancia, cada NNyA atraviesa y vive distintas experiencias y aprendizajes a lo largo de su vida. Por lo cual lo correcto es hablar de “la(s) infancia(s)”. Se plantea la problemática que implica pensar al niño o niña como una persona viviente y a la cual le espera un futuro que se ve amenazado directamente por la ausencia estatal a la hora de garantizar derechos. Ahora bien, no es sólo el Estado quien cumple un papel esencial en la construcción de las infancias, sino también participan de ella los adultos, quienes son los responsables de educarlas y cuidarlas, para

que se desarrollen de manera integral. Para ello es necesario considerar al niño o niña como un sujeto de derecho en crecimiento, que goza de derechos reconocidos nacional e internacionalmente y que no se relacionan con la sociedad ni con sus pares de la misma forma que las personas adultas. Reconocer esa complejidad es clave para interpretar no sólo las infancias en general sino también las infancias interculturales que tienen distintas creencias, valores y aspiraciones entre ellas. Es necesario dejar de conceptualizar a los NNYA como individuos receptores de conocimientos y disciplinamiento, ya que son sujetos activos que construyen la historia. “Deberíamos sacar a los niños de su papel de víctimas o de sujetos constantemente educables. Si mostramos cómo los niños fueron fundamentales a lo largo de la historia para la sobrevivencia familiar, cómo trabajaron en las más variadas labores, cómo resistieron a la dominación en las casas correccionales, en sus empleos en talleres artesanales, cómo fueron capaces de elaborar estrategias para mejorar la venta de productos en las calles de las principales ciudades latinoamericanas o cómo pudieron elaborar discursos e interpretaciones propias sobre los sucesos y procesos que les tocó vivir, podemos, parafraseando a Barton (2012), hacer que los niños de hoy puedan aprender cómo la gente resistió, tomó acción y encontró espacios para hacer sus vidas más satisfactorias. Pereyra (1985, p. 21) decía que “quienes participan en la historia que hoy se hace están colocados en mejor perspectiva para intervenir en su época cuanto mayor es la comprensión de su origen”.

Ahora bien, nos vamos a referir al “trabajo infantil”. En épocas pasadas, que participen infancias de actividades laborales era normalizado y aceptado por la sociedad y el Estado. Actualmente, los medios de comunicación muestran la imagen del niño de 12 años trabajando en la calle bajo órdenes de sus responsables o junto a ellos, “estudiando para el colegio” en los pocos momentos que tiene libres, utilizándolos para “leer sus cuadernos y hacer la tarea”. En primer lugar, hay una idea del niño forzado a trabajar como consecuencia de sufrir una pobreza absoluta; si bien ésta es un factor elemental, el trabajo infantil se encuentra atravesado por concepciones sociales y culturales que van mucho más allá en conjunción con el interés político en resolver, o no, estas problemáticas.

Dentro de las concepciones de trabajo infantil existen dos posturas: la de prevención y erradicación del trabajo infantil y la de promoción y protección del mismo. *La República Argentina y la Conaeti mantienen una postura de prevención y erradicación*: “Trabajo infantil es toda actividad económica o estrategia de supervivencia, remunerada o no, realizada por niñas y niños que o no tienen la edad mínima de admisión al empleo, o bien no han finalizado la escolaridad obligatoria o no han cumplido los 18 años si se trata de trabajo peligroso”.

Por último, nos ocuparemos del término “interés superior”. Si bien el concepto es impreciso y conlleva una amplia discrecionalidad de los poderes estatales, Mary Beloff lo define como “un mando al Estado de privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deban restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean de un interés superior al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos”.

En primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN, es uno de los instrumentos más importantes a la hora de entender qué es el trabajo infantil y el bien jurídico que debe proteger la normativa especializada. Los NNyA tienen derecho a la protección contra la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso, entorpecer su educación, sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. Esta Convención señala expresamente en su Preámbulo que para la protección y el desarrollo armonioso de la niñez deben ser tenidas en cuenta las tradiciones y los valores culturales propios de cada pueblo. La Convención se hace eco del Convenio N° 138 de la OIT sobre la edad de admisión al empleo e indica que, para lograr este objetivo, los países ratificantes establecerán una edad mínima de acceso al empleo. Asimismo, la CDN, al tratar la problemática del trabajo infantil y la implementación de medidas, hace un llamado a la interdependencia de los derechos humanos, y precisa que sus mandatos deben aplicarse tomando en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales. Este trabajo se basa en el Convenio N° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, la Declaración de las Naciones

Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en adelante DDPI y, por otro, los Convenios N° 138 y N° 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación, de la OIT.

En el ámbito nacional y provincial se sanciona la Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes, mediante la cual la Convención se hace efectiva en el territorio nacional. Dicha ley establece que “los organismos del Estado, la sociedad y en particular las organizaciones sindicales coordinarán sus esfuerzos para erradicar el trabajo infantil y limitar toda forma de trabajo legalmente autorizada cuando impidan o afecten su proceso evolutivo”. A partir de este cuerpo normativo, los derechos de la niñez han dejado de ser materia opcional. Para alcanzar ese objetivo importa tener en cuenta que el trabajo infantil requiere atención prioritaria y específica. Atendiendo a ello, en el año 2000 se constituyó la Comisión Nacional de Erradicación del Trabajo Infantil (Conaeti), que trabaja a la par de las Comisiones Provinciales de Erradicación del Trabajo Infantil (Copreti). Por otro lado, la ley 26.847 incorpora el artículo 148 bis al Código Penal, el cual dispone la pena de prisión para el que aprovechare económicamente el trabajo de un NNyA violando las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil. Se trata de una norma residual, ya que se aplicará siempre que el hecho no importe un delito más grave. En nuestro país, la ley 26.390 prohíbe el trabajo infantil, y en la Provincia de Santa Fe, la ley 12.967 (2009) reconoce formalmente derechos de las infancias y define criterios y modos de actuación del Estado provincial, adecuados al modelo de protección integral de derechos.

2.2. Problemática central

En primer lugar, para partir de un desarrollo y comprensión integral de la temática es indispensable tener en el centro del foco que el trabajo infantil es un *fenómeno multicausal*. Se relaciona con percepciones y patrones culturales que se reproducen en los niños indígenas y en sus familias, los cuales impiden percibir que las actividades que realizan, ya sea por su naturaleza o por las condiciones en las que se llevan a cabo, ponen en peligro su salud, seguridad y educación.

En la entrevista con Rosana Esquivel, directora provincial de Comunidades Originarias, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, la misma explicó acerca de la principal causa del trabajo infantil en los pueblos indígenas, la cual se basa en que se cuentan como estrategias de supervivencia laborales ancladas al acceso a sus tierras tradicionales y recursos vinculados a su cultura y valores espirituales; ahora bien, en el momento en el cual no se respeten estos derechos indígenas a la tierra, recurso, identidad y cultura, se cambian sus modos de vidas tradicionales y se empobrecen las comunidades. Esto último es la causa principal a la que hace referencia Rosana al decir: "...Como resultado se obliga a trabajar a los niños. La pobreza es la causa principal de que los padres pongan a trabajar a sus hijos. En las familias pobres, los niños trabajadores contribuyen directamente a complementar el ingreso familiar, e indirectamente a ahorrar los gastos que este niño tendría como tal..." Por su parte, Daiana Ushu Méndez, en este sentido, mencionó que el trabajo infantil no se reduce a situaciones de mera supervivencia, sino que muchas veces detrás de él se esconden grandes organizaciones que acarrean no sólo con el delito de trabajo infantil sino también con evasiones fiscales importantes. Por otro lado, aludió que los niños y adolescentes inmersos en esta problemática no son atravesados únicamente por situaciones de pobreza, sino que sobre ellos recaen otras carencias de derechos elementales, como es el acceso al agua. Sobre esta última cuestión hizo mención a políticas públicas llevadas a cabo desde Nación, para la industrialización del agua, la cual genera como consecuencia que los niños y adolescentes no caminen distancias largas para conseguir agua y así prevenir y erradicar el trabajo infantil en estos contextos.

