

Revista Jurídica 2024 | 2025



COLEGIO DE LA ABOGACIA
2º Circunscripción



Casa del Fero

REVISTA JURÍDICA

AÑOS 2024 / 2025

Índice

Colegio de la Abogacía de Rosario - Directorio	7
Dirección Editorial	9
Consejo Académico	11
Palabras del Presidente del Colegio	13
Palabras del Coordinador de Institutos y Comisiones	15
Palabras de la Directora de la Revista	17

Eje 1

Derecho y nuevas tecnologías

- Chiarrello, Antonella Pilar, “El error como vicio de la voluntad en la era digital: desafíos y propuestas desde el Derecho Privado Argentino” 21
- Fascia, Juan Manuel, “Litigación inteligente y uso ético de la IA” 31
- Guardia, Claudia, “La Autoría Humana en las Creaciones por Inteligencia Artificial” 47
- Ponce de León, Joel, “¿Es la inteligencia artificial un sujeto de derecho? Una aproximación filosófico-jurídica a los límites del sujeto moderno” 55
- Serel, Marcos, “El rol de los Organismos de Integración y Cooperación Internacional en el reconocimiento del Derecho Humano de Acceso a Internet” 65

Eje 2

Derecho y vulnerabilidades

- Rocca, Luján Liliana y Polinori, Cecilia, “La niñez y la adolescencia frente al cambio climático y su derecho a la participación” 79
- Scoccia, Victoria A.E., “Los derechos de la Naturaleza: ¿el ambiente es un medio? 89
- Urrutia, Liliana A.B., “Derechos Humanos de las Mujeres. Cuando la Justicia repara” 99

Eje 3

Derecho y acceso a justicia

- Acosta, Gustavo A. y Del Basso, Mariana F., “El juez y la conciliación. Análisis de la regulación propuesta por el Anteproyecto de Código de procesos civiles y comerciales de la provincia de Santa Fe” 111
- Barbero, María Elena y Arroyo, Ignacio A., “El arbitraje como método adecuado de acceso a justicia” 121
- Faravelli, Melody Victoria y Solsona, Federico José, “El acceso a la Justicia: Garantía de derechos para los Niños, Niñas y Adolescentes” 133
- Ferrari, Betiana, “Análisis de las normas que regulan los procesos en los que se dirimen pretensiones de familia en el Anteproyecto del Código de Procesos Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe” 143
- Florio, Marcela L., “El juez, las sanciones, el respeto al debido proceso y la inviolabilidad de la defensa” 155
- Giuliadori, Betina, “Gestión adecuada de conflictos en el deporte” 159
- Terrasa, Eduardo, “Réquiem por el sistema vigente: las costas en la reforma procesal civil proyectada” 171

Eje 4

Temas libres

- Besson, Juan Facundo, “Fundamentos teóricos del constitucionalismo comunitario” 189
- De Piazza, Alesandro Nicolás, “La unidimensionalidad y algunas de sus repercusiones en el Derecho” 211
- Ruiz de Galarreta, Ma. Soledad; del Cerro, Juan Manuel; Cepeda, Betina; Elías, Verónica; Hordichuk, Estefanía y de San Román, “Reforma y Estado: capacidades institucionales para la innovación” 223

Directorio

Período 2023-2025

Presidente

Lucas Galdeano

Vicepresidenta

Valeria Laura Argüello

Secretario

Juan Manuel Fascia

Tesorera

Natalia Carina Arancibia

Vocales

Jorge César Resegue

Liliana Aída Beatriz Urrutia

Felipe Juan Amormino

Gabriela Natalia Córdoba

Joel Ponce de León – Francisco J. M. Scrifignano

Victoria Ana Elisa Scoccia

Hernán Finos – Verónica L. Reynoso

Fernanda Fabiana Bartolozzi

Carlos Gustavo Ensínck

Laura Judith Vicario

Dirección Editorial

Liliana Aída Beatriz Urrutia

Colaboradores

Victoria Ana Elisa Scoccia

José Luis Padularrosa

La dirección respetuosa de la propiedad intelectual
reproduce los originales sin modificaciones.

Ellos expresan la opinión de sus autores/as y
no podrán ser reproducidos sin mencionar su origen.

Consejo Académico

Díaz, Araceli

Frustagli, Sandra

Hernández, Carlos

Iglesias, Mariana

Nadalini, Gustavo

Puccinelli, Oscar

Soto, Alfredo

Trucco, Marcelo

Vázquez Ferreyra, Roberto

Palabras del Presidente del Colegio

Esta nueva edición de la Revista Jurídica del Colegio de Abogados es el reflejo del trabajo continuo y comprometido de autoridades e integrantes de nuestros Institutos y Comisiones, como, así también, de otros invitados a participar que con su experiencia y trayectoria enriquecen el contenido de esta publicación.

Una vez más nos complace realizar esta presentación e invito a los lectores a aprovechar esta obra de actualidad en temas tan vigentes como la inteligencia artificial, las propuestas de reformas del derecho procesal, acceso a justicia, entre otros. Así es que pretende ser una herramienta útil para el ejercicio de la profesión.

De este modo, nuestro Colegio cumple con uno de sus fines, la publicación de una revista jurídica, además del fortalecimiento de la biblioteca virtual, que se nutre también de diversos trabajos de colegas especialistas en su área. Es nuestra misión, amén de prestar otros servicios, enriquecer el acervo bibliográfico adecuado a los tiempos actuales.

Como cierre, es mi deseo reiterar mi especial reconocimiento al compromiso de los colegas que participaron de esta obra como a todos aquellos, que de un lugar u otro, colaboran en la difusión de conocimiento y herramientas jurídicas para forjar una profesión más noble y de calidad.

Mi más sincero agradecimiento.

LUCAS GALDEANO

Palabras del Coordinador de Institutos y Comisiones

Compartir el alumbramiento de un nuevo número de la Revista de nuestro Colegio resulta una alegría profunda, y genera una oportunidad auspiciosa para agradecer y reflexionar.

La gratitud no sólo es un gesto de reconocimiento, sino que constituye -además- un acto de insoslayable valoración. Resultados como éste, la edición de un colectivo de producciones científicas agrupadas en un ejemplar rico y diverso, imponen presumir la labor de quienes lo hicieron posible. Hechos así son fruto del tiempo, el esfuerzo, la creatividad, la solidez, y la templanza de personas concretas. Por ello, es justo celebrar el compromiso y acompañamiento de todo el Directorio, y en la persona de su presidente Lucas Galdeano, extenderlo a cada uno de sus miembros. Al personal administrativo, atento y dispuesto a colaborar en la resolución de todos los detalles. Y muy especialmente a la Dra. Liliana Urrutia, artífice y gestora de esta obra. Sin su paciencia constante, su incentivo cálido y firme, su mirada rigurosa, y su espíritu abierto e inclusivo, esta edición no hubiese alcanzado su materialización.

Esta obra es una construcción mancomunada, un resultado que se nutre del aporte de múltiples individualidades, y concluye en un conjunto fructífero y superador. Cada artículo expresa la generosidad de sus autores, muchos de ellos miembros de Institutos de nuestra Casa, que se proyecta y esparce a todo el foro y trasciende a la sociedad toda. Compartir el saber, la experiencia, las dudas que inauguran desafíos de superación, y el coraje de exponer ideas y posiciones propias, es ciertamente un acto generoso. En estas páginas conviven producciones doctrinarias de indudable jerarquía, que optimizan debates profesionales, interpretaciones normativas y comentarios jurisprudenciales. Se abordan temáticas de actualidad notoria, como el despliegue de la inteligencia artificial en el mundo jurídico, que nos interpela de manera frontal y creciente; cuestiones derivadas de las reformas procesales; asuntos del derecho de las familias y de la niñez, y la férrea necesidad de reivindicar permanentemente la vigencia de los derechos humanos como institutos rectores. Así también, se postulan reflexiones sobre la realidad de mujeres; del arbitraje como

medio alternativo al judicial; aspectos del constitucionalismo comunitario; y aspectos conflictivos en la gestión deportiva; y voces sobre iusfilosofía y teoría general del derecho. Particular relevancia revisten las voces que se expresan acerca de las cuestiones ambientales, su jerarquización y trascendencia. Y sin dudas, cada construcción es un parlamento que debe analizarse a la luz de las renovadas postulaciones de la reciente Constitución de la Provincia de Santa Fe. Lo dicho habilita a felicitar a cada uno de los colegas que han comprometido su tiempo y su pensamiento creativo para iluminar estas páginas.

Creemos que la palabra es siempre creadora; que es un impulso vital que se fortalece cuando es brindada y compartida. Cuando se conjuga con la voluntad de tender puentes y con la vocación de abrir caminos, su potencial es arrollador. Si a ello se le incorpora el aliento vibrante, heterogéneo y decidido de una pluralidad de voces, el resultado es esta Revista.

Confiamos en la consolidación de una publicación que nos enorgullece, y que, con independencia de personas y gestiones, representa el espíritu crítico y dinámico de nuestra colegiación.

Felicitamos a los autores y responsables de la edición por su empecinamiento bienvenido, por su tarea honoraria y por las ganas convertidas en certidumbre colectiva.

Celebramos cada paso de protagonismo que genera nuestra Institución, en muchos casos liderando acciones y procesos, que nos instalan en un marco de ponderación y respeto nacional. Esta Revista ahonda esas huellas y nos provee una carta de presentación valiosa.

Agradecemos a cada profesional de la Abogacía, por la confianza, por el respeto constante, por el trabajo, por la consistencia en valores y en acciones, por el esfuerzo diario, por su bonhomía en la defensa del derecho. Por recibir esta obra con alegría cómplice y con afectuoso respeto.

A disfrutar cada verbo, cada frase, cada párrafo. Una multitud de voces nos reciben en cada uno de estos artículos. En cada uno resuena nuestra vocación jurídica.

Abrazo,

GUSTAVO M. NADALINI

Palabras de la Directora de la Revista

Colegas de la Abogacía:

Hemos aquí una nueva edición de la Revista Jurídica del Colegio¹, que nos alegra presentar en esta oportunidad, en la cual vemos los frutos de numerosos y calificados juristas, que enriquecen la publicación con sus conocimientos y *expertise*.

Es nuestro máximo anhelo que esta obra sea de suma utilidad para el ejercicio diario de la profesión, y, también, se sume a otros servicios y recursos jurídicos que el Colegio brinda, como ser las herramientas útiles que se encuentran en la web institucional y su biblioteca virtual.

En el período 2022-2023 relanzamos –para decirlo de algún modo-la Revista Jurídica del Colegio, aunque para ser justos debemos reconocer que a través de los años se han dado numerosas y valiosas publicaciones de distintos Institutos y Comisiones, con los más variados temas de actualidad.

Entonces la pregunta emerge: ¿por qué relanzamos? Es un modo de visibilizar la continuidad de una publicación bianual que dé cuenta del arduo trabajo que nuestros Institutos y Comisiones realizan, no sólo con temáticas vigentes, sino, incluso, con nuevos proyectos y con propuestas como aquellas que se presentaron ante la Convención Reformadora de la Constitución de Santa Fe.

Mención aparte y destacada merecen los numerosos proyectos y propuestas que fueron presentados por autoridades e integrantes que participan activamente de los Institutos y Comisiones ante la Convención Reformadora en el año en curso 2025. Material valiosísimo que se encuentra en la página web del Colegio.

Es así, entonces, que venimos a presentar esta nueva publicación (edición 2024/2025), cuyo objetivo es brindarles a los colegas y a la comunidad jurídica en general una obra que desarrolla temas de actualidad desde lo conceptual y lo práctico.

1 Colegio de la Abogacía de la 2da. Circunscripción de la provincia de Santa Fe, denominación adoptada mediante Acta de Directorio Nro. 2.424 de fecha 16-03-2023, en la cual “... se acuerda aprobar el cambio de denominación de la entidad por “*Colegio de la Abogacía de la 2da. Circunscripción*”, el que se utilizará en aquellas publicaciones, comunicaciones, redes sociales, correos, etc., en las que se considere apropiado su uso, estableciéndose que se respetará en comunicaciones internas y de actividades colegiales; asimismo, se resuelve que el nombre estatutario se conservará para actuaciones oficiales.”

Los artículos publicados en la revista se encuentran agrupados en tres ejes temáticos, que abordan las áreas más actuales de nuestra profesión. Ellos son: 1) Derecho y nuevas tecnologías; 2) Derecho y vulnerabilidades; y 3) Derecho y acceso a justicia. Se adiciona a los ejes propuestos, un acopio de temas libres.

Esperamos que esta obra se convierta en una herramienta ineludible de consulta y de aplicación a la *praxis* abogadil.

Como siempre queremos agradecer especialmente a las y los juristas de trayectoria, que nos honran integrando el Consejo Académico; al Coordinador de Institutos y Comisiones, el Dr. Gustavo Nadalini, por su valiosa labor y compromiso; a mis compañeros y compañeras de Directorio, con quienes compartimos el quehacer diario con pasión y responsabilidad; al Dr. Lucas Galdeano por timonear este barco una vez más; y a la Dra. Victoria Scoccia y al Dr. José Luis Padularrosa por la desinteresada y fundamental colaboración para la concretización de esta publicación, y nuevamente a todos y cada uno de quienes generosamente compartieron sus saberes en esta obra.

A todos, gracias, porque:

*“las huellas de las personas que caminaron juntas
nunca se borran” (Proverbio africano).*

LILIANA AÍDA BEATRIZ URRUTIA

EJE 1

DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

El error como vicio de la voluntad en la era digital: desafíos y propuestas desde el Derecho Privado Argentino

ANTONELLA PILAR CHIARRELLO¹

El error como vicio de la voluntad es una figura central en el Derecho Privado argentino, regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación. Tradicionalmente, se lo entiende como una percepción equivocada de la realidad que afecta la formación del consentimiento en los actos jurídicos, pudiendo derivar en su anulabilidad (arts. 265-267 CCCN). Sin embargo, la era digital ha introducido nuevos desafíos en su tratamiento, especialmente con el auge de la inteligencia artificial (IA) y los algoritmos en la toma de decisiones.

En primer lugar, se pretende analizar la conceptualización del error como vicio de la voluntad en el Derecho argentino, su regulación actual y la posible incidencia de la IA en su interpretación. Con el avance de tecnologías que automatizan la contratación, surge la pregunta sobre qué sucede cuando intervienen sistemas de IA que influyen en la voluntad de las partes.

Posteriormente, se abordará el problema del “error digital” o error de algoritmos, que plantea una nueva dimensión en la autonomía de la voluntad. ¿Debe considerarse vicio de la voluntad cuando el error deviene de una falla en un sistema automatizado? ¿Es posible extender los conceptos tradicionales del error a escenarios donde las decisiones humanas están mediadas por la IA? ¿Qué puede hacer el Derecho ante estas situaciones que ya se están planteando en el día a día?

Finalmente, se abordará la posibilidad de incorporar disposiciones específicas sobre error en entornos digitales, y definir estándares de transparencia en los sistemas automatizados. El estudio del error en la era digital requiere una actualización normativa que equilibre la protección de la voluntad y la seguridad jurídica en un entorno en donde la tecnología cada vez adquiere más protagonismo.

Palabras Claves: Error – Vicios de la voluntad – Inteligencia Artificial

¹ Abogada (UNR). Especialista en Magistratura (UNR). Maestranda en Derecho Privado (UNR). Docente de Derecho Privado Parte General (UNR). Secretaria del Tribunal de Ética del Colegio de Abogados de Rosario

I. Introducción

La voluntad ha sido definida, entre sus múltiples acepciones como “facultad de decidir y ordenar la propia conducta”, “libre albedrío o libre determinación”, y también como “elección de algo sin precepto o impulso externo que a ello obligue.” o “intención, ánimo o resolución de hacer algo.”², todas estas definiciones son expuestas en el Diccionario de la Real Academia Española, y podemos ver en todas ellas los diversos elementos que jurídicamente consideramos que debe tener toda conducta para ser reputada voluntaria.

Para el derecho, un acto es voluntario cuando es ejecutado con discernimiento, intención y libertad, y tal voluntad es exteriorizada. Las tres condiciones internas se vinculan mediante la conjunción “y”, lo que implica que deben concurrir en su totalidad, ya que la falta de cualquiera de ellas conlleva la clasificación del acto como involuntario.³

En el Código Civil de Vélez Sarsfield se disponía en el artículo 897 la clasificación de los hechos humanos en voluntarios e involuntarios, entendiéndose como tales aquellos realizados con discernimiento, intención y libertad, debidamente exteriorizados mediante un acto.

Actualmente, el artículo 260 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), menciona que este acto se materializa cuando los elementos internos de la voluntad se exteriorizan a través de un hecho concreto, lo que permite reconocer la intención real del sujeto. Esta concepción, que retoma los fundamentos expuestos en el Código de Vélez Sarsfield, subraya que la ausencia de cualquiera de estos elementos ya sea discernimiento, intención o libertad compromete la eficacia y la validez del negocio jurídico.⁴

La doctrina ha resaltado la importancia de que la voluntad se configure de forma plena y sin vicios, puesto que la seguridad jurídica depende de ello. De esta manera, la misma se ve afectada no solo por errores internos en la formación de la voluntad, sino también por factores externos que puedan inducir una percepción errónea de la realidad, lo cual repercute en la legitimidad del acto.⁵

2 Diccionario de la lengua Española – Real Academia Española. <https://dle.rae.es/>

3 VANNI, Liliana Noemi, Derecho Civil Parte General, La sorpresa como vicio de la voluntad, Tesis Doctoral, Universidad de Buenos Aires, 2017

4 MOLINERO, Ramiro Prieto, en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (dirs.), 2ª ed. actualizada y ampliada, LA LEY, 2023.

5 Ibidem

En primer lugar, el discernimiento se entiende como una aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente de las acciones humanas. Se trata de estados de conciencia que permiten al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones. Son causas obstativas del discernimiento la inmadurez de la persona en razón de su edad o por la alteración de las facultades mentales.⁶

Seguidamente, la libertad es la facultad de elegir entre distintas alternativas espontáneamente, esto es, sin coacciones. Por tanto, suprimen la libertad, la fuerza, el temor o intimidación (art. 276).

En último lugar, nos encontramos con la intención, que supone la aptitud para comprender el acto concreto que se realiza. Se diferencia así del discernimiento que, si bien importa un estado de conciencia, se refiere a la aptitud genérica para llevar a cabo actos jurídicos. La falta de discernimiento excluye la intención, es decir, ya al haber falta de discernimiento no se sigue analizando si hay libertad o intención, pero no a la inversa.⁷

En este sentido, suprimen la intención tanto el error como el dolo, y el trabajo que nos convoca implica centrarnos sólo en el primer vicio por cuestiones de brevedad, aunque claramente el dolo también es susceptible de múltiples análisis en relación a los entornos digitales.

Como afirmamos, la irrupción de la era digital ha introducido nuevos desafíos en este paradigma clásico. La integración de tecnologías como la inteligencia artificial y los algoritmos automatizados y, en especial, las distorsiones y los errores que se generan a partir de esto, implica una transformación en la teoría del acto voluntario o al menos una adaptación.

II. Consideraciones actuales sobre el error.

Requisito de la reconocibilidad

El error como el falso conocimiento de la realidad de las cosas, se trata de un vicio que afecta la intención del sujeto, atento a que de no haber tenido un falso conocimiento de las cosas, la persona jamás hubiera celebrado el acto. Puede recaer sobre algún elemento de hecho, contenido o presupuesto del acto; en tal caso se

6 PÉREZ PEJCIC, Gonzalo, en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 1ª ed., Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 431.

7 Ibidem.

tratará de error de hecho. En cambio, el error de derecho es el que recae sobre el alcance, la existencia o la vigencia de las normas jurídicas.⁸

En el error está descartada la ilicitud. En sentido inverso, en los otros vicios clásicos, esto es el dolo, la violencia e intimidación, el hecho que determina su presencia es siempre ilícito.

El Código no define el concepto de error esencial, sino que enumera una cantidad de supuestos que lo ilustran (art. 267), enunciado que no es taxativo. Se omite, asimismo, la calidad de no excusable que introducía el Código anterior, incorporando en cambio, cuando se trata de actos bilaterales o unilaterales recepticios, la calidad de “reconocible” por el destinatario.⁹ Este cambio es significativo porque incorpora una perspectiva objetiva en la apreciación del error, ya no es suficiente que el error haya sido determinante para quien lo sufre, sino que debe haber sido perceptible para la otra parte.¹⁰ Esta modificación busca equilibrar la protección del consentimiento con la seguridad jurídica y la estabilidad de los negocios, protegiendo a la parte que actuó de buena fe y evitando que cualquier error subjetivo pueda ser invocado como causa de ineficacia del acto.

A su vez, al eliminar el requisito de inexcusabilidad que exigía el antiguo código se elimina una barrera que en la práctica limitaba la posibilidad de invocar este vicio de la voluntad, porque se centraba en la figura de la persona que cometía el error. En este sentido, la doctrina ha destacado que este cambio favorece una interpretación más flexible y acorde con la realidad contractual moderna.¹¹

Se señala que el error es reconocible para la contraparte, cuando ésta “pudo advertir que faltaba en la conciencia de ambas correspondencia en la declaración”, agregando que el criterio para determinar la reconocibilidad es objetivo, teniendo en cuenta “la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar”¹². Para ello se requiere que el destinatario “actuando con diligencia debida, pudo o debió advertir el error”.¹³

8 AZPEITIA, Mariana y RODRÍGUEZ, Maximiliano, *Derecho privado. Parte general*, t. II, 1ª ed., Del Castillo, Rosario, 2017, p. 35.

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

11 BENAVENTE, María Isabel, “Comentario en *Código Civil y Comercial comentado*”, en LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

En resumen, el error vicio para que produzca la anulación del contrato debe cumplir varios requisitos: debe ser de “hecho”, es decir necesariamente tiene que recaer sobre las circunstancias fácticas del negocio jurídico, debiendo, además, ser esencial y reconocible.

Siguiendo con el desarrollo, mencionamos que si bien no hay un concepto propio en nuestro CCyC, se decidió tratar diversos supuestos, así establece el artículo 267: *“El error es esencial cuando recae sobre: a) La naturaleza del acto. b) El objeto principal de la prestación o alguna de sus cualidades que motivaron la celebración del acto. c) La persona, cuando su consideración haya sido la causa principal del acto. d) Cualquier otra circunstancia que haya sido decisiva para la celebración del acto, según las reglas de la buena fe y del ordenamiento jurídico.”*

Como se puede observar, el inciso d, abre la puerta a una indefinible posibilidad de planteos al introducir una visión más amplia con criterios de buena fe y equidad.

En este punto cabe reflexionar, si sería posible incorporar de manera específica en estos supuestos, el error generado por la IA, el cual surge de la actuación o configuración defectuosa de sistemas que operan sin intervención humana directa o si éste se encuentra incluido en el inciso d.

Cabe puntualizar que la IA se define como el desarrollo de algoritmos y sistemas capaces de realizar tareas que normalmente requerirían inteligencia humana, como el aprendizaje automático y la toma de decisiones.¹⁴ Sin embargo, la IA no está exenta de errores, éstos pueden surgir debido a la complejidad de los programas modernos, el uso de técnicas de aprendizaje automático con conjuntos de datos insuficientes y la dificultad de interpretar los resultados generados por modelos de IA.¹⁵

Asimismo, un error algorítmico puede manifestarse en la incapacidad de un modelo de IA para generalizar correctamente más allá de los datos de entrenamiento, lo que se traduce en sesgos.¹⁶

Existen varias razones por las que la IA puede cometer errores. En primer lugar, la IA se basa en algoritmos diseñados por humanos. Estos algoritmos son creados a partir de datos históricos y patrones de comportamiento que se han observado en el pasado. En segundo lugar, la IA también puede cometer errores debido a la falta de

14 ERAZO LUZUARIAGA, Alex Fernando, RAMOS, Francisco Marcelo, y ot.. *La inteligencia artificial aplicada a la optimización de programas informáticos*. Journal of Economic and Social Science Research, 3(1), Editorial Grupo AEA, Ecuador, 2023, pág. 48.

15 Ibidem.

16 RUSSELL, stuart, y NORVIG, peter. *Inteligencia artificial: Un enfoque moderno*. 2.^a ed., Pearson, Madrid, 2016, pág. 56.

contexto o comprensión del lenguaje humano. Por último, la IA también puede cometer errores debido a la falta de datos. La IA se basa en grandes cantidades de datos para identificar patrones y aprender de ellos. Si los datos son limitados o no están disponibles, la IA puede no tener suficiente información para tomar decisiones precisas. Hay que tener claro que, si los datos no son de buena calidad, o están sesgados, la IA puede aprender patrones incorrectos y producir resultados erróneos.¹⁷

Debido al desarrollo que haremos en el siguiente apartado, adelantamos que en nuestra opinión sería una buena decisión legislativa adoptar una disposición particular sobre este tipo de error de manera que pueda otorgar una mayor seguridad jurídica y protección al contratante, a estos efectos se propone este posible inciso: El error es esencial: “e) cuando haya sido inducido por un sistema de inteligencia artificial o algoritmo que genere información incorrecta o sesgada y haya sido determinante para la celebración del acto”, pudiendo el afectado solicitar la nulidad por vicio de la voluntad.

En la era de los contratos inteligentes, marketplaces y decisiones basadas en IA, es común que el error pueda originarse o en el sistema que media la contratación.

Una mención específica, clara y precisa como este inciso facilita el desarrollo de criterios normativos y jurisprudenciales que, a su vez, permitan imponer obligaciones de transparencia y diligencia a quienes implementan sistemas automatizados en la contratación.

III. Nuevos desafíos en la autonomía de la voluntad.

Diferencia del error humano y error producido por la IA

Habiendo conceptualizado el error como vicio según la doctrina, es oportuno preguntarse en este contexto si es lo mismo el error humano al error generado por una IA o sistema automatizado, ¿acaso tiene la misma consecuencia? ¿Cómo es la cuestión de la prueba en estos procesos? ¿debería el ordenamiento jurídico tratar de forma diferenciada el error algorítmico? ¿es posible una solución mediadora desde el Derecho respecto a fomentar la innovación tecnológica con la protección de la autonomía y seguridad jurídica de los contratantes?

Teniendo presente las normas jurídicas vigentes, no hay ninguna diferenciación al respecto, y como mencionamos *ut-supra* creemos pertinente la incorporación de

17 MARÍA, Francisco. ¿Por qué la inteligencia artificial comete errores? Ok diario, Madrid, 2023, en <https://okdiario.com/ciencia/que-inteligencia-artificial-comete-errores-10923758>

este error en el artículo 267 de nuestro CCyC, por las características propias que posee este tipo de error.

Detrás de cada sistema basado en inteligencia artificial hay un ser humano que lo ha concebido, desarrollado y delimitado sus lineamientos de su funcionalidad. Sin embargo, a medida que estos sistemas evolucionan, su funcionamiento se vuelve cada vez más autónomo e independiente. Gracias a su capacidad de aprendizaje automático, los algoritmos analizan grandes volúmenes de datos proporcionados por sus programadores y, a partir de ellos, identifican patrones, optimizan respuestas y perfeccionan su desempeño sin intervención humana directa. De este modo, aunque su configuración inicial depende de decisiones humanas, la IA puede generar resultados inesperados o incluso desarrollar procesos de toma de decisiones que superan la comprensión detallada de sus propios creadores.¹⁸

En esta línea, la opacidad algorítmica impide que el contratante pueda advertir el error. Es importante aclarar que, al referirnos a la opacidad de los algoritmos, estamos aludiendo a la falta de transparencia derivada de la presencia de lo que se podría considerar una “caja negra”, la cual carece de la capacidad explicativa necesaria y complica su comprensión adecuada.¹⁹

Otro aspecto clave es la marcada asimetría de información existente entre los proveedores de tecnologías en distintas áreas del mercado y los usuarios/contratantes. Un ejemplo de esta desigualdad podría observarse en la relación entre las compañías de seguros y los consumidores (asegurados). Dado que las aseguradoras se dedican exclusivamente a la comercialización de seguros, la irrupción de la inteligencia artificial ha acentuado aún más esta disparidad, llevándola a niveles exponenciales.²⁰

La brecha no solo es técnica, sino también económica, legal e informativa, e incluso alcanza el conocimiento del propio comportamiento de los consumidores. A través del uso de herramientas como el *Big Data*, el *Internet of Things* y los dispositivos *wearables*, las compañías de seguros tienen acceso a enormes canales de

18 VARA PITARCH, María, “Luces y sombras de los nuevos retos digitales: el sesgo algorítmico y el derecho a la protección de datos personales”, *Diario LA LEY*, N° 70, Sección Ciberderecho, LA LEY, 6 de marzo de 2023, p. 9

19 RUIZ, F. Javier Blázquez, “La paradoja de la transparencia en la IA: Opacidad y explicabilidad. Atribución de responsabilidad”, *Revista internacional de pensamiento político*, 2022, vol. 17, pág. 261

20 SOBRINO, Waldo Augusto, “Neuromarketing y consumidores, ¿la absoluta asimetría de conocimiento entre compañías de seguros y consumidores se agrava en forma exponencial y perjudicial?”, *XVIII Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros*, SAIJ, mayo de 2022, Id SAIJ: DACF240027.

información sobre sus asegurados, lo que les otorga una ventaja significativa en la toma de decisiones y en la personalización de sus servicios.²¹

Teniendo presente que estas son las peculiaridades de los errores informáticos, resulta imprescindible establecer una regulación específica que permita esclarecer diversas situaciones hipotéticas, otorgar seguridad jurídica, y proporcionar una mayor protección tanto a los contratantes como, en general, a la persona humana.

En caso de que se opte por una regulación expresa, será primordial atender con particular atención a los términos en los cuales se regule dicha cuestión, con el objetivo de evitar la creación de un marco normativo que pueda dar lugar a abusos de derecho. Esta regulación debe ser precisa y cuidadosamente delimitada para garantizar su efectividad sin generar un exceso de litigios innecesarios.

Otra cuestión teniendo presente si es que se llegara a regular es sobre si el error causado por la IA cumple o no con el requisito de reconocibilidad. Retomando los conceptos mencionados, para que un error se considere reconocible y por lo tanto, susceptible de solicitar la nulidad del acto, debe tratarse de una situación en la que la otra parte, actuando con la diligencia debida, pudiera haber advertido la existencia de un error determinante en la formación del consentimiento.

Ahora bien, en el contexto de los sistemas informatizados, se plantea un escenario en el que la complejidad del algoritmo o la falta de transparencia en su funcionamiento pueden dificultar que la contraparte detecte el error. Por ejemplo, si un sistema digital induce a un usuario a celebrar un contrato basándose en datos incorrectos, pero dichos datos son presentados de forma que la otra parte no tiene forma razonable de verificarlos o advertir su falsedad, podría argumentarse que el error no cumple con el requisito de reconocibilidad y aquí nos encontramos con el primer obstáculo a este análisis.

Los sistemas de IA y algoritmos suelen funcionar como cajas negras, es decir, procesan información de manera compleja, sin que el usuario pueda entender cómo llegan a sus conclusiones²², por lo tanto, el requisito de reconocibilidad es difícil de plantearlo en estos casos.

Entonces nos preguntamos, ¿La parte contratante debería anticiparse y prever que el sistema puede cometer errores? En muchos contratos digitales, los usuarios confían en la tecnología y asumen que la información generada por un sistema de

21 Ibidem.

22 RODRÍGUEZ, Juan David Gutiérrez. Retos éticos de la inteligencia artificial en el proceso judicial. En *Derecho Procesal. #NuevasTendencias: XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2020. p. 9.

IA es correcta, sin embargo, la realidad demuestra que los algoritmos a menudo se basan en bases de datos externas, y los errores pueden originarse por fallas en esas fuentes de información.

Esta situación implica que nos replanteamos si es suficiente la incorporación del error algorítmico al artículo 267. En este sentido, implica la reformulación o de alguna manera la flexibilidad del requisito de reconocibilidad para proteger a la parte más débil y que tenga la posibilidad de solicitar la nulidad. Es así que se propone también una disposición que contemple la posibilidad de que cuando el error provenga de un algoritmo o inteligencia artificial dicho error se presumirá no reconocible por la parte afectada. Es decir, prever la excepcionalidad de que en estos casos no sea indispensable ni eliminatorio el requisito de la reconocibilidad para estar ante un vicio de la voluntad como el error, y por ende solicitar la nulidad.

Si un algoritmo que se encarga de vender productos asigna un valor incorrecto a un bien, y la parte afectada no tiene el conocimiento suficiente para identificar ese error, dicha parte debería tener derecho a pedir la nulidad del acto jurídico o la rectificación del mismo. Esta protección hacia la parte más débil busca también que la IA no se convierta en un escudo de impunidad para errores en la contratación digital, y también se protege.

IV. Conclusión

En los apartados previos, se ha destacado el impacto de la tecnología en la teoría del acto voluntario, en específico sobre el error, sin embargo al ser una cuestión en constante evolución, es necesario que se analice con rigor todos los elementos del acto voluntario desde una perspectiva actual teniendo presente la dignidad humana y la protección de sujetos vulnerables.

En base a características propias que dificultan la detección, prueba y reparación que se dan en el error algorítmico o generado por IA comprendemos que no es plenamente equiparable al error humano. La falta de transparencia y las llamadas “cajas negras” que se dan en los procesos de toma de decisiones automatizados implican un desconocimiento técnico de los contratantes, es decir, la parte afectada suele no tener los medios para advertir o corregir el error antes de celebrar el contrato. Esto pone en tensión el requisito de reconocibilidad del error, tal como lo exige el artículo 265 CCyCN, y plantea la necesidad de una revisión normativa que contemple los desafíos propios de la contratación digital.

Por otro lado, es real que en la práctica, la nulidad contractual derivada de un error algorítmico no siempre va a beneficiar a la parte más débil, sino que, en mu-

chas ocasiones, el proveedor la va a invocar en su favor ya que el efecto retroactivo le será más provechoso. En este sentido, en caso de que haya un nuevo marco normativo para las nuevas tecnologías y sus incidencias en los actos jurídicos, es necesario que la regulación evite que la nulidad se convierta en un mecanismo estratégico de protección para las grandes plataformas tecnológicas, garantizando que sea una herramienta disponible para la parte más vulnerable y que su aplicación no genere perjuicios desproporcionados.

En estas instancias, se afirma que el derecho privado argentino se encuentra ante un punto de inflexión. La contratación digital y la inteligencia artificial exigen la reconfiguración o redefinición de teorías tradicionales como la del acto voluntario, exigiendo que el ordenamiento jurídico adopte soluciones innovadoras que permitan equilibrar la protección del individuo con el desarrollo tecnológico.

Por lo tanto, una regulación apropiada del error algorítmico no solo fortalecerá la seguridad jurídica en el marco de los negocios electrónicos, sino que también contribuirá a consolidar un modelo de contratación más justo, transparente y adaptado a los desafíos del siglo XXI.

Litigación Inteligente y uso ético de la IA

JUAN MANUEL FASCIA¹

El vertiginoso avance de la inteligencia artificial (IA) está transformando la práctica jurídica hacia lo que denominamos “Abogacía 4.0”, en la que la litigación inteligente aprovecha herramientas tecnológicas para agilizar procesos y mejorar la toma de decisiones. Este artículo analiza el uso de sistemas de IA, desde asistentes generativos como ChatGPT, Gemini o Copilot hasta plataformas en el ejercicio profesional, enfocándose en los desafíos éticos y jurídicos que plantean. Se examinan los marcos doctrinarios y normativos vigentes a nivel nacional, como regulaciones locales recientes (Circulares 19/25 y 25/25 del Poder Judicial de Santa Fe y las Recomendaciones del Colegio de Abogados de Rosario sobre IA) e internacional (incluyendo instrumentos como el AI Act europeo, lineamientos de la ABA y recomendaciones de UNESCO). A partir de ello, se identifican principios claves para un uso responsable de la IA en el ámbito judicial y profesional: supervisión humana permanente, protección de datos personales, transparencia y consentimiento informado, prevención de sesgos, y mantenimiento de la competencia y diligencia debida del abogado. Finalmente, se reflexiona sobre la obligación de medio y la responsabilidad profesional indelegable en el empleo de estas tecnologías, concluyendo con recomendaciones para integrar la IA de forma ética en la litigación contemporánea.

Palabras clave: Inteligencia Artificial; Ética jurídica; Litigación inteligente.

I. Introducción

La incorporación de la inteligencia artificial en el ámbito legal ha dado lugar al concepto de “litigación inteligente”, eje de la llamada Abogacía 4.0, que alude a la cuarta revolución tecnológica en la profesión jurídica. Este fenómeno se caracte-

¹ Abogado litigante, especializado en Derecho Penal; Socio Fundador de GFB&ASOCIADOS; Profesor Superior en Derecho, UCA; Diplomado en IA y Derecho, UBA; Maestrando en IA y Derecho, CEUPE; Secretario del Colegio de Abogados de Rosario.

riza por el uso de sistemas avanzados —especialmente IA generativa— para apoyar tareas propias del litigio: búsqueda jurisprudencial y doctrinaria automatizada, análisis predictivo de casos, redacción asistida de escritos forenses, gestión eficiente de la prueba digital, entre otros. Estas innovaciones prometen optimizar el trabajo de abogados y operadores judiciales, incrementando la eficiencia y potenciando la capacidad de procesar grandes volúmenes de información. De hecho, estudios recientes señalan los “innegables beneficios cuantitativos y cualitativos” de la implementación de IA en el ejercicio de la práctica jurídica.

No obstante, junto con las oportunidades, emergen serios desafíos éticos y jurídicos. El despliegue de IA en litigios ha expuesto riesgos como la posible violación del secreto profesional y la privacidad de los datos de clientes, la introducción de sesgos algorítmicos que afecten la equidad en los procesos, la difusión de información inexacta o “alucinaciones” generadas por máquinas, e incluso la erosión del control humano en la toma de decisiones judiciales. Un caso paradigmático ocurrió en 2023, cuando un abogado estadounidense presentó un escrito judicial elaborado con ayuda de ChatGPT y el sistema inventó citas de jurisprudencia inexistentes, induciendo al profesional al error y alertando al tribunal sobre las limitaciones de estas herramientas. Del mismo modo, en Colombia se generó preocupación cuando un juez admitió haber utilizado ChatGPT para fundamentar una sentencia, dada la tendencia conocida de esta IA a introducir información falsa o sesgada, lo que suscitó alarmas sobre la fiabilidad de emplear tales herramientas en el razonamiento jurídico. Estos ejemplos evidencian la necesidad de marcos de uso ético que orienten a la abogacía en la integración responsable de la IA, evitando tanto un tecnocentrismo acrítico como un rechazo infundado a innovaciones que, gestionadas prudentemente, pueden fortalecer el acceso a la justicia y la calidad de los servicios legales.

En este contexto, la comunidad jurídica internacional y local ha comenzado a trazar lineamientos doctrinarios y normativos para el empleo adecuado de la IA. Diversos organismos globales —Naciones Unidas, UNESCO, OCDE, entre otros— han establecido estándares sobre el uso ético y responsable de la IA, enfatizando la protección de los derechos fundamentales, la dignidad humana y el Estado de Derecho. En paralelo, jurisdicciones y asociaciones profesionales de abogados alrededor del mundo han reconocido que la competencia técnica en tecnologías emergentes es parte del deber de diligencia del abogado. En la Argentina, recientemente se dictaron normas específicas y recomendaciones —como las Circulares 19/2025 y 25/2025 del Poder Judicial de Santa Fe, y las Recomendaciones sobre IA del Colegio de Abogados de Rosario— que abordan de manera concreta el uso de IA generativa en el quehacer judicial y forense. Este artículo se propone analizar estos desarrollos,

sistematizando los principios éticos, obligaciones y mejores prácticas que configuran un marco de litigación inteligente comprometida con los valores fundamentales de la profesión. Para ello, en el Desarrollo se examinan sucesivamente: (a) las principales referencias normativas y doctrinarias internacionales en la materia; (b) las regulaciones y guías éticas emanadas en el ámbito local; (c) ejemplos prácticos de herramientas de IA aplicadas al litigio y sus implicancias; y (d) los retos éticos y de responsabilidad profesional que enfrentan los abogados al utilizar IA. Finalmente, en las Conclusiones, se recapitulan los hallazgos y se esbozan recomendaciones tendientes a garantizar un aprovechamiento ético, seguro y eficaz de la IA en la litigación moderna, bajo la premisa de que la tecnología debe estar al servicio de la justicia y no viceversa.

II. Marco normativo y principios éticos internacionales

A nivel internacional, el uso ético de la IA en el campo jurídico se sustenta en una serie de estándares y directrices impulsados por organismos multilaterales y foros profesionales. Un punto de partida es la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial de UNESCO (2021), primer instrumento global en la materia, que consagra valores y principios orientadores como el respeto a los derechos humanos, la promoción de la diversidad y la no-discriminación, la transparencia, la responsabilidad y la supervisión humana de los sistemas de IA. Del mismo modo, la OCDE adoptó en 2019 sus Principios sobre IA, refrendados luego por el G20, que abogan por una IA centrada en el ser humano, robusta, segura y explicable, subrayando la responsabilidad de quienes la desarrollan y utilizan. Estos marcos generales han influido notablemente en regulaciones regionales posteriores.

En el ámbito europeo, la Unión Europea ha finalizado el Reglamento de IA (“AI Act”) el cual entró en vigencia el 1 de agosto de 2024 y será plenamente aplicable en 2026, un ambicioso cuerpo normativo que propone un enfoque basado en la evaluación de riesgos. El AI Act establece categorías de sistemas de IA en función de su nivel de riesgo (mínimo, limitado, alto y prohibido) e impone obligaciones proporcionales a desarrolladores y usuarios para garantizar un uso ético y seguro. Por ejemplo, las IA de “alto riesgo” –entre las que probablemente se incluirán aplicaciones utilizadas en ámbitos sensibles como la justicia– deberán cumplir requisitos estrictos de gestión de riesgos, transparencia, supervisión humana y calidad de datos, entre otros. Este reglamento si bien aún no está plenamente vigente, sienta un precedente importante a considerar en nuestra región, dado que muchas herramientas de IA usadas localmente son provistas por empresas globales sujetas a estas regulaciones. Adicionalmente, el Convenio Marco sobre Inteligencia Artificial,

Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho impulsado en el seno del Consejo de Europa apunta a establecer obligaciones internacionales en la materia, reforzando la necesidad de alinear la innovación tecnológica con los estándares de derechos humanos.

Por su parte, en los Estados Unidos, la discusión ha girado en gran medida en torno a la ética profesional del abogado en la era digital. La American Bar Association (ABA) actualizó hace una década el comentario de su Regla Modelo 1.1 (sobre competencia profesional) para aclarar que la competencia del abogado incluye mantenerse al día con “los beneficios y riesgos asociados a la tecnología”. Esta obligación de capacitación continua ha sido incorporada en las normas de ética de la abogacía de la mayoría de los estados norteamericanos. Más recientemente, en julio de 2024 la ABA emitió su Formal Opinión 512, primer pronunciamiento específico sobre el uso de IA generativa por abogados. En dicha opinión se enfatiza que el letrado que emplee herramientas como ChatGPT debe seguir observando cuidadosamente sus deberes tradicionales de competencia, confidencialidad, comunicación veraz y supervisión. En concreto, la ABA sostiene que el abogado tiene el deber de entender las capacidades y limitaciones de la IA utilizada; debe proteger la confidencialidad de la información del cliente al interactuar con tales herramientas; es recomendable informar al cliente sobre el uso de IA cuando ésta forme parte sustancial del trabajo jurídico; y se mantiene incólume la responsabilidad del abogado por los actos de asistentes o herramientas que emplee en su práctica. Estos lineamientos de la ABA, si bien no obligatorios fuera de EE.UU., ofrecen un marco de referencia útil y han tenido eco en debates deontológicos de otros países, incluyendo Argentina.

En síntesis, el consenso doctrinario internacional señala una serie de principios rectores para el uso de IA en el ámbito jurídico: (1) Primacía de los derechos fundamentales: la tecnología debe operar en todo momento bajo el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y el Estado de Derecho; (2) Supervisión y control humanos: los sistemas de IA han de estar siempre sujetos al escrutinio de personas calificadas, que tomen las decisiones últimas sin delegar ciegamente en la máquina; (3) Transparencia y explicabilidad: se requiere apertura respecto al uso de IA, explicando en términos comprensibles su rol y alcances, tanto ante clientes como frente a tribunales, de modo que sus inferencias puedan ser examinadas y no operen como cajas negras inexpugnables; (4) Equidad y no discriminación: deben prevenirse y corregirse eventuales sesgos algorítmicos que puedan derivar en tratamientos desiguales o resultados injustos; (5) Privacidad y protección de datos: es imperativo salvaguardar los datos personales involucrados, asegurando su tratamiento confor-

me a las normas de protección de datos y evitando exposiciones indebidas de información sensible; (6) Responsabilidad y rendición de cuentas: los desarrolladores, proveedores y usuarios de IA –incluidos los abogados que las implementan en sus casos– deben asumir la responsabilidad por su utilización y por los resultados que de ella se deriven, sin que la intervención de una “inteligencia” artificial diluya obligaciones jurídicas o éticas.

III. Regulaciones y guías éticas en el ámbito local (Argentina)

En Argentina, aunque por el momento no existe una ley nacional específica que regule la inteligencia artificial, en los últimos años se han dado pasos significativos desde los poderes judiciales y las organizaciones profesionales para encauzar el uso de IA de manera ética y responsable. Diversas jurisdicciones locales han promulgado protocolos o recomendaciones pioneras. Por ejemplo, En 2021, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CMCABA) aprobó la Resolución CMCABA N° 108/2021, mediante la cual se creó el Programa de Inteligencia Artificial para la Modernización e Innovación del Poder Judicial. Este programa estableció, entre otros objetivos, la incorporación de herramientas digitales e inteligencia artificial (IA) en los procesos judiciales, así como la capacitación de magistrados, funcionarios y empleados en el uso de estas tecnologías. La Procuración General de la CABA creó el Programa de Inteligencia Artificial del Ministerio Público Fiscal mediante la Resolución PGN 14/25, emitida el 14 de mayo de 2025, haciendo hincapié en la supervisión humana de cualquier algoritmo utilizado en la gestión de casos. Asimismo, los Poderes Judiciales de provincias como Río Negro, San Juan o San Luis han aprobado protocolos de uso de IA particularmente en materia de IA generativa– a fin de garantizar que su adopción respete estándares de seguridad y ética. Estas iniciativas demuestran una toma de conciencia a nivel federal sobre la importancia de regular la IA aun antes de que se sancione una legislación nacional de fondo.

Especial atención merece lo actuado por el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, que ha sido uno de los primeros en el país en abordar integralmente la cuestión. En marzo de 2025, la Corte Suprema de Justicia santafesina emitió la Circular N° 19/2025, habilitando formalmente –bajo ciertas condiciones el uso de herramientas de IA Generativa en el Poder Judicial provincial. En este acto, la Corte reconoció el valor instrumental de estas tecnologías para apoyar la labor jurisdiccional, pero condicionó su empleo a una autorización previa: jueces y defensores públicos interesados deben completar un formulario de solicitud y comprometerse a seguir las pautas establecidas. Esta primera medida fue complementada poco

después con la Circular N° 25/2025, mediante la cual la Corte aprobó una “Guía de Buenas Prácticas para el uso de IA Generativa” dirigida a todos los órganos judiciales. Dicha Guía –concebida como un estándar mínimo y sujeto a actualización periódica– recoge directrices concretas para el personal judicial en interacción con sistemas como ChatGPT y otros. Por ejemplo, se subraya que “la adopción de aplicaciones de IAG debe conjugarse con el análisis técnico de factibilidad desde la óptica de la seguridad informática”, imponiendo un filtro de la Dirección de Sistemas antes de habilitar cualquier herramienta en la red interna judicial. Asimismo, la Guía santafesina se alinea con los documentos internacionales citados en sus considerandos (UNESCO, Consejo de Europa, etc.), incorporando principios de derechos humanos, transparencia, equidad, privacidad y control humano muy similares a los reseñados en el apartado anterior. Se establece, por ejemplo, la responsabilidad del funcionario de verificar las respuestas brindadas por la IA antes de tomar decisiones basadas en ellas, y se recomienda no ingresar datos personales sensibles en plataformas cuyo nivel de seguridad no haya sido validado. Estas acciones del Poder Judicial de Santa Fe constituyen un caso de estudio valioso de autorregulación institucional, que bien podría replicarse o inspirar desarrollos en otras jurisdicciones y a nivel nacional.

En el plano de los Colegios y Asociaciones Profesionales, sobresale la iniciativa del Colegio de Abogados de Rosario (Provincia de Santa Fe), que en marzo de 2025 se convirtió en el primer Colegio del país en aprobar por directorio las “Recomendaciones para la Implementación Ética y Responsable de la IA Generativa en la Práctica Jurídica”.

Estas recomendaciones nacen a raíz de que el Dr. Lucas Galdeano, presidente del Colegio de Abogados de Rosario, plantea la reflexión de los problemas que se generan por las dificultades que tienen algunos colegas a la hora de valorar determinadas prácticas o conductas en relación al uso de las nuevas tecnologías, los nuevos formatos de ejercicio profesional, el uso de redes sociales, etc. Asimismo, que las Normas de ética resultan a veces dificultosas para encuadrar algunas conductas llevadas adelante por los colegas teniendo en cuenta los cambios en la sociedad y el ejercicio profesional. En tal sentido y atendiendo a la propuesta realizada por el Instituto de Inteligencia Artificial para la formulación de recomendaciones de uso responsable de dicha herramienta.

Este documento, es fruto del trabajo mancomunado de la Dra. Claudia Guardia, presidenta del Instituto de IA de nuestro Colegio, la Dra. Marilina Borneo, coordinadora del IALAB (Laboratorio de Inteligencia Artificial de la UBA), actualmente directora de la Dirección General de IA de CABA y de quien suscribe, secretario del

Colegio de Abogados de Rosario. Y parte de una serie de considerandos que contextualizan el fenómeno: destaca los estándares globales (ONU, UNESCO, OCDE) que abogan por un uso responsable de la IA, reconoce la influencia normativa del Reglamento europeo de IA en cuanto a clasificar riesgos y exigir gestión ética de los mismos, y cita expresamente el precedente de la ABA (Modelo 1.1 Comentario 8 y Opinión Formal 512) en cuanto al deber de actualización tecnológica de los abogados. Asimismo, da cuenta de los esfuerzos de distintos organismos locales (Consejo de la Magistratura CABA, Poder Judicial de Río Negro, Corte de San Juan, y el propio Poder Judicial de Santa Fe) por establecer guías específicas, señalando que la profesión legal debe acompañar esta evolución.

Sobre esa base, el Colegio de Rosario resolvió una serie de principios y lineamientos que, si bien no tienen el carácter de obligatorios, establecen una metodología para que sus matriculados al usar IA generativa (referida en las recomendaciones como IAGEN) no se aparten de su uso ético y tomen conciencia de la responsabilidad profesional. Entre los principios generales se enumeran: Primacía de los Derechos Fundamentales, garantizando en toda circunstancia el respeto a la dignidad humana y los derechos básicos de las personas involucradas; Transparencia y claridad explicativa, esto es, informar de manera comprensible al cliente la naturaleza y alcances del uso de tecnologías de IA en su caso, y exigir siempre su consentimiento informado previo para utilizarla; Equidad y prevención de riesgos, lo que implica revisar críticamente los contenidos generados por la IA a fin de detectar y corregir sesgos o alucinaciones que pudieran conducir a resultados discriminatorios o erróneos; Privacidad y protección de datos, obligando al abogado a aplicar protocolos estrictos de confidencialidad, anonimización de datos sensibles y demás salvaguardas para proteger la información personal en todo momento; y un Control humano adecuado y suficiente, principio según el cual el profesional debe conservar siempre la dirección técnica del asunto, supervisando exhaustivamente las sugerencias o productos de la IA antes de incorporarlos a cualquier acto procesal o decisión, y asegurándose de que el nivel de intervención humana sea proporcional al riesgo de la tarea automatizada. Corolario de este último principio es la afirmación expresa de que “la responsabilidad del profesional es indelegable respecto del contenido generado con apoyo en IA”, dejando en claro que el abogado no puede escudarse en la máquina para eximirse de las consecuencias de presentar argumentos o documentos incorrectos. Se advierte incluso que el incumplimiento de estas reglas podría constituir faltas éticas pasibles de sanción disciplinaria, por lo que los abogados deben tomarlas muy en serio.

Entre los lineamientos específicos que complementan aquellos principios, las Recomendaciones de Rosario incluyen: la formación continua obligatoria en competencias digitales e IA para los abogados, a fin de que comprendan su funcionamiento básico y limitaciones; la evaluación previa de las herramientas de IA a emplear, utilizando preferentemente aquellas confiables, de código abierto o con licenciamiento adecuado, y evitando usarlas más allá de sus finalidades declaradas; la obligación de informar incidentes: si el profesional detecta un resultado de la IA que implique un riesgo ético grave (ej. una violación de confidencialidad, o la generación de contenido claramente ilícito), deberá reportarlo al Colegio para su tratamiento; la obtención de un acuerdo de confidencialidad con el cliente en relación al uso de IA, complementando el consentimiento informado con garantías de protección de la información compartida; y, finalmente, un llamado al propio Colegio de Abogados a cumplir un rol activo en el seguimiento de estas recomendaciones mediante la capacitación interdisciplinar, el fomento del uso ético (por ejemplo, difundiendo buenas prácticas) y la revisión periódica de las directrices para ajustarlas a los avances tecnológicos. En suma, estas Recomendaciones rosarinas constituyen un código de conducta de vanguardia para el ejercicio profesional en la era de la IA, y complementan las iniciativas institucionales antes mencionadas. Cabe destacar que se está trabajando para que estas recomendaciones sean suscriptas también por otros colegios profesionales de la región, lo que sugiere una posible unificación de criterios deontológicos sobre IA a nivel de la abogacía argentina en un futuro próximo.

IV. Litigación inteligente en la práctica: herramientas de IA y casos de uso

Bajo el paraguas conceptual de la “litigación inteligente” se encuentra una variedad de herramientas tecnológicas concretas que los abogados y estudios jurídicos están incorporando a su actividad diaria. Muchas de ellas se basan en IA generativa o en algoritmos de aprendizaje automático capaces de procesar lenguaje natural, permitiendo automatizar o acelerar tareas tradicionalmente manuales. A continuación, se describen algunos ejemplos representativos, junto con las ventajas que ofrecen y las precauciones éticas asociadas a su uso.

- *Asistentes legales virtuales (chatbots especializados)*: Aplicado al ámbito jurídico, un asistente así podría usarse para responder automáticamente consultas frecuentes de clientes. La ventaja es clara: disponibilidad inmediata y ahorro de tiempo en tareas repetitivas. Sin embargo, desde un punto de vista ético, el abogado debe ser cauto y garantizar que las respuestas automatizadas sean correctas y actualizadas,

supervisando periódicamente el contenido que brinda la IA y la confidencialidad de la información sensible con el chatbot,

- *Plataformas de transcripción y análisis de reuniones o audiencias:* Herramientas así pueden emplearse para transcribir audiencias, declaraciones testimoniales, mediaciones o reuniones con clientes de forma automatizada. Esto facilita luego la localización de información en largas sesiones y la elaboración de minutas o actas, detectar acuerdos o tareas derivadas de la reunión. No obstante, nuevamente surgen consideraciones éticas: consentimiento de las partes para grabar o transcribir una audiencia con medios no oficiales, deben ofrecer garantías de seguridad y cifrado. Además, aunque la transcripción sea automatizada, corresponde al abogado revisar su exactitud frente al audio original, ya que errores en el reconocimiento de voz podrían cambiar el sentido de un testimonio. Por tanto, estas herramientas deben usarse como complemento y no sustituto del análisis jurídico profundo. Y, una vez más, la confidencialidad y protección de datos resultan vitales. Las guías de buenas prácticas aconsejan la anonimización o seudonimización de los documentos antes de entregarlos a una IA externa, siempre que ello sea posible sin perder el contexto necesario para el análisis.

- *Modelos de lenguaje de propósito general:* Son quizás las herramientas de IA más conocidas y utilizadas en la actualidad por su versatilidad. ChatGPT, en su versión más avanzada (basada en GPT-4), ha demostrado poder llevar a cabo tareas impresionantes en el ámbito legal: desde redactar un borrador de demanda o contestación, elaborar un esquema de alegato, traducir textos jurídicos complejos a lenguaje llano para el cliente, hasta incluso simular una contraargumentación para prepararse para una audiencia. El caso del abogado sancionado en Nueva York por presentar un escrito con casos ficticios creados por ChatGPT es aleccionador en este sentido. La lección es clara: todo output de la IA debe ser verificado y revisado con ojo crítico por el abogado antes de incorporarlo a un trabajo real. En suma, el abogado no puede abdicar su rol de curador y filtro experto del material que provee la IA. Otro tema es la transparencia con los tribunales: ¿debe revelarse que un escrito fue elaborado con asistencia de IA? En principio, mientras el profesional haya validado el contenido y éste sea correcto, el hecho de haber usado una herramienta de apoyo es éticamente neutro; no obstante, si una parte o el juez indaga sobre el proceso de elaboración, la honestidad aconseja no ocultarlo. De hecho, en EE.UU. algunos jueces han empezado a preguntar en audiencias si los textos fueron generados por IA, precisamente por los antecedentes de información espuria presentados. A nivel local, no hay por ahora exigencia formal de revelar el uso de IA, pero es

un debate en ciernes dentro del marco de la transparencia en la administración de justicia.

Por último, conviene mencionar que la IA no solo asiste a abogados sino también a jueces y tribunales, lo que completa el ecosistema de la litigación inteligente. Existen experiencias de sentencias asistidas por IA, como el referido caso en Colombia, donde un juez de tutela incorporó respuestas de ChatGPT en su fallo. Ello motivó que la Corte Constitucional de Colombia revisara el asunto en 2024, concluyendo que, si bien la IA puede servir para gestionar información y ayudar en redacciones, los jueces “no deben depender excesivamente” de ella, pues se podría comprometer el derecho al debido proceso y la integridad de sus decisiones. El tribunal superior enfatizó que la facultad de juzgar es indelegable y que los juicios de valor propios de la función judicial no pueden ser realizados por máquinas. Esta importante directriz –que bien vale también para abogados ilustra que la IA ha de ser una herramienta auxiliar sometida al criterio final del operador humano.

En conclusión, de esta sección, la litigación inteligente ofrece un abanico de herramientas que bien empleadas pueden aumentar la productividad, reducir costos y quizás democratizar el acceso a ciertos servicios legales. No obstante, cada herramienta trae aparejado un deber de diligencia en su selección y uso: el abogado debe conocer su funcionamiento, sus fortalezas y limitaciones; debe garantizar que su utilización no vulnere derechos de las partes ni deberes profesionales; y debe estar preparado para asumir responsabilidad por los resultados, corrigiendo activamente cualquier falla de la tecnología. Solo así los beneficios de la IA se materializarán plenamente en la práctica forense, evitando a la vez daños a la confianza en la justicia.

V. Desafíos éticos y responsabilidad profesional en el uso de IA

Del análisis precedente surgen una serie de desafíos éticos transversales que deben ser atendidos para asegurar un uso legítimo y seguro de la IA en la litigación. En este apartado se sintetizan esos desafíos, vinculándolos con los deberes profesionales tradicionales del abogado y las eventuales consecuencias jurídicas de su inobservancia.

- *Confidencialidad y secreto profesional*: La preservación del secreto profesional es piedra angular de la deontología jurídica. El uso de IA de terceros (especialmente servicios en la nube ofrecidos por empresas tecnológicas) implica a veces enviar o cargar información confidencial fuera del control directo del abogado. Esto plantea el riesgo de accesos no autorizados o brechas de seguridad. El abogado debe evaluar cuidadosamente qué

información comparte con la IA y bajo qué condiciones. Las recomendaciones del COLABRO sugieren obtener según el caso, el consentimiento informado expreso del cliente antes de utilizar IA generativa, explicándole los potenciales beneficios y riesgos. Si no se toman estas precauciones, podría considerarse una violación al deber de confidencialidad, con repercusiones disciplinarias e incluso responsabilidad civil profesional por eventuales daños causados.

- *Protección de datos personales:* Íntimamente ligado a lo anterior, en la Argentina rige la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales que impone obligaciones legales cuando se tratan datos personales, especialmente sensibles. Las propias recomendaciones del COLABRO recalcan que la protección de datos personales es un requisito esencial e ineludible tanto en el ejercicio profesional como en el uso ético de la IA.
- *Transparencia, veracidad e integridad en las presentaciones:* Un aspecto ético crítico es mantener la honestidad y calidad de los escritos y argumentos presentados ante los tribunales. El hecho de emplear IA no exime al abogado de cumplir su deber de veracidad y de no inducir a error al juez. Por tanto, citar fuentes apócrifas o información no verificada proporcionada por una IA puede acarrear sanciones severas. De allí que la supervisión humana permanente sea indispensable: el abogado debe revisar, corroborar y corregir cualquier salida de la IA antes de integrarla a sus actos profesionales. Relacionado a esto está el deber de competencia: usar IA sin entender su funcionamiento básico o sus limitaciones podría interpretarse como una falta de pericia. Por ello, la formación continua en estas tecnologías ya no es opcional, sino parte del estándar de diligencia que se espera (tal como indican la ABA y las Recomendaciones locales).
- *Prevención de sesgos y garantía de equidad:* Los abogados tienen la responsabilidad de promover la justicia y evitar cualquier forma de discriminación. Si utilizan herramientas de IA para, por ejemplo, evaluar perfiles de riesgo de clientes o predecir resultados, deben estar atentos a posibles sesgos en los modelos. Por ende, corresponde un rol de vigilancia activa: revisar las sugerencias de la IA con mirada crítica y si algo resulta sospechoso (ej., siempre evalúa peor los casos de cierto tipo de persona), no seguir esa línea y reportar el sesgo a los desarrolladores si es posible. Las Recomendaciones del COLABRO incluyen la equidad como principio precisamente para llamar la atención sobre esto. La IA debe ser una aliada para mitigar sesgos humanos (por ejemplo, recordando jurisprudencia

que garantice perspectiva de género en un caso) y no para instaurar nuevos prejuicios tecnificados. Consentimiento informado del cliente y control de expectativas: Introducir IA en la gestión de un caso puede cambiar la forma en que el abogado presta su servicio, y es justo que el cliente esté al tanto. El abogado debe explicar claramente qué beneficio concreto busca al usar la IA (ej.: “usaremos un software que acelera la búsqueda jurisprudencial, lo que nos ahorrará tiempo y costos”), y también señalar los límites (“estas herramientas nos asisten, pero yo supervisaré todo; si el software comete un error, lo detectaremos a tiempo”). Esto redundará en transparencia y, además, protege al abogado, pues previene reclamos posteriores del cliente aduciendo desconocer que su caso iba a ser procesado con tales métodos. Las normas de consumo aplicables al servicio profesional y, más esencialmente, el deber de lealtad para con el cliente, hacen aconsejable esta comunicación abierta. En definitiva, el consentimiento informado no es un mero trámite formal, sino parte de la relación de confianza abogado-cliente en la era digital.

- *Obligación de medio y deber de diligencia:* Un concepto clásico del derecho de la responsabilidad civil profesional es que el abogado se obliga a poner todos los medios y esfuerzos razonables en defensa del interés de su cliente, aunque no garantice un resultado favorable (obligación de medio, no de resultado). La introducción de IA en la práctica debe verse a la luz de este parámetro: usar IA puede ser un medio beneficioso, pero solo si se la emplea correctamente y con los controles adecuados. Así, el abogado cumple su obligación de medio cuando integra la IA de forma diligente, es decir, la selecciona bien, la usa para mejorar la calidad o rapidez de su trabajo y la supervisa debidamente. Pero si por el contrario la utiliza de manera descuidada (ej. copia-pegar una respuesta de IA sin verificarla) estaría faltando a la diligencia exigible, lo cual podría configurar impericia o negligencia profesional. En casos extremos, si ese actuar negligente causa un daño al cliente (v.gr., perder un caso por un error flagrante originado en confiar en la IA), podría nacer una responsabilidad civil. En términos de ética, todas las guías insisten en que la tecnología no exime el cumplimiento de los deberes habituales: la última palabra la tiene el abogado, quien debe ejercer su juicio profesional en cada decisión importante. La frase “la responsabilidad del profesional es indelegable” sintetiza esta idea. La IA es parte de los medios a disposición; aprovecharla puede incluso convertirse en un nuevo estándar de diligencia (por ejemplo, quizás en unos años será visto como poco eficiente no usar mo-

tores de búsqueda con IA para investigar un tema complejo). Pero siempre será un medio complementario bajo la órbita de control del letrado.

- *Responsabilidad disciplinaria y rendición de cuentas*: Como punto final, es necesario recalcar que los órganos colegiados y disciplinarios están observando atentamente cómo los profesionales adopten estas tecnologías. Las recomendaciones del Colegio de Abogados de Rosario, por ejemplo, advierten que su incumplimiento “podrá constituir faltas éticas”, abriendo la puerta a sanciones. Todo esto apunta a que el abogado que utilice IA debe estar preparado para rendir cuentas de cómo la usó. Si un cliente, colega o tribunal cuestiona una actuación apoyada en IA, el profesional debería poder explicar qué hizo, qué precauciones tomó y por qué aquello fue razonable. La documentación de los procesos podría adquirir relevancia: por ejemplo, guardar registro de las versiones de IA utilizadas, de las instrucciones dadas y de las validaciones realizadas, de manera de tener elementos objetivos en caso de análisis posterior. Esta cultura de documentación ya existe en ámbitos como el compliance o la pericia informática, y puede trasladarse a la práctica forense con IA.

En suma, los desafíos éticos en la litigación inteligente son manejables siempre que el abogado actúe con conciencia y proactividad: consciente de los riesgos y proactivo en aplicar las salvaguardas recomendadas. La ética profesional, lejos de verse como un obstáculo a la innovación, debe ser entendida como el marco habilitante que genera confianza para que la IA se incorpore sosteniblemente al sistema de justicia. Un uso ético de la IA protege al cliente, protege al abogado y, en definitiva, fortalece la integridad del proceso judicial, evitando que la búsqueda de eficiencia comprometa los valores fundamentales que la abogacía juró defender.

VI. Conclusiones

La irrupción de la inteligencia artificial en el mundo del derecho, materializada en la llamada litigación inteligente, representa uno de los cambios paradigmáticos más profundos en la forma de ejercer la abogacía en el siglo XXI. Como se ha desarrollado a lo largo de este artículo, las herramientas de IA ofrecen posibilidades inmensas para mejorar el trabajo jurídico –desde acelerar la resolución de casos hasta democratizar el acceso al conocimiento legal– pero a la vez plantean riesgos y dilemas éticos que no pueden ser ignorados. En este equilibrio radica el desafío central de la Abogacía 4.0: integrar la innovación tecnológica sin sacrificar los principios y valores que sustentan el sistema de justicia.

A nivel global y local existe un consenso incipiente pero firme sobre los lineamientos que deben guiar el uso de la IA en el ámbito legal. Documentos internacionales (UNESCO, OCDE, Consejo de Europa) y regulaciones en desarrollo (AI Act de la UE) coinciden en la necesidad de garantizar la supervisión humana, la transparencia, la equidad, la protección de datos y la rendición de cuentas en todo sistema de IA aplicado al derecho. En sintonía, los colegios y las asociaciones profesionales y los poderes judiciales argentinos han empezado a traducir esos principios en pautas concretas –como las Recomendaciones del Colegio de Abogados de Rosario y las Circulares de la Corte santafesina– que exigen al abogado informar y obtener consentimiento de sus clientes, evitar sesgos y alucinaciones, resguardar estrictamente la confidencialidad y asumir responsabilidad plena por el uso que haga de la IA.

En la práctica, abrazar la litigación inteligente de manera responsable implica para el abogado un compromiso dual: por un lado, capacitarse continuamente en las nuevas herramientas, comprendiendo sus funciones y limitaciones (solo así podrá aprovecharlas cabalmente y detectar sus errores); por otro lado, afianzar más que nunca su rol de director técnico y garante del proceso legal. La IA puede automatizar tareas y brindar insumos valiosos, pero la estrategia jurídica, la argumentación persuasiva y la toma de decisiones seguirán requiriendo del juicio crítico y la creatividad propias de la mente humana. El abogado 4.0 deberá ser, en cierto modo, “más abogado” que antes: su intervención agregará valor justamente en la medida en que sepa hacer aquello que la IA no puede –ejercitar la ética, la empatía con el cliente, la ponderación prudencial de las consecuencias– a la vez que orquesta eficientemente los recursos tecnológicos disponibles.

Asimismo, es previsible que en los próximos años se intensifique el debate regulatorio sobre IA: eventualmente se dictarán leyes nacionales o provinciales que establezcan obligaciones específicas, se ajustarán los códigos de ética profesionales y se crearán mecanismos de auditoría algorítmica en entornos judiciales. La experiencia comparada servirá de guía y alerta. Es fundamental que los abogados participen activamente en estas discusiones, aportando la perspectiva de la práctica y velando porque las regulaciones sean equilibradas: ni permisivas al punto de poner en jaque garantías básicas, ni excesivamente restrictivas hasta ahogar la innovación. La construcción de una IA confiable y al servicio de la justicia es una tarea colectiva que involucra a juristas, ingenieros, legisladores y a la sociedad en general.

En conclusión, la litigación inteligente no es un fin en sí mismo sino un medio para alcanzar una justicia más eficaz sin renunciar a la ética. La utilización ética de la IA en el derecho demanda un enfoque de “innovación responsable”: adoptar

nuevas tecnologías con entusiasmo, pero también con precaución y sentido crítico. Tal como un abogado diligente ha de conocer tanto la jurisprudencia favorable a su caso como la contraria para prepararse, del mismo modo debe dominar las ventajas de la IA y estar consciente de sus peligros, para así desplegarla estratégicamente a favor de los intereses que representa. Solo entonces podremos aprovechar lo mejor de ambos mundos –la potencia de cómputo de la máquina y la sabiduría y valores del ser humano– logrando que la revolución de la inteligencia artificial se traduzca, efectivamente, en una mejora de la calidad de la justicia y en una revalorización de la función social de la abogacía en la era digital.

Bibliografía

- American Bar Association (2023-2024). Modelo de Reglas de Conducta Profesional (Model Rules of Professional Conduct), especialmente Regla 1.1 sobre Competencia y Comentario [8] referido a la competencia tecnológica, y Formal Opinión 512 (29/07/2024) sobre uso de herramientas de IA generativa por abogados.
- Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe (2025). Circular N° 19/25 “Uso de herramientas de Inteligencia Artificial Generativa en el Poder Judicial de Santa Fe” (12/03/2025), y Circular N° 25/25 “Guía de Buenas Prácticas para el uso de la IA Generativa” (04/04/2025).
- Colegio de Abogados de Rosario – 2da Circunscripción (2024). “Recomendaciones para la Implementación Ética y Responsable de IA Generativa en la Práctica Jurídica”. Aprobado por el Directorio del Colegio en marzo del 2025.
- UNESCO (2021). Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial. Conferencia General de la UNESCO, 41ª reunión, París.
- UNESCO (2023). “Kit de herramientas global sobre IA y el Estado de Derecho para el Poder Judicial” Publicación UNESCO – Unión Europea.
- UNESCO (2024). “Inteligencia Artificial en la sala de audiencias: fallo de la Corte Constitucional de Colombia cita las herramientas de IA de la UNESCO”. Artículo web 20/08/2024.
- Unión Europea (en proceso 2023-2024). Reglamento de la UE por el que se establecen reglas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de IA) – “AI Act” 14 6 29.

- OCDE (2019). Principios de la OCDE sobre Inteligencia Artificial. Recomendación del Consejo sobre IA, 22/05/2019. 33
- Otros varios: Corvalán, Juan (2023), Agentes Inteligentes y Workflows Agénticos: la nueva frontera de la automatización; informes y artículos periodísticos citados sobre casos de uso de IA en el ámbito legal, entre otros.
- CBS News <https://www.cbsnews.com/news/lawyer-chatgpt-court-filing-avianca/> Inteligencia Artificial en la sala de audiencias: Fallo histórico de la Corte Constitucional de Colombia cita las herramientas de IA de la UNESCO | UNESCO <https://www.unesco.org/es/articles/inteligencia-artificial-en-la-sala-de-audiencias-fallo-historico-de-la-corteconstitucional>
- Circular nro.25. Guía de buenas prácticas para el uso de la Inteligencia Artificial Generativa. <https://www.justiciasantafe.gov.ar/index.php/circulares/circular-nro-25-guia-de-buenas-practicas-para-el-uso-de-la-inteligencia-artificialgenerativa/>
- Quick Summary of ABA Formal Opinion 512 | RIPS Law Librarian Blog <https://ripslawlibrarian.wordpress.com/2024/08/23/quick-summary-of-aba-formal-opinion-512/>
- Tu Asistente Personal de Inteligencia Artificial - Zapia <https://zapia.com/es> Términos y condiciones - Zapia <https://zapia.com/es/terms>
- nro. 19. Uso de herramientas de Inteligencia Artificial Generativa en el Poder Judicial de Santa Fe. – Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe <https://www.justiciasantafe.gov.ar/index.php/circulares/circular-nro-19-uso-de-herramientas-de-inteligencia-artificial-generativa-en-el-poder-judicial-de-santa-fe/> glosario caer.cdr <https://caer.org.ar/wp-content/uploads/2021/04/Glosario-Abogacia-4-punto-cero-y-nuevas-tecnologias-CAER.pdf>

La autoría humana en las creaciones por Inteligencia Artificial

CLAUDIA GUARDIA¹

Centrado en el análisis jurídico de la expresión de los prompt, este artículo se inscribe en un escenario de innovación tecnológica acelerada que desafía las concepciones tradicionales de creatividad, autoría y propiedad intelectual. La emergencia de sistemas de inteligencia artificial capaces de generar imágenes, textos y otras formas de representación cultural a partir de instrucciones humanas reabre el debate sobre el núcleo mismo del derecho de autor: la protección jurídica de las formas expresivas como manifestaciones de la inteligencia creativa. A partir de una reconstrucción histórica del vínculo entre tecnología e inteligencia, se aborda la evolución de la inteligencia artificial desde sus primeros modelos simbólicos hasta las redes neuronales contemporáneas, capaces de aprender, adaptarse y producir resultados con apariencia de autonomía. Sin embargo, se sostiene que el proceso creativo sigue siendo humano cuando la persona formula con originalidad y discernimiento la instrucción que da origen a la obra. En diálogo con la historia del arte, y mediante referencias a las prácticas del arte conceptual, el trabajo propone reconocer jurídicamente, el output obtenido a partir de la expresión de los prompt como obra protegible. Se examinan los criterios de originalidad y autoría a la luz de la Ley 11.723 y del Convenio de Berna, defendiendo una interpretación que preserve la centralidad del sujeto humano como titular de derechos, incluso en contextos de creación asistida por algoritmos.

Palabras clave: Inteligencia Artificial- Prompt – Originalidad

¹ MBA en Dirección y Gestión de Empresas de Industrias Creativas y Cultura; Maestranda en Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías, Universidad Austral; Presidenta del Instituto de Inteligencia Artificial del Colegio de Abogados de Rosario.

I. Originalidad y expresión en el Derecho de Autor

En el contexto contemporáneo de aceleración tecnológica, la inteligencia artificial, o como se la conoce, IA, irrumpe como un agente transformador de las categorías tradicionales de creatividad, autoría y propiedad intelectual. En particular, el campo de las artes visuales plantea un terreno fértil para interrogar la aplicabilidad del derecho de autor frente a expresiones que, aunque generadas a través de herramientas algorítmicas, tienen origen en una instrucción formulada por un humano. Partimos de un supuesto legal y doctrinario consolidado: la protección no recae sobre la idea, sino sobre su forma de expresión. De acuerdo con lo establecido en el art. 1 de la ley 11723: “la protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”. En esta línea, al analizar los alcances del artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, y su recepción en la Ley 11.723², es de suyo, además, la exigencia de la originalidad, atribuible a una persona física³. Resulta pertinente comenzar haciendo referencia a ciertos conceptos extraídos de la jurisprudencia. Tal como se señala en el comentario del fallo emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo en 1999, a partir del análisis de Antequera Parilli R (2007), se desprende que:

“La originalidad como requisito para la protección, surge incluso del convenio de Berna, y de las definiciones contenidas en muchas leyes, cuando por ejemplo la propia denominación del convenio de Berna alude a la protección de obras literarias y artísticas, y la obra en cualquiera de sus acepciones trae de suyo el elemento de la originalidad”. (p. 1)

y prosigue expresando que:

“El art. 2.3 cuando alude a las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística, se refiere en cuanto a las creaciones derivadas a obras originales, sin perjuicio de los derechos sobre la obra original”. (p.1)

Finalmente el texto del fallo en sus comentarios, nos dice que: *“el producto creativo, por su forma de expresión, debe tener suficientes características propias*

2 Ley 11.723 de Propiedad Intelectual. (1933). *Texto actualizado*. InfoLEG – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>

3 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1886). *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*. <https://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/index.html>

como para distinguirlo de cualquiera otro del mismo género”⁴. (p1) Por otro lado, y de acuerdo al sumario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en el caso, Norberto C Creta Vs Galería de Arte de Santi, se expresa en relación a la conferencia de Satanowsky que, Antequera Parilli R (2007):

“Una obra intelectual es una construcción de la mente, de carácter completo, integral y unitario. Debe tener asimismo una existencia propia, ser completa por sí misma, y presentar al espíritu un sentido, una significación a la que nada haya que agregar. Resulta menester que posea una individualidad y requiere no solo una tarea activa y decisiva, sino una labor creadora y autónoma, que dé forma y vida espiritual a una idea”.⁵ (p.1)

El avance de la IA generativa reconfigura este paradigma al introducir sistemas capaces de producir contenidos visuales, textuales o musicales mediante la recepción de instrucciones humanas. Sin embargo, la originalidad puede radicar en el modo en que el ser humano traduce su visión intelectual en el *prompt*, convirtiéndolo en un vehículo expresivo, no meramente funcional. La IA busca replicar y optimizar capacidades humanas fundamentales, como la cognición, el razonamiento y el aprendizaje, mediante sistemas artificiales diseñados para adaptarse, evolucionar y, en muchos casos, superar dichas capacidades.⁶

II. Fundamentos conceptuales: la inteligencia artificial como tecnología creativa emergente

La inteligencia artificial, en su desarrollo histórico y conceptual, ha sido definida desde diversas perspectivas científicas, técnicas y filosóficas. En términos generales, puede comprenderse como el campo que estudia la creación de sistemas capaces de replicar o simular funciones cognitivas humanas como el aprendizaje, la resolución de problemas o la toma de decisiones⁷. El concepto de IA, ha sido formulado, entre otros, por Kurzweil, quien entiende a la IA como “el arte de desarrollar máquinas con capacidad para realizar funciones que, cuando son reali-

4 Cerlalc. (2007). *La obra: Originalidad marco conceptual*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/147.pdf>

5 Cerlalc. (2009). *La obra: Originalidad. Marco conceptual. Existencia del derecho*. <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/1403.pdf>

6 Poole, D., Mackworth, A., & Goebel, R. (1998). *Computational intelligence: A logical approach*. Oxford University Press.

7 CORVALÁN, Juan (dir.), *Tratado de inteligencia artificial y derecho*, 1.ª ed., Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2021, pág. 34.

zadas por personas, requieren de inteligencia”⁸. Por su parte, Russell y Norvig, en su clásica obra (2004), identifican cuatro enfoques principales: sistemas que piensan como humanos, que actúan como humanos, que piensan racionalmente y que actúan racionalmente⁹. Esta diversidad de perspectivas expresa una constante: la IA se propone como una disciplina técnica y epistemológica orientada a modelar capacidades inteligentes mediante sistemas artificiales. Como señala Marcos López Oneto (2021) en el capítulo I del libro de Corvalán, J., *Tratado de Inteligencia Artificial: “La IA podría ser comprendida como una disciplina científica que busca desarrollar métodos y algoritmos soportados en sustratos artificiales que permiten generar comportamientos inteligentes”*. (p. 89)¹⁰. El Memorando Explicativo de la OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, realiza una síntesis que explica la actualización de la definición de un sistema de IA. Según la OCDE (2019),

*“Un sistema de IA es un sistema basado en máquinas que puede, para un conjunto dado de objetivos definidos por humanos, realizar predicciones, recomendaciones o tomar decisiones que influyen en entornos reales o virtuales. Los sistemas de IA están diseñados para operar con niveles variables de autonomía”*¹¹. (p. 1)

La OCDE actualizó su definición de sistemas de IA para incluir elementos de autonomía y adaptabilidad. Según esta actualización:

*“Un sistema basado en máquinas que está diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y adaptabilidad, infiriendo a partir de datos de entrada cómo generar resultados como predicciones, contenido, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales”*¹².

En línea similar, la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 12 de julio de 2024, en el capítulo I, art. 3, ofrece definiciones de varios términos relacionados con los sistemas de inteligencia artificial. Entre ellas:

8 KURZWEIL, Ray, *La era de las máquinas inteligentes*, 1.ª ed. en español, Crítica, Barcelona, 1990, pág. 2.

9 RUSSELL, Stuart – NORVIG, Peter, *Inteligencia artificial. Un enfoque moderno*, 3ª ed., Pearson, Madrid, 2008, pág. 2.

10 López Oneto, M. (2021). Inteligencia artificial: definiciones y desafíos. En J. G. Corvalán (Dir.), *Tratado de inteligencia artificial y derecho* (1.ª ed., tomo I, pp. 89–102). La Ley.

11 OCDE. (2019). *Recomendación sobre la inteligencia artificial*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org>

12 Diario La Ley. (2024, 7 de marzo). *La OCDE explica el contenido de su definición actualizada de los sistemas de inteligencia artificial*. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2024/03/07/la-ocde-explica-el-contenido-de-su-definicion-actualizada-de-los-sistemas-de-inteligencia-artificial>

“Sistema de IA: un sistema basado en máquinas que está diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales”¹³.

El concepto de IA no puede disociarse de su fundamento técnico: el algoritmo. Como explica Harari, los algoritmos constituyen “conjuntos metódicos de pasos que pueden emplearse para hacer cálculos, resolver problemas y alcanzar decisiones”¹⁴. Son la columna vertebral de todo proceso computacional inteligente, especialmente en el ámbito del aprendizaje automático y del aprendizaje profundo. En palabras de Cormen et al., un algoritmo es “*un procedimiento computacional bien definido que toma valores de entrada y produce un valor o conjunto de valores como salida*”¹⁵. La evolución de la IA ha estado marcada por fases alternadas de entusiasmo y escepticismo. Desde el test de Turing 1950, y la emblemática conferencia de Dartmouth 1956, pasando por el llamado invierno de la IA, en la década de 1970, hasta el despliegue de los sistemas expertos en los años ochenta, el resurgimiento del campo a partir del avance del *deep learning* en el 2012, y el auge público y cultural de los sistemas generativos desde el año 2022 al presente, la IA ha atravesado desarrollos significativos, así como discontinuidades estructurales. En esta trayectoria, las redes neuronales convolucionales, como AlexNet,¹⁶ y las redes generativas adversariales, GANs,¹⁷ han marcado hitos técnicos que hoy permiten la creación de obras visuales sintéticas de notable complejidad y realismo¹⁸. En este contexto, se vuelve indispensable comprender que la IA no es un agente creativo autónomo, sino un conjunto de herramientas que procesan datos conforme a instrucciones humanas. Así, la capacidad de producir imágenes o textos por medio de *prompting* no implica autoría algorítmica, sino la puesta en acto de una voluntad humana expresa-

13 Unión Europea. (2024, 12 de julio). *Ley de Inteligencia Artificial*. Capítulo I, art. 3. Disponible en: <https://artificialintelligenceact.eu/es/article/3/>

14 HARARI, Yuval, *Homo Deus. Breve historia del mañana*, 3.ª ed., Debate, Buenos Aires, 2021, pág. 100.

15 Cormen, T. H., Leiserson, C. E., Rivest, R. L., & Stein, C. (2009). *Introduction to Algorithms* (3.ª ed.). MIT Press. <https://mitpress.mit.edu/9780262033848/introduction-to-algorithms>

16 La Máquina Oráculo. (s.f.). AlexNet: La red neuronal que revolucionó el deep learning. <https://lamaquinaoraculo.com/deep-learning/alexnet/>

17 De la Torre, J. (2023). *Redes generativas adversarias (GAN): Fundamentos teóricos y aplicaciones*. Survey. arXiv. <https://arxiv.org/pdf/2302.09346>

18 GOODFELLOW, Ian, *Deep learning*, MIT Press, Cambridge, 2016, disponible en: <https://www.deeplearningbook.org/>

da mediante lenguaje. Esta dimensión expresiva es la que abre la puerta al análisis jurídico sobre la eventual protección autoral de dicha intervención.

III. Teoría de la resignificación creativa y la evolución del objeto artístico en la era de la IA

El concepto de obra de arte ha sido históricamente mutable, influido por los cambios culturales, filosóficos y tecnológicos. En el contexto contemporáneo, la irrupción de la inteligencia artificial generativa, IAGen, exige una relectura del vínculo entre autoría, originalidad y materialidad. Como señala Thornton: *“la originalidad no siempre se ve recompensada, pero algunas personas realmente deciden arriesgarse e innovar, lo cual le da razón a todo lo demás”*¹⁹. Desde la perspectiva jurídica, nos ilustra Lipszyc Delia (2019) en, Régimen Legal de la Propiedad intelectual²⁰, al decir que:

“El derecho de autor se conforma de una diada entre quien reúne la calidad de autor y su creación: la obra. El objeto de protección del derecho de autor es la obra. Para el derecho de autor, obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser reproducida, comunicada al público y difundida en cualquier forma y por cualquier medio”.

El acto creativo, entonces, es inseparable de una intención humana y de una manifestación expresiva, independientemente de que el medio empleado sea analógico o digital. En resumen, tanto los tratados internacionales como nuestra ley nacional parten del paradigma antropocéntrico: obra original + autor humano. Este paradigma entra en crisis aparente cuando examinamos el fenómeno de la IA generativa. Si una imagen o texto es producida en gran medida por una máquina autónoma, entrenada con millones de datos y operando con mínima intervención humana, ¿queda esa producción fuera del amparo legal por faltar un autor humano en sentido estricto? El *prompt*, en este marco, actúa como la manifestación inicial de la voluntad creadora. Incluso si el resultado de la IA es inesperado o aleatorio, el humano puede integrarlo a un proyecto conceptual, dotarlo de sentido y presentarlo en un contexto

19 THORNTON, Sarah, *Siete días en el mundo del arte*, trad. de L. Wittner, Edhasa, Buenos Aires, 2010, pág. 13.

20 LIPSZYC, Delia, *Propiedad intelectual*, 1.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2019, disponible en: <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/propiedad-intelectual?location=62>

artístico. De este modo, la autoría se sustenta no en el control técnico, sino en la resignificación que realiza el autor. Los ejemplos históricos de la historia del arte, refuerzan esta visión. Marcel Duchamp con su obra, *La Fuente*, 1917, Yves Klein con 1001 globos azules, 1957 y Lawrence Weiner con *Cratering Piece*, 1960, expresaron ideas que trascendían su ejecución material. La obra no residía en el objeto, sino en la conceptualización²¹. Esta delegación creativa es el corazón de lo que aquí se define como teoría de la resignificación creativa: la capacidad del ser humano de otorgar valor artístico a un objeto, una acción o un resultado técnico a través de la interpretación, el contexto y el mensaje

En este sentido, se propone la siguiente fórmula:

$$R = [(O \times M) + (C \times S)] \times V$$

Donde:

- *R*: Resignificación
- *O*: Originalidad
- *M*: Medio (IA)
- *C*: Contexto
- *S*: Significado
- *V*: Valor cultural y simbólico

Esta ecuación busca expresar cómo la obra nace en el cruce entre el gesto técnico y el gesto humano, en un proceso que transforma un dato en cultura. La evolución tecnológica no invalida los principios fundamentales del derecho de autor. Por el contrario, los revitaliza al exigir una interpretación funcional del concepto de obra. Como señala la jurisprudencia argentina y la doctrina internacional, fallos como el caso *Druet vs Cattelan*²², resuelto el 8 de julio de 2022 por la Cámara 3ª del Tribu-

21 Marcel Duchamp presentó *Fountain* en 1917 bajo el seudónimo “R. Mutt”, transformando un urinario en una obra paradigmática del arte conceptual. Véase: DUCHAMP, Marcel, *Fountain*, escultura, 1917, Tate Collection, disponible en: <https://www.tate.org.uk/art/artworks/duchamp-fountain-t07573>

Yves Klein realizó en 1957 su *Sculpture Aérostatique*, soltando 1.001 globos azules en el cielo de París como acto inaugural de una exposición, desplazando el arte hacia lo inmaterial. Véase: KLEIN, Yves, *Sculpture Aérostatique*, intervención artística, 1957, Sotheby’s, disponible en: <https://www.sothebys.com/en/articles/yves-klein-by-the-numbers>

Lawrence Weiner ejecutó en 1960 *Cratering Piece*, donde utilizó explosivos en un campo para crear “esculturas” efímeras, marcando el inicio de su lenguaje conceptual. Véase: WEINER, Lawrence, *Cratering Piece*, intervención artística, 1960, Dia Art Foundation, disponible en: <https://diaart.org/exhibition/exhibitions-projects/lawrence-weiner-exhibition-284>

22 Tribunal Judicial de París, Cámara 3ª (2022). *Maurizio Cattelan vs Daniel Druet*. Disponible en <https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2022/07/1805382.pdf>

nal Judicial de París, o el fallo Oliva de Macadam, Ana,²³ refuerzan la idea de que la autoría se vincula con la creación intelectual y no con la mera ejecución técnica. Lo protegido no es la idea en sí misma, sino su expresión, en cuanto manifestación vinculada a una individualidad creativa. En esta línea, el uso de inteligencia artificial generativa, IAGen, lejos de desdibujar la autoría, la reafirma cuando se emplea como medio para llevar a cabo procesos conceptuales más complejos. La obra final, entendida como fenómeno cultural, no surge de la red neuronal artificial, sino del sujeto humano que le otorga sentido. Es este enfoque conceptual lo que conecta el arte generado por IA con las prácticas del arte conceptual del siglo XX.²⁴ A medida que avanzamos hacia un futuro donde la tecnología y la creatividad se entrelazan cada vez más, es esencial reconocer que el valor del arte generado por IA no radica únicamente en su capacidad técnica, sino en el diálogo que establece con la creatividad humana. Desde el punto de vista jurídico y filosófico, esto plantea una pregunta central: ¿es imprescindible que el autor intervenga físicamente en la ejecución para ser considerado tal? La tradición conceptual, y ahora también la práctica con IA, responde negativamente. La autoría se legitima a través de la intención, la expresión de la idea, la curaduría del proceso. La IA no sustituye al autor: lo expande. De este modo, la inteligencia artificial no rompe con las tradiciones del arte, sino que prolonga una genealogía conceptual iniciada hace más de un siglo, donde el acto de pensar se convierte, por sí mismo, en el acto de crear.