La falencia que hay respecto de la situación del trabajo infantil indígena tiene como principal actor y causante al Estado junto con mercados económicos que gozan de gran impunidad. Rosana Esquivel nos menciona en este punto de reflexión que "la ausencia del Estado y el respeto de nuestros derechos son la realidad por la que estamos atravesando. El olvido de las comunidades ha implicado que un sector vulnerable sea sumergido aun en mayores precariedades de las que se estaban [...] Creo que una de las acciones de mayor peso fue, como mencionaba antes, la decisión del gobernador de poner una mujer per-

teneciente a comunidad, la cual vive en comunidad, un barrio con calle de tierra, fuera del manto político, que realmente conoce respecto *al ser indígena*".

La erradicación del trabajo infantil no es sólo tarea de las propias poblaciones sino también que es una responsabilidad estatal la implementación de una educación y políticas interculturales. Una gran deuda actual. Daiana Ushu Méndez menciona en esta ocasión la importancia de un cambio de paradigma social referido a la verdadera erradicación del trabajo infantil a nivel cultural, la cual necesita del compromiso y capacitación de los múltiples actores sociales responsables. Dentro de esta temática se cuenta con el "Programa de Formación para Promotores Territoriales de Infancias Libres de Trabajo", que tiene como objetivo infancias libres, llevando a cabo capacitaciones a personas propuestas por la Copreti en articulación con actores locales, y el Ministerio de Trabajo que lleva a cabo la selección final, a efectos de hacer más efectivas las estrategias de prevención y detección del trabajo infantil y trabajo adolescente en condiciones no protegidas en todo el país.

Doce universidades nacionales participaron de la realización de un documento que analiza las condiciones socioeconómicas y sanitarias de comunidades indígenas de todo el país. Las principales preocupaciones se centraron en la falta de agua, la dificultad para acceder al sistema sanitario y la violencia a la que están expuestos. "En este caso, se trata de poblaciones afectadas por condiciones históricas. Lo que muestra el relevamiento es que se profundizaron desigualdades ya existentes en cuestiones socioeconómicas, sanitarias, educativas y alimentarias, entre otras", expresó Malena Castilla, becaria posdoctoral del Conicet e investigadora de la UBA. Cuestión en la que coincide con Rosana Esquivel.

La realidad que impera principalmente en Rosario es eco de la situación que atraviesa la Provincia de Santa Fe y que a su vez se vio agravada por el paso del COVID-19, que incrementó índices de pobreza y desigualdad en las familias. Es aquí que quisiera detenerme en las definiciones de las infancias y el interés superior del niño antes mencionadas, las cuales influyen de manera determinante a la hora de analizar el trabajo en las comunidades, donde muchas veces se presenta

intrínseco a sus creencias o costumbres. Está claro que el derecho de los NNyA es principalmente la educación y desarrollo; sin embargo, esto colisiona cuando nos encontramos frente a comunidades que naturalizan prácticas abusivas de estos derechos. En estos casos el interés superior es evidente bajo la protección de los derechos humanos del niño o niña en aquella situación, siendo éste un real principio del derecho de las infancias, debiendo aplicarse a partir de la *evaluación* y *determinación* de la situación concreta, siempre estando despojados de preconceptos prejuiciosos de los adultos intervinientes, es decir, conocemos que el trabajo infantil es una situación que implica la vulneración de los derechos de las infancias; sin embargo, cuando se está en frente de esta problemática, la respuesta debe ser analítica, de una escucha activa frente a los niños o niñas afectados, y que conlleve la valoración de los elementos necesarios para determinar la decisión de cómo actuar en el caso concreto y junto a esa evaluación de elementos, determinar mediante un proceso estructurado respetuoso de los derechos protegidos para las infancias, el real interés superior del niño. Rosana Esquivel se refirió al hacer de las infancias indígenas, siendo ella también en su momento protagonista de este escenario. Sobre esto expresó: “el desarrollo de las infancias de las comunidades originarias es complejo [...] Con el tiempo y con el constante entrecruzamiento de las comunidades que vivimos en mayor cercanía con las urbes de las grandes ciudades hemos perdido el tipo de crianza tradicional ancestral, en el cual en el caso de mi etnia (qom) teníamos diferentes conceptualizaciones del ‘ser niño’. Sobre este tema Daiana Ushu Méndez expresó que desde su perspectiva hay que abarcar la problemática de manera integral sin entrar en clasificaciones o estratificaciones que recorten el problema y que quizás invisibiliza la problemática en sí, haciendo hincapié en que el problema del trabajo es uno, igual a todas las situaciones y contextos posibles”.