En esta línea, y en referencia al arte conceptual, han señalado PRIETO DE PEDRO y DEDEU PASTOR:

*“En el arte conceptual se valora, no tanto el objeto en el que se plasma la creación, sino la originalidad del pensamiento del artista y del mensaje que nos evoca el soporte material por él utilizado, que en numerosas ocasiones tan siquiera es realizado por el artista”*²⁵.

Como ha advertido Ray Kurzweil, “este proceso expandirá la inteligencia y la conciencia humanas de una forma tan radical que resulta difícil de comprender y de asimilar”²⁶.

23 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II (CNCrimvCorrec)(SalaII) ~ 1992/08/11 ~ Oliva de Macadam, Ana.

24 MARCHÁN FIZ, Simón, *Del arte objetual al arte de concepto (1960–1974). Epílogo sobre la sensibilidad posmoderna*, Akal, Madrid, 1986.

25 PRIETO DE PEDRO, Jesús – DEDEU PASTOR, Ramón, *Libertad, arte y cultura*, Marcial Pons, Madrid, 2023, pág. 283.

26 KURZWEIL, Ray, *La singularidad está cerca: cuando los humanos trascendamos la biología*, Lola Books, Alemania, 2021, pág. 12.

¿Es la Inteligencia Artificial un sujeto de derecho?

Una aproximación filosófico-jurídica a los límites del sujeto moderno

JOEL PONCE DE LEÓN¹

La irrupción de la inteligencia artificial (IA) en múltiples aspectos de la vida cotidiana no solo transforma prácticas concretas: también comienza a desafiar las bases del derecho moderno, en particular la noción de sujeto de derecho. Este artículo propone una aproximación filosófico-jurídica a una pregunta que ya no es meramente teórica: ¿puede, o debería, la IA ser considerada un sujeto de derecho?

Para abordar este interrogante, se reconstruye primero el concepto clásico de sujeto en la teoría jurídica occidental, basado en atributos como la conciencia, la voluntad y la capacidad de obrar. Luego, se contrasta esta figura con las nuevas formas de agencia no humana que emergen en los sistemas algorítmicos contemporáneos. A partir del análisis de casos concretos, se examinan nociones clave como la autonomía funcional y la imprevisibilidad, características propias del *machine learning*.

Desde una perspectiva foucaultiana y posthumanista, se sostiene que la IA tensiona los cimientos antropocéntricos sobre los que se ha edificado el derecho, desplazando al sujeto humano de su lugar central. En este marco, se introduce también el concepto freudiano de las “heridas narcisistas” para pensar a la inteligencia artificial como una nueva descentralización del pensamiento humano.

Finalmente, se revisan las principales posiciones doctrinarias actuales y se analizan experiencias legislativas y jurídicas en Europa, Japón, Alemania y Estados Unidos. La tesis que se propone va más allá del debate sobre la eventual personalidad jurídica de la IA: el verdadero desafío consiste en repensar las bases mismas del derecho en un escenario donde la figura del sujeto moderno parece entrar, de manera inevitable, en crisis.

Palabras clave: Sujeto de derecho – Inteligencia artificial – Filosofía del derecho

¹ Abogado. Docente de Introducción a la Filosofía y Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Diplomado en Inteligencia Artificial en la EGCI Escuela de Gerencia Española.

I. Introducción

¿Puede la inteligencia artificial ser considerada un sujeto de derecho?

Hace apenas unos años, esta pregunta hubiese parecido más propia de un guión de ciencia ficción que de una discusión jurídica seria. Sin embargo, los tiempos han cambiado. Hoy convivimos con algoritmos que no solo procesan datos, sino que además toman decisiones que impactan directamente en derechos fundamentales: desde sistemas de puntaje crediticio y selección de personal, hasta diagnósticos médicos y fallos judiciales asistidos por IA. Frente a este escenario, el derecho se ve forzado a repensar sus propios límites.

Según la perspectiva clásica, el **sujeto de derecho** es aquel ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta concepción se apoya en una visión moderna del individuo como ser racional: consciente, dotado de voluntad y de capacidad de acción. Pero, ¿qué sucede cuando este ente que interviene no es humano, ni biológico, ni consciente, y aun así actúa en el mundo jurídico, generando efectos concretos?

La irrupción de la inteligencia artificial tensiona profundamente esta arquitectura tradicional del sujeto, erosionando los pilares sobre los cuales se ha edificado el derecho moderno. Ya no basta con los viejos criterios de imputabilidad, capacidad o responsabilidad. Estamos frente a sistemas que aprenden, se adaptan, interactúan y, en muchos casos, generan contenido de manera autónoma. Y ese fenómeno no solo pone en crisis las categorías jurídicas: también nos obliga a replantear cuestiones filosóficas y políticas fundamentales sobre lo que significa ser humano, sobre el poder y sobre el papel de la tecnología en nuestra vida social.

Como advirtió Foucault, la figura del “hombre” como categoría central del saber podría no ser más que una construcción histórica destinada a desvanecerse, “como un rostro de arena en la orilla del mar”². Tal vez estemos ante una nueva transformación: el surgimiento de entidades no humanas que, al menos en lo funcional, empiezan a reclamar un lugar en el sistema normativo. Entonces, ¿Es la Inteligencia Artificial el nuevo umbral donde el derecho deberá redefinirse?

II. El concepto tradicional de sujeto de derecho

Desde los tiempos del derecho romano (y más claramente aún con la consolidación del modelo liberal moderno), el sujeto de derecho ha sido pensado como

2 FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas*, 1.ª ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1968, pág. 398.

el núcleo operativo del orden jurídico. No se trata simplemente de describir una realidad empírica, más bien, estamos ante una construcción teórica que instituye a quien el derecho reconoce como capaz de ejercer derechos y asumir obligaciones.

En la tradición jurídica occidental, el sujeto de derecho se construye a partir de tres atributos fundamentales: la conciencia, la voluntad y la capacidad de obrar. Este trípode conceptual hunde sus raíces en tradiciones filosóficas profundas, en particular dentro del racionalismo moderno. Para Descartes, la certeza fundante de la existencia humana era el pensamiento: “*Cogito, ergo sum*”³. A partir de esto, se proyectó la figura de un sujeto autónomo, consciente y libre, que el derecho adoptaría más tarde como referencia fundamental para determinar la imputabilidad y la responsabilidad.

Con el tiempo, esta idea fue ampliándose y adaptándose a nuevas formas, como la de persona jurídica: un ente que tiene capacidad para actuar en el mundo del derecho, ya sea una persona física (o humana como recepta nuestro código civil y comercial a partir del año 2015) o una entidad colectiva (como las empresas o el propio Estado) que, aunque no piensan por sí mismos, son representados por seres humanos capaces de decidir. En todos los casos, la clave sigue siendo la misma: **que el sujeto jurídico pueda comprender, querer y decidir, lo que justifica su atribución de derechos y obligaciones.**

Incluso cuando hablamos de sujetos colectivos (como las sociedades comerciales o los Estados), se presupone la existencia de una voluntad constituida, expresada siempre a través de representantes humanos. En definitiva, lo que se protege o se responsabiliza es esa voluntad racional proyectada en actos jurídicos.

Este modelo antropocéntrico, basado en la racionalidad, la autonomía y la moralidad del sujeto, ha operado durante siglos como un presupuesto tácito dentro del derecho. Sin embargo, la aparición de agentes artificiales capaces de actuar (sin conciencia, sin emociones y sin voluntad) tensiona profundamente esta matriz. ¿Puede el derecho seguir funcionando con sus categorías clásicas frente a estos nuevos actores?

III. La inteligencia artificial y el problema de la agencia no humana

La inteligencia artificial (IA) puede definirse, en términos generales, como un conjunto de sistemas informáticos creados para ejecutar tareas que, tradicionalmente, requerían inteligencia humana: reconocimiento de patrones, toma de decisiones

3 DESCARTES, René, *Discurso del método*, 1.ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2007, pág. 45.

o aprendizaje autónomo. Aunque existen distintos niveles de desarrollo (desde sistemas débiles, enfocados en tareas específicas, hasta la aún hipotética IA fuerte, dotada de conciencia o autoconciencia), lo cierto es que los avances actuales ya permiten que estas tecnologías adopten decisiones relevantes con impacto jurídico, económico y social.

En el ámbito del derecho, la presencia de la inteligencia artificial es cada vez más visible: desde software que predicen sentencias judiciales o redactan contratos, hasta algoritmos que determinan el orden de mérito en concursos públicos, asignan recursos en el sector salud o elaboran perfiles de riesgo en seguros y créditos. En muchos de estos casos, el ser humano ya no interviene directamente en la decisión final: apenas valida, supervisa o ejecuta lo que el sistema ha resuelto.

Este escenario nos plantea una paradoja inquietante: si la IA no tiene voluntad ni conciencia, pero aun así actúa con eficacia causal (es decir, genera efectos reales en el mundo jurídico), ¿cómo deberíamos clasificarla? ¿Es apenas una herramienta sofisticada, o estamos ante una nueva forma de agencia técnico-funcional que el derecho debería empezar a reconocer?

Algunos autores proponen pensar la inteligencia artificial como un *agente autónomo limitado*⁴, cuyas decisiones no derivan de un libre albedrío, pero tampoco pueden reducirse completamente a la voluntad humana previa. Nick Bostrom advierte que ciertos sistemas algorítmicos alcanzan niveles de autonomía funcional tan elevados que resultan impredecibles incluso para sus propios diseñadores. Es decir, existen sistemas tan complejos que ni quienes los crearon pueden anticipar con precisión cómo actuarán, lo que los sitúa en un plano intermedio entre una simple herramienta y un sujeto⁵.

Este tipo de autonomía técnica plantea un interrogante crucial: si una acción produce consecuencias jurídicas, pero no existe un sujeto imputable en el sentido clásico, ¿es posible repensar la noción misma de imputabilidad?

El desafío se vuelve aún más profundo si consideramos que los sistemas de inteligencia artificial actuales (especialmente aquellos basados en *machine learning*⁶)

4 El término **Agente Autónomo Limitado** refiere a una entidad artificial —como ciertos sistemas de inteligencia artificial— que posee la capacidad de actuar en el mundo mediante la toma de decisiones no completamente programadas, pero que carece de conciencia, intencionalidad moral o voluntad propia.

5 BOSTROM, Nick, *Superinteligencia: caminos, peligros, estrategias*, 1.^a ed., Tecnos, Madrid, 2016 pág. 112.

6 **Machine learning**, o aprendizaje automático, se entiende por el tipo de inteligencia artificial que se basa en el desarrollo de algoritmos capaces de identificar grandes volúmenes de datos y mejorar

no operan a partir de reglas fijas programadas de antemano, sino que aprenden de grandes volúmenes de datos. Esto significa que su comportamiento no es completamente predecible ni determinable *a priori*. En consecuencia, estos sistemas se parecen más a actores emergentes que a simples extensiones de la voluntad humana.

Podríamos decir que ciertos sistemas de inteligencia artificial, aunque carecen de conciencia o intencionalidad moral, exhiben una forma de agencia funcional. Son capaces de procesar información, interactuar con su entorno y generar efectos significativos en él, lo que los convierte en actores que desafían la distinción tradicional entre sujeto y objeto jurídico.

Así, nos encontramos frente a sistemas que no solo automatizan funciones humanas, sino que además desarrollan formas de decisión que no siempre pueden ser atribuidas directamente a una persona. Esto tensiona de manera profunda las categorías clásicas del derecho, en especial aquellas que se utilizan para pensar la responsabilidad civil, penal y administrativa.

IV. La crisis del sujeto moderno: del poder disciplinario al sujeto algorítmico

La inteligencia artificial no solo desafía al derecho en el plano técnico o normativo. También nos obliga a repensar una categoría que ha estado en el centro del sistema jurídico moderno: la del “sujeto”. Esta figura, que surgió en la confluencia del humanismo renacentista, el racionalismo cartesiano y el contractualismo liberal, ha sido profundamente erosionada por los desarrollos contemporáneos de la tecnología y la biopolítica.

Michel Foucault ya advertía, hacia finales del siglo XX, que el sujeto no es una esencia estable ni una entidad originaria, sino más bien el efecto de prácticas históricas de poder y saber. En su genealogía del sujeto moderno, mostró cómo éste se constituye a partir de dispositivos disciplinarios, instituciones normativas y tecnologías de gobierno que lo producen, al mismo tiempo, como objeto de conocimiento y como agente de conducta. Como señala Foucault, el sujeto no representa un origen autónomo de sentido: es un efecto generado por prácticas discursivas y relaciones de poder. Dicho de otro modo, el hombre no sería el autor de su historia, sino el resultado de su propia organización discursiva⁷.

progresivamente su desempeño en tareas específicas sin ser programados explícitamente para cada una de ellas.

7 FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, 1.^a ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1976, p. 57.

Hoy, en plena era digital, podríamos decir que aquel sujeto del pasado está siendo reemplazado por un nuevo tipo de actor: el sujeto algorítmico o digital. Un actor que no piensa, no desea ni decide en sentido humano, pero que actúa en el mundo con una eficacia técnica sin precedentes. Ya no se trata de disciplinar cuerpos, sino de gestionar datos. El poder, en este contexto, no se ejerce como prohibición, sino como optimización. Y la libertad, lejos de desaparecer, se transforma en autoexplotación.

Byung-Chul Han, en su análisis sobre la llamada “sociedad del rendimiento”, plantea que hemos transitado del deber al poder. El sujeto ya no es sometido por un amo externo: ahora se domina a sí mismo, impulsado por una lógica de productividad interiorizada. “*Hoy cada uno se explota a sí mismo y cree que está realizándose*”, advierte Han⁸. En este contexto, **la Inteligencia Artificial se convierte en un dispositivo perfecto de control sin violencia**, en la que el sujeto entrega sus datos, sus decisiones y su autonomía sin coerción, seducido por la eficiencia.

Si el derecho moderno se edificó sobre la figura de un sujeto autónomo, racional y libre, el auge de la inteligencia artificial nos coloca hoy frente a un espejo incómodo: un otro, sin conciencia, que actúa con mayor eficacia que nosotros, que decide más rápido, que acierta con mayor frecuencia, e incluso que llega a prescribirnos cómo vivir. ¿No será que, en este nuevo orden, el sujeto humano deja de ocupar el centro para convertirse apenas en un apéndice del sistema algorítmico?

Quizá la pregunta ya no sea si la inteligencia artificial puede convertirse en un sujeto de derecho, sino si el hombre sigue siéndolo. En palabras de Foucault, tal vez estemos asistiendo al momento en que “*el hombre desaparecerá, como en los límites del mar un rostro de arena*”⁹.

V. Freud y las heridas narcisistas: el pensamiento humano ante su nueva descentralización

En su obra *Introducción al narcisismo*, Sigmund Freud propuso una tesis revolucionaria sobre la evolución del pensamiento moderno: la humanidad ha sufrido, a lo largo de la historia, una serie de “heridas narcisistas”, golpes que dismantelaron su posición central en el cosmos, en la naturaleza y en su propia conciencia. Estas rupturas no fueron simples descubrimientos científicos, sino verdaderas reconfiguraciones del lugar del sujeto en el universo simbólico. Cada una de ellas, en definiti-

8 HAN, Byung-Chul, *La sociedad del cansancio*, 1.ª ed., Herder, Barcelona, 2012, pág. 23.

9 FOUCAULT, Michel, *Las palabras y las cosas*, 1.ª ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1968, pág. 398.

va, cambió para siempre nuestra forma de entender quiénes somos y dónde estamos situados.

La primera de estas heridas, de carácter **cosmológico**, fue infligida por Copérnico, al demostrar que la Tierra no era el centro del universo. La segunda, de orden **biológico**, vino de la mano de Darwin, quien mostró que el ser humano no es más que una especie entre muchas otras en el proceso evolutivo. La tercera, de tipo **psicológico**, fue provocada por el propio Freud, al afirmar que no somos dueños plenos de nuestra conciencia, sino que es el inconsciente quien guía gran parte de nuestros actos.¹⁰

Hoy podríamos hablar de una cuarta **herida narcisista**: la que supone la irrupción de la inteligencia artificial. Una **herida tecnológica**, podríamos llamarla. Esta nueva descentralización no afecta nuestro cuerpo, nuestro planeta ni nuestra conciencia, sino algo aún más profundo: nuestra facultad de pensar, esa misma que durante siglos fue considerada la esencia de lo humano. La inteligencia artificial nos obliga, entonces, a preguntarnos: ¿seguimos siendo los únicos que pensamos? ¿O hemos sido desplazados también de ese último bastión del humanismo?

Ya no alcanza con afirmar “pienso, luego existo”. En tiempos de algoritmos, tal vez deberíamos preguntarnos **si existimos porque pensamos, o, más radicalmente, si pensar puede existir sin nosotros**. Y si eso es posible, entonces el derecho, edificado sobre la racionalidad del sujeto pensante, deberá necesariamente revisar sus propios cimientos.

En este sentido, la inteligencia artificial no solo amenaza con desplazar al sujeto humano como centro operativo del derecho: también lo obliga a repensarse, a reconstruirse. Lo que está en juego no es únicamente la posibilidad de reconocer personalidad jurídica a una máquina, sino algo mucho más profundo: **la propia identidad jurídica del ser humano**.

VI. ¿Sujeto de derecho o ente funcional?

Perspectivas doctrinarias y experiencias comparadas

El avance de la inteligencia artificial ha generado una creciente preocupación en los ámbitos legislativos y doctrinarios en torno a su estatus jurídico. ¿Deberíamos reconocerle algún tipo de personalidad jurídica? ¿Es posible (o incluso deseable) atribuirle responsabilidad por sus acciones? Frente a estos interrogantes, la comunidad jurídica internacional se encuentra dividida, dando lugar a tres grandes corrien-

10 FREUD, Sigmund, *Introducción al narcisismo*, 1.ª ed., Amorrortu, Buenos Aires, 1976, pág. 89

tes interpretativas: la **negación absoluta**, la postura **funcional o intermedia**, y la propuesta de **reconocimiento progresivo**.

La primera corriente, de carácter **restrictivo**, sostiene que únicamente los seres humanos y las personas jurídicas constituidas por ellos pueden ser considerados sujetos de derecho. Esta posición parte de una concepción clásica del sujeto jurídico, basada en la voluntad, la conciencia y la racionalidad moral: atributos que, según esta mirada, la inteligencia artificial no posee ni puede simular en sentido estricto. Desde esta perspectiva, cualquier intento de atribuirle personalidad jurídica a una IA sería una ficción ontológicamente vacía y normativamente riesgosa.¹¹

La segunda corriente, de corte **funcionalista**, reconoce que, aunque la inteligencia artificial no cumple con los requisitos tradicionales para ser considerada un sujeto de derecho, su creciente autonomía operativa exige algún tipo de respuesta jurídica específica. En esta línea, algunos autores han propuesto la creación de una **personalidad jurídica especial**, similar a la que poseen las sociedades comerciales, con el objetivo de atribuir responsabilidades y establecer mecanismos para canalizar la reparación de los daños que puedan ocasionar.¹²

La tercera postura, aún minoritaria pero en crecimiento, plantea la posibilidad de un **reconocimiento progresivo** de derechos y obligaciones para ciertos sistemas avanzados de inteligencia artificial. Esta propuesta se basa en criterios como la autonomía funcional, la imprevisibilidad de sus decisiones y el grado de interacción que estos sistemas mantienen con su entorno. Parte de esta tesis ha sido impulsada por debates normativos dentro del Parlamento Europeo, que en 2017 llegó a proponer que los robots autónomos más avanzados sean considerados “personas electrónicas”, susceptibles de derechos y obligaciones limitadas.¹³

En el plano comparado, se destacan algunas experiencias pioneras:

- **Japón**, con su *ley sobre robots de asistencia social*, ha promovido estándares éticos y jurídicos para la interacción humano-máquina, aunque sin reconocer personalidad jurídica formal¹⁴.

11 TEUBNER, Gunther, “Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 11(1), 2005, pág. 15.

12 SOLUM, Lawrence b., “Personalidad Jurídica para Inteligencias Artificiales”, *North Carolina Law Review*, vol. 70, n.º 4, 1992, pág. 1231-1287

13 PARLAMENTO EUROPEO, *Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica*, 2015/2103(INL), Estrasburgo, 16 de febrero de 2017, pág. 10.

14 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2024). *Japón avanza en el desarrollo de Inteligencia Artificial con directrices éticas*. Observatorio Asia Pacífico. Recuperado de <https://www.bcn.cl/observatorio/asiapacifico/noticias/directrices-marco-etico-ia-japon> (20 de abril de 2025)

- En **Alemania**, el enfoque predominante es el de una **responsabilidad indirecta**, a través de la imputación al fabricante, programador o usuario, según el tipo de Inteligencia Artificial y el daño generado¹⁵.
- **Estados Unidos**, más fragmentado en términos legislativos, ha avanzado en protocolos técnicos, pero se mantiene en una postura cauta respecto del reconocimiento de personalidad jurídica¹⁶.
- En el caso de **Argentina**, actualmente se encuentran en agenda parlamentaria del Congreso de la Nación, al menos tres proyectos en cámara baja y uno en el Senado, que ponen en agenda pública la discusión sobre qué tipo de normativa se necesita o, mejor dicho, sobre qué quiere nuestro país.

Estas iniciativas dejan en claro que el debate sigue abierto y que aún no existe un consenso definitivo sobre cómo abordar jurídicamente a la inteligencia artificial. Lo que sí parece indiscutible es que el derecho deberá desarrollar nuevas categorías capaces de contemplar formas de agencia no humanas, evitando, al mismo tiempo, caer en el riesgo del antropomorfismo jurídico¹⁷ o del tecnofetichismo¹⁸.

VII. Conclusión: pensar el derecho más allá del sujeto

La pregunta sobre si la inteligencia artificial puede ser considerada un sujeto de derecho no es, en esencia, una mera cuestión técnico-jurídica: es un síntoma. Un síntoma de que las categorías con las que el derecho ha operado durante siglos empiezan a mostrar signos de agotamiento frente a una realidad que ya no encaja en sus moldes tradicionales.

15 Martín-Casals, Martin. (2023). Desarrollo tecnológico y responsabilidad extracontractual: A propósito de los sistemas de inteligencia artificial (IA). En J. M. Pérez Collados (Coord.), *La cultura jurídica en la era digital* pág. 123-145. Recuperado de <https://www.researchgate.net/publication/371139441> (20 de abril de 2025)

16 ManageEngine. (2023). *A paso lento va legislación de la IA en Estados Unidos*. Recuperado de <https://blogs.manageengine.com/espanol/2023/09/06/ley-ia-estados-unidos.html> (20 de abril de 2025)

17 El antropomorfismo jurídico consiste en la tendencia del derecho a proyectar atributos humanos (como la voluntad, la conciencia, la intención o la autonomía) sobre entidades no humanas (como empresas, organizaciones o sistemas tecnológicos), a fin de conferirles personalidad jurídica y hacerlas operativas dentro del sistema normativo.

18 El tecnofetichismo es la actitud cultural o ideológica que atribuye a la tecnología (y en especial a sus productos más sofisticados, como la inteligencia artificial) poderes autónomos, casi mágicos, capaces de resolver por sí mismos los problemas humanos.

Como hemos visto, la inteligencia artificial desafía las nociones clásicas de agencia, imputabilidad y responsabilidad. Y lo hace, paradójicamente, no por acercarse a lo humano, sino precisamente porque carece de humanidad y, sin embargo, actúa, decide e impacta. Su presencia obliga al derecho a confrontar el límite de su propio humanismo normativo: ¿podemos seguir pensando el mundo jurídico únicamente a partir de la figura del sujeto racional, libre y consciente?

La tentación de extender la categoría de sujeto de derecho a las inteligencias artificiales puede parecer, a primera vista, una respuesta progresista. Pero también implica riesgos considerables. Como advirtió Foucault, cada redefinición de lo que cuenta como sujeto es también una redefinición de quién merece protección y quién queda fuera.¹⁹ Reconocer personalidad jurídica a una máquina no es un acto neutro: puede provocar alteraciones profundas en la jerarquía de los sujetos existentes, afectando sobre todo a aquellos que ya ocupan posiciones periféricas en el sistema jurídico actual.

En última instancia, tal vez la pregunta más urgente no sea si la inteligencia artificial puede ser un sujeto de derecho, sino si deseamos construir un derecho en el que lo humano deje de estar en el centro. ¿Podremos regular lo técnico sin destruir la figura del sujeto? ¿Seremos capaces de pensar nuevas formas jurídicas sin abandonar la ética?

La inteligencia artificial no debe ser vista como una amenaza en sí misma, sino como una oportunidad para repensar el derecho desde sus fundamentos. Un derecho que se atreva a reconocer la complejidad de los nuevos agentes, pero que no renuncie a su responsabilidad histórica: la de proteger la dignidad humana, incluso cuando esta parezca eclipsada por la eficacia de la máquina.

Quizá el verdadero desafío no sea otorgar derechos a la inteligencia artificial, sino recuperar para el ser humano su capacidad de pensar, decidir y vivir más allá del algoritmo.

19 FOUCAULT, Michel, *La arqueología del saber*, 1.ª ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1970, p. 113.

El rol de los organismos de integración y cooperación internacional en el reconocimiento del derecho humano de acceso a internet

MARCOS. A. SEREL¹

Pocos inventos de la humanidad han poseído una capacidad transformadora tan revolucionaria como la red de redes. El salto exponencial que hemos experimentado como especie se lo debemos, en gran medida, a esta tecnología que ha modificado no solo la forma en que nos comunicamos, sino también el modo en que accedemos al conocimiento, trabajamos y participamos en la vida social y política. En el presente artículo, intentaremos arrojar un poco de luz a una cuestión fundamental: ¿Debe considerarse el acceso a Internet un Derecho Humano?

Lo cierto es que para este interrogante encontraremos tantas respuestas como personas hay en el mundo, por lo que, para abordar el debate, circunscribimos la discusión a la dicotomía que se ha desarrollado entre el **positivismo normológico** y el **empirismo no positivista**. Mientras que el primero requiere una consagración formal del derecho en tratados o normas, el segundo sostiene que los derechos humanos se fundan en necesidades humanas básicas y en la experiencia compartida de los pueblos.

Finalmente, nos proponemos recopilar los resultados de esta discusión **iusfilosófica**, los cuales, creemos, se ven reflejados en las distintas declaraciones conjuntas de los **Organismos de Integración y Cooperación Internacional**, que ya han comenzado a delinear principios generales para garantizar este acceso como un derecho fundamental en el siglo XXI.

Palabras clave: Internet - Derechos Humanos - Iusfilosofía

¹ Abogado. Doctorando en Derecho. Diplomado en Prevención del Lavado de Activos.

Vinton Cerf, experto en informática y considerado uno de los “padres” de internet, en 2012 publicó una nota en el New York Times bajo el título “*El Acceso a Internet no es un derecho humano*”.² El argumento principal del artículo se basaba en que, si bien Internet resultaba de gran importancia para la vida cotidiana, no podía considerarse un derecho fundamental.

Cerf argumenta que la tecnología no es un derecho en sí mismo, sino el vehículo a través del cual pueden ejercerse los derechos. En el texto, equipara el Acceso a Internet con el acceso a un caballo en la antigüedad. Consideramos esta comparación desatinada en tanto presenta una visión bastante reducida de lo que conlleva para una persona conectarse a la web. Internet es mucho más que la sumatoria de las tecnologías necesarias para que dos terminales se comuniquen. Internet se ha convertido en un plano más para el desarrollo de la personalidad y la construcción del sujeto, cualquier equiparación con tecnologías previas a su llegada resulta insuficiente y desatiende el impacto revolucionario que ha significado en nuestra sociedad.

Otro de los argumentos del científico en su nota versa respecto a la falta de instrumentos formales que positivicen el derecho de Acceso a Internet en calidad de derecho humano, el cual creemos sesgado. Este postulado encuentra asidero en el marco del positivismo normológico, siendo así que ya Hans Kelsen³ nos indica que la ley es una norma jurídica general y abstracta, dictada entonces por una autoridad competente, que establece deberes y derechos aplicables a una pluralidad de casos. Esta ley forma parte de un sistema normativo jerarquizado, cuya validez depende de su conformidad con normas superiores (como la Constitución).

Es así que, en esta óptica, encontramos que el derecho no es una entidad natural, ni un valor moral, sino un sistema de normas que regula la conducta humana mediante prescripciones de tipo “debe ser”. Es decir, el derecho es visto solo como un orden normativo coercitivo, compuesto por normas que determinan cómo deben comportarse los individuos, y cuya validez se basa en una norma fundamental (*Groundnorm*).

En palabras de Eugenio Bullying⁴, este argumento lo podemos entender como el temor de dar por cierto algo que en realidad no lo sea.

2 Cerf, V. (2012). Internet access is not a human right. The New York Times. Recuperado de: <https://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html> (16-04-2025)

3 Kelsen, H. (1997). Teoría pura del derecho. Ciudad de México: UNAM.

4 Bullying, E. (1987). Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos. Doxa, Recuperado de: <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-sobre-el-status-ontologico-de-los-derechos-humanos> (16-04-2025)

No obstante, frente a las argumentaciones de Cerf, respaldadas por nada más ni nada menos que el docente positivista, nos hallamos en la necesidad de responder con otros paradigmas iusfilosóficos que intentan desentrañar las bases de los Derechos Humanos.

En esta línea, podemos analizar la cuestión desde el empirismo no positivista postulado por Juan Carlos Gardella⁵. Sus ideas aceptan el postulado empirista; es así que este comprende que la validez de los conocimientos, así como de la justicia y de los derechos humanos, tendrá su apoyatura siempre en la experiencia, pero que rechaza la forma en que ésta ha sido plasmada por el positivismo extremo.

Nos dice Gardella que la experiencia siempre va a resultar ser experiencia sobre *algo*, pero también es experiencia de *alguien*. Habrá así un sujeto que analiza y, en ese mismo proceso de analizar, se construirá a sí mismo. Es incluyendo al sujeto que conoce en la ecuación que los postulados sobre verdades objetivas y absolutas se tiñen de estéril.

En contraparte, el positivismo también determinará qué es justo o injusto, verdadero o no, en base a la experiencia, pero ésta será sólo la de un reducido número de ciudadanos, aquellos con poder suficiente para plasmar su voluntad, sus conclusiones y sus experiencias en normas, imponiendo de esta forma sus verdades por sobre la de los otros.

A la hora de caracterizar este empirismo no positivista, nos dice Gardella, es necesario establecer algunas nociones. Tal es así que las pautas de derechos humanos representan a los llamados “principios materiales de justicia”, los cuales, entiende el autor, suponen juicios de valor. Supone la toma de posición de *alguien*. Se produce un fenómeno emotivo-volitivo internalizado en la conciencia que es, además, cognitivo, por lo cual es correcto afirmar que puede ser verdadero o falso.

Las pautas de derechos humanos están ya internalizadas en los seres humanos y parecen estar más del lado de los ciudadanos que de los poderosos, en cuanto se tornan en límites al ejercicio del poder.

A su vez, el concepto de justicia se equipara al de necesidad, entendida ésta como necesidades humanas básicas. Así, nos encontramos con necesidades biopsíquicas: alimento, sueño, seguridad, etc., tal como cualquier otro animal, y con necesidades específicamente humanas: relaciones interpersonales, de creatividad, de identidad, etc. De estas últimas necesidades surge la precisión de introducir metodologías que

5 Gardella, J. (1989). Sobre las fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos. En L. Olguín y otros (Eds.), *Derechos humanos: Un debate necesario*. Argentina: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

signifiquen el desarrollo de relaciones verdaderamente humanas entre los mismos sujetos que están en dicho proceso.

Por último, si se emplea el concepto de “necesidades básicas”, debemos presuponer algún tipo de distinción comprobable empíricamente entre necesidades verdaderas y falsas. Ya que no podemos recurrir al concepto de verdades objetivas, porque así deberíamos ver quién determina qué resulta objetivo, debemos ampararnos en el concepto de verdades intersubjetivas. Así, verdadero será aquello que se ha mostrado como tal intersubjetivamente a través de un proceso discursivo racional.

Entendemos que, mediante estas nociones, es que se construye el discurso jurídico, producto y productor del discurso social en una sociedad y tiempo determinados. Sin dudas, no podía formar parte de la agenda de la humanidad el Acceso a Internet en 1968, cuando se creó ARPA —la agencia estadounidense que dio origen a las primeras redes de comunicación digital—, situación que claramente no se corresponde con las necesidades y realidades actuales.

Tal es así que han surgido distintas declaraciones conjuntas entre la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP)⁶. El discurso social imperante en estas declaraciones recalca la necesidad de los pueblos por acceder a la red.

El documento adopta una serie de principios generales:

a. La libertad de expresión se aplicará a Internet en igual medida que a todos los medios de comunicación y las restricciones a la libertad de expresión en la red solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales.

b. Al evaluarse la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se deberá considerar la repercusión de tal restricción en la capacidad de la red para garantizar y promover la libertad de expresión en contraposición a los beneficios que la medida representará a la protección de otros intereses.

c. Las reglamentaciones desarrolladas para los medios de comunicación clásicos como la radio, el teléfono o la televisión no pueden trasladarse directamente a Internet, sino que deben ser diseñadas específicamente para este medio.

d. En cuanto a los ilícitos, debe asignarse una mayor relevancia al desarrollo de enfoques alternativos y específicos que contemplen las singularidades de la red,

6 Organización de Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. (2011). Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>

reconociendo que no deben implementarse restricciones especiales al contenido de los materiales que se difunden a través de Internet.

e. La autorregulación resulta una herramienta efectiva para solucionar los conflictos por expresiones injuriosas y por ello debe ser promovida.

f. Remarca la necesidad de fomentar medidas educativas y de concienciación que promuevan la capacidad de todas las personas de realizar un uso autónomo, independiente y responsable de Internet.

A su vez, brinda los lineamientos respecto a la responsabilidad de los intermediarios:

a. Ninguna persona que solamente ofrezca los servicios técnicos de internet, como acceso, búsquedas o almacenamiento de información, podrá ser responsable por los contenidos generados por terceros y que se difundan a través de sus servicios, siempre que no intervenga en estos contenidos o se negara a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo.

b. Deberá considerarse la posibilidad de brindar protección completa a otros intermediarios, incluso los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros. Mínimamente, no se debería exigir a los intermediarios que ejerzan control sobre el contenido generado por usuarios y no deben estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión, como suele suceder con las normas de “notificación y retirada” que se aplican actualmente.

La declaración brinda directrices en cuanto a los mecanismos de filtrado y bloqueo:

a. El bloqueo completo de sitios web, direcciones IP, puertos, protocolos de red o redes sociales constituye una medida extrema, análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio, que sólo podrá efectuarse conforme a estándares internacionales, por ejemplo, para proteger a menores del abuso sexual.

b. Los sistemas de filtrado de contenidos que impongan los gobiernos o proveedores de servicio, que no sean controlados por el usuario final, constituirán una forma de censura previa y no representan una restricción justificada a la libertad de expresión.

c. Los productos destinados a facilitar el filtrado por los usuarios finales deben estar acompañados por información clara dirigida a esos usuarios acerca del modo en que estos funcionan y las posibles desventajas que pueda acarrear el filtrado excesivo.

Respecto a las responsabilidades penales y civiles, el documento dice que:

a. La competencia respecto a las causas vinculadas al contenido de internet deberá corresponder a los Estados con los que tales causas presenten los contactos más estrechos. Dice el texto que normalmente el usuario que publica en un Estado reside en ese mismo sitio y está dirigido al Estado en cuestión. Los particulares afectados solo podrán iniciar acciones en jurisdicciones en las que puedan demostrar haber sufrido un perjuicio.

b. Respecto a las normas sobre responsabilidad y exclusión de responsabilidad, deberán tener en cuenta el interés del público en general en proteger tanto la expresión como el sitio en el que se pronuncia, buscando así preservar la función de “lugar público de reunión” que cumple Internet.

c. La norma recepta la regla de la “publicación única”, estableciéndose así que cuando los contenidos hayan sido publicados en el mismo formato y en el mismo lugar, los plazos para la interposición de acciones judiciales deberán computarse desde la primera publicación y, a su vez, deberá ser única la reparación por los daños sufridos en todas las jurisdicciones.

Respecto a la neutralidad de la red, el documento establece que:

a. El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no puede ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de razones como los dispositivos, el contenido, los autores, su origen y/o el destino del material, servicio o aplicación.

b. Se debe exigir a los intermediarios que brinden su servicio con transparencia, respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información y cualquier dato que sea relevante sobre sus prácticas. Esto lo deben hacer en un formato que resulte claro y accesible para todos.

La declaración conjunta brinda lineamientos respecto al Acceso a Internet:

a. Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet, garantizando así el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet resulta necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como la educación, la salud y el trabajo.

b. La interrupción del acceso, o parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos de la misma, no puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de seguridad nacional u orden público. Las mismas disposiciones se aplican a las medidas de reducción de la velocidad de navegación o partes de esta.

c. La negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituirá una medida extrema que solo podrá estar justificada cuando no existan otras menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos.

d. Otras medidas que limitan el acceso a Internet, como la imposición de obligaciones de registro u otros requisitos a los proveedores de servicios, no serán legítimas a menos que superen la prueba establecida por el derecho internacional para las restricciones a la libertad de expresión.

e. Los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet.

Como mínimo, los Estados deberán:

I. Establecer los mecanismos regulatorios, que contemplen regímenes de precios, requisitos de servicio universal y acuerdos de licencia, para fomentar un acceso más amplio a Internet, incluso de los sectores más vulnerables y las zonas rurales más alejadas.

II. Brindar apoyo directo para facilitar el acceso, incluida la creación de centros comunitarios de tecnologías de la información y la comunicación y otros puntos de acceso públicos.

III. Generar conciencia sobre la alfabetización digital, sobre el uso adecuado de Internet y los beneficios que puede significar, especialmente en sectores vulnerables, niños, ancianos y zonas de poblaciones rurales aisladas.

IV. Adoptar medidas especiales que aseguren el acceso equitativo a Internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos.

f. A fin de implementar las medidas anteriores, los Estados deberían adoptar planes de acción detallados en varios años de duración que amplíen el acceso a Internet, incluyendo sus objetivos claros y específicos, así como los estándares de transparencia, presentando informes públicos y sistemas de monitoreo.

Esta declaración conjunta, consideramos, no es más que los lineamientos de un futuro Tratado de Derechos Humanos; brinda un marco normativo claro y detallado sobre los distintos aspectos que componen el Acceso a Internet y cuenta con el apoyo de las distintas organizaciones internacionales.

Creemos que estas declaraciones no serían posibles sin el cambio en el discurso imperante. La voluntad política de los distintos organismos fue clave en esta modificación, pero fundamentalmente, dado el carácter abierto, horizontal y el alcance

que tiene internet, el discurso de sus usuarios consiguió hacerse oír y generar el terreno necesario para que dicha evolución sea posible.

A su vez, no podemos hacer caso omiso a la gran labor de Frank La Rue como Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, frente al Consejo de Derechos Humanos en la Organización de Naciones Unidas.

En junio del año 2011 fue publicado el informe A/HRC/17/27⁷. En este documento, La Rue detalla las principales tendencias y desafíos al derecho de todas las personas a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo por internet.

Se explica la especial y transformadora naturaleza de este medio, que permite a las personas ejercer no solo su derecho a la libertad de expresión y opinión, sino también muchos otros derechos humanos, y lo considera una herramienta capaz de impulsar a la sociedad en su conjunto.

El derecho de acceso a internet presenta dos aristas nos dice: por un lado, tenemos el acceso irrestricto al contenido en línea, a excepción de unos pocos casos previstos en el derecho internacional de los derechos humanos, y por el otro, la disponibilidad de infraestructura necesaria y tecnología como cables, módems, computadoras y software para acceder al mismo.

La Rue sostiene que internet pasó a ser un medio fundamental para el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y de expresión, garantizado por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 19, párrafo 2, que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.⁸

Al hablar de la norma de “cualquier otro procedimiento”, se denota previsión legislativa respecto de los futuros adelantos técnicos mediante los cuales las personas pudieran ejercer su derecho a la libertad de expresión. Es en base a esto que el relator especial considera que sigue siendo pertinente al marco del derecho in-

7 La Rue, F. (2011). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Informe anual al Consejo de Derechos Humanos. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

8 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Artículos 19 y 21. Nueva York.

ternacional de los derechos humanos y aplicable de la misma manera a las nuevas tecnologías de la comunicación como lo es internet.

Entre los beneficios que aporta internet nos encontramos con su alcance mundial, su velocidad y su relativo anonimato. Estos permiten difundir información a las personas de manera casi instantánea y, de esta forma, movilizarlas, lo que ha generado temor en los gobiernos y los poderosos, quienes han respondido con restricciones a internet mediante el uso de tecnologías cada vez más avanzadas para bloquear contenidos, vigilar y detectar activistas y críticos, tipificando como delito la expresión legítima de opiniones y adoptando legislaciones restrictivas para justificar estas medidas.

Es concerniente recordar por esto el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual determinará qué restricciones constituirán por parte de los Estados una infracción ante el derecho a la libertad de expresión.

El mencionado párrafo dice así:

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Como bien establece el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, existen ciertos tipos excepcionales de expresión que dan lugar a ser restringidas legítimamente, en especial para salvaguardar los derechos de otras personas.

La Rue considera importante entender que toda limitación a la libertad de expresión necesariamente debe sortear un examen acumulativo conforme a tres elementos:

- a) Debe existir en el ordenamiento legal de manera clara y accesible para todos, con base en el principio de previsibilidad y de transparencia.
- b) Debe utilizarse para alcanzar alguno de los fines enumerados en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, es decir: i- asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de información e ideas de todo tipo por internet. o ii- proteger la seguridad nacional y el orden público o la salud o moral públicas, de acuerdo al principio de legitimidad;

c) Debe ser manifiestamente necesaria esta prohibición y resultar el medio menos restrictivo para lograr los objetivos previstos, acorde a los principios de necesidad y proporcionalidad.⁹

El control de toda legislación que restrinja el acceso a contenido de internet deberá estar a cargo de un organismo política y económicamente independiente a fin de asegurar su legitimidad, de forma que no haya arbitrariedades ni discriminación, así como contar con los medios necesarios para impugnar y recurrir el ejercicio abusivo de la misma.

Entre las diversas formas de control ilegítimo por parte de los Estados del acceso al contenido en internet, podemos hablar de filtros, bloqueos, garantías inadecuadas del derecho a la intimidad y protección de datos personales, hasta tipificación injustificada de expresiones en línea. Muchas veces los países se amparan en leyes sumamente vagas y amplias para justificar distintas medidas de prohibición al contenido en internet, vulnerando no solo el derecho a la libertad de expresión, sino también el principio de máxima taxatividad del derecho penal.

En un mundo donde las vulneraciones a los derechos humanos son una constante, el acceso a Internet no siempre ocupa un lugar prioritario en la agenda política y jurídica. Sin embargo, ignorar su impacto equivale a desconocer su papel central en la sociedad contemporánea. La conectividad digital no solo facilita el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de expresión, la educación y la participación política, sino que también es un factor clave para el desarrollo humano y la equidad social.

Ante este escenario, la legislación en materia de acceso a Internet no puede seguir siendo una deuda pendiente. Garantizar este derecho implica no solo reconocerlo formalmente en los ordenamientos jurídicos nacionales, sino también adoptar políticas concretas que cierren la brecha digital, protejan la neutralidad de la red y aseguren su accesibilidad para todos los sectores de la población. La responsabilidad recae sobre los Estados, los organismos internacionales y la sociedad civil, quienes deben mantener esta exigencia en alto y trabajar activamente para transformar los compromisos declarativos en garantías efectivas.

Es fundamental recordar que los derechos humanos no compiten entre sí, sino que se refuerzan mutuamente. La conectividad digital es, en este sentido, una herramienta que potencia el ejercicio de otros derechos, y su reconocimiento como

9 La Rue, F. (2011). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Informe anual al Consejo de Derechos Humanos. Nueva York: Organización de Naciones Unidas.

derecho humano no es una cuestión de conveniencia, sino de justicia. La comunidad internacional debe avanzar hacia la creación de un marco normativo vinculante que establezca obligaciones claras para los Estados, asegurando que el acceso a Internet deje de ser un privilegio y se convierta en una garantía efectiva para toda la humanidad.

EJE 2

DERECHO Y VULNERABILIDADES

La niñez y la adolescencia frente al cambio climático y su derecho a la participación

LUJÁN LILIANA ROCCA - CECILIA POLINORI¹

La Organización de Naciones Unidas (ONU) propuso, en 2015, crear una agenda de trabajo para alcanzar en 2030 diecisiete Objetivos de Desarrollo Sostenible cuyo impacto social y ambiental apuntan a “Mejorar la vida de todos”.

La igualdad de derechos está presente en toda la Agenda siendo necesario el enfoque de los interesados para su apropiación e implementación evitando la crisis civilizatoria reinante.

Desde el clamor de la niñez y la adolescencia se implementaron consultas directamente con niños, niñas y adolescentes de todo el mundo para elaborar la Observación General 26 (OG 26) sobre los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) con relación al ambiente. La participación de las mujeres y niñas en un futuro sostenible también es materia de interés para el derecho.

El artículo se propone analizar las cuestiones sobre derechos humanos y cambio climático, reconociendo problemáticas como la ecofobia, la ecoansiedad, el trastorno por déficit de naturaleza, la contaminación, el derecho al agua potable, y reconociendo la necesaria mirada jurídica y el derecho a la participación de NNA en el abordaje de los problemas globales climáticos que los afectan.

Palabras claves: infancias, ambiente, cambio climático

I. Cambio climático: situación global y efectos sociales

El cambio climático, una realidad innegable impulsada principalmente por la actividad humana, se manifiesta a través de un aumento de las temperaturas globales, eventos climáticos extremos y la alteración de los ecosistemas. Este fenómeno glo-

¹ Luján Liliana Rocca; Abogada, Profesora Universitaria en Ciencias Jurídicas, Magister en Derecho de infancia, adolescencia y familia por la UB
Cecilia Polinori; Profesora; Magister en Comunicación Estratégica, UNR.

bal no solo amenaza la estabilidad del planeta, sino que, también, tiene profundas implicaciones sociales, especialmente para las infancias.