La problemática del trabajo infantil no conlleva una solución simplista, y tal como cualquier problemática pública no se resuelve con un prohibicionismo acérrimo que se asimile a un caballo ciego; lo correcto es trabajar políticas de erradicación pero que se lleven a cabo respetando los derechos de las infancias, ya que no estamos hablando del trabajo infantil como práctica únicamente perversa, sino que detrás

de su existencia se esconden otros factores como la pobreza extrema. Una de las políticas de prevención más importantes a nivel nacional es la creación de Centros de Cuidados en cada provincia, lugares físicos donde las familias pueden llevar a los niños, niñas y adolescentes en el tiempo que dure su jornada laboral, cuestión que resuelve una de las causas de trabajo infantil como lo es el acompañamiento de los NNyA a las actividades laborales de los responsables adultos y su consecuente involucramiento. Hoy en día el interés superior del niño al no tener una especificación general ha otorgado gran discrecionalidad a los poderes del Estado para, entre otras cosas, como dijo Gustavo Ponce, especialista en la temática de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Argentina, “muchas veces el tema está (trabajo infantil) y se lo esconde bajo la alfombra”.

El interés superior del niño no puede dejarse de lado en el entramado de políticas públicas; es un contenido mínimo esencial de derechos de las infancias, por lo que cualquier acción u omisión deberá limitarse a no contradecirlo. No deja de resonar la práctica del ejercicio cultural y estructural que conlleva decisiones judiciales bajo perspectivas adultas, egocéntricas y con sesgos de disciplinamiento y conservadurismos. Cada vez es mayor la gama de jueces y juezas que se forman u obtienen una perspectiva de las infancias integrales y sujetos de derechos, pero preocupa que en la sociedad, como también en algunos pasillos tribunales, existan profesionales que resuelvan en consonancia con pensamientos del año 1919, o peor aún, incitándolos.

La ley 26.061 introdujo en nuestro país una definición del interés superior del niño en su artículo 3°. La CSJN ha entendido que el concepto de interés superior del niño es abierto y el Poder Judicial debe considerarse al momento de resolver. Esto implica valorar las circunstancias del caso concreto con parámetros aceptados por la jurisprudencia y la doctrina, así como tener en cuenta la información suministrada por otras disciplinas. La ley provincial 12.967 adhiere a la definición de la ley 26.061 y agrega: “los que en un futuro pudiesen reconocerse”.

Los resultados de las consultas realizadas por la OIT demuestran que los niños indígenas que trabajan se encuentran en mayor riesgo de perder su identidad indígena, ya que migran o son reubicados for-

zosamente lejos de sus tierras, lo que pone en riesgo total la transmisión de su cultura. Según el IPEC (Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo) hay distintos tipos de trabajo infantil indígena, dentro de ellos, los que se presentan en la ciudad de Rosario son:

- *Trabajo infantil en familias campesinas migratorias*: muchas familias indígenas migran estacionalmente para los períodos de cosecha, incluyendo niños y adolescentes que asumen responsabilidades de trabajo. A menudo los períodos de trabajo son extremadamente prolongados (entre 9 y 10 meses) y determinan el abandono temporal o definitivo de la escuela.
- *Trabajo infantil urbano*: niños y adolescentes indígenas que han migrado a las ciudades y trabajan por largas horas en situaciones de peligro, muchas veces en las calles y a menudo en condiciones de riesgo físico, psíquico y moral.