Llamamos crisis climática y ambiental², o “crisis de civilización” a esta crisis que estamos habitando, tanto a nivel local y regional como a escala planetaria que nos exige generar nuevas herramientas teóricas y prácticas para abordarla. Es en y por este contexto, que, desde hace algún tiempo, los pensadores de las ciencias sociales, se encuentran alertando sobre la Crisis del Desarrollo a la que asistimos y, en el año 2015, la ONU dio a conocer los ambiciosos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)³ que pretenden guiar las actividades humanas hacia una sostenibilidad en lo económico, lo social y lo ambiental, para mejorar nuestras vidas. Estos objetivos suponen una mirada integral de los problemas a resolver y la participación de los actores de la sociedad civil. Se entienden de manera integrada y con ellos se propone trazar la Agenda 2030 con las personas como centro (en un sentido bien distinto al del antropocentrismo), transformando el paradigma de desarrollo dominante y bajo el slogan “No dejar a nadie atrás”.

Si bien el cambio es parte de la dinámica de los sistemas complejos, la velocidad que las acciones humanas le imponen hoy, contrasta con la natural lentitud de la evolución biológica. A esto se suma el problema de que los objetivos de ese cambio veloz y constante no necesariamente se orientan al bien común y a un desarrollo humano, sostenible e integral. El cambio es algo deseable, pero se vuelve preocu-

2 La expresión “medio ambiente” se originó por un error de traducción en una cumbre en Estocolmo en 1972. En un glosario para periodistas, la traducción de la palabra en inglés “environment” se definió como “medio ambiente”, pero se olvidó de poner la coma. Esto hizo que el término “medio ambiente” se difundiera y se siga usando hasta hoy. Sin embargo, tanto “medio ambiente” como “ambiente” son formas aceptadas. La expresión “medio ambiente” se usa más comúnmente para referirse al ambiente “natural”, o la suma de todos los componentes vivos y los abióticos que rodean a un organismo. “Medio”, “ambiente” y “entorno” son sinónimos. La Cumbre de Estocolmo marcó un punto de inflexión porque fue la primera vez que se puso al cambio climático entre las preocupaciones de los países”. La Real Academia Española (RAE), recepciona asimismo, el término “medioambiente” como sinónimo de ambiente y lo caracteriza como “Conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades”, reconociendo asimismo los términos “medioambientalista” y “medioambiental”.

3 La organización de las Naciones Unidas (ONU) propone en 2015 crear una agenda de trabajo para alcanzar hacia el año 2030 y define estos 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible cuyo impacto Social y Ambiental apuntan a “Mejorar la vida de todos”. La Agenda 2030 es Universal pues los beneficios del desarrollo deben ser para todos y es responsabilidad de todos los países su logro; Indivisible, ya que insta a abordar los 17 Objetivos en conjunto, evitando fragmentaciones; Integral, puesto que conjuga las tres dimensiones del desarrollo (económico, social y ambiental); Civilizatoria, dado que propone erradicar la pobreza extrema como imperativo ético, poniendo a la dignidad y a la igualdad de las personas en el centro; Transformadora, ya que requiere aproximaciones alternativas a la forma habitual de hacer las cosas para alcanzar el desarrollo sostenible. Se presenta como “El mejor plan del mundo para combatir el cambio climático”.

pante cuando se convierte en deterioro del mundo y de la calidad de vida de gran parte de la humanidad.

Para balancear ese desequilibrio que se da por la disociación de naturaleza y cultura, aparece el saber ambiental, que es la apertura de la ciencia interdisciplinaria y sistémica hacia un diálogo de saberes; propone la “reapropiación social del conocimiento y la orientación de los esfuerzos científicos hacia la solución de los problemas más acuciantes de la humanidad y los principios de la sustentabilidad: una economía ecológica, fuentes renovables de energía, salud y calidad de vida para todos”⁴. Esta es la invitación a habitar el mundo de manera más responsable, entendiendo la noción de red que implica la incidencia de las acciones de cada nodo en la existencia del conjunto.

Estamos en un momento en el que es urgente detenernos y cuestionar nociones tan centrales como el mundo, lo real, la naturaleza, los credos, la razón, pero es indispensable replantearnos qué entendemos por progreso, porque la idea de progreso ilimitado en un planeta con recursos finitos no es sustentable. Quizás revertir la mirada que tenemos sobre el progreso ayude a que progresar no sea una carga para todos. La vieja idea cuantitativa de desarrollo en términos de acumulación de recursos, de divisas, de territorios, de objetos, de metales, deja afuera otras muchas concepciones de desarrollo.

Llamamos entonces ambientalismo inclusivo a una forma de habitar el mundo como conjunto indisoluble e inseparable de las relaciones de los seres vivos y los elementos de la tierra. Es por eso que decimos que todo problema es ambiental. Y si los problemas son ambientales, podemos acordar con el Profesor Faccendini y el concepto jurídico por él acuñado de lesa ambientalidad: “*La lesa ambientalidad es una consecuencia no sólo del biocentrismo sino también del ambientalismo que hemos conceptualizado como inclusivo, que da cuenta sobre el daño ambiental a un todo que es el ambiente*”.⁵

Hay varios enfoques teóricos posibles sobre la cuestión socioambiental.⁶

4 Manifiesto por la vida por una ética para la sustentabilidad. Ambiente & Sociedad. 2002; V(10):1-14. ISSN: 1414-753X. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31713416012>. Consultado el 20 de Julio de 2024.

5 Faccendini, A. Abogado, Cientista Social, Magíster en Ambiente y Desarrollo Sustentable, Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas, Profesor Universidad Nacional de Rosario (UNR); “*La nueva humanización del agua. Una lectura desde el ambientalismo inclusivo*”. https://biblioteca-repositorio.clacso.edu.ar/bitstream/CLACSO/15348/1/La_nueva_humanizacion_del_agua.pdf. Consultado el 7/4/ 2025.

6 Ulrich Beck, Commoner (1978), Jonas (1995), Young, 2004; Ferguson, 2013 citados en “*El cambio climático: negacionismo, escepticismo y desinformación*”. Abellán López, María Ángeles. Disponible en <https://doi.org/10.25058/20112742.n37.13>. Consultado el 18/6/2024.

Algunos autores sostienen que se está imponiendo la mirada de quienes niegan el cambio climático, enfoque que propone la inacción; en ese grupo podemos diferenciar a los negacionistas, los climatoescépticos y los contrarios climáticos. En general, estas miradas no niegan la evidencia científica, sino que naturalizan el calentamiento global como algo determinista, exculpando al ser humano de responsabilidad.

Concientizar sobre el cambio climático es una tarea que abordan numerosas Organizaciones No Gubernamentales (ONG); la crisis climática entonces incluye aspectos ambientales y la contaminación del aire, suelo o agua. Naciones Unidas habla de la triple crisis planetaria, en alusión a la emergencia climática, el colapso de la biodiversidad y la contaminación.

La cuestión que estamos trabajando, tiene también aristas propias del Derecho Penal cuando se configuran delitos ambientales. El abordaje de la contaminación del espacio exterior es una nueva variable que ya se configura como un delito ambiental, está siendo incluida dentro de esta crisis a través de los congresos de Criminología Verde (Green Criminology) en los cuales se trata fuertemente la cuestión de la denominada chatarra espacial como delito ambiental.

Los niños, niñas y adolescentes (NNA), al ser particularmente vulnerables, experimentan de manera intensa los efectos del cambio climático. La exposición a desastres naturales, la escasez de recursos y la degradación del ambiente generan un impacto significativo en su bienestar físico y emocional.

Se ha dado nombre a algunas de las problemáticas que se pueden reconocer a escala planetaria en relación al impacto en la esfera de los derechos humanos de NNA. En esta oportunidad, mencionaremos algunas a modo de ejemplo. La *Ecofobia* se puede conceptualizar como el miedo o ansiedad extrema relacionada con la degradación ambiental. La idea de ecofobia⁷ nace ante los anuncios de un fin del que nos sentimos culpables, pero sin ofrecernos ninguna alternativa, ninguna vía que nos permita actuar para evitarlo, aliviar el sufrimiento y sentirnos mejor.

Mientras que la *Ecoansiedad* es la preocupación crónica por la crisis climática y sus consecuencias, se trata de un temor constante por el cataclismo ambiental. La Organización Mundial de la Salud (OMS) advirtió sobre esta condición que afectaría principalmente a los y las jóvenes.

El Trastorno por Déficit de Naturaleza es un problema que puede originarse en la desconexión de la naturaleza, provoca “una disminución del uso de los sentidos, problemas de atención y enfermedades físicas y emocionales”, según Richard

7 La palabra “ecofobia” está formada con raíces griegas y significa “temor irracional a su propio hogar”. Sus componentes léxicos son: oikos (casa) y phobos (miedo), más el sufijo -ia (cualidad).

Louv⁸. Los NNA necesitan estar unidos a la naturaleza para mejorar su estado de ánimo, porque es bueno para su formación como personas y ciudadanos/as y para evitar la desconexión con el medio natural que puede generar un trastorno en el comportamiento. Cuando carecen de este contacto, sufren mayor falta de concentración, ansiedad, estrés e irritabilidad. Las enfermedades respiratorias se agravan en los entornos urbanos también a causa de la contaminación y en los espacios cerrados, que, en muchas ocasiones, ni siquiera son viviendas saludables.

Estas condiciones, exacerbadas por la creciente conciencia de la crisis climática, afectan el desarrollo emocional y psicológico de los NNA, generando sentimientos de desesperanza y vulnerabilidad.

Es crucial reconocer que el cambio climático no es solo un problema ambiental, sino también una cuestión de salud, justicia social, derechos humanos, derecho ambiental y derecho penal cuando se configura un delito ambiental. La protección de las infancias ante los efectos del cambio climático requiere un enfoque integral que aborde tanto las causas como las consecuencias de este fenómeno global. Contra el cambio climático, la idea es volver a conectar con la naturaleza. Estamos absolutamente equivocados si pensamos que lo que le pasa a la naturaleza no nos pasa a nosotros. Todo lo que le pasa, nos pasa a nosotros.

II. Cambio climático: situación local, abordajes jurídicos y efectos sociales

Dentro del marco jurídico argentino y en consonancia con los estándares internacionales se establece una sólida protección para los derechos de NNA en relación con el ambiente. El marco jurídico protectorio de la infancia y la adolescencia está integrado por la Constitución Nacional (CN), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), que tiene rango constitucional y sus Observaciones Generales (OG), la normativa de protección integral nacional y provincial de los derechos de NNA: Ley Nacional 26061 y Leyes Provinciales (en Santa Fe la Ley 12967/2009) y sus respectivos Decretos reglamentarios. En el ámbito del Derecho Ambiental la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático del año 1993 se incorpora a nuestro derecho por medio de la Ley N° 24.295.

La Constitución Nacional (CN) reconoce en el artículo 41⁹ el derecho a un ambiente sano y el daño ambiental e impone la obligación de indemnizar. Pone en

8 Louv Richard, *Naturaleza y Salud*, R.B.A libros. ISBN 9788490068717. Año 2015.

9 *Constitución Nacional*, art. 41 “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades

cabeza del Estado la responsabilidad de efectivizar este derecho; es el Congreso Nacional el que debe dictar leyes sobre el tema y las provincias adherir. Finalmente prohíbe la entrada al país de residuos peligrosos y radiactivos. Además, en el artículo 43 proporciona la herramienta del amparo para actos u omisiones que pongan en peligro el derecho reconocido a un ambiente sano.¹⁰

Continuando con el análisis de nuestra Ley Suprema encontramos en el art 75 inc. 22 CN, que se recepciona con rango constitucional al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESyC) y a la CIDN.

Todo esto evidencia que las normas mencionadas y analizadas más arriba son normas supremas frente a cualquier cuestión que pueda afectar a la niñez y a la adolescencia en el tema que estamos abordando.

Si queremos desplegar el tema de los derechos humanos de NNA reconocidos en la CIDN en vinculación con el cambio climático, la contaminación y los aspectos ambientales deberíamos iniciar por su preámbulo que tiene presente la necesidad de proporcionar al niño una protección especial enunciada en diversos instrumentos internacionales entre los que cita al PIDESyC.

Respecto de los NNA y el cambio climático varios son los derechos comprometidos: el interés superior de NNA, los derechos a la educación, a la salud, a la no discriminación, a la supervivencia y el desarrollo, a ser escuchado/a, a la libertad de expresión, asociación y reunión, al acceso a la información, a no ser víctima de ningún tipo de violencia, a la seguridad social y un nivel de vida adecuado, al descanso, juego, esparcimiento y recreación, a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible y a la participación.

El tema ambiental se trata en varios artículos de la CIDN como, por ejemplo, en el que reconoce el derecho humano a la educación de NNA, señalando como uno de

presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actuales o potencialmente peligrosos y de los radiactivos.”

10 Constitución Nacional, art. 43 “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponerse (...) y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente”.

los objetivos del derecho humano a la educación reconocido en ella, el de inculcar el respeto por el medio ambiente natural (art 29 inc. 2 CIDN).

Son también de medular importancia aquellos artículos que recepcionan a NNA como ciudadano/a con un derecho a la participación en las políticas públicas, tema que especialmente se estudió y trató en el IX Congreso Mundial por los Derechos de las Infancias y las Adolescencias, en el marco de la investigación sobre la Ciudad de los Niños de la ciudad de Rosario.¹¹

Cuando se habla de participación de NNA debe evitarse considerar que se hace referencia de manera necesaria y excluyente a aquella intervención que se vincula con el derecho a participar en procesos judiciales. Desde una visión amplia de este derecho a la participación, debe pensarse como participación ciudadana del colectivo como ciudadanos y ciudadanas en ámbitos culturales, educativos, de políticas públicas, etc.

Más arriba se sostuvo que dentro del marco jurídico argentino las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos del Niño(OG), que no son vinculantes, nos traen elementos para interpretar la CIDN y la normativa dictada en consecuencia.

Es por ello que resulta de interés el aporte de NNA de todo el planeta en la elaboración de la Observación General N° 26 fruto del clamor de la niñez y la adolescencia del planeta y el reconocimiento de los Estados del derecho de NNA a la ciudadanía y la participación.

Entre el año 2021 y el 2023, el Comité sobre los derechos del niño realizó consultas en línea y talleres con la comunidad mundial de NNA, a nivel nacional y regional, con modalidad presencial y en línea, incluyendo 16.331 contribuciones de niños, niñas y adolescentes, de 121 países; la finalidad de estas acciones fue elaborar la Observación General sobre los derechos del niño y el medio ambiente con especial atención al cambio climático (Observación General N° 26 publicada el 22/8/2023).¹²

11 Rocca Lujan Liliana, “Derecho a la Ciudadanía y Participación de Niños, Niñas y Adolescentes: *cimientos jurídicos internacionales*”. Tipo de presentación: discusión académica. Alcance: internacional. Se realizó un estudio desde una mirada interdisciplinaria sobre cómo se puede efectivizar este derecho a la participación ciudadana reconocido por la CIDN y la normativa de protección de nuestro país que asegura la participación de niños, niñas y adolescentes en asuntos de su interés.

12 idhc.org/es/actualidad/el-comite-de-los-derechos-de-la-infancia-de-las-naciones-unidas-publica-la-observacion-general-n-26-sobre-los-derechos-de-la-ninez-y-el-medioambiente-con-especial-atencion-al-cambio-climatico.php#:~:text=La%20Observaci3n%20General%20N.º%2026%20constituye%20una%20guía%20autorizada,daño%20ambiental%20y%20cambio%20climático. Consultado el 23/6/2024.

Mediante esta Observación el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha publicado una guía orientativa para los Estados sobre lo que deben hacer para defender el derecho de los niños a un medio ambiente limpio, sano y sostenible.

III. Propuestas de infancias. Antecedentes locales.

Importancia de la escucha del colectivo de la infancia

Desde una mirada adulto céntrica se pueden formular numerosas propuestas para el abordaje de esta temática tales como implementar programas de alfabetización climática con seguimiento y evaluación; el desarrollo de competencias que nos permitan defendernos de la información errónea, intencionalmente tóxica y de la sobreinformación; el cuidado de los NNA al momento de hablar de problemáticas ambientales porque puede provocarse altos niveles de ansiedad, depresión y estrés en ellos y ellas; el favorecimiento de la comunicación positiva/propositiva corriéndonos del impacto tremendista a fuerza de mostrar lo terrible de la situación; reconocer la necesaria mirada de las ciencias sociales en el abordaje de los problemas globales climáticos.

Es por ello que este trabajo, recuperando la última de las propuestas, ha intentado abordar desde una mirada jurídica fusionada con la mirada ambientalista el análisis de la situación de NNA frente al cambio climático y reconocer la importancia del aporte del colectivo de la infancia y la adolescencia en la materia, efectivizando su derecho humano a la participación ciudadana.

El pedagogo italiano Francesco Tonucci está convencido de que si una ciudad es mejor para las niñas y los niños es mejor para todos, ese es el corazón de la propuesta que difunde por el mundo y pide al poder político tomar decisiones a escala de las infancias con espacios públicos seguros y de encuentro.

Su proyecto denominado “La ciudad de los niños” se edifica sobre la idea de que la ciudad para ser una ciudad debería ser de todos. Y de alguna manera la ciudad se llama de las niñas y de los niños como una provocación. Es decir, la ciudad ha perdido sus habitantes, la mayoría de sus habitantes o todos.¹³

13 Y afirma “Mi primer recuerdo de niño, de tres años, es el bombardeo de mi ciudad. Cuando las ciudades se reconstruyeron, fue a la medida de un ciudadano que podemos describir como un varón, adulto, trabajador. Y la demostración que esta fue la elección, la da el poder que hoy el coche tiene en la vida de la ciudad moderna. Prácticamente es el verdadero dueño de la ciudad. Y claro que una ciudad que se piensa y se arregla y se desarrolla para un varón, adulto, trabajador, es muy incómoda, hasta hostil, para los que no son varones, los que no son adultos y que no son trabajadores. Que son una gran mayoría en la ciudad, porque estamos hablando de niños, mujeres, viejos, discapacitados, pobres, extranjeros. Y probablemente, los privilegiados, los hombres adultos y trabajadores, tampoco serán felices, si sus hijos, sus mujeres y sus padres sufren”.

En nuestra ciudad, Rosario de Santa Fe, se escucha la voz de Tonucci y su proyecto mucho antes de la publicación de la OG 26 del Comité sobre los Derechos de Niño; los niños y niñas, integrantes de Consejos de Niños, formularon numerosos proyectos vinculados al ambiente, efectivizándose el derecho a la participación ciudadana y trabajando desde la escucha y la participación de NNA. Los más relevantes son *La Línea Verde* (2000), *Monstruos de basura* (2005), *Y... si llenamos la ciudad de mariposas?* (2014), *Alerío. Refugios para aves* (2019), *Ciudad Humedal. El paisaje de nosotros* (2022).¹⁴

Las propuestas de NNA de todo el planeta a través de la OG 26 quedaron plasmadas como “demandas claves” de los niños a los adultos. ¿Qué nos demandan?

Un medio ambiente limpio y saludable; ser escuchados, tomados en serio y desempeñar un papel en la acción ambiental; la realización de acciones claras por parte de gobiernos, corporaciones y todos los adultos; la cooperación entre los países y regiones del mundo; la concienciación y educación ambiental y la creación de espacios para compartir sus ideas sobre posibles soluciones.

En conjunto con el Grupo Directivo de la Observación General N° 26, el Equipo Asesor Infantil diseñó un documento (no oficial del Comité de Derechos del Niño) llamado “Nuestro Planeta, Nuestros Derechos, Nuestras Voces: una Carta Mundial de la Infancia”¹⁵, que ofrece una visión de algunos de los mensajes, historias y llamamientos a la acción clave que los niños y niñas compartieron como parte del proceso global de creación de la Observación General N° 26. Es la visión de NNA de lo que es un mundo limpio, saludable y sostenible.

Entre otras acciones los NNA proponen reducir las emisiones de gases, gestión de residuos, protección y restauración de la biodiversidad, acciones acordadas colectivamente para sancionar la destrucción del medio ambiente por gobiernos y empresas, entre otras.

Ellos nos brindan consejos para que la información ambiental sea creada de manera adaptada a la infancia.

14 Un estudio profundo de estas acciones se está llevando a cabo por el programa “La participación de niños y niñas en las políticas públicas de la ciudad de Rosario”, creado en el ámbito del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la UNR, que se propone indagar los distintos proyectos de los Consejos de niños y niñas que promovieron la participación de las infancias y evaluar su implementación en políticas públicas del gobierno de la ciudad de Rosario. Creado por Resolución 9389/2022 y dirigido por la Dra. Carina Cabo.

15 Disponible en <https://childrightsenvironment.org/global-charter/>, Consultado el 30/03/2025.

Las experiencias locales en Rosario, donde las voces de la infancia han generado propuestas concretas para un futuro más sostenible, demuestran el potencial transformador de escuchar y empoderar a las nuevas generaciones.

La OG N° 26 se constituye en una acción coordinada y comprometida a nivel global, que prioriza el bienestar de las infancias y reconoce su rol fundamental en la construcción de un planeta habitable y justo para todos. Ejerce un impacto significativo en la infancia de todo el mundo. Al destacar la conexión entre los derechos de la infancia y la crisis ambiental compromete la responsabilidad de los Estados de defenderlos. Debe utilizarse para orientar las actividades de los tres poderes de los Estados. Las autoridades locales deben asumir el compromiso de incluir políticas, programas y estrategias para la defensa de sus derechos reconocidos por el sistema jurídico. Urge, por lo tanto, escuchar sus demandas y propuestas...

“Díganlo de manera que no cause pánico. Hay que ser realistas, pero no hablar de forma demasiado agresiva o intimidante”. (niño, 14 años, Finlandia)

“Cuando antes conozca un niño o niña sus derechos, mejor los asumirá”. (niña, 16 años, Uzbekistán)

Los derechos de la naturaleza: ¿El ambiente es un medio?

VICTORIA A. E. SCOCCIA¹

“Aunque los retos no tienen precedentes, y aunque los desacuerdos son enormes, la humanidad puede dar la talla si mantenemos nuestros temores bajo control y somos un poco más humildes respecto a nuestras opiniones”

YUVAL NOAH HARARI

La Revolución Industrial durante la segunda mitad del siglo XVIII e inicio del siglo XX trajo aparejado el desarrollo científico. Como consecuencia, se produjo un cambio de paradigma en los sistemas de producción, en donde el afán por el progreso económico no reparaba en el menoscabo indiscriminado y voraz al ambiente ni en el uso irracional de los recursos naturales.

Según la Real Academia Española, dos de las acepciones de la palabra recurso² (del lat. *recursus*) lo definen como “medio de cualquier clase que, en caso de necesidad, sirve para conseguir lo que se pretende”, o bien como “conjunto de elementos disponibles para resolver una necesidad o llevar a cabo una empresa”.

De dichas definiciones pueden derivarse algunas cuestiones:

¿Es el medio ambiente un medio en sí mismo?

¿Los recursos naturales, son realmente recursos conforme la definición que se tiene de ellos?

¿Todos los medios son válidos, aceptables o correctos para satisfacer nuestras necesidades?

1 Abogada; especializada en Derecho de Daños, UCA; Diplomada en Derecho Colaborativo; Vicepresidenta Segunda del Instituto de Derecho Colaborativo del Colegio de Abogados de Rosario; Presidenta de AIDA Joven Argentina.

2 <https://www.rae.es/drae2001/recurso#>

¿Las necesidades que se tienen en consideración, deben ser sólo las humanas?

¿Qué clases de necesidades son imprescindibles y cuáles superfluas? Y si son prescindibles, ¿son verdaderas necesidades?

¿Qué tipo de empresas (en el sentido más amplio) queremos llevar a cabo?

Las reflexiones que se vuelcan en estas líneas lejos están de pretender dar respuesta a dichos interrogantes. A veces las preguntas, aunque todavía no encuentren posiciones asumidas u oscilen entre ideas en apariencia opuestas o contradictorias, pueden resultar mucho más valiosas que las respuestas a las cuales se pretenda arribar. Es que, en definitiva, las mismas suelen ser la construcción de procesos no lineales, que tienen su propio ritmo y que requieren de apertura, escucha, conocimiento y, sobre todo, de una actitud fundamentalmente interior e individual que implica atrevernos a mirarnos en el espejo para reconocer aquello que no nos gusta o ya no resuena, primeramente, en nosotros mismos.

En este sentido, Juan Vera Gil destaca la “importancia de dejar espacio en el cajón de nuestras creencias”, lo que “choca con la tendencia de considerar que cambiar alguna de nuestras convicciones constituye una suerte de autotraición”. Entonces, se pregunta el autor, ¿Es mejor traicionar a mi futuro por no traicionar a mi pasado? ¿Tiene sentido abandonar la posibilidad de futuro, aun cuando parezca incierto, por no dejar al pasado ocupar su lugar?

Sin dudas el (auto) desafiarnos lleva a cuestionar nuestros paradigmas, pues al permitirnos revisar el postulado de que lo conocido es lo único verdadero y posible, comprendemos que la realidad no es otra cosa que un entramado complejo de historias, vínculos y culturas que coexisten, interactúan y evolucionan y que, por nuestra propia supervivencia, nos instan a repensar el futuro de manera conjunta.

I. Del antropocentrismo al biocentrismo

El antropocentrismo es la concepción filosófica que considera al ser humano como centro de todas las cosas, como el fin último de la creación. Tal como sostiene Eduardo Gudynas, “Se otorga a los humanos un sitio privilegiado, al concebir que las personas son sustancialmente distintas de otros seres vivos, únicas por sus capacidades cognoscitivas, por ser conscientes de sí mismos, y, por lo tanto, sólo ellos pueden otorgar valores”

Pero el plano de las ideas y de los conceptos no es inocuo, tiene consecuencias prácticas y de allí que el exterior, en definitiva, no sea otra cosa distinta que el reflejo de nuestra manera de pensar, de sentir y de entender el mundo.

Auto-asumirnos como eje sobre el cual gira todo lo que nos rodea, siendo que dicha cualidad viene dada y concedida por nosotros mismos, pone en jaque la legitimidad de dicho atributo, o al menos es el principio sobre el cual podemos comenzar a cuestionar aquella afirmación que considera que un animal no humano, una planta, un río o una montaña son simples objetos sin valor intrínseco, y que su cualidad le es otorgada por los seres humanos. A la vez, en caso de concedérsela, bajo la mirada antropocéntrica dicha cualidad tiene que ver con lo económico, es decir con un medio del cual nos serviremos las personas buscando su utilidad. En este sentido, continúa Gudynas “El antropocentrismo implica también un sentido de interpretar y sentir al ambiente en función de las necesidades y deseos de los propios humanos. Por lo tanto, los derechos y obligaciones sólo pueden residir en las personas. La Naturaleza como categoría plural es desarticulada, y se la concibe como un conjunto de elementos, vivos o no vivos, donde algunos podrían tener utilidad actual o futura. Las especies y los ecosistemas son objetos, y pueden estar bajo la propiedad de los humanos”.

En el mismo sentido Borja Vilaseca, en su libro “El sinsentido común”, señala que, bajo este enfoque es que “... los lagos, los bosques, los ríos son concebidos como recursos y bienes al servicio de los seres humanos. Tanto es así que la Naturaleza no tiene derechos. La hemos convertido en una mera propiedad privada. Por eso podemos venderla, comprarla, intercambiarla y repartirla a pedazos con fines lucrativos y mercantilistas...”.

No es casual que a nivel global sigamos siendo protagonistas y testigos de la incesante depredación de los ecosistemas, de calamidades y catástrofes ambientales sin precedentes y que, lejos de mermar a pesar de los avances tecnológicos y de tener más a mano que nunca el acceso a la información, siguen produciéndose con mayor frecuencia, intensidad e impacto en distintos lugares de la Tierra.

El filósofo Yuval Noah Harari, en su libro 21 Lecciones para el siglo XXI, remarca “Cada vez tomamos más recursos del entorno, al tiempo que vertemos en él cantidades ingentes de desechos y venenos, lo que provoca cambios en la composición del suelo, del agua y de la atmósfera”. Y continúa: “Apenas somos conscientes siquiera de las múltiples maneras en que alteramos el delicado equilibrio ecológico formado a lo largo de millones de años...”

Nuestra visión totalmente desconectada de la Naturaleza decanta inexorablemente en nuestra incapacidad para vernos y sentirnos como lo que realmente somos: una pieza más y, por ende, no exclusiva ni más importante que el resto de las que forman del planeta.

Este postulado se corresponde con los estudios de James Lovelock, el biólogo británico que en la década del '70 demostró científicamente que la Tierra está viva, ya que existe un equilibrio y relación entre los seres vivos y el resto del planeta.

En consonancia, el Dr. Bruce Lipton, en su libro “La Biología de la Creencia”, arriba a la conclusión de que seguir haciendo como especie oídos sordos a los mensajes que la Tierra nos viene entregando a través de, por ejemplo, el cambio climático o las catástrofes ambientales, pondrá en peligro nuestra propia existencia. El mencionado autor cita en dicha obra al científico Timothy Lenton, quien “... ha dado pruebas de que la evolución depende más de la interacción entre especies que de la interacción entre individuos de una misma especie”. Y continúa: “Lenton suscribe así la hipótesis de Gaia de James Lovelock, que sostiene que la Tierra y todas sus especies conforman en conjunto un organismo vivo e interactivo”, y, por tanto, alterar, manipular o agredir el equilibrio de ese superorganismo puede poner en peligro su supervivencia, y por ende la nuestra.

Yuval Noah Harari, en refuerzo a lo anteriormente expuesto, remarca que, debido a nuestra profunda desconexión con el planeta “...los hábitats se degradan, animales y plantas se extinguen y ecosistemas enteros, como la Gran Barrera de Coral australiana y la pluviselva amazónica, podrían acabar destruidos... Si continuamos con esta trayectoria, no solo se llegará a aniquilar un gran porcentaje de todos los seres vivos, sino que también podrían debilitarse los cimientos de la civilización humana”.

En definitiva, esta nueva forma de ver la vida terrestre como sistema en la que cada uno de los que formamos parte jugamos un rol, es el principio para dar el salto necesario y definitivo hacia una cosmovisión biocéntrica. Esta concepción del mundo implica dar cuenta de que hay valores intrínsecos en elementos del ambiente o en seres vivos independientes de los seres humanos. Según Gudynas, el biocentrismo “... apunta a colocar los valores propios en la vida, sea en individuos, especies o ecosistemas...” reconociendo que, conforme lo ya expuesto “... existen valores intrínsecos, y éstos son propios de la vida, tanto humana como no humana. En este caso se defienden valores propios en los seres vivos, el soporte no vivo, e incluso en los ambientes, paisajes o ecosistemas en general”.

Ello se traduce en re-conocer que la Naturaleza en sí misma es sujeto de derecho y como tal, merece y debe ser tutelada.

Sin perjuicio de ello es importante destacar que, yendo al plano de lo jurídico, este reconocimiento no anula ni opaca el terreno ganado respecto a los derechos de todos los ciudadanos a un ambiente sano consagrado, en el caso de la Constitución

Nacional Argentina, en su art. 41 y que se encuentra dentro de los llamados derechos de tercera generación incorporados en la reforma del año 1994.

Más bien podría decirse que este nuevo abordaje que implica una mutación en la visión de la Naturaleza como titular de derechos tutelados, es una consecuencia inevitable de la evolución del Derecho Ambiental. Simplemente es preciso distinguir que, mientras estos últimos hacen hincapié en las personas, por cuanto la protección de la Naturaleza resulta relevante al solo efecto de evitar que de su menoscabo pueda derivarse algún daño o afectación a las mismas, los Derechos de la Naturaleza la reconocen como sujeto de derecho en sí misma, con fundamento en razones exógenas (pero no excluyentes) de la salud humana.

El gran desafío será, por tanto, articular estos derechos ya amparados y reconocidos en las normativas de casi todos los países latinoamericanos con el reconocimiento y la defensa de los derechos inherentes a la Naturaleza como entidad viviente, dotada de la sabiduría y potencial para desalojarnos como especie cuando su equilibrio se encuentre lo suficientemente alterado.

II. El bien jurídico constitucionalmente protegido en el art. 41 de la Constitución Argentina

El artículo 41 de la Carta Magna argentina reza: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales...”

Retomando algunas consideraciones vertidas *ut-supra*, el derecho a un ambiente sano está comprendido dentro de los llamados “derechos de tercera generación”, los cuales a su vez encuentran raíces en la apremiante necesidad de cooperación entre grupos y naciones para afrontar problemas globales.

Es que, a partir del surgimiento de los intereses difusos dentro de los cuales se encuentran las cuestiones ambientales, están en revisión todos los institutos clásicos del derecho, entre ellos los de la Responsabilidad Civil. Como ejemplifica la abogada María Carla Frey, se ensanchan fronteras, contenidos, para comprender pretensiones resarcitorias, preventivas y precautorias, cambiando la naturaleza esencial del

Derecho de Daños (podría, incluso sugerirse el cambio mismo de su denominación). Asimismo, tiene la potencialidad de transitar de patrimonial y personal individual a personal plural, abarcando dimensiones colectivas.

En este sentido, el doctor Lorenzetti al referirse al Derecho Ambiental, sostiene que el mismo “es descodificante, herético, mutante”. Podría decirse, entonces, que se trata de una cuestión que convoca a todas las ciencias e, incluso, a otras disciplinas a una nueva mirada. Y continúa: “En el caso del Derecho, la invitación es amplia: abarca lo público y lo privado, lo penal y lo civil, lo administrativo y lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que adopten nuevas características”.

Al respecto, en este trabajo se propone y a la vez pone de relieve, la necesidad de congregarse a otras disciplinas no tradicionales que coadyuven a encontrar puntos de consenso que va de suyo devendrá en un compromiso social al servicio del interés colectivo, y dentro del cual se encuentra la propia Naturaleza.

III. Reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza en un cuerpo normativo: La reforma constitucional de Ecuador. El “buen vivir”

El enfoque biocéntrico implica, conforme se ha dicho, reconocer a la Naturaleza como sujeto de derechos, en virtud de lo cual se pone de manifiesto que este postulado trae inevitablemente consigo consecuencias en el campo de nuestra incumbencia, es decir, en el campo de lo jurídico.

En la reforma constitucional ecuatoriana del año 2008, se plasmaron por primera vez los Derechos de la Naturaleza. La abogada ecuatoriana Carolina López Rodríguez, especialista en Derecho Ambiental, destaca en su tesis de fin de máster que los derechos de la Naturaleza fueron positivizados en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, siendo la primera norma a nivel mundial que otorga derechos a la naturaleza y la reconoce como sujeto de derechos, igualándole a la categoría de los demás sujetos de derecho.

Al citar al catedrático y jurista ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría, resalta que los derechos de la Naturaleza son prerrogativas que requieren otra modernidad a la que en el mundo andino se la ha llamado *sumak kawsay* (Buen – Vivir) y que se acoge novedosamente en el preámbulo de la Constitución ecuatoriana. Basada en una forma de vida armónica y en equilibrio en el plano individual y social, no sólo se admiten y validan conocimientos de otros pueblos como los pueblos indígenas, sino que, además, el derecho mismo amplía su mirada, poniéndose de relieve la necesidad de un salto cualitativo para que la normativa tenga el enfoque holístico que exige urgente la actualidad y la necesidad de cambio.

A la vez, en este nuevo paradigma el derecho amplía su mirada y, en consecuencia su ámbito de acción, protegiendo no sólo al ser humano sino a todo el entorno en el cual habitamos. Tal como se plasma en el art. 275 de la Constitución del Ecuador, se exige que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades eficazmente disfruten de sus prerrogativas, y puedan ejercer responsabilidades en el contexto de la interculturalidad, respetando la diversidad y el convivir conforme a la naturaleza.

Vale destacar así lo señalado por la Corte Constitucional de Ecuador, en la Sentencia N° 166-15- SEP-CC del 20 de mayo de 2015, la cual determinó que “El *sumak kawsay* constituye un fin primordial del Estado, donde esta nueva concepción juega un papel trascendental en tanto promueve un desarrollo social y económico en armonía con la naturaleza. Es así que la importancia de la naturaleza dentro de este nuevo modelo de desarrollo se ve plasmada en el art. 10 de la Constitución ecuatoriana que consagra: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

De esta manera, se reconocen atributos en la Naturaleza independientes de los seres humanos. Es decir, son anteriores, existentes y perdurables independientemente de ellos.

Por ende, determinar el contenido de esos valores no resulta del todo prioritario en estas instancias, sino que lo principal está en el reconocimiento mismo de su existencia, de su ser, y que, como señala Gudynas “... desde allí se fundamentan derechos que desembocan en condiciones y obligaciones que nos obligan a nosotros, los humanos”, y continúa “... así como se defiende el bien común entre los seres humanos, que busca el bienestar incluso de aquellos que no conocemos y que son sujetos humanos sobre cuyas particularidades intrínsecas nada sabemos, se debe dar un paso más y construir un bien común con la Naturaleza”.

A nivel práctico, existen algunas objeciones para otorgar derechos a la Naturaleza, como por ejemplo que la misma no tiene capacidad para ser titular de derechos o quiénes la representarían en las acciones judiciales. Sin embargo, estas consideraciones, conforme lo expuesto, también requieren de un cambio de paradigma, pues citando nuevamente a Gudynas “... la tutelación de derechos propios de lo no humano no representa un problema esencial insoluble, ya que todos los esquemas legales otorgan distintos derechos a quienes no son conscientes o sensibles”. En el mismo sentido, la abogada ambientalista ecuatoriana Carolina López Rodríguez, al citar a Ramiro Ávila, refuerza los argumentos que entienden que la Naturaleza puede ser considerada como sujeto de derechos, ya que el mismo ser humano pue-

de resultar un medio para que la propia Naturaleza cumpla sus fines, por lo que la capacidad ya ha sido reconocida para entes ficticios como las personas jurídicas en virtud de lo cual erróneamente se excluiría a la Naturaleza, siendo que puede entenderse su capacidad por medio de la representación.

IV. Conclusión

Como corolario, no puede existir un Buen Vivir sin Naturaleza (de ahí la necesidad de reconocerle derechos propios). Esta postura permite acercarnos hacia un nuevo desarrollo que se traduce en un régimen económico más interesado en el vivir bien que en la apropiación material como objetivo esencial. Esto implica cambios radicales sobre qué se entiende por bienestar, progreso, maneras sustentables de vincularnos con el entorno, consumo responsable, entre otras cuestiones.

La salud del planeta y nuestra propia supervivencia depende en primera medida de nuestra capacidad para ampliar la mirada hacia una nueva concepción que corre al ser humano del protagonismo absoluto, y lo coloca como un integrante más de la Naturaleza. De allí se desprende la necesidad de reconocerle derechos, lo que conlleva a una democratización más radical de las políticas ambientales.

La Constitución ecuatoriana, al positivizar los derechos de la Naturaleza, plasma un nuevo contrato social que propone otra visión sobre el ambiente. Al decir de Gudynas “Esto no implica desconocer o rechazar a quienes descreen de la Naturaleza como sujeto de derechos, pero obliga a considerar esos derechos junto a otros en los debates y en la administración de justicia”.

En este sentido, conforme lo expuesto anteriormente, esta nueva concepción no excluye sino que, por el contrario, refuerza y da impulso a los llamados derechos de tercera generación, los cuales se corresponden más bien a un enfoque clásico de la justicia ambiental y los derechos humanos a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.

Independientemente de posiciones ideológicas o de cualquier otro tipo que podamos tener sobre el tema, en palabras del Dr. Horacio Rosatti, Ministro de la CSJ de la Nación Argentina, lo cierto es que, al hablar del ambiente “Estamos en presencia de un derecho que se alimenta con el correlativo deber; de modo que es preciso comprender que no es sólo el Estado quien debe velar (y responsabilizarse) por el ambiente sano, apto y equilibrado, sino -en variadas pero efectivas maneras- todos y cada uno de sus habitantes”.

En este sentido, el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza implica un cambio sustancial en las formas de valorar y entender la Naturaleza. Y es esa nueva mirada la que, inevitablemente, trae aparejada otras consecuencias que se propagan en distintos ámbitos como el social, político, religioso, filosófico, económico y jurídico, entre otros.

Así, se abren las puertas no sólo a aportes interjurisdiccionales sino también a aportes interculturales, intergeneracionales e interdisciplinarios. Lo ambiental es transversal, imprescindible, urgente y nos compete a todos.

Al decir de la periodista Soledad Barruti “Cuidada por quienes sueñan y se permiten ser soñados, la Tierra encantada, animada, furiosamente viva sigue ahí esperándonos. Y ahora que estamos adentrados de lleno a los tiempos del colapso (con especies que se extinguen a razón de 200 por día, un calentamiento que nos sumerge hasta lo invivible y el hambre y la crueldad como la norma) no pareciera haber otra salida que esta que jamás probamos: ir a su reencuentro”.

Ese camino que algunos estamos intentando tiene fundamentalmente que ver con un retorno hacia nuestro interior, a nuestras raíces, a nuestros orígenes. Si hablamos de reencuentro, quiere decir que alguna vez estuvimos en encuentro, conectados, en comunión con algo o alguien más grande que nos comprende, y que nos trasciende a nosotros mismos. Sin dudas merece nuestros esfuerzos y es deber como especie transitar este recorrido.

Bibliografía

- Barruti, Soledad, “Todo debería ser maravilloso”, Entrevista al líder indígena Ailton Krenak, en Revista Anfibia. Disponible on line: <https://www.revistaanfibia.com/ailton-krenak-todo-deberia-ser-maravilloso/>
- Frey, María Carla (2016) “La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Dir. Jorge W. Peyrano, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Gudynas, Eduardo (2014) “Derechos de la Naturaleza” – Ética biocéntrica y políticas ambientales, Perú.
- Harari, Yuval Noah (2018) “21 Lecciones para el siglo XXI”, Buenos Aires, Argentina, Penguin Random House Grupo Editorial.
- Lipton, Bruce H. (2018), “La biología de la creencia”, Buenos Aires, Argentina, Gaia Ediciones.

- López Rodríguez, Stephany Carolina (2021) “Retos en la protección jurídica de la reserva marina de las galápagos: especial referencia a la normativa y al sistema judicial en Ecuador”; Trabajo de Fin de Máster Universitario en Derecho Ambiental por la Universitat Rovira I Virgili; Tarragona.
- Lorenzetti, Ricardo L. (1995) “Las normas fundamentales del Derecho Privado”, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Lovelock, James, por BBC News Mundo, “Qué es la hipótesis de Gaia y cómo nos ayudó a comprender que la Tierra “está viva”, 30 de julio 2022. Disponible on line: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-62356600>
- Rosatti, Horacio, “La tutela del medio ambiente en la Constitución Nacional Argentina”. Disponible on line: <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-rosatti.pdf>
- Vera Gil, Juan, “Articulando espacios y culturas de encuentro que posibiliten un mundo más humano y sensible”, On line: <https://jveragil.com/>
- Vilaseca, Borja (2021) “El sinsentido común”, Buenos Aires Argentina, Penguin Random House Grupo Editorial.

Derechos humanos de las mujeres.

Cuando la justicia repara

LILIANA A. B. URRUTIA¹

*Cuando la Justicia repara
se aminoran los efectos nocivos
de la violencia de género*

El presente trabajo es un comentario de un fallo de Mendoza, en el cual se repararon los daños sufridos por la mujer víctima de violencia de género, existiendo una sentencia penal condenatoria contra el ex cónyuge. La jueza determina que la aplicación de la perspectiva de género no es facultativa sino obligatoria, ya que responde a un imperativo legal y convencional. Además, impone una sanción a los abogados de la defensa por carecer de perspectiva de género y por haber actuado de modo revictimizante durante el proceso.

Palabras clave: reparación civil, perspectiva de género, sanción a los profesionales.

I. Introducción

Los Derechos Humanos de las Mujeres se realizan cuando la Justicia repara los daños ocasionados por la violencia de género.

En este trabajo se analiza el fallo² dictado por el Tribunal de Gestión Asociada-Segundo del Poder Judicial de Mendoza (2025), en el cual se ordenó la repara-

1 Abogada (UNR), especializada en Derecho de Daños (UCA); Actualización en Derecho de Daños (U.Salamanca); Profesora Adjunta de Obligaciones, Derecho de Daños y Ciclo de Formación Especial de la Facultad de Derecho (UNR); Directora Proyecto de Investigación N° 80020220600130UR: La perspectiva de género y diversidad en el Derecho de Daños desde un enfoque transversal y de interseccionalidad, Facultad de Derecho (UNR); autora de diversas publicaciones. Correo electrónico: urrutiaabogada@gmail.com

2 Tribunal de Gestión Asociada-Segundo del Poder Judicial de Mendoza, “M. L. E. c/ R. B. C. R. por daños derivados de violencia de género”, Mendoza, 31 de marzo de 2025. Puede verse en Revista de pensamiento penal, disponible *on line*: <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/fallos/91706-mendoza-reparacion-civil-violencia-genero>? (consultada el 26-06-2025)

ción de los daños ocasionados en contexto de violencia de género y, además, se sanciona a los profesionales actuantes por la defensa por ejercer violencia institucional. Es destacable el valor simbólico y restaurativo de la sentencia en consonancia con los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos de las Mujeres.

Este precedente resulta fundamental porque reafirma el carácter obligatorio de juzgar con perspectiva de género, por ser un mandato constitucional y convencional. Y, asimismo, reconoce la obligación del Estado de garantizar la reparación integral de las víctimas de violencia económica y psicológica en el contexto de un divorcio. La sentencia no sólo repara el daño moral, patrimonial y psicológico ocasionado a la actora, sino que, además, impone sanciones ejemplificadoras a los profesionales que intervinieron sin aplicar el enfoque de género durante el proceso, y revictimizando a la accionante.

II. La perspectiva de género como mandato constitucional y convencional

En primer lugar, la jueza determina si estamos ante un caso que deba ser resuelto con perspectiva de género, ya que no toda causa donde la damnificada sea una mujer implica automáticamente que se trate de violencia de género o discriminación contra la mujer. Por el contrario, si corresponde, su aplicación no es facultativa sino obligatoria, ya que responde a un imperativo legal y convencional.

En este sentido, afirma que *“la perspectiva de género, en cuanto imperativo constitucional y de Derechos Humanos, no puede ser enmarcada en el reduccionismo de una “ideología”, sino que responde, como he señalado precedentemente, a un imperativo legal y convencional para el juzgador o juzgadora”*.

Así es que la magistrada sustenta su análisis en los artículos 75, incisos 22 y 23³, de la Constitución Nacional⁴, que otorgan jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, entre ellos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y

3 El art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional se refiere a las acciones positivas, mandato que alcanza a todos los poderes del Estado, e, incluso, el Estado Nacional puede responder por el hecho de los particulares (conforme lo establece el *corpus iuris interamericano*).

4 Recientemente, la Reforma de la Constitución de Santa Fe (2025) dispone en su art. 2, que el pueblo y los órganos del Estado están sometidos a los límites que establecen esta Constitución, la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, los demás tratados internacionales ratificados por el Estado argentino y las leyes dictadas en su consecuencia; y en su art. 13, se refiere a las desigualdades estructurales y al compromiso de adoptar medidas de acción positiva respecto de grupos que se encuentran en situación de desventaja estructural.

la Convención de Belém do Pará. Como, asimismo, refiere a las reglas y principios consecuentes de la Acordada 5/2009, por la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió a las Reglas de Brasilia⁵, las que deberán ser seguidas como guía en los asuntos a que se refieren.

En cuanto a la legislación específica del orden interno sustenta su fallo en la ley 26.485 (2009) de Protección integral contra la violencia de género, que contempla los distintos tipos y manifestaciones de esta violencia, que suelen presentarse de manera interseccional⁶, como en el *sub examine*, donde claramente la damnificada sufrió violencia verbal, psicológica, económica, digital⁷, e, incluso, discriminación racial.

5 Se puede acceder al texto y comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (2008), en: <https://www.cumbrejudicial.org/novedades/texto-comentarios-y-manual-sobre-las-cien-reglas-de-brasil> (consultado el 4-08-2025).

6 La CoIDH se refirió a la interseccionalidad in re Gonzales LLuy y otros vs Ecuador (2015) al determinar que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.

La mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer, como la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el estatus, la edad, la clase, la casta, la orientación sexual y la identidad de género. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. También deben aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones y, en particular, cuando corresponda, adoptar medidas especiales de carácter temporal (Comité CEDAW. Recomendación General 28, párr.18; Recomendación General 25. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, párr. 12).

7 La Ley Olimpia (ley 27.736/2023) modifica varios artículos de la ley 26.485, incorporando en su texto la violencia digital o telemática como una de las modalidades, formas en que se manifiesta la violencia de género; en lo particular, aquella que utilice las nuevas tecnologías o se desarrolle en el espacio digital. El art. 6, inc. i) reza: *“toda conducta, acción u omisión en contra de las mujeres basada en su género que sea cometida, instigada o agravada, en parte o en su totalidad, con la asistencia, utilización y/o apropiación de las tecnologías de la información y la comunicación, con el objeto de causar daños físicos, psicológicos, económicos, sexuales o morales tanto en el ámbito privado como en el público a ellas o su grupo familiar. En especial conductas que atenten contra su integridad, dignidad, identidad, reputación, libertad, y contra el acceso, permanencia y desenvolvimiento en el espacio digital; -o que impliquen la obtención, reproducción y difusión, sin consentimiento de material digital real o editado, íntimo o de desnudez, que se le atribuya a las mujeres; -o la reproducción en el espacio digital de discursos de odio misóginos y patrones estereotipados sexistas; -o situaciones de acoso, amenaza, extorsión, control o espionaje de la actividad virtual, accesos no autorizados a dispositivos electrónicos o cuentas en línea; -robo y difusión no consentida de datos personales en la medida en que no sean conductas permitidas por la ley 25.326 y/o la que en el futuro la reemplace; acciones que atenten contra la integridad sexual de las mujeres a través de las tecnologías de la información y la comunicación; -o cualquier ciberataque que pueda surgir a futuro y que afecte los derechos protegidos en la presente ley”*.

Es relevante el análisis que hace la juzgadora de la Ley Olimpia (Ley 27.736) en materia de violencia digital, argumentando que *“si bien la sanción de dicha ley resulta posterior a las conductas desarrolladas por el demandado, debo mencionar que la consideración de dicha normativa no afecta el principio de irretroactividad de la ley, sino que resulta ilustrativa de la recepción evolutiva del fenómeno de violencia de género, que busca contener la realidad tal como se manifiesta en sus diversas formas de comisión de actos de violencia contra la mujer”*.

Es decir, no sería necesario –aunque sí lo es– que una ley posterior visibilice las nuevas formas de manifestarse la violencia de género, ya que estarían contempladas en la definición del art. 4 de la ley 26.485, que dice: *“se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, por acción u omisión, basada en razones de género que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado ..., basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, participación política, como así también su seguridad personal...”*

Si bien, con posterioridad al dictado de la ley 26.485 (2009) se fueron incorporando otros tipos y modalidades en que se manifiesta la violencia de género, esto no es óbice para desconocer las múltiples expresiones de la discriminación y la violencia por razones de género, siendo el paraguas protectorio del derecho de toda mujer a una vida libre de violencias los Tratados de Derechos Humanos, como la CEDAW, el PIDCP, el PIDESC, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Belem do Pará, entre otros.

Además, y en consonancia con la tutela judicial reforzada que merecen estos colectivos vulnerables, históricamente desaventajados⁸, la jueza adopta un enfoque hermenéutico que prioriza la voz de la víctima, el contexto estructural de desigualdad y la necesidad de evitar la revictimización. Este enfoque coincide con calificada doctrina, que sostiene que la igualdad real requiere que los operadores del derecho interpreten las normas desde una mirada que reconozca las asimetrías históricas entre hombres y mujeres en la distribución del poder y los recursos.⁹

8 Saba explica que las categorías sospechosas son clasificaciones que presumen la inconstitucionalidad de un trato desigual, porque suelen estar asociadas a historia de opresión, subordinación o estigmatización; lo que activa un estándar reforzado de control, y que justifica las acciones positivas, la inversión o flexibilidad de la carga probatoria, entre otras. (SABA, Roberto, “Desigualdad estructural y acciones afirmativas”, en Augusto Varas y Pamela Díaz-Romero (editores), Fundación Equitas, Ril Editores, Santiago, Chile, 2013, pp. 85-125).

9 Vide MEDINA, Graciela, “Juzgar con perspectiva de género. ¿Por qué juzgar con perspectiva de género? Y ¿cómo juzgar con perspectiva de género?”, TR LALEY AR/DOC/4155/2016.

El Estado debe evitar que el proceso civil se convierta en una segunda instancia de violencia de género, en su caso, institucional. Así, amén de la efectiva reparación de los derechos conculcados, el juzgador o juzgadora tiene el deber de prevención de daños, es decir, debe evitar la revictimización de la persona damnificada.

III. El daño continuado y el derecho a la reparación efectiva

Uno de los aspectos relevantes del fallo es que los daños padecidos por la accionante se encuadran en la clasificación de daño continuado¹⁰, y que se determina el inicio del cómputo de la prescripción cuando cesa la violencia de género.

La jueza considera que la violencia psicológica y económica sufrida por la actora no constituyó un hecho aislado, sino una secuencia prolongada de agresiones que se mantuvieron en el tiempo. En consecuencia, el cómputo del plazo de prescripción no puede iniciarse hasta que cesen los actos de hostigamiento.

En el caso bajo análisis la accionada había planteado la prescripción; por lo que es de suma trascendencia señalar que en los casos de daños ocasionados en contexto de violencia familiar o de género suelen ser daños continuos por las propias características del ciclo de la violencia y del síndrome de la mujer maltratada¹¹, recordando que las personas víctimas de este flagelo denuncian o accionan cuando pueden.

Además, esta interpretación garantiza el acceso efectivo a la justicia y se alinea con el principio de reparación integral previsto en el artículo 1740 del Código Civil y Comercial, así como con los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se ha destacado la obligación estatal de asegurar que las víctimas de violencia obtengan justicia sin obstáculos procesales indebidos.

IV. Los daños y su reparación integral

El fallo aplica el principio de reparación plena¹², entendiendo que la indemnización debe cubrir tanto los daños materiales como los inmateriales, incluyendo las secuelas psicológicas y el daño moral. Asimismo, la reparación cumple una función simbólica y restaurativa, tendiente a restablecer la dignidad de la víctima y evitar

10 Se entiende por daño continuado aquel perjuicio unitario en su causa (v.gr. el contexto de violencia de género) pero prolongado en sus efectos, mientras persista la causa que lo origina.

11 WALKER, Lenore, "Battered Women Syndrome and Self-Defense", Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy, Volume 6, Issue 2, Symposium on Women and the Law, Article 3 1-1-2012.

12 Con fundamento constitucional en el art. 19 C.N., del cual emana, asimismo, el principio de no dañar a un otro u otra (*alterum non laedere*).

nuevas formas de violencia. Como señalan Pizarro y Vallespinos, la reparación integral no sólo implica compensar económicamente el daño, sino también restituir el proyecto de vida truncado por la violencia¹³. La sentencia mendocina se ajusta a esta doctrina al ordenar una compensación que contemple el impacto de la violencia en todas las dimensiones de la vida de la víctima, tanto personal como profesional.

Así, a la hora de cuantificar el daño establece que *‘en cuanto a la cuantificación específica de la incapacidad vital adoptaré el criterio del uso de “fórmula de valor presente con ingresos futuros” hoy expresamente consagrada por el art. 1746 del CCCN. Como lo he señalado, parto de considerar que la incapacidad vital se configura dentro de la órbita patrimonial y asimismo que dentro del lucro cesante existen dos facetas diferenciadas: la laboral y la extralaboral. En esta última ubicaré a la incapacidad vital. Luego de ello, determinaré las distintas variables que componen la fórmula en busca de una cuantificación justa’*, y utiliza la fórmula Méndez, tomando para el cálculo la edad de la damnificada a la fecha en que comienza el primero de los hechos delictivos determinados en la sentencia penal.

En cuanto a la reparación del daño moral, la jueza pondera especialmente la incidencia de los medios digitales o tecnológicos que utilizó el demandado para proferir su coacción en el contexto de violencia de género, los que sin dudas tallan en la cuantificación del menoscabo debido a la difusión que alcanzan en dicho ámbito. Concluye, pues, valorando la totalidad de estos aspectos y recurriendo al criterio de satisfacciones sustitutivas establecido por el art. 1741 del CCCN, en una suma que entiende que puede al menos disminuir el intenso sufrimiento espiritual al que se ha encontrado sometida la víctima y la establece en el valor de un vehículo de mediana categoría 0 km, parámetro de satisfacción expresamente solicitado por la actora.

V. Responsabilidad profesional y sanción por falta de perspectiva de género

Un tema novedoso que introduce el fallo, y que va en línea con lo que proponemos cuando nos referimos a abogar y juzgar con perspectiva de género¹⁴, es la

13 PIZARRO, Ramón – VALLESPINOS, Carlos, “Tratado de Responsabilidad Civil”, 2da edición ampliada y actualizada, Ed. Rubinza Culzoni, Santa Fe, 2024; FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “¿Existe un daño al proyecto de vida?”; “El daño al proyecto de vida en la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas”, disponibles en: <https://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm> y https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_95/01%20da%C3%B1o%20proyecto%20de%20vida.html (consultado el 4-08-2025)

14 URRUTIA, Liliana A.B., “Hacia un Derecho Privado género-sensitivo: abogar y juzgar con perspectiva de género y diversidad” en la Revista Jurídica 2022-2023 del Colegio de la Abogacía de la 2da. Circunscripción de la provincia de Santa Fe, pág. 170. Disponible on line: <https://www.colabro.org.ar/>

sanción impuesta a los abogados de la defensa por carecer de perspectiva de género y por haber actuado de modo revictimizante durante el proceso, no sólo por las expresiones vertidas contra la actora sino, también, por la interposición de numerosos recursos e incidentes innecesarios. Aclara la *iudicante* que “... *si bien resulta indiscutible el ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado, en el transcurso del proceso pudo y debió hacerse efectivo el mismo compatibilizándolo con el debido respeto a la víctima y a la terrible situación que padeció, sin intentar revictimizarla ni volver a afectar su dignidad como mujer*”.¹⁵

El tribunal dispone que los profesionales de la demandada realicen una capacitación obligatoria en perspectiva de género en una entidad pública provincial, bajo apercibimiento de poner en conocimiento del Tribunal de Ética del Colegio de Abogados, estableciendo así un precedente¹⁶ en materia de responsabilidad ética y profesional. La decisión enfatiza que los abogados no pueden escudarse en la neutralidad técnica para reproducir estereotipos ni minimizar los padecimientos de las víctimas. En sintonía con las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia, el tribunal recuerda que todas las personas que intervienen en el proceso judicial deben contribuir a garantizar una justicia libre de discriminación y violencia institucional.

Es dable destacar que no sólo la judicatura debe dirigir el proceso y resolver con perspectiva de género, sino, también, las partes deben conducirse y ejercer el legítimo derecho de defensa sin vulnerar los derechos de otros, en estos casos, de las

biblioteca/biblioteca-virtual/revista-jurica-colabro-ano-2022-2023-4692 (consultada el 5-08-2025)
No sólo la judicatura está obligada por los compromisos internacionales a la tutela reforzada de los grupos vulnerables, en este caso de las mujeres que sufren violencia de género en cualquiera de sus tipos y manifestaciones, sino, también, los operadores del derecho.

- 15 A modo ilustrativo de lo que no se debe hacer en el ejercicio profesional, se transcribe uno de los párrafos de la sentencia en relación a la conducta de los profesionales actuantes por la demandada: ‘*Allí los abogados del demandado expresan: “La supuesta inseguridad y miedo que señala en el escrito de demanda es una nota de color, irreal, ya que si lo relatado fuese cierto, sería inverosímil la reacción de la actora ... Ello se indica sólo para generar ante V.S. la apariencia de una situación de violencia o sometimiento que nunca existió.*’ En el proceso civil quedaron acreditados los hechos denunciados por la actora mediante la sentencia penal, siendo vinculante para la jueza en los términos del art. 1.776 del Cód.Civil y Comercial; por tanto, las expresiones y los recursos abusivos han sido absolutamente innecesarios.
- 16 La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Minería, de General Roca, Pcia. de Río Negro, *in re* “E.L.E. c/ Hernández, Carlos Rubén s/ daños y perjuicios”, 15-10-2024, en un caso similar resolvió: “... *lo dispuesto en la sentencia en modo alguno podría agraviarlos en tanto se trata de una capacitación, es decir la incorporación de información y herramientas que les serán de utilidad para el desarrollo de la vida en sociedad y en la diversidad, de modo de intentar derribar estereotipos inadecuados*”. (disponible on line: https://fallos.jusrionegro.gov.ar/protocoloweb/protocolo/protocolo?id_protocolo=557b69a0-789b-440a-a63b-cb9513e3ae18&stj=0&usar-Search=1&texto=E.L.E.+c%2F++Hern%C3%A1ndez%2C+Carlos+Rub%C3%A9n+s%2F+da%C3%B1os+y+perjuicios&option_text=1 –consultado el 5-08-2025)

víctimas de violencia de género. Así, expresamente lo establece la sentencia de referencia cuando afirma: *“Pondero que, además, tal visión de género, que no es un mero paroxismo o ideología, sino una cuestión de derechos humanos, es requerida en todos los operadores del derecho, abarcando no sólo a funcionarios judiciales y magistrados, sino también a quienes ejercen la abogacía en nuestros Tribunales”*.

VI. La función informativa de la sentencia

Además, el tribunal dispone en la parte resolutive de la sentencia que se le dé a conocer a la actora que *“ante cualquier nueva situación de violencia de género que sufra, y sin perjuicio del asesoramiento jurídico particular del que goza, cuenta a su disposición con las herramientas legales que proporciona la Dirección Provincial de la Mujer en el ámbito de este Poder Judicial, de las que podrá interiorizarse ingresando al sitio web: <https://jusmendoza.gob.ar/direccion-de-la-mujer-genero-y-diversidad/>”*. Y, luego, brinda información útil, enumerando direcciones, teléfonos, días y horarios, en el propio cuerpo del fallo.

La jueza utiliza un lenguaje claro, sencillo y comprensible tanto para la justiciable del caso como para la ciudadanía en su conjunto, cumpliendo así una función informativa y educativa a la vez por su trascendencia (conf. Reglas de Brasilia, n. 53).

VII. Conclusiones

El precedente analizado constituye un aporte significativo al desarrollo del derecho civil con perspectiva de género. Así, cuando corresponda su aplicación, la perspectiva de género, en cuanto imperativo constitucional y de Derechos Humanos, no puede ser enmarcada en el reduccionismo de una “ideología”, sino que responde a un imperativo legal y convencional para la judicatura, como asimismo, para las y los operadores del derecho.

El fallo se enmarca en una tendencia global que impulsa la transversalización¹⁷ de la perspectiva de género en todas las ramas del derecho. La CEDAW, la Convención de Belém do Pará y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos imponen a los Estados el deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, sancionar y reparar la violencia contra las mujeres.

¹⁷ La transversalización de la perspectiva de género es un método de intervención según el cual los operadores jurídicos deben incorporar la consideración de las desigualdades de género en su análisis, interpretación y aplicación de las normas, políticas públicas y decisiones judiciales (conf. Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 1997).

La jueza logra integrar los principios del derecho de familia, la responsabilidad civil y los derechos humanos, consolidando una mirada restaurativa e igualitaria. La perspectiva de género impactó de modo fundamental en reconocer la desigualdad estructural, evitar la revictimización, y en la valoración de las pruebas y los daños, como, así también, en su cuantificación.

Además, el fallo trasciende la reparación integral del daño, promoviendo un cambio cultural al sancionar las prácticas profesionales que perpetúan la violencia institucional. En definitiva, esta sentencia demuestra que el derecho privado puede y debe operar como herramienta de transformación social, garantizando que la justicia sea verdaderamente inclusiva y sensible al género.

Cuando la Justicia repara, se aminoran los efectos nocivos de la violencia de género.

EJE 3

DERECHO Y ACCESO A LA JUSTICIA

El juez y la conciliación

Análisis de la regulación propuesta por el Anteproyecto de Código de Procesos Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe

GUSTAVO ANDRÉS ACOSTA¹
 MARIANA FLORENCIA DEL BASSO²

Los autores comienzan por brindar un concepto de conciliación, estableciendo además cuales son los fundamentos y la finalidad de esa institución. Luego examinan como fue regulada por el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe -Ley 2924 de 1940- y como se encuentra legislada en nuestro actual Código Procesal Civil. Finalmente analizan la propuesta que trae el Anteproyecto de Código de Procesos Civiles y Comerciales de la provincia de Santa Fe.

Abordando el estudio de la normativa diseñada por el Anteproyecto, advierten que con base en el cambio de *paradigma* que se pretende instaurar, al intentar imponer en nuestra provincia el denominado sistema “*colaborativo*”, se coloca en un destacado lugar al rol “*conciliador*” del juez, incluso por encima de su deber de dictar resoluciones. Concluyen que la propuesta analizada configura un grave error, no solo porque las partes en esa situación se verían condicionadas por estar frente a figura de la autoridad estatal; sino que además, el juez para concentrarse en esa actividad, lógicamente tendría que desatender otras; es por ello que reparando en esta situación, el anteproyecto otorga funciones jurisdiccionales a otros funcionarios, lo que acarrea evidentes reproches constitucionales.

Palabras claves: conciliación, juez, anteproyecto de reforma.

-
- 1 Abogado Litigante (UNR). Profesor de Derecho Procesal Civil (UNR). Miembro del Centro de Estudios Procesales (UNR).
 - 2 Abogada Litigante (UNR). Aspirante a Adscripta de Derecho Procesal Civil (UNR). Miembro del Centro de Estudios Procesales (UNR).

I. Una aproximación a la idea de conciliación

Etimológicamente, la voz conciliación proviene del latín *conciliatio*, del verbo *conciliare*: componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí, avenir sus voluntades, ponerlos en paz³.

Es decir, que una vez existente un conflicto entre partes, la conciliación supone un camino para la extinción del mismo, mediante el logro de una renuncia unilateral o bilateral de derechos, o sin llegar a eso, mediante el acuerdo de voluntades para que un tercero ajeno a los intereses en juego haga propuestas de solución, o más aún, desate el conflicto existente con un acto de decisión.⁴

Como la experiencia nos enseña, la conciliación puede tener lugar antes, durante, e incluso después de la tramitación de un proceso judicial. De ello se desprende que una de las finalidades iniciales, por la cual fue instituida y normatizada, fue la descongestión judicial. En tal sentido, la conciliación se presenta como una figura jurídicamente bien intencionada, capaz de dirimir controversias sin necesidad de acudir y desgastar el aparato judicial formal.⁵

Por ello, podemos concluir que la conciliación interesa en gran medida al Estado, por su capacidad de mejorar estadísticas referidas a los litigios, mejorar su imagen en cuanto a la calidad en la prestación del servicio, y sobre todo, en cuanto implica alivianar el trabajo de los limitados recursos con lo que cuenta.

Es virtud de estas afirmaciones, y aunque los juristas advirtieron la necesidad de favorecer la conciliación, establecieron como salvaguarda, que el juez conciliador sea distinto del que ha de decidir el litigio si la misma fracasa, esto con la finalidad de preservar su imparcialidad.⁶

Sin dejar de tener en miras el beneficio de la conciliación para conseguir la paz social de forma pacífica y a corto plazo, resulta imprescindible evaluar si es posible su imposición, y en ese supuesto, ser lúcidos para determinar en qué momento y qué sujeto será el que esté a cargo del acercamiento de las partes que tienen un conflicto intersubjetivo de intereses.

3 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “*La Conciliación*”, Publicado en Estudio en homenaje a Antonio Castiglione, girado a la Revista Uruguaya de Derecho Procesal y a la Revista Justicia 85, España. También en La Ley, Bol. XLIX, N° 198 del 14.10.85, pág.1159.

4 Ídem.

5 VELAZQUEZ RESTREPO, Lina M., “*La conciliación en derecho*” en la Revista Polemica Procesal N° 6, Colombia, 2007, ISBN:1794-5275.

6 MONROY CABRA, Marco G., “*La Conciliación*” en la Revista “*Ius et Praxis*”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima N° 24, Perú, 1994, pág. 153.

II. La conciliación en el Código Procesal Civil de Santa Fe

La facultad conciliatoria de los jueces no es una novedad, ya que, desde hace tiempo fue receptada por nuestro código de procedimiento siendo objeto de variantes a través de las sucesivas reformas. Así, el art. 81 de la ley 2924, del año 1940, vino a reformar el código de procedimiento civil de 1880, estableciendo el siguiente texto: *“Los jueces pueden disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes, con o sin la presencia de sus representantes o abogados, para intentar una conciliación”*.

Explicando la razón de la reforma, Cabal y Atienza expresaban que el código derogado⁷ facultaba a los jueces para fijar audiencias con el objeto de intentar conciliación o avenimiento, pero no a hacer comparecer a las partes en persona, ni mucho menos sin la presencia de sus abogados o representantes. Afirmando, además, que el texto propuesto en la nueva ley, adoptó este sistema del código procesal civil alemán, acordando a los jueces de forma expresa esta facultad que, de todos modos, podía sostenerse que la tenían implícita en calidad de *“mejor proveer”*⁸.

El agregado respondía al propósito de evitar que los profesionales -por convicción, amor propio, encono o interés- pudieran dificultar soluciones amistosas, impidiendo arreglos, tal vez convenientes, y obligando a sus clientes a mantener una contienda no querida y a veces inútil⁹. Como se ve, imperaba en la época el conocido prejuicio de Voltaire: *“Si se presentan al acto de conciliación las partes con sus abogados y procuradores, se hace retirar a estos, como se separa la leña del fuego que se quiere apagar”*¹⁰.

Si bien, los citados comentaristas ya repararon que los jueces debían usar esta facultad con mucha parsimonia, ya que, de lo contrario, podría convertirse en un abuso¹¹.

Sin embargo, la misma práctica demostró, que la ausencia de los abogados procuradores no sólo implicaba una violación al principio de defensa debidamente

7 Texto legal de 1880, art. 120: *“en cualquier momento y estado de la causa los jueces podrán decretar audiencias, sea para aclarar los puntos dudosos sea para procurar avenimiento o transacción”*.

8 CABAL, Justo I. y ATIENZA, Antonio: *“Anotaciones al código de procedimientos en lo civil y comercial de la provincia de Santa Fe. Ley 2924”*, Ed. Librería y Editorial Ciencia, Rosario, 1940, pág. 78.

9 Ídem, pág. 78.

10 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *“La Conciliación”*, cit.

11 CABAL, Justo I. y ATIENZA, Antonio: *“Anotaciones al código de procedimientos...”*, cit., pág. 78.

asistida, sino que, además, las partes se limitaban a un diálogo de sordos por el estado de apasionamiento propio de los directamente implicados en la controversia¹².

Receptando estas apreciaciones, el codificador de 1962, a través de la ley 5531, dispuso la modificación del sistema hasta entonces imperante, y, actualmente, el art. 19 de nuestro CPCC expresa: *“Los jueces pueden disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes, para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito. Esta facultad se entenderá sin perjuicio de los términos fijados para dictar resolución o sentencia, salvo lo dispuesto en el artículo 106.”*

Explicando la reforma operada, Carlos y Rosas Lichtschein sostienen que se ha suprimido la potestad de excluir a los curiales de las audiencias en que las partes sean llamadas por los jueces a fin de conciliarlas o de pedirles explicaciones ya que no sólo importaba una desconsideración para con los profesionales del derecho, sino que, además, dejaba a los litigantes sin el patrocinio necesario respecto de declaraciones o transacciones que a falta de un conocimiento adecuado de la legislación y de la situación del pleito, podrían llevarlos a consecuencias perniciosas y no queridas conscientemente.¹³

Con respecto a la conciliación, estos comentaristas ponen de relieve que las legislaciones instrumentales de Francia, Alemania e Italia, la instituyen obligatoriamente ante funcionarios especiales y salvo las excepciones que taxativamente consagraban. Sin embargo, en la oportunidad de dicha reforma, no se juzgó oportuno establecer un precepto que impusiera a los profesionales del foro el deber de intentarla con anterioridad a la promoción del juicio para no recargar sus tareas, y además, si dicha conciliación se encomendaba a órganos especiales, se requería la **creación de nuevos cargos, lo que sería difícil de obtener por razones de orden económico**¹⁴.

Como podemos desglosar de los comentarios, el factor presupuestario y la inversión de recursos en la administración de la justicia, es un problema histórico aún no resuelto.

Entonces, pese a considerarse conveniente que la importante función de conciliar a las partes fuera realizada de forma extrajudicial, no se ha modificado la situación y el articulado continuó como estaba: la tarea continuó al prudente arbitrio

12 ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *“La Conciliación”*, cit.

13 CARLOS, Eduardo B. y ROSAS LICHTSCHEIN, Miguel Ángel, *“Explicación de la reforma procesal civil santafesina (ley 5531)”*, Ed. Belgrano, Santa Fe, 1962, pág. 45.

14 Ibidem, pág. 46.

del juez, que con la cautela necesaria para no anticipar opinión sobre la causa podía continuar ejercitando ese poder sin que afecte su imparcialidad¹⁵.

Habría que resaltar aquí, que si bien se exige al juzgador “*no anticipar opinion*”, ello no implica que cumpliendo su rol como conciliador, el juez no se vea contaminado, e involuntariamente forme su opinión incluso mucho antes del momento de sentenciar.

Más allá de todo lo dicho, también es preciso remarcar que, según el texto del art. 19 vigente, llamar a las partes a una audiencia de “*conciliación*” es sólo una facultad del juez, por tanto, no es obligatorio que éste haga uso de esa facultad en todos y cada uno de los casos, sino sólo en aquellos en los que considere que esa conciliación es posible.

III. El rol de la conciliación en el Anteproyecto de Código de Procesos Civiles y Comerciales¹⁶

Sin embargo, el Anteproyecto de Código de Procesos Civiles y Comerciales, recientemente elaborado por el Poder Ejecutivo de la provincia de Santa Fe, en virtud del cambio de *paradigma* que pretende instaurar, buscando imponer en nuestra provincia el denominado sistema “*colaborativo*”, coloca en un primerísimo lugar al rol “*conciliador*” del juez, incluso por encima de su deber procesal de resolución¹⁷, como veremos, esto se encuentra presente a lo largo del texto proyectado.

Tal es así, que ya en el título preliminar, dentro de la sección I denominada “*principios*”, se encuentra el principio de colaboración y conciliación, que expresa: *El servicio judicial debe instar a la colaboración de los sujetos del proceso para optimizar su desarrollo y conclusión, promoviendo el abordaje no adversarial y la conciliación del conflicto.*

15 Ídem, pág. 46.

16 El Poder Ejecutivo Provincial llevó adelante la elaboración de lo que denominó “*Anteproyecto de Código de Procesos Civiles y Comerciales*” para reemplazar el actual Código Procesal Civil y Comercial, luego conformó una Comisión cuya misión es revisar y proponer reformas al texto del mencionado anteproyecto (Comisión Res. N° 850/2024 – Dec. N° 1363/2024). En el presente trabajo se analizará la versión vigente al 11/02/2025

17 *Este deber se relaciona exclusivamente con la actividad de sentenciar, consiste en fallar (resolver) todos los casos justiciables presentados a sede judicial por parte interesada, aplicando a los hechos confirmados por ellos la norma jurídica que los regule si se adecua al ordenamiento constitucional vigente.* ALVARADO VELLOSO, Adolfo y MEROI, Andrea, “*Manual de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*”, Ed. Ediciones AVI, Rosario, 2023, pág. 358

Luego, en al art. 17, inc. d del anteproyecto, establece dentro de los deberes de los jueces, *Priorizar e intentar la conciliación total o parcial del conflicto en cualquier momento*, reforzando este deber al agregar: *Las propuestas conciliatorias no se consideran prejuzgamiento*.

Como aplicación práctica de este deber impuesto a los jueces podemos mencionar:

a) De manera general, el art. 19 del texto propuesto, que dispone: *El juez puede, en cuanto lo estime conveniente y en cualquier momento, solicitar la presencia personal de las partes para: a.) Intentar la conciliación del conflicto; [...]. El juez puede imponer multa de hasta cinco (5) jus por inasistencia injustificada y determinará su destino que puede incluir a la contraparte si ésta ha asistido. La inasistencia injustificada, además, será indicio contrario al ausente*.

b) De manera específica

1) Respecto a las actuaciones preliminares, el art. 97 dice: *“El juez puede optar por la oralidad en cualquier momento del procedimiento cuando estime que contribuirá a una resolución más eficiente de la medida preliminar. Asimismo, puede emplear este mecanismo para abordar el fondo del conflicto, explorar la posibilidad de alcanzar soluciones consensuadas que pongan fin a la disputa previniendo el proceso judicial principal, siempre y cuando las circunstancias del caso lo permitan y exista acuerdo entre las partes al respecto”*.

2) Dentro del aseguramiento de prueba, el art. 208 establece que: *La unidad jurisdiccional puede autorizar la producción anticipada de pruebas, incluso antes de la demanda, a solicitud de parte y con notificación a la contraria, cuando lo aconsejen las circunstancias o ante la existencia de posibilidades concretas de soluciones conciliatorias*.

Norma que se reitera en el art. 239: *La unidad jurisdiccional autorizará la producción anticipada de pruebas, a solicitud de parte y con control de la contraria, cuando lo considere razonable por las circunstancias del caso, por razones de economía procesal o ante la posibilidad de soluciones conciliatorias [...]*

Y de manera mucho más específica en el art. 291 dispone: *Cuando las circunstancias del caso lo justifiquen, la unidad jurisdiccional podrá ordenar la realización anticipada de la pericia ofrecida por alguna de las partes. Una vez presentado el dictamen y resueltas las observaciones, la unidad jurisdiccional convocará a una audiencia de conciliación a la que deberán asistir las partes, sus abogados, el perito y los consultores técnicos. Con los resultados de la pericia se procurará alcanzar un acuerdo conciliatorio. Si ello no sucede, el proceso continuará su trámite según lo dispuesto en este Código*.

3) Respecto de la excepción de falta de mediación prejudicial obligatoria, el art. 345.2 establece que: *Previo a resolver, la unidad jurisdiccional podrá convocar a las partes a audiencia conciliatoria a fin de evaluar la pertinencia de la omisión de la mediación prejudicial en función de las circunstancias del caso [...]*

4) Al regular la audiencia premilar dentro del proceso general por audiencias, en el art. 355 dispuso: *La audiencia será dirigida por el juez a fin de cumplir con los principios y directrices de este Código. Tiene cuatro cometidos esenciales: a. Procurar conciliar [...] El juez debe facilitar las condiciones para la conciliación, total o parcial, entre las partes. Este es un fin esencial de la audiencia y el juez debe procurar el acercamiento, descubriendo puntos de contacto y de equilibrio en sus pretensiones.*

Deber que se reafirma en el texto del art. 357 que regula los “Deberes del juez en la audiencia preliminar” al sostener: *En la audiencia, el juez deberá [...] b. Facilitar el encuentro entre las partes, invitándolas a conciliar o explorar métodos no adversariales para resolver el conflicto, informándoles que todo lo dicho será confidencial y no podrá ser considerado en la sentencia. Las tratativas conciliatorias podrán continuarse fuera de la audiencia sin que ello detenga el proceso; [...]*

5) También dentro del proceso general por audiencias, pero para la audiencia de producción de prueba, el art. 358 establece: *La audiencia de producción de pruebas será dirigida de forma indelegable por el juez, quien deberá: a. Intentar en cualquier momento de la audiencia que las partes lleguen a acuerdos conciliatorios [...]*

6) En el proceso abreviado oral, el art. 363.1 dispone: *Se procurará al comienzo de la audiencia que las partes lleguen a acuerdos conciliatorios sobre las pretensiones [...]*

7) En el proceso ejecutivo, el art. 397 expresa: *En cualquier momento, especialmente después de formuladas las oposiciones, el juez podrá convocar a una audiencia si lo considera pertinente para facilitar la producción de prueba, procurar un acuerdo conciliatorio o simplificar cualquier aspecto del trámite de oposición.*

8) En la audiencia de producción de prueba dentro del proceso de pequeñas causas, el art. 435 dispone: *Iniciada la audiencia de producción de pruebas, el juez retomará la actividad conciliatoria invitando a las partes a solucionar colaborativamente el conflicto [...]*

9) En los procesos de filiación, luego de producida la prueba genética, el art. 445 establece que se “[...] convocará a las partes a una audiencia [...] a fin de que intenten conciliar sus pretensiones en razón de los resultados de la prueba genética”.

Esta enumeración, ratifica la afirmación realizada anteriormente, no obstante, ello, nos surge el siguiente interrogante, ¿es el juez la persona indicada para llevar

adelante una conciliación entre las partes enfrentadas por el conflicto sobre el cual, si ésta no se logra, debería resolver?

La respuesta negativa, por múltiples razones, se impone. En efecto, no sería válido sostener que en esa situación las partes se sentirían libres para expresarse abiertamente, pues, al menos sentirán la presión interna o psicológica de estar hablando ante quien en definitiva está llamado a dictar una resolución que le ponga punto final a su conflicto.

Si bien el anteproyecto pareciera asegurarle esa *libertad* en las audiencias de conciliación a las partes, estableciendo, por ejemplo, cuando regula los deberes del juez en la audiencia preliminar, que éste debe “*informales que todo lo dicho será confidencial y no podrá ser considerado en la sentencia*” (art. 357); sin embargo, en el art. 353 dispone que, si las partes no comparecen injustificadamente “*se les tendrán por reconocidos los hechos alegados por el contrario*”; esto además de que el art. 18 expresa que el juez: “[...] *Se encuentra facultado para deducir argumentos de prueba a partir del comportamiento de las partes durante el desarrollo del proceso y de las audiencias, especialmente respecto de conductas dilatorias, obstruccionistas [...]*”; y el art. 162 inc. “a”, que respecto de la sentencia establece que ésta debe contener: “*Detalle sucinto de [...] la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso [...]*”.

De lo dicho se desprende que tanto la asistencia como la conducta de las partes dentro de las audiencias, no van a ser expresiones de su libertad, sino todo lo contrario, ya que, estarán coaccionadas por las disposiciones del anteproyecto ya mencionadas.

Esto no es una situación aislada, el art. 19 del anteproyecto (que reemplazaría al actual art. 19 del CPCC vigente) establece: “[...] *El juez puede imponer multa de hasta cinco (5) jus por inasistencia injustificada y determinará su destino que puede incluir a la contraparte si ésta ha asistido. La inasistencia injustificada, además, será indicio contrario al ausente*”. Como vemos, nuevamente las conductas de las partes (no solo su asistencia o inasistencia, sino su conducta en el desarrollo de la audiencia –ver art. 18) se verán condicionadas por el texto de la ley.

Por otra parte, tal como se encuentra redactado el art. 355 que regula la audiencia preliminar, muestra que esta audiencia, que se presenta orientada principalmente a conciliar a las partes, depurar pruebas y organizar la futura actividad probatoria, pero cuyo objetivo esencial es –ciertamente– que el juez, como en el conocido relato de Kafka, *Ante la Ley*, se convierta en un verdadero *Guardián de la Puerta*, cuya

función será impedir a toda costa el avance del proceso hacia sus fases ulteriores, en una evidente restricción impuesta al derecho a la jurisdicción.

Entendemos que al leer el párrafo anterior se nos puede tildar de *sensacionalistas*, sin embargo, la expresión que empleamos es también utilizada por los autores que defienden e impulsan el mecanismo descripto; a modo de ejemplo podemos citar lo que ellos afirman: “[...] *existirá un rol más activo en las etapas iniciales del proceso, en donde al juez le corresponde un rol de gatekeeper o guardián de la puerta, tratando de promover la composición del conflicto, derivarlo a un medio más idóneo, organizar la discusión del proceso o preservar la cantidad y calidad de los medios probatorios que ingresen a la audiencia de juicio oral [...]*”¹⁸.

Finalmente, merece un tratamiento particular la expresión “*Las propuestas conciliatorias no se consideran prejuzgamiento*” contenida dentro del inc. “d” del art. 17 que regula las facultades y deberes de los jueces.

La función primaria que tiene el juez en las audiencias (lograr inducir a las partes a que arriben a una conciliación), se ve normativamente reforzada a través de ese sintagma.

Esa frase da la pauta que es altamente probable que el juez en ocasión de intentar la conciliación de la partes, se exceda en esta actividad y adelante opinión de lo que será su futura sentencia, lo que encuadraría en el caso previsto de recusación con causa (art. 11 inc. “e”); o que al menos las partes queden con la sensación de que el juez ha dejado de ser imparcial, y ya tomó partido por alguna de ellas, de otra manera no se comprende el porque de esta limitación a un derecho fundamental que poseen las partes.

Por otro lado, al dejarse expresamente plasmada esta limitación en el texto del código, otorga al juez un excesivo poder, que bajo ningún punto de vista puede ser tolerado en un estado de derecho, ya que con esto se vería seriamente comprometido el principio constitucional del debido proceso, porque propicia, incentiva o en el mejor de los casos deja abierta la puerta a que los jueces se extralimiten en sus funciones sin que las partes tengan defensa alguna ante esto.

Además, un juez que se involucra con la conciliación también suele autocondicionarse antes del dictado de la sentencia. ¿Cómo sentenciar una falta de legitimación para obrar, si durante la audiencia de conciliación el juez intentó que el demandado pagara al actor una suma importante de dinero? Por otro lado, si el juez lograra vencer su autocondicionamiento, ¿qué opinión del sistema de justicia se llevará el

18 FANDIÑO, Marco; GONZALEZ, Leonel y SUCUNZA, Matías; “*Proceso Civil. Un modelo adversarial y colaborativo*”, Ed. Editores del Sur, CABA, 2020, pág. 91

demandado, si durante el juicio fue presionado por aquél a satisfacer parcialmente una pretensión del actor, que finalmente se declaró prescripta?

IV. Conclusión

En resumen, proyectar como función principal del juez la de lograr una conciliación entre las partes, es un notable error, no sólo porque las partes en esa situación se verían condicionadas por el solo hecho de estar frente a una persona con el poder que ostenta el juez como autoridad estatal; sino que, además, el juez para concentrarse en esa actividad, lógicamente tendría que desatender otras, entre ellas, la de dictar resoluciones; es por ello que el anteproyecto otorga funciones jurisdiccionales a lo que denomina “*unidad jurisdiccional*”¹⁹, lo que acarrea evidentes reproches constitucionales²⁰.

Por todo esto debemos concluir que siempre será preferible que la conciliación se encuentre a cargo de un funcionario que no sea el juez. Éste es, precisamente, el menos indicado para intervenir en el acto.

19 **Artículo 3. Unidades jurisdiccionales.** *Cada juzgado y tribunal constituyen una unidad jurisdiccional. Cuando en este Código se alude a ciertas actuaciones procesales de la unidad jurisdiccional sin especificar a su responsable, se entenderá que están facultados a ordenarlas tanto el juez como los funcionarios, indistintamente.*

20 A pesar de la notoria inconstitucionalidad de esta delegación de funciones exclusivas del juez en otros funcionarios, los defensores de este tipo de reformas afirman que: *Resulta necesario ampliar las facultades de ordenación e impulso procesales y resolutivas de Secretarios y prosecretarios, v.g. pudiendo ordenar la realización de medidas, presidir audiencias, dictar resoluciones interlocutorias, para la ejecución de sentencias, y el conocimiento y resolución de expedientes de jurisdicción voluntaria hasta el dictado del auto definitivo (el que podrá ser atacado en un procedimiento declarativo). La alternativa en examen genera en la actualidad reparos constitucionales y legales, pero presenta la ventaja de superar la disociación entre el sistema normativo y la práctica de numerosas unidades judiciales, así como la rejerarquización de los funcionarios judiciales, y su mayor compromiso formal con el ejercicio efectivo de la función, y la determinación de responsabilidades* (GARAVANO, Germán Carlos y PALMA, Luis María, “El Rol del Secretario Judicial en la Argentina del Nuevo Milenio. Ideas para un Debate Pendiente” publicado en el Diario “La Ley”, jueves 8 de abril de 2004, páginas 1 a 4).

Como podemos apreciar, más allá de que los promotores de estas ideas advierten la inconstitucionalidad de la propuesta, de todos modos insisten en ella argumentando que en la práctica, de hecho, muchos secretarios realizan estas actividades a pesar de que exceden sus funciones; es decir, que en lugar de sancionar esas prácticas ilegales, buscan reglamentarlas a pesar de estar en contradicción con los textos de las leyes supremas de los Estados, tanto nacional como provincial.

El arbitraje como método adecuado de acceso a justicia

MARÍA ELENA BARBERO¹
IGNACIO ANDRÉS ARROYO²

El concepto de “Acceso a justicia” es más amplio que el de “acceso a la justicia”, ya que incluye un gran abanico de métodos alternativos de resolución de conflictos. Entre estos métodos encontramos al Arbitraje, pero: ¿Qué es el arbitraje?, ¿En qué se diferencia de la mediación?, ¿Qué relación tiene con el sistema judicial? y especialmente: ¿Cómo accedemos a éste? El objetivo del presente trabajo es responder a éstas y muchas otras preguntas, para orientar al profesional del derecho y a los justiciables sobre este método de resolución de conflictos.

Palabras clave: acceso a justicia, arbitraje, método alternativo de resolución de conflictos

I. Introducción

El concepto de “acceso a justicia” es más amplio que el de “acceso a la justicia”³, ya que incluye una gran variedad de métodos de resolución de conflictos alternativos al sistema judicial.

-
- 1 Presidenta del Instituto de Arbitraje del Colegio de la Abogacía de Rosario; Docente de las asignaturas: Derecho Internacional Privado (UNR-UCA) y Taller de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (UCA); Diplomada en Arbitraje por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.
 - 2 Vicepresidente del Instituto de Arbitraje del Colegio de la Abogacía de Rosario; Miembro de la Comisión Técnica Especializada para la redacción del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe; Subcomisión “Técnicas consensuales de Desjudicialización”, Dec. 1236/2018; ha participado en diferentes eventos académicos en materia de arbitraje comercial y de Inversión.
 - 3 Así lo tiene dicho la Comisión Nacional de Acceso a Justicia, dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cfr. <https://www.cnaj.gob.ar/cnaj/institucional>.

Frente a cualquier disputa, el primer método asequible a todos es la negociación. Todos somos negociadores, por el solo hecho de ser seres humanos⁴.

La negociación es el método autocompositivo por antonomasia: son las personas involucradas las que arriban a un acuerdo, las que componen el conflicto. Si bien pueden estar representadas o asesoradas legalmente, la resolución y el curso de la negociación no depende de ningún tercero. Existen diferentes estilos de negociación, entre ellos el competitivo y el colaborativo.

Otro método autocompositivo de resolución de conflictos es la Mediación. En ella participa un tercero, el mediador, quien asistirá a las partes en la negociación para que arriben a una solución. Este tercero es neutral y no puede tomar decisiones sobre la resolución del conflicto. El acuerdo surgirá de las propias personas involucradas, mediante la utilización de herramientas comunicacionales⁵ que facilite el mediador.