3. Paradigma de la complejidad

La historia legislativa y cultural comienza atravesada por un paradigma simplista que se tradujo en el paradigma de la situación irregular. De esta manera el objeto de intervención era, según las concepciones de aquellos años (1919), la minoridad en riesgo moral y material (Ley Agote). En esta situación, la consecuencia mutilante es la presencia de disciplinas que diseñan prácticas para intervenir sobre ella.

El paradigma de la protección integral incorpora la perspectiva de derechos humanos y tiene en sus metas intervenir en aquellos casos en los que los niños, niñas y adolescentes encuentran sus derechos vulnerados a causa del incumplimiento de los deberes y/o responsabilidades de cualquiera de las instituciones del Estado, de las familias, etcétera, y los niños, niñas y adolescentes ya no son considerados en peligro material y moral, sino sujetos de derechos con derechos vulnerados. Por lo cual, si pregonamos por un paradigma integral de las infancias es claro y consecuente que abarcamos la realidad de manera compleja, pensando soluciones y medidas desde la complejidad propia de las infancias. Sin embargo, eso no se traduce del todo en sectores estatales a la hora de implementar medidas respecto tanto de las comunidades originarias como del trabajo infantil en ellas. Recortar la

realidad, “simplificar” para comenzar por algo, no es un inicio que valga, y mucho menos es un buen augurio.

No puede existir un pensamiento complejo si no existe un pensamiento simple; a través de la simplicidad vamos transformando y formando enlaces y conexiones que nos derivan en la complejidad si tenemos el compromiso adecuado. Por lo cual, lo complejo se encuentra donde el pensamiento simplista falla, en donde no alcanza. El pensamiento complejo no devengará jamás en una solución a una problemática que sea lineal, donde la consecuencia siempre es mutilante, reduccionista, unidimensional. Las infancias tienen una complejidad que les es propia, en primer lugar, por la no posibilidad de definir las o cuantificarlas, pero en su mayor expresión, en la manera de vivir, ver y sentir de ellas mismas, para consigo y para con los adultos.

4. Conclusión

A modo de conclusión, sin dudas la problemática del trabajo infantil es algo que debe *preocupar* y *ocupar* en estos tiempos, aún más cuando luego de haber atravesado una pandemia, hemos sufrido grandes debacles económicos que han afectado el alcance a las necesidades y condiciones básicas de muchas familias argentinas, especialmente aludimos aquí a las rosarinas. Ahora bien, al informarnos sobre la temática del trabajo y reflexionado sobre el profundo desconocimiento de las comunidades originarias, podemos arribar a la conclusión de que ello viene de la mano de una invisibilización sistemática de las problemáticas en este trabajo descriptas, ya que muchas veces se evita generar conflictos, siendo consecuentemente funcionales a un sistema opresor que vive de conculcaciones a derechos de las infancias indígenas. En la entrevista con Rosana Esquivel y Daiana Ushu Méndez, se releva una ausencia de estadísticas reales sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes indígenas en condiciones de trabajo infantil, cuestión que merece destacarse, por su importancia a la hora de proteger y promover la interculturalidad en las políticas públicas y generar datos reales que permitan trabajar efectivamente sobre la temática.