Ahora bien, cuando los propios involucrados no pueden llegar a un acuerdo, será necesario recurrir a un tercero que dirima la cuestión. Es allí, cuando recurrimos a los llamados métodos heterocompositivos de resolución de conflictos: el arbitraje y el sistema judicial.

El presente trabajo se refiere al arbitraje como método heterocompositivo y alternativo al sistema judicial para la resolución de los conflictos.

II. El acceso a justicia y el arbitraje

Dentro de los métodos heterocompositivos, el acceso a justicia no es potestativo del sistema judicial.

El arbitraje, como método alternativo, posibilita que la solución justa del caso sea resuelta por un único árbitro o tres árbitros (tribunal arbitral), mediante una resolución fundada en derecho o en equidad.

Algunos reglamentos de arbitraje llaman Arbitramento⁶ cuando los árbitros actúan “*ex aequo et bono*” sin sujeción a formas legales, dictando un laudo fundado

4 Esta aseveración es sostenida por la Escuela de Harvard sobre negociación. Entre sus mayores exponentes encontramos a William Ury y Roger Fisher. Recomendamos especialmente la lectura de su libro: “Si, de acuerdo”.

5 Algunas de las herramientas comunicacionales más utilizadas son el parafraseo, las preguntas (abiertas, cerradas y circulares), la normalización, la neutralización del lenguaje, entre otras.

6 El Reglamento de la Bolsa de Comercio de Rosario así lo hace. Puede consultarse su texto completo en: https://www.bcr.com.ar/sites/default/files/2024-10/digital_reglamento_20241008.pdf

en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada y/o “moderando, según las circunstancias, el rigor de las leyes y dando a los elementos de prueba mayor o menor eficacia de la que les corresponde por derecho”.

III. ¿Qué es el arbitraje? ¿Cuáles son sus características?

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos al sistema judicial, mediante el cual un tercero (el árbitro o el tribunal arbitral) luego de un procedimiento formal y estructurado dicta una resolución que se llama “laudo”, que es obligatorio para las partes involucradas en el pleito.

Se trata de un método heterocompositivo de resolución de conflictos (el caso es resuelto por un tercero y no por las partes involucradas), adversarial (las partes se encuentran enfrentadas entre sí) y, una vez pactado, es obligatorio (pactado el arbitraje, no puede recurrirse a la justicia ordinaria y los laudos deben cumplirse).

Es un método que se caracteriza por su celeridad y especialidad (siempre en comparación al sistema judicial).

El origen del arbitraje es contractual: las partes acuerdan que sus futuras controversias o las ya suscitadas serán resueltas mediante arbitraje, pero su efecto es jurisdiccional: los árbitros resolverán el caso en lugar de los jueces que -de otro modo- hubieran sido competentes.

IV. ¿En qué se diferencian el arbitraje de la mediación y de otros métodos alternativos de resolución de conflictos?

Al hablar sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos debemos diferenciar la mediación, de la conciliación y del arbitraje.

Es cierto que los tres son métodos alternativos al sistema judicial y que en todos participa un tercero. Pero la función de este tercero es totalmente diferente.

El mediador no resuelve el conflicto, ni puede hacer propuestas de acuerdo: debe oficiar de puente entre las partes facilitando una comunicación respetuosa y asertiva entre ellas, de la cual pueda surgir la solución del caso.

El conciliador tampoco resuelve el conflicto, pero puede hacer propuestas de acuerdo. Debemos tener presente que la conciliación suele tener lugar entre partes que no tienen poder negocial paritario, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito del derecho del trabajo, en el que el conciliador debe velar por el cumplimiento del orden público mínimo de los derechos de los trabajadores.

El árbitro sí resuelve el conflicto. La resolución que dicta el árbitro es el laudo que tiene la misma fuerza legal que una sentencia judicial de primera instancia.

V. ¿Cuáles son los principios y ventajas fundamentales del arbitraje?

El arbitraje se sustenta en una serie de principios fundamentales ampliamente reconocidos por la doctrina jurídica, sin que exista, en términos generales, una controversia significativa respecto de su validez o aplicabilidad. No obstante, algunos de estos principios han experimentado, con el transcurso del tiempo y ante determinadas circunstancias específicas, ciertas limitaciones o, en su caso, una profundización en su implementación.

En el ordenamiento jurídico argentino, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su regulación sobre el contrato el arbitraje contenida en los artículos 1651 al 1716, recepta y estructura dichos principios, otorgándoles un marco normativo preciso. Entre ellos:

Autonomía de la voluntad: La piedra basal de la jurisdicción arbitral es que las partes decidan libremente someter su controversia a arbitraje. Este principio permite a las partes elegir arbitrar en lugar de litigar ante un tribunal estatal, así como definir las reglas del procedimiento arbitral.

Neutralidad e imparcialidad: El arbitraje debe ser llevado a cabo de forma imparcial y objetiva, ofreciendo un procedimiento justo para ambas partes. Los árbitros deben ser independientes y no tener conflictos de interés respecto de las partes involucradas en el caso⁷.

Confidencialidad: Los procedimientos arbitrales suelen ser confidenciales, lo que significa que no se hacen públicos los detalles del caso ni la resolución, a menos que las partes acuerden lo contrario. Esto tiene que ver con la protección de información comercial sensible, estrategias legales, reputación de las partes, entre otras razones. Existe una tendencia creciente a balancear la confidencialidad con la transparencia, fundamentalmente en los arbitrajes de inversión.⁸

7 Sobre este tema se pueden consultar las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje, normas de *softlaw* aplicables tanto al arbitraje internacional como doméstico.

8 En los últimos años, algunas reglas modernas de arbitraje (como las del CIADI o UNCITRAL) permiten mayor publicidad. En el resonante caso Odebrecht que involucró corrupción transnacional a gran escala en América Latina, con contratos de infraestructura y sobornos a funcionarios públicos, el interés público puso en jaque directamente el Principio de Confidencialidad del arbitraje.

Celeridad: El arbitraje tiende a ser un proceso más rápido que el litigio en los tribunales ordinarios, ayudando a las partes a resolver sus conflictos de manera más eficiente.

Especialidad: Este principio está implícito en la autonomía de las partes y el derecho a designar árbitros con cualificación específica en la materia en disputa. La ley permite a las partes acordar la elección del árbitro, lo que fomenta que se elijan especialistas, lo que garantiza un conocimiento profundo sobre el fondo del conflicto en el que participan.

In Dubio Pro Arbitraje: Las prácticas judiciales y la doctrina especializada sostienen que un enfoque favorable hacia el arbitraje debe prevalecer, promoviendo su uso ante cualquier ambigüedad en la utilización o reducción de cláusulas arbitrales o compromisos arbitrales.

Competencia de la competencia: Los árbitros deciden sobre su propia competencia o sobre la validez del convenio arbitral. Este principio se relaciona con el de autonomía del convenio arbitral, ambos receptados en los artículos 1653 y 1654 del Código Civil y Comercial de la Nación y por el art. 35 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (LACI).

Finalidad o única instancia: El laudo arbitral es considerado una resolución definitiva que tiene efecto vinculante, lo que limita las posibilidades de recurrir a los tribunales para impugnar el laudo, salvo causales muy específicas. Mayormente las partes renuncian de la posibilidad de apelar la decisión ante la justicia.

VI. Relación entre el arbitraje y el sistema judicial

Existe una necesaria coordinación entre el arbitraje y el sistema judicial, puesto que este último tiene funciones de apoyo y de control respecto del arbitraje. El árbitro emite una resolución denominada laudo, la cual posee la misma fuerza jurídica que una sentencia judicial de primera instancia. No obstante, es importante señalar que los árbitros carecen de la *coertio*, privativa del sistema judicial estatal, entendida ésta como la facultad exclusiva de imponer coactivamente sus decisiones mediante el uso legítimo de la fuerza pública.

En el ámbito nacional, el CPCCN establece que los árbitros no pueden decretar medidas de ejecución por sí mismos; deben requerirlas al juez, quien prestará el auxilio de su jurisdicción para la ejecución del laudo. En el Arbitraje comercial internacional, la ejecución de las sentencias arbitrales está contemplada en la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por Argentina, como también en la Convención de

Panamá de 1975. Estas convenciones establecen que las sentencias arbitrales extranjeras deben ser reconocidas y ejecutadas en los países contratantes, con ciertas excepciones que incluyen la incompatibilidad con el orden público del país requerido.

En cuanto a las medidas cautelares, el Código Civil y Comercial de la Nación otorga a los árbitros la facultad de dictar este tipo de medidas provisionales, pero establece que las mismas pueden ser impugnadas judicialmente cuando violen derechos constitucionales o sean irrazonables. Asimismo, las medidas cautelares dictadas por los árbitros precisarán de la asistencia judicial para ser ejecutadas. Por otro lado, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que los árbitros no pueden decretar medidas compulsorias ni de ejecución: deben requerirlas al juez, quien deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.

El procedimiento arbitral muchas veces puede necesitar de la intervención de la justicia para solucionar cuestiones de forma dentro del mismo procedimiento arbitral. Ejemplo de esto pueden ser las cuestiones relativas a la validez del convenio arbitral o cuando las partes no se ponen de acuerdo en la designación de árbitros, pudiendo recurrir a los tribunales para zanjar esta situación⁹. Por último, el sistema judicial podrá ejercer funciones de control del arbitraje, fundamentalmente al resolver sobre recursos de nulidad interpuestos contra laudos arbitrales.

VII. Clasificaciones del arbitraje

Podemos mencionar tres clasificaciones tradicionales del arbitraje: el arbitraje de derecho o de equidad; el arbitraje institucional o *ad hoc*; y el arbitraje doméstico o internacional.

a) *Arbitraje de derecho y de equidad*: Cuando el arbitraje es de derecho, los árbitros deben fundar su decisión en normas jurídicas. En cambio, cuando el arbitraje es de equidad, los árbitros resuelven el conflicto según principios de equidad, razonabilidad y justicia. La decisión puede tener mayor flexibilidad atento a que no se limitan al texto estricto de la ley.¹⁰

9 El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) también regula este aspecto, estableciendo que si las partes no han acordado el procedimiento para la designación de árbitros, se aplicarán las disposiciones legales pertinentes. En el arbitraje internacional, la Ley 27.449 establece que las partes pueden acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros, pero si una parte no designa su árbitro dentro del plazo estipulado, o si los dos árbitros no se ponen de acuerdo sobre el tercero, la designación puede ser realizada por el tribunal competente conforme al artículo 13 de la ley.

10 Algunos tribunales arbitrales fallan conforme equidad. Por ejemplo, la Cámara Arbitral de Cereales de la Bolsa de Comercio de Rosario.

b) En la legislación nacional (CCCN y Ley de Arbitraje Comercial Internacional) el arbitraje se presume de Derecho, salvo que las partes pacten que sea de Equidad. La regla inversa se encuentra plasmada en los códigos de procedimiento nacional y de la Provincia de Santa Fe¹¹.

c) *Arbitraje institucional y ad hoc*: En el arbitraje institucional las partes acuerdan que el arbitraje será administrado por una institución arbitral y, mayormente, se registrará por el reglamento de arbitraje de dicha institución¹².

La institución asiste en la designación de árbitros, plazos, audiencias¹³, lo que brinda una mayor formalidad y respaldo institucional, de una entidad nacional o extranjera.

Por el contrario, el arbitraje es *ad hoc* cuando el procedimiento es organizado directamente por las partes. En este tipo de arbitraje, las partes acuerdan libremente las reglas aplicables al procedimiento del arbitraje, la forma de designación de los árbitros, los plazos, el lugar del arbitraje, entre otros aspectos. En ausencia de acuerdo, se puede recurrir a normas supletorias, como la Ley Modelo de la CNUDMI o disposiciones del derecho procesal local. A diferencia del arbitraje institucional, el arbitraje *ad hoc* carece de una estructura administrativa permanente, lo que puede ofrecer mayor flexibilidad, pero también requerirá una cooperación más activa entre las partes y mayor precisión en la redacción del convenio arbitral para evitar vacíos o conflictos procedimentales.

a) *Arbitraje nacional e internacional*: Hasta el año 2018 en Argentina no se distinguía legalmente el arbitraje nacional o doméstico del arbitraje internacional. Con la sanción de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional Nro. 27.449 (LACI) se estableció que un arbitraje es internacional si: “a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes; o b) uno de los siguientes lugares está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: I. el lugar del arbitraje,¹⁴ si éste se

11 Así en la legislación nacional, el art. 1652 CCCN y el art. 81 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. En la legislación procesal, los arts. 766 CPCCN y 431 CPCCSF.

12 Algunos ejemplos de instituciones arbitrales pueden ser: la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), La Corte Permanente de Arbitraje (CPA) de Países Bajos (que cuenta actualmente con una oficina en Buenos Aires desde el año 2019), la CAM-CCBC de Brasil, el Tribunal de Arbitraje del Colegio de la Abogacía de Rosario, el Tribunal General de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Rosario, entre otros.

13 El art. 1657 del Código Civil y Comercial de la Nación refiere al Arbitraje institucional.

14 El lugar o sede del arbitraje es un concepto jurídico y no geográfico, y determina: 1) la competencia de los tribunales judiciales llamados a cumplir las funciones de apoyo o control sobre el arbitraje; 2) hace aplicable la legislación sobre arbitraje del lugar y 3) atribuye la nacionalidad al laudo. (Cfr. Art. 65 LACI).

ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; II. el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha”. En otras palabras, un arbitraje nacional o doméstico se encontrará regulado por el Código Civil y Comercial y los Códigos de Procedimientos respectivos. Un arbitraje internacional, se regirá por los Convenios Internacionales en vigor y, en su defecto, por la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. No debe confundirse la clasificación de arbitraje doméstico o internacional con el laudo nacional o internacional. La nacionalidad del laudo está determinada por el lugar o sede del arbitraje. La diferencia radicará fundamentalmente en su ejecución: como una “sentencia” nacional o extranjera, de acuerdo a las reglamentaciones procesales de cada provincia o de la nación.

VIII. El arbitraje institucional en Argentina

a) *Tribunales Arbitrales dentro de los Colegios de la Abogacía*: Los Colegios tienen, y es altamente recomendable que así lo hagan, la incumbencia de prestar el servicio de Arbitraje. En Argentina, algunos de los Colegios de la Abogacía que tienen Tribunal de Arbitraje son los de Capital Federal¹⁵, La Plata¹⁶, San Isidro¹⁷, Mar del Plata¹⁸, Bahía Blanca¹⁹, Lomas de Zamora²⁰, Neuquén²¹, Rio Grande²² y Rosario²³.

b) *Tribunales Arbitrales dentro de las Bolsas de Comercio*:²⁴ Las Bolsas de nuestro país tienen en la actualidad reconocidos tribunales funcionando activamente y

15 <https://new.cpacf.org.ar/noticia/5343/tribunal-arbitral>.

16 <https://www.calp.org.ar/centro-de-conciliacion-y-arbitraje/>.

17 <https://www.casi.com.ar/tribunal-arbitral/8>.

18 <https://camdp.org.ar/wp/index.php/tribunal-arbitral/>.

19 <https://cabb.org.ar/portfolio-items/tribunal-arbitral/>.

20 <https://calz.org.ar/tribunal-de-arbitraje/>.

21 <https://abognqn.org/wp-content/uploads/2021/08/Tribunal-de-Arbitraje-General.pdf>.

22 <https://colegioabogadosrg.org.ar/>.

23 <https://www.colabro.org.ar/mediacion-arbitraje/normas/reglamento-3315>

24 El profesor Roque J. Caivano ha hecho referencia a esta distinción, señalando que: “Existen instituciones como la Cámara Arbitral de Cereales que, si bien funcionan dentro del marco de las Bolsas de Comercio, actúan más como órganos técnicos especializados que como verdaderos tribunales arbitrales permanentes.” (Caivano, R. J., “El Arbitraje Comercial en el Derecho Argentino”, Ed. Astrea, 2000) Además, destaca que: “El Tribunal de Arbitraje General cumple una función jurisdiccional privada, análoga a la de los jueces estatales, mientras que la Cámara Arbitral tiene funciones predominantemente técnico-administrativas.” (Caivano, R., conferencia en la Bolsa de Comercio de Rosario, 2018)

con secretarías y listas de árbitros.²⁵ En nuestra ciudad, la Bolsa de Comercio de Rosario cuenta con dos tribunales arbitrales. Uno de ellos es el denominado Tribunal de Arbitraje General, que atiende mayormente conflictos comerciales entre socios, empresas, comerciantes o personas que acuerden someter sus controversias a este tribunal. Es independiente del rubro o sector económico, atento a que puede intervenir en conflictos de cualquier índole, como ser, materia financiera, comercial, societaria, etc, contando con una Sala específica de Mercado de Capitales²⁶. El laudo arbitral dictado tiene eficacia de cosa juzgada y puede ser ejecutado judicialmente. El otro tribunal es la Cámara Arbitral de Cereales, se trata de un órgano técnico-científico que interviene principalmente en controversias del mercado granario y agroindustrial, especialmente en materia de: calidad de granos, condiciones de entrega, discrepancias en contratos agrocomerciales, entre otros. También emite dictámenes, certificaciones, normas de calidad, y realiza peritajes en el sector agropecuario. Tiene competencia específica en conflictos vinculados al comercio de cereales, oleaginosas y subproductos. Es un órgano que falla conforme la equidad y su resolución puede ser ejecutada mediante el mecanismo de ejecución de sentencia de los códigos de forma, según pautas de competencia.²⁷

c) *Otras instituciones administradoras de arbitraje en el país*: Existen varias instituciones que ofrecen servicios de arbitraje. Entre ellas, encontramos al Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje²⁸ Centro de Mediación y Arbitraje Comercial (CEMARC) de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios (CAC). Por otro lado, y desde el año 2013, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), mediante su corte de Arbitraje Comercial Internacional, tiene presencia en la Argentina a través de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios.²⁹

IX. La regulación del arbitraje

El Código Civil y Comercial de la Nación regula todo lo relativo al Contrato de Arbitraje en sus arts. 1649 al 1665. La Ley de Arbitraje Comercial Internacional, como hemos explicado, regula el arbitraje comercial internacional. A su turno, muchos Códigos de Procedimiento también regulan el arbitraje. El Código Procesal

25 Ver sitios oficiales: Buenos Aires <https://www.labolsa.com.ar/institucional/tribunal/>; de Rosario <https://www.bcr.com.ar/es/servicios/tribunal-de-arbitraje>; Santa Fe <https://www.bcsf.com.ar/tag.php>, de Córdoba <https://www.bolsacba.com.ar/tribunal-de-arbitraje/>.

26 Cfr. La ley de Mercados de Capitales, en su art. 46.

27 Cfr. decreto 931/98 sobre Cámaras arbitrales de Cereales y el efecto del Laudo, Arts 51 y 52.

28 <https://www.medyar.org.ar/>

29 <https://www.iccargentina.org/>

Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe lo hace en el Libro III bajo el título “Juicio Arbitral”. El régimen establece que toda cuestión puede someterse a arbitraje por acuerdo de las partes, con excepción de aquellas que, conforme a las leyes de fondo, no sean susceptibles de transacción. Además, el artículo 417 impone el arbitraje obligatorio en ciertos supuestos, como los juicios declarativos generales entre parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, los litigios sobre cuentas complicadas y la determinación de bases para ejecutar una sentencia.

X. ¿En qué casos puede pactarse arbitraje?

Como regla, el arbitraje es admisible en todas las cuestiones disponibles por las partes, es decir, aquellas sobre las cuales las personas pueden disponer libremente según las normas sustantivas.³⁰ A título meramente ejemplificativo podemos enumerar: incumplimiento de contratos (compraventa, suministro, distribución, leasing, etc.), contratos de construcción, ingeniería, concesión, obra pública; conflictos comerciales, conflictos societarios; Conflictos civiles patrimoniales (daños y perjuicios, repartos de herencia con controversias entre herederos, o incluso cuestiones patrimoniales del régimen matrimonial, siempre que las partes sean mayores y capaces). También se puede pactar arbitraje en contratos con el Estado. En muchos casos, los contratos administrativos incluyen cláusulas arbitrales (aunque el Estado debe estar expresamente autorizado para ello). Por otro lado, tenemos una limitación normativa clara sobre qué conflictos no pueden ser sometidos a arbitraje (no arbitrables)³¹. Según el artículo 1651 del Código Civil y Comercial de la Nación, están excluidos del arbitraje: cuestiones de estado civil (matrimonio, filiación, divorcio, etc.), derechos de familia (alimentos, régimen de comunicación, cuidado personal de los hijos), cuestiones penales, capacidad de las personas (interdicción, curatela), derecho laboral individual (aunque sí hay arbitraje en conflictos colectivos o sindicales, con limitaciones), derecho de consumo, salvo acuerdo posterior al surgimiento del conflicto (Ley 24.240, art. 59 bis)³², conflictos con orden público:

30 Roque Caivano, “El arbitraje en el Código Civil y Comercial”, LL, 2015.

31 El orden público establece los límites del arbitraje: sólo se puede renunciar a la jurisdicción estatal cuando no se afecta el interés general, Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E, ‘Banco Río de la Plata c. Servicios’, 2000.

32 ARTICULO 59. Tribunales Arbitrales. La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables. Si bien existe una limitación sobre las cuestiones de consumo, no podemos desconocer que el arbitraje podría significar un mecanismo que agilice las resoluciones de este tipo en favor del consumidor. Doctrina y jurisprudencia actualizada, entiende que la posibilidad de llevar un litigio al arbitraje reside en la voluntad del consumidor.

por ejemplo, cuando afecten normas de interés general o derechos fundamentales irrenunciables.

XI. ¿Cómo podemos acordar el arbitraje?

Lo esencial es la voluntad de todas las partes a someterse a un arbitraje. Para esto, las mismas pueden insertar en un contrato una cláusula compromisoria o celebrar un acuerdo o compromiso arbitral. La diferencia entre una cláusula compromisoria y un compromiso arbitral es fundamental en el derecho arbitral. Ambas son formas válidas de pactar arbitraje, pero se diferencian principalmente por el momento en que se celebran y por su contenido. Respecto a la cláusula compromisoria, ésta siempre se incluye en el contrato principal, antes de que exista una controversia y se establece un acuerdo anticipado por el cual las partes se comprometen a someter a arbitraje cualquier disputa que pudiera surgir en el futuro relacionada con ese contrato. En otras palabras, forma parte del contrato o es un anexo a él. Suele ser genérica (“toda controversia derivada del presente contrato...”) y es recomendable que prevea detalles como el número de árbitros, la institución arbitral, el lugar del arbitraje, el derecho aplicable al fondo y al procedimiento del arbitraje, la renuncia expresa a la apelación del laudo, entre otras. Por otro lado, el compromiso arbitral se celebra una vez que ha surgido una controversia concreta entre las partes donde las mismas individualizan la controversia ya existente y acuerdan someterla a arbitraje. En cuanto a las características que debe incluir: es más detallado, ya que se conoce el conflicto específico. Debe incluir el objeto preciso del litigio, los árbitros designados o métodos de designación y el procedimiento a seguir. También el lugar y la lengua del arbitraje de modo opcional.

Muchas instituciones arbitrales brindan cláusulas modelo para que las partes las puedan incluir en sus contratos³³. Es perfectamente viable combinar diferentes métodos alternativos de resolución de conflictos en una misma cláusula. Éstas son conocidas como las “Cláusulas Escalonadas”. Por ejemplo, se puede establecer que se inicie con una fase de negociación directa entre las partes, seguida de mediación

33 Puede consultarse las páginas web citadas anteriormente en cada una de las instituciones arbitrales mencionadas. Ejemplo: Colegio de Abogados de Rosario. Cláusula Arbitral para Insertar en Contratos: “Toda cuestión que se suscitare entre las partes por cualquier motivo relacionado con este contrato, incluyendo, entre otras cuestiones, su validez, interpretación, alcances, cumplimiento, resolución o, asimismo, los reclamos a los que diere lugar su incumplimiento, se resolverán definitivamente por el Tribunal de Arbitraje del Colegio de Abogados de Rosario, de acuerdo con el Reglamento y las Normas Complementarias aplicables al arbitraje de derecho aprobados por la Institución, que las partes declaran conocer.”

y, en caso de no resolverse la disputa, concluya con arbitraje. Este enfoque permite abordar el conflicto de manera progresiva.

XII. ¿Qué es un laudo? ¿Cómo se ejecuta?

El laudo es la resolución final que dicta el Árbitro o Tribunal Arbitral. Es obligatorio para las partes y tiene la misma fuerza que una sentencia judicial de Primera Instancia. Como regla, los laudos no son apelables (habrá que tener en cuenta el reglamento de la institución arbitral o los códigos de procedimiento de la sede del arbitraje). No obstante, son recurribles por vía del recurso de nulidad.

Un laudo, si no es cumplido voluntariamente por las partes, debe ejecutarse judicialmente. En nuestro país, cada código de procedimientos establece el procedimiento para ejecutar una sentencia judicial o un laudo. Cuando se trate de un laudo extranjero, el procedimiento de *exequátur* se regirá por los Tratados Internacionales vigentes (destacamos el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros) y en su defecto, por la fuente interna, es decir, los diversos códigos de procedimientos en lo referente a la ejecución de sentencias judiciales o laudos extranjeros. En el CPCCSF dichos procedimientos se encuentran regulados en los arts. 261, 269, siguientes y concordantes.

XIII. Conclusiones finales

El arbitraje es una alternativa preferente para la resolución de disputas civiles y comerciales, especialmente en un escenario donde el sistema judicial enfrenta desafíos significativos, como la congestión procesal y la lentitud en la tramitación de causas. La Ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional, sancionada en 2018, representa un avance crucial al incorporar la Ley Modelo de la CNUDMI, alineando a Argentina con estándares internacionales y ofreciendo un marco legal predecible y eficiente para la resolución de conflictos comerciales internacionales. Las ventajas del arbitraje permiten a las partes contar con un proceso más eficiente y predecible, aspectos esenciales en un entorno económico globalizado; haciendo del arbitraje una vía de solución de disputas sin necesidad de la apertura de un proceso judicial, y de tal pudiendo resultar un método más adecuado de acceso a justicia para caso concreto.

El acceso a la justicia: garantía de derechos para los niños, niñas y adolescentes

FARAVELLI, MELODY VICTORIA¹

SOLSONA, FEDERICO JOSÉ²

Este artículo tiende a comprender el alcance que conlleva la definición del acceso a la justicia y sus propias limitaciones en su parte práctica. Los obstáculos para acceder a la justicia, la imposibilidad en el tiempo de lograr la efectiva justicia ante los reclamos de los justiciables y las normas internacionales que deben tenerse presente para lograr su efectivización son claves para comprender su alcance general de un principio tan necesario como difícil de cumplir. Especial atención requiere el acceso a la justicia de uno de los sectores más vulnerables que nos enfrentamos hoy en día: niños, niñas y adolescentes.

Si bien se han promulgado diversas normativas orientadas a garantizar este principio en relación a los menores de edad, en la práctica persisten situaciones concretas en las que este grupo de personas ve restringida la protección judicial de sus derechos fundamentales. Por lo tanto, reflexionar sobre las posibilidades y límites que nos brindan las normas locales e internacionales nos permite visualizar si las mismas nos otorgan la garantía de remover los obstáculos para obtener el acceso a la justicia de los mismos o, desde otra mirada, enfocarnos en continuar trabajando para lograr la amplitud del reconocimiento del acceso a la justicia como derecho humano.

Palabras clave: Acceso a la justicia, Derechos Humanos, Vulnerabilidad

-
- 1 Abogada (UNR), Mediadora (UNR), Escribana (UNR), Profesora experta de las materias Derecho Constitucional y Derecho Procesal Penal (US21), Adscripta de la materia Derecho Constitucional (UNR), Especialista en Magistratura Judicial (UNR), Receptora de denuncias en el Centro territorial de denuncias de la ciudad de Rosario. melodyfaravelli@hotmail.com
 - 2 Abogado (UNR), Especialista en Derecho de Daños (UCA), Especialista en Magistratura (UNR), Profesor Universitario (UAI), Adscripto de la materia Derecho de las Obligaciones (UNR), Secretario del Juzgado Civil, Comercial y Laboral N°16 de Santa Fe. Fedest7@hotmail.com

I. Introducción

El concepto de acceso a la justicia como hoy lo conocemos es consecuencia de profundas transformaciones a lo largo del tiempo. Sin lugar a dudas no es una problemática reciente y la sociedad en su conjunto fue víctima de su no efectividad a la hora de ejercer su derecho ante la justicia. Ahora bien, a lo largo de estas líneas se podrá observar el alcance que ha tenido este concepto desde una mirada que involucra los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, resulta clave plasmar una cabal comprensión en torno al accionar del Estado quien, en sus funciones, debe atender en el sistema de justicia las demandas individuales y colectivas de solución de conflictos y goce y disfrute de derechos.³

Será la piedra angular analizar los artículos de las diversas convenciones internacionales para poder acercarnos a la definición del acceso a la justicia de manera global. Previo a ello, tomamos la definición que da Mariano Fernández Valle, quien menciona que “el acceso a la justicia comprende el derecho a que sean eliminados todos y cada uno de los obstáculos que impiden su consecución”.⁴

II. Alcance del concepto de “Acceso a la Justicia” desde la normativa internacional y local

Considerando al acceso a la justicia como un verdadero derecho humano, tanto en la órbita universal como en el derecho local y a los fines de comprender su concepto e importancia creemos necesario hablar del marco internacional donde encontraremos primeros lineamientos para su definición.

En el plano internacional encontramos su regulación en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual establece que: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

Asimismo, el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el pre-

3 CUERVO RESTREPO, Jorge Iván. “Lineamientos de Política Pública para el acceso a la justicia de personas de escasos recursos” Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Año 2005. Pág. 8.

4 FERNANDEZ VALLE, Mariano “El acceso a la justicia de los sectores en desventaja económica y social” en Acceso a la Justicia como garantía de igualdad. Haydée Birgin y Beatriz Kohen 1ª ed. Buenos Aires: Biblos, 2006 ISBN 10:950-786546-2 ; ISBN 13:978-950-786-546-6.

sente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

El artículo 14 del mismo cuerpo normativo indica que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia, determina que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.

El artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa que toda persona pueda ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos y debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentalmente consagrados constitucionalmente.⁵

El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

En consonancia, el artículo 25 del mismo cuerpo normativo dice: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.” Además, esta norma impone a los Estados partes el deber de garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; en segundo lugar, desarrollar las posibilidades de recurso judicial y, en tercer lugar, garantizar el

5 KVASINA, Iván. “*El derecho de acceso a la Justicia: necesidad de abordaje de una asignatura pendiente de nuestros sistemas judiciales*” Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Año 2020, Pág. 370.

cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En el mismo sentido, el artículo 15 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer carga a los Estados partes el deber de reconocer a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley. Además, deben reconocer a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

En diciembre de 2012, la Asamblea General aprobó por unanimidad los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal (resolución 67/187), los cuales establecen normas mínimas para el derecho a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal y ofrecen orientación práctica sobre el modo de garantizar el acceso a servicios eficaces de asistencia letrada en materia penal.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha publicado varios informes vinculados con problemáticas específicas de acceso a la justicia (CIDH, 2007a, 2007b y 2007c). También organismos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, tomaron el tema de acceso a la justicia entre sus preocupaciones.

Ahora bien, comprender el alcance que tiene el acceso a la justicia nos remite también a pensarlo desde la propia Constitución Nacional donde se visualizan distintos preceptos que apuntan a lograr este anhelado derecho. Ya en el preámbulo encontramos la frase “afianzar la justicia” y luego, en el artículo 14 se menciona que entre los derechos concedidos a todos los habitantes de la Nación se encuentra el de “Peticiónar a las autoridades.”

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el fallo “Lepori” del 30/05/2001, que: “El objetivo liminar de la Constitución Nacional, de afianzar la justicia, explicitado en su Preámbulo, conlleva la necesidad de garantizar al justiciable el acceso a la justicia y la obtención de una sentencia en tiempo propio, de tal manera que no se configure un supuesto de privación” (Fallos: 324:1710).

Cuando la norma se refiere al derecho de presentarse ante autoridad competente, esto no implica solo la posibilidad de comparecer ante un juez y ejercer una acción, sino que también involucra la posibilidad de negar una acusación (civil o penal), ofrecer pruebas, producirlas, alegar sobre las mismas, obtener una sentencia

razonablemente fundada, recurrir esa resolución si la considero injusta y, eventualmente, ejecutarla. Como puede apreciarse, no se trata de una especie de “derecho inicial”, que se satisface con el solo hecho de poder interponer una acción, si no que involucra muchos más que eso y es un derecho que debe ser mantenido durante todo el proceso, hasta su conclusión; siendo, de esta manera, la expresión máxima de las garantías judiciales y del debido proceso.⁶

A su vez, el artículo 18 del mismo cuerpo normativo establece determinadas garantías que no sólo están enfocadas a cuestiones del debido proceso sustantivo, sino que hacen referencia a las cárceles y la vida de los reos detenidos en ellas. Todo esto, lleva a comprender que se trata de un derecho de todos los habitantes de la Nación, y por lo tanto, dimensionar su aplicación en la República Argentina daría un fortalecimiento de la administración de Justicia y de la democracia como sistema de gobierno.⁷

De este marco puede extraerse el derecho a la tutela jurisdiccional, garantía indispensable para el funcionamiento de la totalidad del orden jurídico. En palabras de la Corte Suprema: “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, así como el contar con la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil” (CSJN, “Santos”, “Christou” y “Moriña”, fallos: 307:282, 308:155 y 311:682.)

Distinguimos, como en los ámbitos nacionales, regionales e internacionales, el derecho al acceso a la justicia se encuentra ampliamente reconocido. Por lo tanto, es común que se hayan ensayado acciones, métodos, procedimientos e instituciones a los fines de lograr la efectivización de este principio.

Este derecho fundamental también ha sido recepcionado por jurisprudencia y precedentes de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. La Corte IDH ha señalado:

“...el citado artículo 25 establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención Americana, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley. Ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de

6 HERNÁN, Andrés Julián. “El acceso a la Jurisdicción como Derecho Humano ante la Justicia Comunitaria de las pequeñas causas. Significado del acceso a la jurisdicción” 06 de mayo de 2016, DJuris272., Pág. 1.

7 BARBIERI, Pablo Carlos. “El acceso a la Justicia y la inclusión” www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF150195 11 de marzo de 2015..

un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención, y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido. Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana” (Corte IDH, Caso Cantos v. Argentina, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 52.)

En este sentido, el deber del Estado de proveer recursos internos adecuados y eficaces constituye uno de los pilares básicos (Corte IDH, Caso López Álvarez v. Honduras, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, voto del Juez Cançado Trindade, párr. 8).

III. El derecho al acceso a la justicia. Definición

Hay quienes definen al acceso a la justicia, como “la posibilidad de que cualquier persona, independientemente de su condición, tenga la puerta abierta para acudir a los sistemas de justicia si así lo desea [...] a sistemas, mecanismos e instancias para la determinación de derechos y la resolución de conflictos” (IIDH, Guía informativa, XVIII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. IIDH, San José, Costa Rica, 2000, pág. 17).

Esta constituye una primera aproximación al derecho de acceso a la justicia, que, “en tanto derecho humano fundamental, representa para las personas la puerta de entrada a los distintos cauces institucionales provistos por los Estados para la resolución de sus controversias. Ello implica que, además de abstenerse de incurrir en violaciones, los Estados tienen la obligación positiva de remover los obstáculos que impiden o limitan el acceso a la justicia”⁸.

En su acepción general, el acceso a la justicia supone la disponibilidad efectiva de cauces institucionales destinados a la protección de derechos y a la resolución de conflictos de variada índole, de manera oportuna y con base en el ordenamiento jurídico, añadiéndose, además, que el acceso a la justicia es una expresión de la ciudadanía o civilidad de todo individuo, entendida como la disposición de facultades

⁸ DESPOUY, Leandro. “Acceso a la justicia: Impacto de la pobreza sobre los derechos humanos”, en Defensa Pública: Garantía de Acceso a la Justicia, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, FÍA., Año 2008.

y de canales institucionales que permitan el más amplio goce de la libertad humana, hasta el punto de llegar a traducirse en una forma de participación en asuntos públicos, a través de acciones populares, colectivas o de clase, incoadas en defensa de intereses generales, difusos o colectivos.⁹

En un primer momento, el acceso a la justicia se orientó en la accesibilidad a los tribunales de justicia y en la superación de obstáculos económicos, geográficos, burocráticos, con un enfoque objetivo centrado en la reforma institucional. Así, en los estados avanzaron en la simplificación de procesos judiciales, mejorando la infraestructura y sistemas de gestión de los tribunales (informatización, oficinas de gestión judicial), desarrollando mecanismos prejudiciales o administrativos que redujeran la litigiosidad (mediación, tribunales arbitrales administrativos, etc.), implementando procesos judiciales adecuados para nuevas conflictividades (acciones colectivas, habeas data, etc.), reduciendo costos para ciertos procesos (justicia de consumidor, etc.), y optimizando su desarrollo y operación (oralidad, sistema adversarial, etc.).

En los últimos años, este derecho se amplió, se advierte que dicho campo se ha comenzado a configurar como una perspectiva para analizar y evaluar varias dimensiones de la vida social. El acceso a la justicia se re-dimensiona como acceso a derechos y no simplemente como la posibilidad material de acudir al sistema de justicia formal (Poder Judicial) para que un/a juez/a repare la vulneración de un derecho. Desde esta perspectiva se traduce no solo en campo de análisis sino también en una práctica y en una forma de trabajo que pone a las personas en el centro, superando visiones tradicionales y acotadas del mismo.

IV. Acceso a la justicia e inclusión.

Problemática de uno de los sectores más vulnerables

La realidad muestra que existen ciertas berreras comunes a los grupos sociales y económicamente desventajados, los resultados sin dudas determinan una no efectivización del acceso a la justicia como proclaman los gobernantes y la legislación.

Esto es consecuencia, en primer lugar, de la falta de información de los ciudadanos y ciudadanas respecto a los derechos de los que son titulares y los procesos e instituciones disponibles para su ejercicio. En segundo lugar, los costos propios del proceso como se ha mencionado con anterioridad, constituyen un obstáculo difícil de sortear para quienes viven en condiciones de pobreza e indigencia. En tercer

9 CASAL, Jesús María. *“Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia”* en obra titulada de igual modo, publicada por el Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Caracas, Venezuela, 2005, págs. 11/13.

lugar, hay circunstancias que colaboran a generar situaciones de temor y desconfianza en el sistema judicial, como consecuencia de una extendida desconfianza en las autoridades públicas, por lo tanto, las personas en situación de pobreza tienen sobrados motivos para no creer en el sistema, un sistema que les resulta expulsivo.¹⁰

Ante el abanico de quienes resultan perjudicados o potencialmente vulnerados en sus derechos podemos comprender que el espectro es más amplio de lo que se quisiera. Hay que entender que los obstáculos generales para el acceso a la justicia no impactan del mismo modo en toda la población, sus variantes van desde las personas migrantes, las mujeres, las poblaciones indígenas, rurales, y todo sector cuyas condiciones sociales y económicas los coloque en situación de desventaja, verán exacerbadas sus dificultades para hacer valer sus derechos y activar los mecanismos de protección existentes. Las mujeres se encuentran generalmente a cargo del cuidado de sus hijos menores de edad y los servicios jurídicos no cuentan con lugares o servicios adecuados para la espera y atención de los niños.¹¹

La idea de garantizar el acceso a la justicia de los niños implica su derecho a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que lo requieran y poder dar su propia opinión más allá de la de cualquier adulto. Por otra parte, una vez oído y conforme al principio de la capacidad progresiva, expresada su opinión, la misma tiene que ser tenida en cuenta en cualquier decisión que se tome conforme a su edad y grado de madurez. Todo ello debe ser interpretado y valorado a la luz del principio rector del interés superior del niño.¹²

Coincidimos con Delgado cuando afirma que: “...si se mejora su acceso a la justicia, se incrementan las posibilidades de las personas desfavorecidas de superar la pobreza y la exclusión; de esta manera, el propio sistema de justicia podrá convertirse en motor de la cohesión social. En caso contrario, el citado sistema judicial podría llegar a actuar como mecanismo perpetuador de las desigualdades...”¹³

Es por ello, que es fundamental comprender que cada contexto se encuentra marcado por distintas desigualdades tanto en lo económico, cultural y social. El Estado

10 BIRGIN, Haydée y GHERARDI, Natalia “*La garantía de acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales*” Colec. “Género, Derecho y Justicia” año 2016, No. 6, pág 11.

11 Ibidem.

12 BRUNETTI, Andrea Mariel, “*El interés superior del niño como garantía del debido proceso*”, Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, año 2014, pág. 514.

13 DELGADO, Martín Joaquín, “*Documento de Sustentación*”, en Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad [Http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e3ee95d9c1c3f&groupId=10124](http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=10cef78a-d983-4202-816e3ee95d9c1c3f&groupId=10124). Pp. 24-25. 5.

y todos los operadores jurídicos deberán garantizar el acceso a todos los sectores que hoy en día se encuentran vulnerados y desprotegidos para poder velar por un efectivo acceso a la justicia en todas vertientes.

Sin lugar a dudas, el acceso a la justicia resulta un derecho que no es ajeno a una verdadera injusticia cuando el mismo no se percibe con igualdad ante toda la sociedad. La lucha necesaria es la que llevan hoy en día las instituciones a través de distintos mecanismos que conscientes de la disparidad de casos y de desigualdades manifestadas, se avocan en la creencia de que el cambio es posible.

V. El acceso a la justicia de los adolescentes en conflicto con la ley penal en Argentina. Desafíos y perspectivas

En Argentina, la problemática de los adolescentes en conflicto con la ley penal representa un desafío constante para el sistema de justicia y las políticas públicas de prevención y reinserción social. Un aspecto central en el abordaje de esta cuestión es el derecho de los adolescentes al acceso a la justicia en condiciones de igualdad y con garantías efectivas.

En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), incorporada a la Constitución Nacional en 1994, establece que todos los niños y adolescentes tienen derecho a un sistema de justicia especializado que garantice la protección de sus derechos y el debido proceso. En este sentido, el acceso a la justicia implica no solo la posibilidad de ser oído y de contar con asistencia jurídica adecuada, sino también la existencia de mecanismos que aseguren un trato diferenciado respecto del sistema penal de adultos, conforme a los principios de proporcionalidad, especialización y reinserción (artículos 12, 37, 39 y 40 de la CDN).

Por su parte, Las Reglas de Beijing (1985) – Reglas Mínimas de la ONU para la Administración de la Justicia Juvenil, destacan la necesidad de que los menores tengan defensa legal adecuada desde el inicio del proceso, recomiendan que los Estados proporcionen defensores públicos especializados en justicia juvenil, promueven la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad y el desarrollo de un sistema especializado de justicia juvenil.

En el mismo sentido, las Reglas de La Habana (1990) – Reglas de la ONU para la Protección de los Menores Privados de Libertad, garantizan el derecho a asistencia jurídica gratuita cuando sea necesario y defienden el derecho del menor a contacto con su defensor legal en condiciones de privacidad.

En el ámbito nacional, desde hace años se han presentado distintos proyectos de reforma para reemplazar la Ley 22.278 por un nuevo Régimen de Responsabilidad Penal Juvenil que se adecue a los estándares internacionales. Se discute la posibilidad de reducir la edad de imputabilidad a 14 o 15 años, lo que genera un intenso debate entre quienes buscan endurecer el sistema y quienes sostienen la necesidad de fortalecer las políticas de prevención y reinserción.

Consideramos que el derecho de defensa es un pilar fundamental del acceso a la justicia de los menores en conflicto con la ley penal. La CDN y otras normas internacionales establecen garantías claras, pero en la práctica aún existen desafíos en Argentina para asegurar una defensa efectiva y especializada de esos derechos fundamentales.

VI. Conclusiones

Las grietas subjetivas y objetivas de acceso a la justicia que afectan la capacidad y recursos de las personas son estructurales, profundas y generales, y afectan con mucha mayor intensidad a las comunidades y personas en situación general de vulnerabilidad.

En estos casos, las respuestas institucionales por parte de los entes administrativos y judiciales, suelen ser lentas, burocráticamente complicadas, fragmentadas y complejas y como consecuencia de esto, la vulnerabilidad de quienes intentan acceder a la justicia para resolver sus problemas se acrecienta de manera considerable. Repensar la tarea de los operadores jurídicos es un trabajo arduo pero nos lleva a intentar buscar soluciones para que los niños, niñas y adolescentes logren acceder a la justicia que tanto se reclama.

Se requieren dispositivos cercanos, de acción temprana y preventiva, simples, integrales, económicos, directos y efectivos, orientados siempre a fortalecer las capacidades y recursos de las personas.

Creemos que en estos casos debe adoptarse un enfoque centrado en las personas, que supere la visión centrada en las instituciones y su desempeño, lo cual importa la adopción de un abordaje integral de las diversas problemáticas jurídicas, considerando cuál es el impacto en la vida de las personas y superando así, aquellas posiciones concentradas y fragmentadas que recortan los casos, sin comprender la integralidad de los conflictos y sus relaciones.

Análisis de las normas que regulan los procesos en los que se dirimen pretensiones de familia en el Anteproyecto del Código de Procesos Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe

BETIANA L. FERRARI¹

Es evidente que, ante el paso del tiempo y el cambio de paradigmas, las reformas procesales se hacen necesarias. El avance de la tecnología y la irrupción del *corpus iuris* internacional requieren el acompasamiento de los trámites procesales. En particular, en los procesos en los que se dirimen cuestiones del derecho de familia es necesaria una adaptación que permita que los trámites procesales respeten los principios propios de la materia.

Para que un proceso sea debido proceso en su lugar de aplicación deben observarse, además de los principios procesales, los constitucionales o legales que se adicionen, generando un debido proceso en concreto. El proceso de familia debe llevarse adelante desde una perspectiva protectoria de vulnerabilidades, de derechos humanos, de infancias, de género, de ancianidad.

La particularidad de los intereses en juego y la vulnerabilidad de los involucrados, genera que un proceso de familia para ser debido deba respetar principios propios que permitan igualar jurídicamente a las partes, tutelando específicamente a la parte más vulnerable, pero ello de ningún modo implica que sean los jueces o juezas los que deban suplir a las partes en sus actividades. La tutela judicial efectiva, interpretada desde la Constitución y los Tratados Internacionales, requiere un juez imparcial, imparcial e independiente que, desde una mirada especializada, dirija a

¹ Abogada (UNR), Profesora de Derecho (UNR), Magíster en Derecho Procesal (UNR), Diplomada en Derecho Procesal de Familia (UAI), Diplomada Iberoamericana de Defensa técnica de la niñez y adolescencia (OJA), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia), Docente de grado de Derecho Procesal (UNR), Docente de Derecho Procesal en la Especialización de Familia (UNR) y en la Maestría de Derecho Procesal (UNR), Secretaria del Instituto de Derecho Procesal Civil del Colabro, miembro titular del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, miembro titular de AJUFRA.

las partes a través de las distintas instancias procesales, garantizando activamente la igualdad protegiendo vulnerabilidades mediante el requerimiento de la participación de organismos especializados en cada caso concreto. El activismo judicial debe estar orientado hacia asegurar la participación de la parte y el respeto de sus derechos, no a suplir esa actividad.

Desde esta óptica se analizan las disposiciones del Anteproyecto con relación a los procesos en los que se debatan pretensiones de familia.

Palabras clave: reforma procesal civil y comercial, proceso de familia, principios propios

I. Introducción

Es evidente que, ante el paso del tiempo y el cambio de paradigmas, las reformas procesales se hacen necesarias. El avance de la tecnología y la irrupción del *corpus iuris* internacional requieren el acompañamiento de los trámites procesales. En particular, en los procesos en los que se dirimen cuestiones del derecho de familia es necesaria una adaptación que permita que los trámites procesales respeten los principios propios de la materia.

Para que un proceso sea debido proceso en su lugar de aplicación deben observarse, además de los principios procesales, los constitucionales o legales que se adicionen, generando un debido proceso en concreto. El proceso de familia debe llevarse adelante desde una perspectiva protectoria de vulnerabilidades, de derechos humanos, de infancias, de género, de ancianidad. En este sentido podemos mencionar como principios o garantías necesarias para un debido proceso de familia: el principio *pro homine* o *pro persona*, el interés superior de los NNA, la tutela judicial efectiva que comprende el acceso a la justicia en un plazo razonable, una judicatura especializada respetuosa de garantías y con perspectiva de vulnerabilidad, el respeto del principio de autonomía y capacidad progresiva (que posibilite la efectiva participación de personas con restricciones de la capacidad), el derecho a ser oído, el derecho al recurso eficaz, la necesidad de abogados especializados que actúen con buena fe y lealtad procesal. Algunas de ellas son desprendimientos de los principios del proceso base, otras construcciones necesarias para hacer debido un proceso donde se debaten situaciones especiales. Si tomamos los principios del proceso base: igualdad de partes e imparcialidad del juzgador, considerando que el juzgador es el que deberá sostener la igualdad de las partes durante el tránsito de la serie procesal, en los procesos en que se debatan cuestiones de familia -en orden a

poder sostener esa igualdad de partes desde la imparcialidad del juzgador-, serán necesarios adicionar y respetar otros principios propios, que se vinculan con la naturaleza del derecho en juego y las condiciones de vulnerabilidad de las partes. Por ello, para lograr la igualdad de partes en el proceso de familia, se debe contar con normas que posibiliten el acceso al proceso y garanticen la participación efectiva de los involucrados teniendo en cuenta su vulnerabilidad (sea por género, por edad, por condición, etc.), asegurando el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, a que sus intereses estén adecuadamente representados y a contar con un asesor letrado, de acuerdo a su edad y grado de madurez, durante todo el desarrollo de la serie procesal y estableciendo recursos amplios y eficaces.

A la vez, para posibilitar esa igualdad no alcanza con la norma procesal especial, sino que se requiere una judicatura especializada, que pueda garantizar ese acceso sin perder la imparcialidad, esto implica contar con el auxilio de organismos interdisciplinarios especializados, desde el inicio de la serie procesal. Estos organismos permitirán equilibrar facultades de las partes vulnerables. Resulta también necesaria la especialización de los letrados que operen en el proceso de familia, porque la especificidad de sus principios y la vulnerabilidad de la mayoría de los involucrados, requieren un efectivo compromiso con la defensa de los derechos de las partes y del debido proceso. No pesa sólo sobre la judicatura la manda constitucional y convencional de acceso al proceso, es también una obligación asumida por los abogados y abogadas del derecho de familia. Para ello, deben capacitarse adecuada y constantemente, y deben ejercer la profesión con lealtad y buena fe, porque son responsables de la protección de los derechos de las partes vulnerables, del mismo modo que lo son los jueces y juezas.

Teniendo todo esto en cuenta, cuando hablamos de rol activo de los jueces en el proceso de familia, desde el respeto irrestricto de la Constitución y los Tratados Internacionales, nos referimos a la necesidad de los juzgadores de cumplir con la manda de tutela judicial efectiva sin perder la imparcialidad. Esto es posible a través de una judicatura especializada, que dé participación en el proceso -desde el inicio- a organismos también especializados que permitan abordar las vulnerabilidades e igualar desiguales, para que transiten el proceso con paridad de facultades o de posibilidades. Es obligación del Estado garantizar la tutela de los vulnerables, pero esa obligación no debe ser cumplida directamente a través de la jurisdicción, que está llamada a garantizar la tutela judicial efectiva mediante un debido proceso.

La particularidad de los intereses en juego y la vulnerabilidad de los involucrados, genera que un proceso de familia para ser debido deba respetar principios propios que permitan igualar jurídicamente a las partes, tutelando específicamente a

la parte más vulnerable, pero ello de ningún modo implica que sean los jueces o juezas los que deban suplir a las partes en sus actividades. La tutela judicial efectiva, interpretada desde la Constitución y los Tratados Internacionales, requiere un juez imparcial, imparcial e independiente que, desde una mirada especializada, dirija a las partes a través de las distintas instancias procesales, garantizando activamente la igualdad protegiendo vulnerabilidades mediante el requerimiento de la participación de organismos especializados en cada caso concreto. El activismo judicial debe estar orientado hacia asegurar la participación de la parte y el respeto de sus derechos, no a suplir esa actividad.

Además, teniendo en cuenta la celeridad con la que deben tramitarse y resolverse las cuestiones en las que la demora haga peligrar el derecho en juego, que son numerosas en el derecho de familia, resulta necesario establecer normas claras e igualitarias de debate, que pueden incluir acortamiento de plazos procesales considerando la urgencia, traslados breves o resoluciones cautelares inaudita parte. En este último caso, al igual que en cualquier petición cautelar, debe acreditarse la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora. Acreditado esto, el juez o la jueza podrán hacer lugar a la cautelar, fundando adecuadamente la resolución, para que la parte contraria tenga la posibilidad de recurrirla.

Desde esta óptica al analizar las disposiciones del Anteproyecto con relación a los procesos en los que se debatan pretensiones de familia, se advierten algunas falencias.

II. Deberes de los jueces

El artículo 348 faculta al juez a disponer “el marco procesal que considere más apropiado en función de los principios y directrices de este Código y, especialmente, de los deberes y facultades enunciados en el artículo 439.” Seguidamente refiere que “El juez, considerando la complejidad del caso, podrá modificar o adaptar el tipo de proceso mediante resolución fundada, notificando a las partes para que adecúen sus peticiones en un plazo de cinco (5) días. Todas estas resoluciones son irrecurribles.”

Esta norma resulta perjudicial tanto para las partes como para el juzgador. La posibilidad de que existan tantos trámites procesales como jueces y juezas de familia, afecta directamente la igualdad y la seguridad jurídica. Del mismo modo, genera en el juzgador la obligación de analizar al inicio de la pretensión y con poca información disponible, qué trámite procesal resultará más adecuado. Sería deseable que la facultad se otorgara a las partes, para que, en virtud del sistema acusatorio, puedan acordar plazos procesales más breves de considerarlo necesario. Asimismo, el le-

gislador es quien debe disponer plazos breves en situaciones especiales y en virtud de las pretensiones en juego, siempre respetando la contradicción y el derecho de defensa. Facultar a los jueces y juezas en este sentido resulta perjudicial para la propia judicatura y para el justiciable, cuya suerte dependerá del juez o jueza de trámite y deberá adaptar su actividad a cada caso concreto. Del mismo modo afectará a los letrados, que tendrán tantos trámites como expedientes.

Seguidamente, el artículo 349 regula los deberes y facultades del juez de familia. En el inciso d, la norma obliga al juez o jueza de familia a “Escuchar directamente a las personas menores de edad, con capacidad restringida o incapaces, valorando su opinión según su grado de madurez y comprensión”. Esta obligación de escucha directa, además de no surgir de la Convención de los Derechos del Niño, de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ni de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, presenta al menos dos grandes dificultades. La primera radica en las reales posibilidades del juez o jueza de fijar audiencias para escuchar a las personas menores de edad o con capacidad restringida en los numerosos procesos que tramitan. De la regulación de cada trámite se advierte la escucha como requisito necesario para poder dictar una resolución, ello implica que el juez o la jueza deberá fijar audiencia para escuchar a cada uno de las miles de personas menores de edad o con capacidad restringida, además de las audiencias propias del proceso. Es imposible físicamente que un juez o una jueza con más de tres mil expedientes en trámite pueda cumplir con esa exigencia dentro de los acotados plazos previstos para cada trámite.

Amén de ello, la escucha constituye un derecho que debe ser garantizado y, para ello, debe ser realizada por personal especializado, incluso de modo ideal debe ser realizada por un equipo interdisciplinario. El derecho a ser oído no implica únicamente la citación a audiencia y que efectivamente se perciba por los sentidos lo que las personas menores de edad o con capacidad restringida tienen para decir. Esa escucha debe ser activa, debe darse en un ambiente propicio, que claramente no lo constituye el despacho del juez o de la jueza y, preferentemente, debe ser realizada por una persona con formación interdisciplinaria a estos fines. Amén de ello, la escucha por parte del juzgador de la versión de una de las partes, sin posibilidad de contradicción o control de la otra, vulnera directamente su imparcialidad y afecta el derecho de defensa. Por tanto, colocar en el juzgador el deber de escucha directa, lejos de garantizar el derecho a ser oído lo trasgrede, no sólo porque afecta la imparcialidad del juzgador, sino porque quien debe escuchar no siempre reúne las cualidades necesarias para hacerlo, no cuenta con un espacio adecuado a estos fines, ni posee tiempo material suficiente para hacerlo. Este deber debe ser eliminado de

la norma y debe ser trasladado a un organismo con aptitud suficiente para realizarlo de conformidad con los estándares internacionales que garantizan su protección, siempre teniendo en cuenta que ser oído es un derecho y no una obligación.

Seguidamente, el inciso e) establece como deber el ejercicio de facultades probatorias por parte de los juzgadores, admitiendo o disponiendo de oficio los medios que se estimen necesarios. Una vez más, la tutela de vulnerabilidades se pretende en desmedro del debido proceso. La posibilidad del juzgador de disponer medios de prueba o de ejercer facultades probatorias afecta su imparcialidad. La imparcialidad del juzgador es un requisito necesario para un debido proceso y ello ha sido sostenido reiteradamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una norma que establezca, como deber del juez, producir u ordenar medios probatorios es inconstitucional e inconvencional. Esta afectación de la imparcialidad e igualdad de partes no puede ser tolerada so pretexto de tutelar a los vulnerables. Es deber del Estado proteger esas vulnerabilidades, pero no a través de la jurisdicción. Parece más adecuado que, en caso de dudas sobre el desempeño de los abogados, el juez dé intervención a los organismos encargados de controlar el ejercicio profesional, como, por ejemplo, los tribunales de ética de los colegios de abogados o los órganos de control de los defensores oficiales y se disponga su remoción. Estas medidas permitirían que un tercero analice la situación para salvaguardar los derechos de los vulnerables, sin comprometer la imparcialidad del juzgador y dándole al profesional la posibilidad de defenderse en el procedimiento que se inicie.

En el mismo sentido, el deber del inciso g) que permite “Modificar los plazos y estructuras procesales en procura de resguardar los derechos y garantías de las personas vulnerables y menores de edad.”, nuevamente coloca en cabeza del juzgador la necesidad de tutelar los derechos y garantías de las personas vulnerables con facultades que no le son propias. El juez o la jueza de familia deben garantizar el ejercicio de los derechos de las partes a obtener una tutela judicial efectiva durante el proceso y, al momento de sentenciar, el reconocimiento de los derechos en que fundan sus pretensiones, por caso derecho a percibir una prestación alimentaria, a realizar un viaje, a cambiar su centro de vida. Pero, garantizar que los vulnerables puedan ejercer sus derechos dentro del proceso no puede implicar modificar la estructura y los plazos procesales en su favor, porque ello afectará necesariamente a la otra parte, atentando contra la igualdad. ¿Qué sucederá cuando las dos partes sean vulnerables? situación que se da innumerables veces en los procesos de familia. ¿Qué vulnerabilidad debe primar? El foco debe estar puesto en el robustecimiento de la parte vulnerable, para lograr una equidad con la contraria, ello debe realizarse dando intervención a organismos que contribuyan a tutelar esas vulnerabilidades y puedan acompañar a esa parte en el ejercicio de sus facultades. Serán entonces los defensores, los tutores, el

propio ministerio público, los encargados de asegurar el ejercicio de los derechos de los vulnerables a los que representan los que deban suplir las carencias. En caso de que no lo hagan, el juez o la jueza deberá dar intervención a los organismos de control para que, advertida la falencia, procedan a su reemplazo. De este modo, se garantiza la protección del vulnerable a la vez que la imparcialidad del juzgador. Este deber debe colocarse en cabeza de los representantes de las partes.

Los superpoderes otorgados a los jueces en los procesos de familia no implican una mayor garantía de los derechos de las partes. Por el contrario, la sobrecarga de facultades o deberes para los que no poseen tiempo material ni capacitación adecuada, vulneran el derecho que se intenta proteger junto con la imparcialidad necesaria para garantizar la legitimidad de la sentencia que emitan. Otorgar facultades a los jueces para modificar plazos procesales, producir prueba o escuchar directamente a una parte, no garantiza un mejor servicio de justicia. Por el contrario, la sobrecarga al juzgador generará indefectiblemente un colapso. Deben otorgarse mayores deberes y obligaciones a los demás intervinientes del proceso, también representantes del Estado, en orden a garantizar la tutela de las vulnerabilidades; liberando al juez de obligaciones que no le competen para que pueda cumplir con su función de procesar y luego resolver, en virtud de lo confirmado como resultado de audiencias en las que se respete el derecho de las partes a confirmar y a controlar la producción de los medios de confirmación de la contraria.

III. El equipo multidisciplinario

El trabajo interdisciplinario es fundamental en los procesos de familia. Por ello, el Equipo técnico multidisciplinario, compuesto por profesionales en áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, medicina y otras afines, dispuesto por el artículo 440, resulta esencial. Pero será necesario, en orden a que pueda cumplir con las numerosas funciones que se le atribuyen, en tiempo y forma dentro de los acotados plazos procesales dispuestos para los procesos de familia, que se conformen por profesionales idóneos y en número adecuado según la jurisdicción.

Por otra parte, la norma manda a la Corte Suprema de Justicia a determinar su reglamentación. Esta delegación de facultades legislativas resulta inconstitucional. Concomitantemente con el Código, debería reglamentarse el funcionamiento y la conformación del equipo multidisciplinario, mediante una ley dictada por el Congreso, que permita su efectiva conformación y puesta en funcionamiento de modo inmediato. Sostener esta legislación, además de implicar una delegación inadecua-

da de facultades al Poder Judicial, impedirá su efectivo funcionamiento por la falta de presupuesto estatal diferenciado para estos fines.

Los esfuerzos legislativos y presupuestarios deben enfocarse en construir equipos interdisciplinarios adecuados para cada materia (salud mental, violencia familiar, situaciones de posible abuso sexual) que otorguen herramientas a los vulnerables para poder hacer valer sus derechos. Un equipo multidisciplinario idóneo y con recursos suficientes es lo que permitirá garantizar la tutela judicial efectiva de los vulnerables, allí deben centrarse los esfuerzos reformistas.

IV. Unidad jurisdiccional en procesos de familia

Reiteradamente se faculta a la unidad jurisdiccional a realizar diferentes cuestiones que implican ejercer la jurisdicción, potestad atribuida constitucionalmente únicamente a los jueces. El artículo 3 del Anteproyecto dispone que cada juzgado y tribunal constituyen una unidad jurisdiccional y dice que cuando en este Código se alude a ciertas actuaciones procesales de la unidad jurisdiccional sin especificar a su responsable, se entenderá que están facultados a ordenarlas tanto el juez como los funcionarios, indistintamente. Esta delegación de facultades jurisdiccionales en otros funcionarios públicos resulta impropia e inconstitucional. Conforme nuestra norma suprema, quienes ejercen funciones jurisdiccionales son los jueces que han sido nombrados a tal fin, encomendar esta tarea a otros funcionarios afecta el principio de juez natural. Por ejemplo, el artículo 488 dispone que, en cualquier momento del proceso, a petición de parte o de oficio, la unidad jurisdiccional debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona interesada. Sólo los jueces y juezas cuentan con potestad para ordenar medidas, un código procesal no puede consentir el libramiento de órdenes por parte de funcionarios que no cuentan con la potestad para obligar a otro a hacer algo, no puede otorgarles a estos funcionarios la potestad coercitiva propia de un juez o una jueza. Esas mandas no cuentan con el aval de legitimidad necesario para constituir una orden judicial.

V. Capacidad

El artículo 493 dispone que la petición de traslado compulsivo para una evaluación multidisciplinaria por un efector de salud con el objeto de obtener una internación involuntaria debe ser presentada por escrito, sin necesidad de patrocinio letrado, por los familiares, vecinos o allegados de la persona cuya protección se pretende o por los servicios de salud. Si el pedido fuere acompañado por un certificado

suscripto por profesional médico especialista que indique la necesidad del traslado, el juez ordenará a los servicios respectivos y a la policía local la concurrencia al lugar donde la persona se encuentre y el traslado al centro de salud que corresponda. Desatendiendo completamente la necesidad de asesoramiento, la norma faculta a familiares, vecinos o allegados a requerir la petición de traslado compulsivo. Si lo que se pretende es celeridad y simplificación, se debería articular una oficina de recepción de denuncias a estos fines para que un defensor público sea quien realice las peticiones. Formular peticiones directamente sin asesoramiento o análisis previo, sólo generará cuantiosos expedientes mal formulados que conllevarán una mayor carga de reacomodamiento del trámite por parte del juzgado. Situación que no sólo afecta su imparcialidad, sino que atenta contra la pretendida celeridad. Nuevamente se sobrecarga al juez en desmedro del servicio de justicia.

Por otra parte, el artículo 464 refiere, con relación a la demanda de alimentos, que si el beneficiario cuenta con edad y grado de madurez suficiente podrá hacerlo con asistencia letrada y, subsidiariamente, por el Ministerio Público. En esos casos se designará inmediatamente un tutor especial para que ejerza la representación del beneficiario. La norma, al plantear la subsidiariedad del Ministerio Público como representante el beneficiario con edad y grado de madurez suficiente, confunde roles de los intervinientes en los procesos de familia. No diferencia las funciones del patrocinante letrado de la persona menor de edad, con la del Ministerio Público y el tutor especial.

Con relación a la capacidad progresiva, a lo largo del articulado establece aptitudes a partir de los diez años, a diferencia de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación. Por ejemplo, el artículo 459 dispone que el juez escuchará personalmente a la persona menor de edad y, en caso de ser mayor de diez años, recibirá su consentimiento para la adopción.

VI. Legajo único familiar digital

El artículo 443 instauro el Legajo único familiar digital. Refiere la norma que, al iniciar un proceso, la unidad jurisdiccional ordenará la creación de un legajo único familiar digital que incluirá todos los antecedentes documentales o de cualquier otra naturaleza relacionados con el grupo familiar involucrado. Si ya existe un legajo único vinculado a las personas intervinientes, se acumularán los nuevos documentos al mismo. Los documentos allí incorporados tendrán valor probatorio en los procesos conexos, derivados del mismo conflicto o que involucren a las personas registradas en causas tramitadas ante las unidades jurisdiccionales con competencia

material en asuntos de familia. La Corte Suprema de Justicia reglamentará su almacenamiento digital. Los jueces y mediadores de familia podrán solicitar, de oficio o a pedido de parte, la remisión del archivo digital del legajo único familiar.

Dado que habitualmente las pretensiones tramitan de manera conexa y es posible ofrecer como prueba instrumental esas actuaciones, no implica un cambio significativo en ese sentido. Incluso quizás, para comprender la conflictiva familiar, en algunos casos resulte conveniente unificar los elementos de convicción. Pareciera surgir de la norma que todos los elementos de prueba integrarán ese legajo, sería prudente que se especifique que deben ser efectivamente elementos de confirmación, que ya hayan pasado por el tamiz de la producción probatoria con control de la contraria, de modo que no se acumulen elementos que no tienen efectivamente eficacia probatoria y que no deberían ser considerados a la hora de sentenciar. Asimismo, la remisión del legajo de oficio resulta inconsecuente con el rol del juez, las partes deberán ofrecer ese legajo como prueba o la misma norma deberá disponer que constituirá prueba, cuando los medios de confirmación efectivamente hayan sido producidos de modo regular. Facultar al juez a solicitarlo afecta su imparcialidad de modo innecesario, pudiendo solucionarlo con una disposición legal.

VII. Redacción confusa

Se advierten además en la redacción de los artículos fragmentos poco claros o confusos, que darán lugar a numerosos incidentes en orden a su interpretación e instrumentación. La falta de técnica legislativa es evidente, lo que atentará contra la pretendida celeridad y eficacia. Los procesos se verán detenidos en numerosas oportunidades para determinar el modo en el que deben aplicarse o interpretarse los artículos. Ello podría solucionarse revisando las normas con la finalidad de sistematizar las disposiciones. La intencionalidad de generar un lenguaje accesible ha producido el efecto contrario al deseado, advirtiéndose numerosas disposiciones contradictorias o lagunas.

Por ejemplo, el artículo 450, dispone que cuando la persona cuya filiación ha sido materia del proceso es menor de edad, incapaz o con capacidad restringida, el juez puede resolver, a instancia de parte, lo relativo a su derecho alimentario, régimen de comunicación, conservación o modificación del nombre y otros aspectos impactados por el nuevo emplazamiento filiatorio. Pero nada indica con relación al trámite de estas cuestiones, ¿resuelve todo en la misma sentencia? ¿serán incidentias? ¿En el mismo expediente? ¿Por separado?

Por otra parte, el artículo 448, referido a los alimentos provisorios en la filiación dispone que “Si los alimentos se solicitan antes del juicio de filiación, se fijará un

plazo para promover la acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota alimentaria por incumplimiento de esta carga”. El plazo debería fijarlo la ley, de otro modo se faculta a que existan tantos plazos como jueces y juezas de familia.

Respecto de la cuota alimentaria, el artículo 469 refiere que los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente siempre que la demanda se interponga dentro de los siguientes seis meses. Luego, dispone que las cuotas devengadas durante el proceso y que se encuentren impagas, podrán ser consideradas para establecer cuotas suplementarias. El juez fijará su importe teniendo en cuenta la cuantía de la deuda, la capacidad económica del alimentante y las necesidades del beneficiario. Si las cuotas se deben desde la interpelación, la sentencia que resuelve la cuota debería ordenar que la cuota alimentaria resuelta se debe desde esa fecha, pero de la redacción pareciera que el juez o la jueza puede establecer un monto diferente para esas cuotas, por tanto, cada sentencia deberá aclarar esta circunstancia.

VIII. Conclusiones

De todo lo expuesto se advierte que, sin perjuicio de la necesidad de reformar el Código Procesal, en orden a actualizar sus disposiciones en virtud de los avances tecnológicos y adaptar el trámite a los principios propios del proceso de familia; para lograr efectivamente esa finalidad no deben desatenderse cuestiones básicas relacionadas con las funciones que le corresponden a los jueces y juezas, con las obligaciones y deberes de cada uno de los intervinientes y con la estructura interdisciplinaria necesaria. Las normas procesales deben ser claras, para evitar confusiones y dilaciones. Además, es fundamental normar sin errores con relación a las facultades de cada interviniente, distinguiendo adecuadamente los roles de patrocinantes, ministerio público y tutor especial. La celeridad y eficacia pretendida sólo se alcanzará con reglas procesales claras y con la posibilidad del juez de hacer cumplir esas reglas o de remover a quienes no cumplan con su deber de defender adecuadamente los derechos de los vulnerables. La sobrecarga de funciones impropias en el juzgador atenta contra su disponibilidad para cumplir las funciones que la Constitución le atribuye. Es función del Estado asegurar la protección de derechos de los vulnerables, por ello, al normar, debe considerarse cuál es el mejor modo de hacerlo en orden a la realidad imperante, considerando el número de jueces por habitantes, las causas en trámite, la posibilidad real de fijar audiencias, los equipos multidisciplinarios con los que se cuenta y los que resultan necesarios, todo ello para adecuar realmente el proceso de familia al paradigma protectorio que convencionalmente se impone.

El juez, las sanciones, el respeto al debido proceso y la inviolabilidad de la defensa

MARCELA L. FLORIO¹

En el presente artículo proponemos un breve análisis crítico del anteproyecto del Código de Procesos Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe presentado por el Poder Ejecutivo. En esta oportunidad centraremos la mirada en relación con el poder sancionador otorgado a los jueces y su consecuente impacto en las garantías fundamentales de los sujetos procesales.

Palabras clave: Derecho de Defensa, Debido Proceso, Sanciones

I. Introducción

En un Estado de Derecho, cada vez que resulta necesario atribuir a un sujeto determinado una conducta calificada como antijurídica, y, por ende, merecedora de sanción, aparece correlativa y necesariamente el deber de garantizar el adecuado derecho de defensa del perseguido. Es en esas situaciones donde se vuelve necesaria la plena vigencia del debido proceso -entendido éste como garantía del individuo- en la sustanciación de la cuestión, a los fines de la aplicación o no de la sanción proyectada por el legislador.

II. El Anteproyecto, el poder sancionador y el debido proceso

El anteproyecto bajo estudio, en su sección de principios incluidos en el Título Preliminar al que se denomina “Principios y directrices” pone de resalto como punto de partida, la necesidad de atender a la “justicia efectiva” en cuya calificación

¹ Abogada, UNR, Profesora en derecho, UNR, Ayudante de primera por Concurso en la asignatura Derecho Procesal II (Plan 2012) y Derecho Procesal III (Plan 2016) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

incluye el respeto al debido proceso. En virtud de esa calificación deviene obligatorio interpretar que el autor de la norma proyectada entiende que el debido proceso debe respetarse como un principio fundamental y necesario previo a toda decisión jurisdiccional.

Asimismo, en el listado del mencionado título preliminar incorpora como principios a la probidad y buenas prácticas afirmando, en consecuencia, que “la intervención en el proceso debe ser veraz, leal y de buena fe. Se deben prevenir y sancionar las faltas de probidad, las conductas dilatorias y las peticiones contrarias a estos principios y directrices”.

Dado que todos los principios y directrices enunciados en el título preliminar tienen posterior concreción en el articulado del proyectado código, resulta necesario e ineludible analizar el modo de concreción de las directrices y los puntos de partida que han iluminado al autor de la norma procesal, la que vale la pena recordar es siempre diseñada para regir nuestro futuro ejercicio profesional.

Así, a poco de recorrer la normativa propuesta observamos multiplicidad de capacitaciones de repartos que, proyectados a futuro, aparecen como merecedores de una sanción. Veamos:

-el art 17 establece entre las facultades y deberes de los jueces: “*inc. p. Imponer apercibimientos y sanciones a los sujetos procesales que incumplan normas específicas o cuando, por acción u omisión, vulneren los principios y directrices de este Código*”;

-“*Artículo 19. Orden de comparecencia. El juez puede, en cuanto lo estime conveniente y en cualquier momento, solicitar la presencia personal de las partes ... El juez puede imponer multa de hasta cinco (5) jus por inasistencia injustificada y determinará su destino que puede incluir a la contraparte si ésta ha asistido. La inasistencia injustificada, además, será indicio contrario al ausente*”.

-“*Artículo 22. Sanciones. A los efectos de las sanciones del inc. p. del artículo 17 de este Código el juez puede imponer multa de hasta quince (15) jus. Estas sanciones beneficiarán al litigante perjudicado por el incumplimiento*”.

-“*Artículo 32. Deber de cumplir con los principios y directrices. La conducta de las partes y de sus abogados debe ajustarse siempre a los principios y directrices de este Código. ... El incumplimiento faculta a la unidad jurisdiccional a sancionar en los términos del artículo 22 de este Código, en favor de la parte contraria. La infracción, además, podrá ser una presunción relevante en contra de la parte responsable y se podrá considerar al dictar sentencia o resolver la incidencia*”.

–“Artículo 101. Reglas generales para las audiencias: inc. f. El juez puede imponer, en caso de ausencia injustificada de los sujetos del proceso, las sanciones previstas en este Código para el incumplimiento de órdenes de comparecencia del artículo 19 o, según el caso, las sanciones del artículo 22”

–“Artículo 384. Abuso procesal. Multa. En caso de rechazo de la oposición, al demandado que hubiere litigado con temeridad, malicia o hubiere abusado del proceso con articulaciones manifiestamente improcedentes o dilatorias, se le impondrá una multa a favor del actor cuyo monto podrá ser fijado entre tres (3) y treinta (30) jus y al profesional interviniente, una multa equivalente al 50 % de la aplicada al demandado”.

Como podrá advertir el lector las sanciones aparecen proyectadas tanto para los sujetos procesales como para los abogados a cargo de la defensa; sin embargo, en el sistema propuesto no encontramos regulado el procedimiento específico destinado a determinar la existencia de la conducta antijurídica para finalmente decidir acerca de la aplicación de las penalidades previstas.

En los artículos que citamos como ejemplo aparecen las sanciones como facultad o potestad de los jueces, de lo que se deriva que, si de ellos parte la iniciativa persecutoria, son ellos quienes detentan el rol del acusador, quienes señalan la presunta falta merecedora de sanción. En el articulado que detallamos *ut supra* será el juez de la causa quien estará atento a las conductas u omisiones de las partes y, en razón de su valoración podrá aplicar sanciones, de suma gravedad a nuestro entender.

Así las cosas, el panorama es inquietante, pues el litigante señalado -por el juzgador- como autor o responsable de una conducta u omisión reproachable parece tener casi nula oportunidad de defenderse de la imputación formulada. Ello dado que la defensa real y efectiva frente a una acusación determinada sólo puede tener lugar cuando se respeta la división de funciones, y quien acusa no es el mismo sujeto que terminará decidiendo la cuestión. Si acordamos que un proceso según constitución es un proceso acusatorio, caracterizado por la igualdad entre las partes, la división de funciones y la consecuente presencia de un tercero imparcial convocado a resolver sólo aquellas cuestiones que las propias partes someten a su juicio, es al menos llamativa la regulación propuesta. No debemos olvidar que el conflicto pertenece a las partes, y son ellas quienes al fracasar en sus intentos de autocomposición recurren a quien reviste el carácter de imparcial, imparcial e independiente para encontrar una solución.

Es preciso tener cautela y evitar caer en procesos de corte inquisitivo en el que sólo se enlaza realmente a los sujetos en asimetría. Reiteramos que, de la lectura de la nor-

ma proyectada, parece surgir que el juez acusador de inconductas, omisiones y violaciones será el mismo sujeto que a la postre resolverá la aplicación de una sanción. Él señala la presunta falta y además juzga la aplicación de la sanción, véase la existencia de dos sujetos, uno de ellos bastante parecido al histórico juez de instrucción.

Si nuestra interpretación resulta correcta, intuimos que así es, al parecer el debido proceso no resultaría aplicable a todos los supuestos. Debemos recordar que los principios del proceso están previstos en la Constitución Nacional ya desde 1853, y desde entonces han sido una garantía.

La inviolabilidad de la defensa, garantía de la que deriva el derecho a ser oído, a ofrecer prueba, a controlar su producción, alegar y claramente a impugnar o recurrir las decisiones, sólo puede existir si nos encontramos frente a un tercero que conserva su condición de imparcial, imparcial e independiente.

Todo proceso, que se precie de tal, debe vincular necesariamente a tres sujetos, quien peticiona, quien resiste y, finalmente, quien decidirá la cuestión; es imperioso recordar que quien decidirá las cuestiones puestas a su consideración no puede abandonar su función tomando el lugar de parte, máxime cuando los litigantes nada han dicho al respecto.

La suma de funciones generalmente se basa en la creencia de que aquél que detenta el poder de decisión o de sanción no puede equivocarse, es infalible. Esta creencia no solamente no resiste un serio análisis, sino que es ciertamente muy peligrosa, puesto que suele avanzar sobre derechos fundamentales generando daños muchas veces irreparables.

III. Conclusión

Para concluir estas breves líneas queremos invitar al lector a formularse algunas preguntas que consideramos obligatorias y casi esenciales a estas alturas: ¿Qué valor quiere realizar el autor de la norma cuando propone este tipo de regulaciones? ¿A qué está renunciando para alcanzarlo? ¿Resulta posible dicha renuncia en un Estado de Derecho?

Gestión adecuada de conflictos en el deporte

BETINA GIULIODORI¹

El trabajo analiza los mecanismos de gestión adecuada de los conflictos en el ámbito deportivo. Expone las fuentes normativas que conforman la *lex sportiva*, incluyendo estatutos, reglamentos y jurisprudencia arbitral internacional. Se examinan las vías disponibles para la resolución de disputas, y se desarrolla especialmente el rol de la mediación, la conciliación y el arbitraje, destacándose la creación, evolución e independencia del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) como órgano jurisdiccional especializado.

Palabras clave: deporte, fuentes normativas, gestión adecuada de conflictos

I. El conflicto. Fuentes de producción normativa del derecho

El vocablo conflicto nos obliga como cuestión preliminar a presentar lo que constituyen las normas del derecho deportivo como rama autónoma dentro de las ciencias jurídicas. Esta identificación, nos ayudará a delimitar el ámbito de resolución de conflictos en el deporte, ya que existe una tendencia a confundir el conflicto jurídico-deportivo con el conflicto jurídico derivado de la práctica deportiva.

El conflicto es la relación entre dos o más personas interdependientes que perciben que sus objetivos son incompatibles. Los conflictos en general se generan por diferencias: de objetivos, de valores, generacionales, de percepción y/o poder, por resistencia al cambio y por deficiente comunicación. Preferimos definir además a la gestión de los conflictos como adecuada al caso en concreto, es decir que debe ser conveniente y oportuna, adaptándose a las necesidades de algo o de alguien y no alternativa, ya que en el segundo supuesto implicaría la alternancia de las resoluciones.

Cuando nos encontramos en el mundo deportivo frente a incompatibilidades de intereses es necesario y apropiado abordar las situaciones para prevenir o anticipar

¹ * Abogada, Mediadora; Especialización en Derecho Deportivo.

los hechos; hacer gestiones necesarias para contener la escalada del conflicto; y dar solución logrando un acuerdo o incluso la resolución definitiva del mismo.

De esta manera, los juristas Gerardo Acosta Pérez y Julio Scarone² definen al conflicto deportivo como el litigio derivado del juzgamiento, en primera instancia, de la aplicación e interpretación de normas que integran el ordenamiento jurídico deportivo de naturaleza privada.

Trataremos de echar luz y establecer una clara diferencia entre lo que son las normas deportivas y lo que son las normas jurídicas, de otras ramas del derecho aplicadas al deporte.

La problemática de la autonomía normativa debe ser tratada desde la perspectiva de las fuentes del derecho.

II. *Lex sportiva*

Las entidades dirigentes del deporte mundial son las que han codificado, los usos y costumbres de la práctica primigenia, así como su propia organización de poder en los cuerpos normativos que reciben el nombre de Estatutos y Reglamentos³.

Las diferentes federaciones deportivas internacionales que declaran los legisladores mundiales de sus respectivos deportes, dictando normas que se aplican a las comunidades deportivas de todos los países que tengan vínculos con ellas o que a ellas sean afiliadas, sin que eso signifique ofender o malherir la soberanía nacional, o independencia de los países.

El ordenamiento de normas deportivas no es el resultado de una compilación masiva, mecánica e instantánea de diferentes normas elaboradas por las instancias deportivas, sino de conjuntos codificados a partir de un principio básico de organización.

Ante la existencia de una codificación, hoy podemos entender que no solo las reglas de las federaciones internacionales, codificadas, forman parte de la *lex sportiva*, sino que también participan en su construcción las sentencias y decisiones de los tribunales de justicia deportiva y las instancias arbitrales deportivas internacionales, a semejanza de lo que ocurre con la enigmática *lex mercatoria*, nacida de la labor pretoriana del arbitraje internacional.

2 ACOSTA PEREZ, Gerardo Luis y SCARONE, Julio, “Conflictos y Deporte”, Curso de Actualización Derecho Deportivo UNL, págs. 2 a 16.

3 BUSTANICHE, Mateo J., “El sistema de resolución de conflictos del Deporte Internacional”, pág. 8.

Para el jurista Gerardo Acosta Pérez⁴, la *lex sportiva* es un conjunto de normas institucionales, emanadas de movimiento deportivo y olímpico, y de principios jurídicos, elaborados por el Tribunal Arbitral del Deporte, destinadas a regir al deporte, entendiendo como la actividad física de juego que mediante la competición, permite la comparación de capacidades individuales o colectivas, a través de la confrontación contra uno mismo, contra otro o contra un elemento determinado.

Como todo derecho institucionalizado y autónomo, la *lex sportiva* se compone de un conjunto completo de normas, destinado a regir las relaciones de la *societas sportiva*.

Cada institución deportiva es así una fuente primaria de derecho estatutario y disciplinario que, en conjunto, constituyen el derecho institucional deportivo.

Las normas estatutarias giran en torno al concepto del hecho deportivo, rodeándola como círculos concéntricos conforme avanza el grado de institucionalización de la *societas sportiva*. El primer círculo corresponde a las normas de juego que regulan la competición sobre el terreno. El segundo círculo es el de las normas de competición que regulan las consecuencias de cada juego sobre un conjunto de otros juegos similares. Y el último círculo concéntrico es para las normas de funcionamiento, que regulan la organización de la institución deportiva como parte del grupo que llamamos *societas sportiva*.

Un pluralismo jurídico que confronta ordenamientos jurídicos estatales y ordenamientos jurídicos privados engendra un pluralismo jurisdiccional positivo.

Dos partes que tengan un conflicto deportivo y que no hayan logrado entenderse amigablemente sobre el litigio, tienen tres posibilidades: someter el litigio a los tribunales orgánicos (federativos), llevar su litigio ante las jurisdicciones ordinarias, o hacer resolver su litigio por la vía del arbitraje.

III. Resolución de conflictos

Las formas de resolución de conflictos tienen su origen en la cultura propia de la sociedad en la cual se ubican – sus valores, convenciones sociales, símbolos, ritos, etcétera, al tiempo que la conforman, en una relación recíproca, por cuanto los procesos a través de los cuales se resuelven controversias son un factor clave en el mantenimiento y configuración de la cultura de una sociedad.

La fuerte y radical evolución del deporte como hecho social y cultural ha originado, en las últimas décadas, un derecho nuevo, el Derecho Deportivo, de amplísi-

4 ACOSTA PEREZ, Gerardo, ob. cit.

mas fronteras e inmenso futuro; con principios, normas y procedimientos dotados de especificidades, repleto de leyes deportivas, estatutos, reglamentos, códigos de justicia, contratos propios y típicos.

La resolución de conflictos se puede clasificar en adversarial y no adversarial.

En la primera incluimos el arbitraje y presentación de la disputa en juicio, en ambos casos el Arbitro o Juez dirige el proceso, y en la segunda la facilitación, negociación, conciliación y la mediación, las mismas partes son quienes acuerdan.

El “mundo” del Deporte Internacional, conformado por las federaciones deportivas internacionales y el Movimiento Olímpico, ha diseñado y construido un sistema normativo y de resolución de conflictos “alternativo” a los sistemas estatales de administración de justicia que por su propia naturaleza “asociativa”, procura y en gran medida logra, evitar la intervención de los sistemas judiciales estatales y/o supraestatales, lo que permite indagar acerca de su “legitimidad”, que por el contrario, en el caso “estatal” se da por supuesta.

Se presenta un conflicto entre el poder de juzgar como elemento de la soberanía estatal y las entidades asociativas a la idea de ver sometido los litigios que nacen en su seno a jurisdicciones ordinarias nacionales.

El conflicto deportivo se define como el litigio derivado del juzgamiento, en primera instancia, de la aplicación e interpretación de normas que integran el ordenamiento jurídico deportivo de naturaleza privada. Y en cuanto a su tipología, un conflicto deportivo que cumpla con las condiciones establecidas en la definición puede nacer únicamente de las reglas de competición, las reglas del funcionamiento y la disciplina aplicada a ambas categorías de normas. Por lo tanto, las reglas de juego, cuya aplicación comienza y termina en el terreno de juego, no pueden ser objeto de procesos contenciosos de índole jurisdiccional.

Gestionar un conflicto deportivo es juzgar una cuestión controvertida mediante la aplicación exclusiva de las normas derivadas del autónomo ordenamiento jurídico del deporte. La potestad de juzgar estos conflictos puede estar en manos de diferentes tipos de órganos o autoridades jurisdiccionales.

IV. Tribunales orgánicos

Se llama tribunales orgánicos, a las personas que tienen el poder de juzgar en el seno de una federación deportiva, y su apelativo deviene del hecho de que se trata un órgano de la entidad deportiva, y no de una persona jurídica independiente de ésta.

De forma similar a lo que ocurre con el Estado, la comunidad deportiva se organiza con los tres poderes clásicos. Un poder ejecutivo que recibe el nombre de comité director, comité ejecutivo, directorio, junta directiva. Una Asamblea General de los miembros que establece las normas jurídicas para la asociación, se convierte en el poder legislativo. Y por último, una o varias personas a las que se les otorga el poder de juzgar, constituyéndose en el poder judicial.

V. Los Tribunales estatales

El derecho a la defensa, que también se conoce como “tutela judicial efectiva” constituye uno de los elementos cardinales de los ordenamientos jurídicos modernos, el mismo garantiza que las personas sean juzgadas por órganos independientes e imparciales que formen parte del poder público. Mismo derecho que consagra la Constitución Nacional en el art. 16 establece: “De la defensa en juicio. La defensa en juicio de las personas y sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

Las federaciones deportivas tienen derecho a decidir sobre sus conflictos internos, y estas decisiones son susceptibles de apelación, el derecho a recurrir a una instancia superior, independiente e imparcial, constituye uno de los aspectos fundamentales del derecho a la defensa.

La doctrina se ha expresado mayoritariamente a favor de la inconstitucionalidad de las cláusulas de prohibición de recurso a la justicia ordinaria, contenidas en los estatutos de las federaciones deportivas. Cualquier norma que de forma directa o indirecta limite el derecho a la tutela judicial efectiva debe reputarse inconstitucional⁵.

La cláusula de prohibición de recurso ante los tribunales para solucionar los conflictos internos de las federaciones deportivas está considerada, en ciertos países, como contraria a los derechos humanos, en consecuencia inconstitucional y vulnera la constitución por cuanto impide el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El ordenamiento deportivo no se puede abstraer de las normas del Estado. En la actualidad las normas jurídicas que prohíben el recurso a la justicia ordinaria son cada día más escasos.

5 BERMEJO, José; “Constitución y Deporte,” pág. 281.

VI. La jurisdicción civil

Las federaciones deportivas son asociaciones civiles. El deporte federado parte del amplio fenómeno del asociacionismo civil, son los tribunales ordinarios de dicho fuero los llamados a entender en los casos de conflicto ⁶.

El juez civil de derecho común debe conocer sobre los litigios en materia deportiva. Las acciones de nulidad dirigidas contra las decisiones de las diferentes agrupaciones deportivas pueden ser ejercidas por dos vías distintas, la acción en defensa de los derechos constitucionales, llamada en nuestros países acción de amparo, y el juicio ordinario. Por lo general, la vía que más se utiliza para dilucidar las cuestiones litigiosas referidas al deporte es el juicio de amparo. Acción civil de garantía constitucional que sirve para proteger derechos fundamentales, en situaciones donde es urgente tener una decisión judicial, ante la negativa de clubes que se proclaman dueños de los jugadores, al ser propietarios de los derechos federativos. También el amparo sirve para obtener la suspensión provisional de sanciones deportivas, aplicadas en función de las reglas disciplinarias, cuando no se han respetado los principios de defensa en juicio cuando exista la posibilidad de aplicación de una medida punitiva.

La acción de amparo es expedita y rápida, y podrá deducirse siempre que no exista un medio judicial más idóneo. Por el contrario, en el caso de un juicio ordinario podría durar dos o tres años. En los casos en que la acción de amparo sea rechazada, quedará abierto el camino para el juicio ordinario civil. En el caso del recurso contra los actos jurídicos emanados de las federaciones, la acción no será otra que el juicio ordinario de nulidad de acto jurídico. La federación deportiva tendrá como consecuencia que deba emitir un nuevo acto adecuado a la normativa estatal, o incluso a la *lex sportiva*, en caso de que el juez estatal haya considerado a éste como legislación aplicable.