El trabajo infantil indígena debe ser erradicado, y para ello deben implementarse políticas que sean acordes *con las realidades de las in-*

fancias en cada uno de los pueblos. Se necesita un Estado presente que tome las riendas del trabajo infantil indígena como una de las variantes autónomas del trabajo infantil, y que reconozca que en este ámbito no alcanza con políticas que tengan como sujetos a proteger, niños y niñas determinados o circunscriptos a una realidad que no es la misma que la de las infancias indígena. Por lo cual es necesaria y obligatoria la complejidad. En este aspecto, coincido con Daiana Ushu Méndez, quien mencionaba las grandes organizaciones empresariales detrás del trabajo infantil, no teniendo éste como fundamento la supervivencia. Es hora de reconocer al trabajo infantil en razón de sus múltiples causales y contextos, como así también conformar políticas bajo ese paradigma, ya que si la creación futura de políticas continúa en miras de una generalidad de niños, que es abstracta y errada, siempre se llegará a resultados parciales y mucho más dañinos que los anteriores. Vemos a las infancias indígenas ser castigadas en muchos ámbitos, en este caso en el acceso a sus derechos como niños y niñas sin el acceso debido a la educación, desarrollo, esparcimiento y salud; otras veces también vemos cómo el ser parte de una comunidad originaria genera exclusiones judiciales que son inaceptables. Por ende, es mi deseo que a partir de este trabajo podamos preguntarnos si realmente incluimos, si realmente nos preocupamos, o si en verdad solamente nos es cómodo y acorde al bien común estar en contra del trabajo infantil, pero cerrar los ojos cada vez que pasa en frente de nosotros.

Bibliografía

- 1) CARLI, Sandra, “La infancia como construcción social. De la familia a la escuela. Infancia, socialización y subjetividad”, Buenos Aires, Santillana, 1999.
- 2) CASTILLA, Malena, “Estado de los pueblos originarios en el contexto de pandemia”, en El Orejiverde, <http://elorejiverde.com/buen-vivir/5554-informe-estado-de-los-pueblos-originarios-en-el-contexto-de-pandemia>, por Agencia CTyS-UNLaM, 2020, fecha de consulta: junio de 2022.
- 3) BELOFF, Mary; DEYMONNAZ, Virginia; HERRERA, Marisa; FREEDMAN, Diego y TERRAGNI, Martiniano, “Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada y anotada”, Buenos Aires, La Ley, 2012.

- 4) GAUDIO, María del Carmen, “Trabajo infante adolescente en el mundo actual: entre la regulación y la prohibición”, en MANGIONE, Mirta y CESONI, Orlando (dirs.), *Apuntes para pensar infancias*, 2018.
- 5) OIT (Organización Internacional del Trabajo), “El futuro de las comunidades indígenas está en el presente de sus niños y niñas”, del 9-8-2017, Iniciativa Regional América Latina y el Caribe Libre de Trabajo Infantil.
- 6) Oficina Regional para América Latina y el Caribe, “Trabajo infantil y pueblos indígenas en América Latina. Una aproximación conceptual. Programa internacional para la erradicación del trabajo”, 2009.
- 7) OEA-CIDH, “Trabajo infantil y en América Latina niñez indígena”, en Encuentro Latinoamericano Trabajo Infantil, Pueblos Indígenas y Gobiernos. De la Declaración a la acción, Cartagena de Indias (Colombia), 2010.
- 8) PINHEIRO, Paulo Sergio, “Trabajo infantil y niñez indígena en América Latina”, en Encuentro Latinoamericano Trabajo Infantil: Pueblos Indígenas y Gobiernos. De la Declaración a la acción, Cartagena de Indias (Colombia), 8/10 de marzo de 2010.
- 9) SOSENSKI, Susana, “Enseñar historia de la infancia a los niños y niñas: ¿para qué?”, en *Tempo e Argumento*, vol. 7 (núm. 14), Brasil, Universidade do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.
- 10) OIT, “Trabajo Infantil y Protección Social en Argentina”, Buenos Aires, 2021.

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° – Inscríbese, 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 “í.d.”, 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
Secretaría 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. 2° – Regístrese, comuníquese y archívese.

Resolución CD N° 376/2023

MCB

Dra. MARÍA CECILIA BRUNO
Secretaría Consejo Directivo
Facultad de Derecho – UNR

AMADA GAITÁN
Secretaría 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 satisfactorio	Satisfactorio	Poco satisfactorio	No satisfactorio
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 DICIEMBRE DE 2024