VII. La jurisdicción administrativa

La posibilidad de recurrir ante la jurisdicción administrativa contra un acto jurídico de una federación deportiva, en los países donde ello ocurre, es parte del fenómeno de publicación de la actividad deportiva federada y “reposa sobre una ficción: el titular de los poderes es, no la federación deportiva, sino el Estado, el cual los delega a las instituciones federales”, convirtiendo sus actos jurídicos en administrativos que forman parte de un servicio público prestado al ciudadano,

6 CAMPS, Abreu; “Las federaciones deportivas. Régimen jurídico”, pág. 28 y 48.

que es puesto en manos de federaciones deportivas, contribuyendo así a justificar la competencia de la jurisdicción administrativa estableciendo un vínculo orgánico entre los grupos privados federativos y el Estado⁷.

VIII. La justicia privada en el deporte

Respecto de la gestión de conflictos surgidos de la aplicación de la *lex sportiva* nos obligan a buscar una solución adecuada que cumplan una función de pacificación de las partes en una disputa de intereses.

Estos métodos adecuados de resolución de disputas en la justicia privada, son aquellos casos en los que no exista un interés público en la cuestión litigiosa, y se conocen como la facilitación, mediación, conciliación y el arbitraje. Son conciliadores y no adversariales.

Los tres primeros son métodos de autocomposición, y el último es de heterocomposición. En la facilitación, mediación y la conciliación las partes son las que llegan a un acuerdo para poner fin al conflicto y en el arbitraje es la decisión de un tercero, en este caso un árbitro, quien dirime con su decisión en un laudo arbitral la cuestión a resolver.

Una de las ventajas en los tres primeros métodos, es la inmediatez como esa característica propia de los deportes que justifica contar con una justicia propia o con órganos de resolución de conflictos más efectivos, eficientes y de pronta resolución. Los procesos judiciales en todas partes del mundo llevan una duración de mucho tiempo.

La importancia del acuerdo en una mediación permitirá acordar sin revanchas ni apelaciones. Es el pacto sellado en la legitimidad y al que se arriba luego de volcar propuestas y opciones basadas en los intereses de cada una de las partes y no en posiciones duras, intransigentes que impiden avanzar a una solución.

IX. La mediación

Muchas son las definiciones que se han escrito sobre la mediación. Folberg, Jay y Taylor, Alison⁸ la han definido, como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente

7 Curso de Actualización Derecho Deportivo, UNL, págs. 39 a 41, a 49 a 52, 54, 65 a 71. REAL, Gabriel; Decisión del Comité de Urgencia de FIFA sobre la elegibilidad para poder formar parte de los equipos representativos de las Federaciones Nacionales en Revista Jurídica del Deporte, N° 12, 2004, pág. 446.

8 FOLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, "Mediación. Resolución de conflictos sin litigio", Ed. Limusa, México, 1997.

los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyan en sus vidas.

Para Elena Highton y Gladys Alvarez⁹ es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable.

El mediador es solo un facilitador, un tercero que busca acercar a las partes en su negociación, pero la palabra final la tienen ellas.

La mediación, como método adecuado para la gestión de conflictos se viene implementando en todos los ámbitos jurisdiccionales, pero en el ámbito del deporte el Tribunal Arbitral del Deporte tiene previsto un proceso de mediación, así como una lista de mediadores internacionales, aunque la actividad de los mismos es escasa.

El procedimiento de mediación del TAS está regulado en el Reglamento de mediación. En el artículo de dicho reglamento en su primer párrafo dice: “La mediación del TAS es un procedimiento no vinculante e informal, fundado sobre un convenio de mediación, en el cual cada parte toma el compromiso de buscar en toda buena fe de negociar con la otra parte y con la ayuda del mediador del TAS para lograr resolver un litigio que tenga un vínculo con el deporte.”

La confidencialidad como atributo esencial en la mediación, más la búsqueda de opciones para encontrar el camino de la paz, guardando las opciones en la búsqueda de los intereses comunes y contrapuestos nos invitan a dejar atrás las diferencias.

Marisa Santana Delgado y José Emilio Jozami sostienen que la dirigencia deportiva debe creer y confiar en esta alternativa más aun en donde siempre se remarca que las causas deportivas requieren de una celeridad única por lo que justifican siempre que en los reglamentos de las federaciones se invite a no concurrir a la justicia ordinaria. Es donde se hace presente la reina de los métodos adecuados de resolución de conflictos la mediación en el deporte para darle una opción a las federaciones internacionales y nacionales de contar con un remedio sano, eficaz, rápido y económico para curar la enfermedad de sus disciplinas deportivas.¹⁰

9 HIGHTON, Elena y ALVAREZ, Gladys, “Mediación para resolver conflictos”, Ed. Ad-Hoc, 2013.

10 JOZAMI, José Emilio y SANTANA DELGADO, Marisa; “Nuevos paradigmas para los conflictos deportivos”, <https://iusport.com/art/29344/nuevos-paradigmas-para-los-conflictos-deportivos>

X. La conciliación

En la conciliación el conciliador ya adquiere una posición activa en la solución del conflicto, facilitando el acercamiento de las partes y proponiendo las posibles soluciones al conflicto. Las medidas que propone el conciliador deben ser aceptadas expresamente por las partes. El conciliador trata de brindar claridad al litigio proponiendo las soluciones, pero son las partes en conflicto las que deben adherirse a estas soluciones, adaptándolas como suyas, a diferencia de la mediación sin la intervención de un tercero.

El conciliador a diferencia del mediador, debe conocer el derecho aplicable, porque en caso de que no se logre un acuerdo entre las partes, está obligado a proponer las medidas adecuadas para resolver el litigio. Su proposición no tiene carácter de cosa juzgada, porque puede ser rechazada por las partes, sí tiene la autoridad de la cosa conciliada, que tiene valor de una transacción que las partes deberían cumplir y ejecutar de buena fe.

XI. El arbitraje

Cuando hablamos de heterocomposición, hacemos referencia a mecanismos jurisdiccionales de resolución de controversias, en los cuales las partes en conflicto, dentro del ámbito de derechos disponibles, recurren a otras personas que no son jueces del Estado para que digan el derecho aplicable en una situación de litigio. El arbitraje es el mecanismo heterocompositivo por excelencia. Es un procedimiento extrajudicial para resolver conflictos de intereses mediante sometimiento de las partes, por mutuo acuerdo, a la decisión de uno o varios árbitros.

Desde la antigüedad se recurrió al arbitraje como un método para resolver disputas surgidas de las competencias deportivas. Las disputas en el ámbito deportivo fueron creciendo a medida que el deporte se extendió sobre los distintos sectores de la sociedad, pasando a ser accesible a todas las clases sociales a finales del siglo XX.

El derecho siempre ha tratado de dar respuesta a estas situaciones y ha procurado proporcionar los medios idóneos para la disputa entre las personas se resuelvan con la mayor eficiencia posible tratando de dar a los contendientes la solución justa en el menor tiempo posible. El arbitraje es uno de los modos de resolver una controversia, alternativo a la vía judicial, en donde se nombra a un tercero independiente, llamado árbitro, para dirimir la disputa. Las partes deciden someter voluntariamente

la controversia a un tercero imparcial, donde el o los árbitros emiten su resolución a través de un laudo arbitral¹¹.

Entre las razones que motivan a las partes optar por el arbitraje encontramos, particularmente, el beneficio que supone someter una controversia al juicio de personas a quienes se consideran especialmente idóneas en determinadas materias, la rapidez en la resolución del conflicto propia de un procedimiento arbitral, despojado de formalismo y exento de la burocracia excesiva que caracteriza al sistema jurídico estatal, como así también la obligación de confidencialidad propia del arbitraje. La creación del TAS (Tribunal Arbitral del Deporte), ubicado en Suiza, y con vocación de llegar a ser el tribunal mundial del deporte, han completado la autonomía del orden jurídico deportivo internacional, dotándolo del órgano jurisdiccional que le faltaba. Los orígenes del Tribunal Arbitral del Deporte, se remontan a 1983, cuando el VII Presidente del Comité Olímpico Internacional (COI), Juan Antonio Samaranch, promovió la idea de crear una jurisdicción específica del deporte. Desde el comienzo, se estableció que la jurisdicción del TAS no debía ser de ninguna manera impuesta a los atletas o a las federaciones, pero sí a quedar a la libre disposición de las partes¹². En marzo de 1983, el Comité Ejecutivo del COI celebrado en Nueva Delhi, ratificó oficialmente los estatutos del TAS, entrando en vigor el 30 de junio de 1984. Dos fueron los pilares ideológicos para el nacimiento de la institución: la creación de una jurisdicción arbitral dedicada a resolver disputas directa o indirectamente relacionadas con el deporte, y la necesidad de instituir una autoridad especializada capaz de resolver disputas internacionales, mediante un procedimiento rápido, flexible y económico. En los orígenes del Tribunal se preveía un único procedimiento contencioso, cualquiera que fuera la naturaleza de la disputa. Junto con el proceso contencioso, se habría un procedimiento de conciliación, dirigido a cualquier organismo o parte interesada, así el TAS ofrecía opinión sobre cualquier tema jurídico relativo a cualquier actividad relacionada con el deporte en general. Esto existió hasta el año 2012.

En 1991 se configuró el segundo tipo de procedimiento del TAS: el procedimiento de apelación, específico para aquellos litigios nacidos de decisiones dictadas por un órgano de una federación o asociación deportiva. La primera organización deportiva en adoptar una cláusula específica sometiéndose a la jurisdicción del TAS fue la Federación Internacional Ecuestre (FIE). En el año 1992, el “Caso Gundel” dio un vuelco al proceso histórico del TAS llegando a poner en peligro su propia existencia. El jinete alemán Elmar Gundel, fue sancionado por la International

11 GIULIODORI, Betina y ALVARADO, Paula. Nota jurídica, “Tipos de arbitrajes”. TAD. Noviembre, 2020.

12 GASPAR, Silvia; “El ámbito de aplicación del arbitraje”, pág. 57.

Equestrian Federation (FIE) tras resultar positivo un control de dopaje realizado a su caballo. Dicha decisión fue recurrida ante el TAS, bajo la cláusula del arbitraje adoptada por los estatutos de la FIE. El laudo resolvió, en parte a favor del jinete (mantuvo la sanción, pero se redujo de seis a tres meses). El apelante impugnó la decisión ante el Tribunal Federal Suizo, planteando la propia validez del laudo argumentando que fue emitido por un Tribunal que no cumple las condiciones de imparcialidad e independencia necesarias, para ser considerado como un auténtico Tribunal Arbitral. La Sentencia del Tribunal Federal Suizo del 15 de marzo de 1993, reconoció la legitimidad del TAS como un verdadero Tribunal Arbitral. También se puso en evidencia la relación de dependencia respecto del COI. Los Estatutos y reglamentos fueron revisados con la finalidad de independizarse del Comité Olímpico Internacional que lo había creado.

El primer proyecto de reforma del TAS se gestó en la Conferencia Internacional de Derecho Deportivo el 13 y 14 de septiembre de 1993 en Lausana, y supuso la creación de un nuevo organismo, el Consejo Internacional del Arbitraje Deportivo, el International Council of Arbitration for Sport (ICAS), erigiéndose como el órgano supremo del TAS que supervisa su funcionamiento y financiación, en lugar del COI. Se crearon también dos cámaras de arbitraje: la Cámara de Arbitraje Ordinario (Ordinary Arbitration Division) y la Cámara de Arbitraje de Apelación (Appeals Arbitration Division), facilitando la distinción entre los litigios en primera y única instancia, y aquellos nacidos de una decisión tomada por un organismo deportivo. La creación del ICAS, así como la nueva estructura del TAS se afianzaron en la Convención de París el 22 de junio de 1994, suscripta por las principales autoridades del mundo deportivo. Posteriormente, el Código Antidopaje del Movimiento Olímpico, aplicado por todas las Federaciones Olímpicas Internacionales, instauró al TAS como la última instancia de todas las disputas relacionadas al dopaje.

A pesar de la reforma del TAS de 1994 con el caso Gundel, la doctrina seguía dudando de la independencia del Tribunal Arbitral respecto del COI. En 2003 estas dudas fueron disipadas por el Tribunal Federal Suizo con el caso de las esquiadoras de fondo rusas Larissa Lazutina y Olga Danilova, que fueron descalificadas de la competición durante los juegos Olímpicos de invierno de Salt Lake City por dopaje. Plantearon recurso ante el TAS que confirmó la sanción, decisión que fue apelada ante el Tribunal Supremo Federal Suizo al poner de nuevo en duda la independencia e imparcialidad del Tribunal Arbitral. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo Federal Suizo de 27 de marzo de 2003 fue definitiva, tras examinar las previsiones del Código respecto a la organización del procedimiento arbitral, el

nombramiento de los árbitros, y la financiación del sistema no hay duda de que es un Tribunal Arbitral, y en concreto, el Tribunal Superior del mundo del Deporte.

El TAS fue ampliando el ámbito de actuación, resuelve las disputas de la mayoría de las Federaciones Internacionales, incluida la FIFA que en el año 2002, tras haber fracasado en el intento de crear una Cámara Arbitral propia para el fútbol, el CIAF (International Chamber for football Arbitration) reconoce al TAS como la cámara arbitral independiente para el mundo del fútbol.

XII. Conclusión

Es importante visualizar la gestión de los métodos adecuados de conflictos, en especial, los autocompositivos, y la necesidad que poseen las federaciones, ligas y clubes de resolver las controversias sin tener que llegar a un tribunal internacional como lo es el TAS por la imposibilidad económica.

La mediación, facilitación y conciliación son mecanismos eficientes, inmediatos de resolución, son herramientas flexibles, en donde se requiere la voluntariedad de las partes para someterse a un tercero imparcial frente a la presencia de un conflicto. Esto es fundamental por el principio de autonomía de la voluntad, ya desde que las partes lo deciden se ve una marcada intención de superar cualquier diferencia en sus intereses.

Hay temas que por complejidad recurren al TAS pero los mecanismos autocompositivos son importantes para evitar la escalada innecesaria del conflicto. Estos acrecentan los valores positivos en una sociedad cada vez más diversa y plural, restableciendo las relaciones, mejorando la armonía ya que los acuerdos deben ser voluntarios, equitativos y durables en el tiempo, para evitar o prevenir la violencia en el deporte.

Existe una figura mediadora llamada “Ombudsperson”, es una persona que tiene la capacidad de apoyar a las organizaciones en la resolución de conflictos, busca mejorar la comunicación, y también es mediador cuando se requiere dentro de las instituciones deportivas, no solo cuestiones deportivas, jurídicas a resolver, sino las que forman parte de la vida cotidiana del grupo de interés, padres de familia, jugadores y directivos. Este ayuda a las partes a aclarar cuestiones, a buscar opciones y a resolver preocupaciones dentro de la institución.

Cada Club, Liga o al menos cada Federación debería contar con la presencia de esta figura, independiente, confidencial e imparcial para que exista un verdadero restablecimiento de las relaciones en el deporte.

Réquiem por el sistema vigente: las costas en la reforma procesal civil proyectada

EDUARDO TERRASA¹

El autor sostiene que, en lo referente a la regulación de las costas, el Anteproyecto de Código de Procesos Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe (febrero de 2025) ha abandonado de manera injustificada el sistema establecido por el Código que actualmente nos rige. Este último aborda la responsabilidad por el pago de los gastos del proceso mediante un conjunto coherente de reglas que dan solución a las diversas y complejas cuestiones en ella implicadas.

En particular, se destaca que no se ha reproducido la disposición que regula la distribución provisional de las costas, mientras que la regla del vencimiento se ha formulado de manera inexacta. Como resultado de esto y de otras omisiones y errores que se señalan, se considera que la nueva regulación propuesta no es conveniente, que provocará inseguridad jurídica, aumento de la litigiosidad y perjuicios económicos tanto para las partes involucradas como para sus defensores.

Palabras clave: costas, sistema, reforma

El Anteproyecto de Código de Procesos Civiles y Comerciales de la Provincia de Santa Fe² se ocupa específicamente del tema en los artículos 180 a 191, que integran el Capítulo 9 de la Segunda Parte (Generalidades del proceso), aunque muchas otras disposiciones sobre costas aparecen dispersas en diferentes pasajes del articulado³.

1 Abogado (UNR), Profesor de Derecho Procesal Civil de Carreras de grado y de Posgrado; investigador y autor de diversas publicaciones; Presidente del Instituto de Derecho Procesal Civil del Colegio de Abogados de Rosario.

2 Versión del 11 de febrero de 2025.

3 Véanse, por ejemplo, los artículos 30, 45, 50, 83, 96, 121, 122, 137, 145, 150, 159, 162, 174, 176, 206, 214, 220, 281, 286, 308, 309, 310, 315, 329, 345.2, 375, 376, 403, 487, 513, 532 y 538.

I. La regulación de las costas ha sufrido un marcado retroceso en relación con la que contiene el Código procesal civil vigente

Los redactores del Anteproyecto –sin ninguna razón que lo justifique– han abandonado la normativa que hoy nos rige, que se ocupa de la *responsabilidad por el pago de las costas* a través de un conjunto coherente de reglas que dan solución a las diversas y complejas cuestiones involucradas. Con las modificaciones introducidas, en cambio, se han generado inconsistencias y lagunas que, en muchos de los casos, harán imposible prever cómo se distribuirán los gastos del proceso, provocando con ello inseguridad jurídica, aumento de la litigiosidad y perjuicios económicos, tanto para las partes como para los abogados.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe es el único del país en el que se consagran de manera expresa y precisa las *dos reglas fundamentales del sistema de costas*, sin las cuales no es posible estructurar una regulación consistente y completa.

Una de ellas es la *regla del vencimiento*: la única de la que se ocupa el Anteproyecto, aunque enunciándola de manera inexacta, ya que la disposición del artículo 180, en su primera parte, expresa: “La parte vencida *debe pagar* las costas...”, cuando debió haber dicho: la parte vencida *será condenada a pagar* las costas..., como lo hace el artículo 251, primer párrafo, del código actual, puesto que esta regla se configura como una *directiva para el juez* (a quien le impone el *deber de condenar* en costas al vencido).

Por tal razón, desde siempre se ha interpretado, incluso con respecto a los ordenamientos (como el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) que incurren en el mismo error de formulación de la regla, que hasta tanto no exista esa condena en costas no habrá nacido la obligación de reembolsarlas a cargo del vencido; como así también que, si el juez omite condenar en costas, el vencedor debe solicitarlo mediante la correspondiente aclaratoria⁴.

Ahora bien, para que pueda aplicarse la regla del vencimiento –que realiza una *distribución definitiva de las costas*⁵– debe haberse emitido pronunciamiento sobre la pretensión procesal (principal o incidental) deducida, dado que la calidad de parte vencida se adquiere cuando queda firme la resolución respectiva. Aunque, dado que

4 Véase ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de derecho procesal civil*, con la colaboración de Andrea MEROI, Rosario, 2009, Juris, p. 574; y también PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. III, p. 398.

5 Véase CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, Buenos Aires, UTEHA, tomo II, p. 112, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo.

hay gastos que deben ser satisfechos desde el comienzo mismo del proceso y, a veces, antes de él, con objeto de iniciarlo, y que además no siempre se alcanza una decisión final, es necesaria *una (otra) regla distinta* que se ocupe de este aspecto del problema.

Esta otra regla fundamental del sistema de costas, que el Anteproyecto ha soslayado, está expresamente formulada en el artículo 250 del actual CPCC, y dice así: *Cada litigante debe satisfacer las costas causadas a su instancia y la parte que le corresponda en las comunes.*

A diferencia de la del vencimiento, esta regla realiza una *distribución provisional de las costas* que se lleva a cabo en función de la iniciativa e impulso de cada una de las partes. De esta manera, cada parte debe pagar las costas causadas a su instancia a medida que se vayan haciendo exigibles, sin esperar a que el proceso finalice y con independencia de la eventual condena en costas que pueda contener la sentencia.

Esta obligación *de anticipar o desembolsar costas* surge por el simple hecho de que la parte *realice*⁶ o *solicite*⁷ la *actuación que da lugar al gasto*, lo que la diferencia de la obligación que proviene de la condena en costas, que es una obligación *de reembolsar las costas anticipadas por el vencedor* que –además– requiere de manera ineludible la condena judicial expresa.

Esto nos permite marcar las siguientes diferencias: La obligación derivada del artículo 250 tiene por deudor *a la parte* que realizó o solicitó la actuación que dio lugar al gasto y, por acreedor, *a un tercero* (el Estado, los abogados, peritos, etc.). En cambio, la obligación derivada de la condena en costas tiene por deudor *al vencido condenado en costas*, y por acreedor a la parte contraria *que efectuó el desembolso*. Con la salvedad –que incomprensiblemente el Anteproyecto ha omitido regular⁸– de que si se trata de honorarios profesionales regulados en el juicio *el acreedor puede cobrarlos directamente del condenado en costas*, como lo establece el artículo 260 del Código procesal civil vigente⁹.

Cabe puntualizar también que la obligación que surge del artículo 250 del CPCC vigente no puede ser soportada sino por quien tenga los medios necesarios para ello;

6 La *presentación de la demanda*, por ejemplo, genera para el actor la obligación de pagar un porcentaje de la tasa de justicia.

7 Así, la parte debe pagar los honorarios del abogado que *a su pedido intervino como defensor*.

8 Véase, *infra*, apartado n.º 8.

9 Sobre el tema, puede verse TERRASA, Eduardo, *Las costas en el código procesal civil y comercial santafesino*, y ANGELOMÉ, Nelson Eduardo, *Cuestiones sobre costas*, en ALVARADO VELLOSO, Adolfo, director, “Temas procesales conflictivos 5. Costas Judiciales”, Rosario, 2011, Juris, pp. 45-66 y 67-95, respectivamente.

de ahí lo que disponen los artículos 335¹⁰ y 337¹¹ referidos al beneficio de pobreza, que nada tienen que ver con la obligación que surge de la condena en costas al vencido, que se encuentra contemplada en la disposición del artículo 336¹² CPCC. Por otra parte, la obligación de anticipar costas no se extingue con el nacimiento de la obligación que se deriva de la condena en costas¹³, aunque sí, obviamente, con la cancelación de ésta por el vencido condenado a pagarlas.

Por último, en atención a que la regla del vencimiento sólo obliga al vencido a pagar las costas *causadas a instancias del vencedor*, en lo que respecta a las costas causadas por el vencido, si bien éste ciertamente debe responder por ellas, lo hace no por ser vencido y condenado en costas, sino *por haberlas causado* (artículo 250 cit.), que es bien distinto.

El hecho de que el Anteproyecto no haya tenido en cuenta el juego armónico de estas dos reglas fundamentales del sistema de costas en la elaboración de los textos normativos explica los errores en que incurren muchas de sus disposiciones.

Veamos algunos ejemplos:

1) El artículo 180 le da un *alcance indebido a la condena en costas*, ya que dispone que ella “comprende los honorarios y la totalidad de gastos ocasionados por la sustanciación del proceso”, lo que es falso.

En verdad, esa condena –como ya anticipamos– sólo obliga a reembolsar los gastos causados a instancia de su contrario (el vencedor), que es lo que con otras palabras expresa el artículo 68 CPCCN: “La parte vencida deberá pagar *todos los gastos de la contraria*”. En cambio, con arreglo a la segunda oración del artículo 180 del Anteproyecto, el vencido condenado en costas debería reembolsar también, por ejemplo, las costas causadas a instancia de un tercero asistente (adhesivo simple) respecto de las cuales el juez nada haya dispuesto, lo que es inexacto;

2) El artículo 96 del Anteproyecto comete el mismo error al disponer que si la parte contra la cual se dirige la medida preliminar formula oposición y el juez la

10 Según el artículo 335 CPCC, el beneficio de pobreza comprende el derecho de actuar en juicio libre de todo impuesto, tasa o contribución de carácter fiscal, como también de obtener sin cargo testimonios o copias de instrumentos públicos y publicaciones de edictos en el Boletín Oficial cuando fuere menester.

11 Con arreglo al artículo 337 CPCC, si el declarado pobre venciere en el pleito, deberá pagar las costas causadas en su defensa hasta la concurrencia de la tercera parte de los valores que reciba.

12 Según el artículo 336 CPCC, el declarado pobre no estará exento del pago de las costas en que hubiera sido condenado si tiene bienes con qué hacerlo.

13 Véase CABAL, Justo I. y ATIENZA, Antonio, *Anotaciones interpretativas al código de procedimientos en lo civil y comercial de la provincia de Santa Fe. Ley 2924. Concordancias con la ley 5531 por Alfredo Fernández Bussy*, Rosario, 1975, Zeus, p. 211.

considera injustificada “condenará al requerido *al pago de las costas causadas por el incidente*”, cuando debió haber dicho *causadas por su contrario*; o mejor aún, haber guardado silencio, dado que esa solución se deriva de la regla general del vencimiento debidamente formulada;

3) La primera oración del artículo 121, referido al beneficio de litigar sin gastos¹⁴, establece: “El beneficiario no está exento del pago de las costas si posee bienes para hacerlo”. La disposición fue elaborada sobre la base del artículo 336 del código vigente, aunque se omitió reproducir una parte esencial de este último, imprescindible para que la formulación normativa tenga sentido y, también, para que no se contradiga con la del artículo siguiente¹⁵, esto es, que haga alusión a *las costas en que hubiera sido condenado* quien obtuvo dicho beneficio, que es lo que con precisión expresa el artículo 336 actual, aludiendo con ello a la obligación del vencido de reembolsar las costas causadas a instancias del vencedor;

4) En varias disposiciones del Anteproyecto se menciona la *imposición de costas en el orden causado* (artículos 150, 181, inciso f, 309 *in fine*, etc.), sin advertir que esa distribución de las costas necesariamente supone la vigencia de una regla como la del artículo 250 CPCC, que paradójicamente el Anteproyecto ha desechado.

En tales supuestos y, también, cuando hay allanamiento idóneo, no existe propiamente *imposición de costas*, sino que cada litigante debe hacerse cargo de las causadas a su instancia *sin posibilidad de obtener el reembolso de su contrario*¹⁶; y

5) La circunstancia de que no se haya previsto una disposición como la del artículo 78, tercer párrafo, primera parte, del CPCC vigente (que establece que el defensor de oficio “tendrá derecho a cobrar honorarios al rebelde”) también responde al mismo error conceptual que, en este caso, consiste en no haber advertido que –por obvias razones– no resulta aplicable al rebelde la disposición del artículo 250 CPCC y que, por lo tanto, era necesaria una formulación normativa expresa como la que contiene el código que en la actualidad nos rige.

14 Que el Anteproyecto denomina “Acceso al servicio judicial libre de gastos.

15 La primera oración del artículo 122 del Anteproyecto dispone: “Si el beneficiario vence en el pleito, deberá pagar las costas causadas en su defensa hasta la tercera parte de los valores que reciba”. Ella fue redactada a partir del artículo 337 del código vigente, que con la expresión *costas causadas en su defensa* hace referencia a las *costas causadas a instancia* de quien obtuvo el beneficio de litigar sin gastos, esto es, a la obligación de *anticipar costas* del artículo 250 CPCC, la que queda sujeta a las siguientes condiciones: a) debe haber un pronunciamiento firme sobre la pretensión procesal principal, b) el beneficiario debe haber resultado vencedor, y c) debe haber recibido un beneficio económico que le permite pagarlas. Además, fija un límite cuantitativo al objeto de esa obligación.

16 Por lo que también podría decirse que la distribución provisional de las costas se ha vuelto definitiva.

II. La exención de costas librada enteramente al arbitrio judicial

En el ordenamiento procesal civil vigente, el artículo 251, primer párrafo –cuyo fundamento es el *principio objetivo del vencimiento*– es de aplicación preceptiva, salvo que se configure alguna de las *excepciones previstas normativamente*. Nuestro Código, con buen criterio, no contempla la denominada *exención de costas confiada al arbitrio judicial*.

No estamos de acuerdo con la incorporación de esa dispensa:

Primero: porque –cuando ella se aplica– el reconocimiento del derecho del vencedor no termina siendo pleno: éste debe hacerse cargo de las costas causadas a su instancia. Al respecto, Chiovenda decía “que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en cuyo favor tiene lugar; pues es de interés del Estado que la utilización del proceso no se resuelva en daño para quien tiene la razón”¹⁷.

Segundo: porque fomenta el decisionismo judicial. El juez que no está de acuerdo con la solución que le impone el Derecho, encuentra en este arbitrio un modo de eludir, al menos en parte, dicha solución¹⁸.

Tercero: porque en la gran mayoría de los casos esta exención no aparece jurídicamente motivada; habitualmente se repiten fórmulas vacías de contenido para cubrir las apariencias y, a veces, ni siquiera eso; y

Cuarto: porque el resultado que arroja la práctica judicial en aquellos ordenamientos que contemplan esta exención no es para nada alentador. Los repertorios de jurisprudencia revelan el abuso que se hace habitualmente de esta facultad.

Todo ello no hace más que reforzar el valor del criterio puramente objetivo de imposición de costas: *el que pierde paga*, sobre el cual se ha sostenido que es la regla más justa que puede ser imaginada, ya que no deja margen alguno para imponer la arbitrariedad judicial¹⁹.

En lo que respecta al Anteproyecto, la formulación del artículo 181, inciso e) –que es la que incluye la facultad del juez de *derogar a su arbitrio* la regla del vencimiento– es aún más objetable que la del artículo 68, segundo párrafo, del CPCCN, puesto que aquélla lo habilita a eximir de costas a la parte vencida, en forma total o

17 CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Florida, 2005, Valletta, traducción de E. Gómez Orbaneja y Rafael Greco, volumen III, p. 246.

18 Véase, ALVARADO VELLOSO, Adolfo y MERIOI, Andrea, *Manual de derecho procesal. Teoría general del proceso*, Rosario, 2023, AVI, pp. 277-278.

19 Ídem, p. 277, *in fine*.

parcial, fundándose “en las circunstancias concretas y en el contexto del caso”, lo que le permitiría incluir en esta fórmula cualquier particularidad del caso individual que es materia del juicio. Al no establecerse ninguna *norma general* en la que la concreta situación fáctica deba subsumirse, falta el *criterio jurídico de corrección* de la decisión que exime de costas al vencido; con lo cual, la regla del vencimiento pierde por completo su fuerza obligatoria.

De esa manera, la decisión se ha de volver completamente imprevisible: el hecho de haber salido victorioso en el pleito no le garantizará al litigante que no deba responder por las costas de manera definitiva (esto es, sin posibilidad de obtener el reembolso del vencido). Y si el vencedor es insolvente y la victoria no le proporciona un beneficio económico con el que hacer frente a las costas causadas a su instancia, será su defensor quien resulte perjudicado. Aunque el ejercicio de ese poder arbitrario no será inocuo y, a la larga, serán los litigantes no pudientes los que resulten perjudicados, ya que se verán en dificultades a la hora de acceder a una defensa técnica eficiente.

Además, la ausencia de un criterio jurídico de corrección habilitará –en el mejor de los casos– la toma de decisiones influenciadas por factores subjetivos absolutamente incontrolables.

Por último, si los litigantes perciben que la regla del vencimiento no es aplicada por los jueces de manera estricta y que, por lo tanto, podrían ser eximidos de las costas no obstante resultar vencidos, ello los incentivará a promover demandas cuya probabilidad de éxito sea escasa, con el consiguiente incremento de la litigiosidad²⁰. La experiencia enseña que un actor que tema tener que afrontar la pérdida adicional de pagar las costas causadas por la parte contraria vencedora dudará más a la hora de presentar una demanda.

III. La sustracción de materia y las costas

Según el artículo 150 del Anteproyecto, el proceso se considerará extinguido cuando, *por circunstancias ajenas al accionar de las partes, la causa se tornare abstracta* o resultare innecesario emitir un pronunciamiento. En tal caso, *las costas se distribuirán en el orden causado*, salvo que: a) el demandado se encontrare en

20 Así lo ha entendido también la Corte Suprema de la Nación, al sostener que la exención de costas a la vencida sin apoyarse en elementos fácticos y jurídicos suficientes puede redundar en un injustificado aumento de la litigiosidad, ya que indirectamente se incentiva la promoción de pleitos sin sustento legal, en los que bastaría citar alguna doctrina o jurisprudencia discordante para no tener que soportar los gastos del proceso (CSJN, 20/10/2015, *in re*: Verón, Héctor Oscar c/ Lacal, Alicia Julia Cristina s/ nulidad de matrimonio, V. 98 L. RHE, con cita de Fallos, 335:353).

mora al momento de la interposición de la demanda o hubiere dado motivo suficiente al reclamo, en cuyo caso serán a su cargo; o b) la demanda hubiere sido presentada de manera manifiestamente temeraria, supuesto en el que se impondrán al actor.

La definición legal que contiene la primera oración del primer párrafo, a excepción del enunciado que sigue a la conjunción disyuntiva “o” (“resulte innecesario emitir un pronunciamiento”), está en consonancia con la noción de *sustracción de materia* aceptada por la doctrina. Jorge Peyrano la define como un modo anormal de extinción del proceso que se caracteriza “por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando la pretensión deducida)”²¹.

Por el contrario, el segundo término de la disyunción a que hicimos referencia en el párrafo anterior no sólo resulta incompatible con el concepto doctrinal de *sustracción de materia*, sino que además está en contradicción con lo que establece la primera parte de la disposición, donde, como condición de aplicación de la norma, se exige que *la cuestión haya devenido abstracta*, dado que esto es —precisamente— lo que *torna inoficioso todo pronunciamiento* a su respecto y, a su vez, justifica que no haya imposición de costas, que es lo mismo que decir que las costas se distribuyen en el orden causado. Como lo ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la imposibilidad de dictar pronunciamiento final sobre la procedencia sustancial de la pretensión cancela todo juicio que permita asignar a cualquiera de las partes la condición —de vencedora o de vencida— necesaria para que proceda la condena en costas²², criterio que —como regla general— también ha seguido el artículo 150 del Anteproyecto.

Como corolario de lo anterior, tampoco es compatible con la *sustracción de materia* emitir decisión sobre los hechos que fundamentan las excepciones que regulan los incisos a y b del artículo 150. Primero, porque la extinción del proceso —según este artículo— debe producirse “por circunstancias ajenas al accionar de las partes”, lo que excluye que puedan considerarse comprendidos los casos conocidos como *satisfacción extraprocesal de la pretensión* o *allanamiento tácito*. Y, segundo, porque para resolver si se dan las excepciones previstas, el juez debería realizar el juzgamiento del caso, lo que —como ya mencionamos— le está vedado. Sin perjuicio de ello, además, la solución propuesta tampoco sería viable cuando la extinción del proceso se produce antes de rendirse la prueba.

21 PEYRANO, Jorge W., *Actualidad de la sustracción de materia como medio atípico de extinción del proceso civil*, en “Revista de derecho procesal 2012-1”, Santa Fe, 2012, Rubinzal - Culzoni, pp. 281-289.

22 CSJN, 23 de mayo de 2006, *in re*: Zavalía, José Luis c/ Santiago de Estero y Estado Nacional, en Fallos, 329:1898, entre muchos otros.

IV. Las costas derivadas de la sustitución de la inhibición general de bienes

El artículo 220 del Anteproyecto, luego de establecer que la inhibición general debe dejarse sin efecto si el deudor presenta bienes suficientes a embargo o da caución bastante, inmediatamente después agrega, de manera inconsecuente, la siguiente formulación: “Las costas de la sustitución, en principio, serán a cargo del interesado en la sustitución, salvo que la inhibición se haya solicitado sin verificar previamente la existencia de bienes del deudor; en tal caso, la unidad jurisdiccional decidirá si corresponden al peticionante de la cautelar o se distribuyen por su orden”.

La parte de la disposición que se acaba de reproducir *ad litteram* es un verdadero desatino. Si se convirtiera en derecho vigente, resultarían menoscabadas las dos finalidades esenciales a las que apunta la inhibición general, a saber: permitir que el acreedor investigue si el deudor tiene bienes embargables, y constreñir a éste a que, para obtener su levantamiento, pague, denuncie bienes a embargo o caucione la deuda²³.

Por un lado, la disposición mencionada le impone al solicitante, en contra de lo que establece la primera parte del artículo 220 (que para la procedencia de la inhibición general sólo exige el desconocimiento de bienes²⁴ del deudor), *verificar previamente la inexistencia*²⁵ de esos bienes, si quiere evitar ser condenado en las costas derivadas de la sustitución promovida por el cautelado.

Con esta exigencia, se vería frustrada la primera finalidad de la inhibición general, dado que el cumplimiento de diligencias *previas* tendientes a acreditar la inexistencia de bienes de titularidad del deudor —como bien lo ha señalado Lino Palacio— obligaría al acreedor, con grave riesgo de sus derechos, a requerir informes de todos los registros existentes en el país, ya que sólo así podría lograrse la absoluta certeza acerca de la inexistencia de bienes registrables²⁶. Por el contrario, conforme a la tesis doctrinal y jurisprudencial mayoritaria elaborada en torno a la disposición del

23 Superior Tribunal de Justicia de Santa Fe, Sala 1ª Civil y C. Juris, 13-172. Véanse también las reseñas de fallos citadas por ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Estudio del código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe*, Rosario, 2014, AVI, obra actualizada por Nelson E. Angelomé, tomo 3, p. 2382.

24 El Anteproyecto ha omitido especificar que se trate de bienes “libres”, como acertadamente lo hace el artículo 290 del código vigente. Sobre el alcance de la expresión “bienes libres”, puede verse el fallo de la CCCR, Sala 1ª. 13/03/90, publicado en Zeus, 56, J-387.

25 El artículo 220 dice, erróneamente, “sin verificar previamente la *existencia* de bienes del deudor”, cuando en rigor lo que se le impondría al peticionario de la cautelar es la acreditación de un *hecho negativo*.

26 PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, tomo VIII, p. 166; PEYRANO, *Explicaciones del código procesal civil y comercial*, cit. tomo II, p. 235 y nota 129. Además, para Lino Palacio esa actividad previa “no se concilia con la celeridad que debe presidir el diligenciamiento de las medidas cautelares”.

artículo 290 del Código procesal civil vigente, para el despacho de la cautelar basta con que el solicitante *manifieste* que desconoce bienes libres del deudor y, una vez obtenida la medida, puede abocarse a investigar –sin riesgo– acerca de los bienes de que sea titular el cautelado, lo que indudablemente es de su interés, habida cuenta de que la inhibición general no asegura, por sí sola, la ejecución forzada, sino que tiende primordialmente a facilitar la traba del embargo²⁷.

Además, la exigencia de la previa acreditación de la inexistencia de bienes, prevista normativamente sólo en lo referente a las costas, conlleva el peligro adicional de que ella sea interpretada extensivamente como un requisito de procedencia de la propia medida cautelar, lo que produciría el abandono definitivo de la tesis que sostiene que basta con la mera manifestación del peticionario de que “desconoce” bienes del destinatario de la medida²⁸.

Por otro lado, la disposición que criticamos establece que, en principio, las costas de la sustitución de la inhibición general serán *a cargo del interesado en ella* (que el contexto permite inferir que hace alusión al *inhibido*), lo que también es una solución desacertada y perjudicial para este último, quien, con ello, no hace más que ejercer una *facultad legal*. Por tanto, si su pretensión triunfa, la sustitución por el embargo o la caución debiera disponerse *sin costas*²⁹.

Esta conclusión es, además, la contrapartida a la posición que sostiene que –para hacer lugar a esta medida cautelar– sólo se requiere manifestar que se desconocen bienes libres del deudor, con lo que se logra el equilibrio adecuado: la inhibición general puede alcanzar eficientemente su objetivo sin ocasionarle perjuicios innecesarios al destinatario.

Por último, cabe agregar que las *unidades jurisdiccionales* a que hace mención el artículo 220 no son tribunales reconocidos por la Constitución provincial (artículo 83), y que, además, los funcionarios que las integran (secretarios y prosecretarios) no están habilitados a ejercer la función jurisdiccional, puesto que carecen

27 PALACIO, *Derecho procesal civil*, cit., tomo VIII, pp. 164-165. Véase también la doctrina citada en la nota anterior y Alvarado Velloso, *Estudio del código procesal civil y comercial*, cit. tomo 3, pp. 2382 y ss.

28 PEYRANO, Jorge W., Director, *Explicaciones del código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe*, Santa Fe, 2016, Rubinzal Culzoni, tomo II, pp. 234-235. CHIAPPINI, Julio, *Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe comentado*, Rosario, 2010, Fas, 3ª. ed. actualizada, tomo 3, pp. 469-472.

29 “El ejercicio del derecho de ofrecer bienes a embargo a fin de hacer cesar la inhibición no puede conllevar la carga de las costas (CCCR, Sala 2ª. 13/03/1987, Zeus, 44-R/67, citado por ALVARADO VELLOSO, *Estudio del código*, cit., tomo 3, p. 2387).

de la aptitud e investidura necesarias dictar resoluciones cautelares o disponer su levantamiento.

V. La “condena en costas” al defensor que ocasiona un daño a su mandante o patrocinado prevista por el artículo 185 del Anteproyecto vulnera la cláusula constitucional que garantiza el derecho inviolable a la defensa

Primeramente, debe señalarse que la referida disposición³⁰ nada tiene que ver con la condena en costas al vencido. Ésta –por su particular naturaleza– no requiere petición de parte y se dicta sin sustanciación previa, lo que obedece a que esta condena se basa en el *hecho objetivo de la derrota* (que surge del contenido de la sentencia), con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pudo haber actuado durante la sustanciación del proceso³¹; y también a que ella no implica el reconocimiento de una reparación de daños fundada en las disposiciones del derecho sustantivo³². Por lo demás, no debe olvidarse que las costas son *gastos*, y que, para que pueda haber condena a reembolsar esos gastos, se requiere que haya una *parte vencida*, entendiéndose por tal –según la clásica definición de Chiovenda, seguida de manera unánime por los autores– a aquélla contra la cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial³³.

Lo anterior nos demuestra que *la condena en costas* no puede ser un instrumento legítimo, ni constitucionalmente válido, para condenar al defensor a la reparación de los daños que, por su culpa o negligencia, le ha ocasionado al litigante que representa o patrocina en el juicio. Por otra parte, dado que esa supuesta “condena en costas” requeriría la imprescindible alegación y prueba de que el defensor ha incurrido en *desconocimiento notorio del derecho, negligencia o falta de probidad o lealtad* (artículo 185, *in fine*), la promoción de un proceso autónomo ante un juez tercero e imparcial por parte de quien se considere damnificado sería ineludible: nuestro ordenamiento constitucional y legal no tolera un pronunciamiento condenatorio sin demanda ni proceso previo.

30 El artículo 185, que lleva por título *Daño del profesional*, establece: El mandatario o patrocinante que por su culpa o negligencia cause un daño a su mandante o patrocinado en el proceso podrá ser condenado en costas cuando hubiere actuado con notorio desconocimiento del derecho, negligencia o falta de probidad o lealtad.

31 PALACIO, *Derecho procesal civil*, cit., t. III, pp. 366 y ss.

32 Ídem.

33 CHIOVENDA, Giuseppe, *La condena en costas*, México, 1985, Cardenas editor, traducción de Juan A. de la Puente y Quijano..

VI. La utilización de la condena en costas como sanción contra los defensores

Por las razones recién expuestas, también consideramos ilegítima la *imposición de las costas en forma solidaria a los letrados apoderados o patrocinantes* en caso de connivencia entre el tercerista y el embargado (artículo 50).

En este supuesto se da, además, una circunstancia agravante: que tales costas serán *impuestas por la unidad jurisdiccional*, siendo que ésta –como ya dijimos– no es un tribunal reconocido por la Constitución provincial (artículo 83).

Por otra parte, como el artículo 50 del Anteproyecto no especifica al responsable de la unidad jurisdiccional facultado para tomar dicha decisión, por aplicación del artículo 3, podrían emitirla “tanto el juez como los funcionarios, indistintamente”, quedando estos últimos (secretarios y prosecretarios) *facultados a realizar actividad jurisdiccional*, lo que es constitucionalmente ilegítimo.

VII. La prohibición de promover incidente por quien fue condenado en costas en otro anterior, si antes no deposita su importe en pago, a embargo, o lo afianza

Dos disposiciones del Anteproyecto –no totalmente compatibles entre sí– se refieren a esta cuestión:

Por un lado, está el artículo 145, que establece: “El condenado en las costas de un incidente no puede promover otro si no deposita su importe en pago, a embargo, o lo afianza. Si los honorarios son recurridos, el depósito o fianza debe alcanzar el monto que se estime correspondiente, conforme a lo dispuesto en la ley de honorarios”.

Por otro lado, tenemos el artículo 188, que dispone: “Ninguna de las partes condenadas en costas en un incidente, hubiere sido o no promovido por ella, podrá iniciar uno nuevo sin que previamente abone las costas del anterior”.

Estos dos artículos reproducen la disposición contenida en la primera oración del artículo 328 del código vigente, con modificaciones y agregados que la han vuelto mucho más severa.

Las normas proyectadas –y también la que hoy nos rige– son objetables desde el punto de vista de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Se trata de una *sanción extremadamente rigurosa* que veda la posibilidad misma de accionar por vía incidental, y que resulta aplicable por el simple hecho de haber sido –con anterioridad– condenado en las costas de otro incidente, lo que puede acaecer –y de hecho acaece en la mayoría de los casos– con independencia de cualquier conducta

temeraria o reprochable del vencido. Baste recordar al respecto que nuestro Código procesal civil –sea el juicio principal o incidental– sigue la regla objetiva del vencimiento (artículo 251, 1º párr.).

Las disposiciones transcritas parten del supuesto de que el juez es infalible, cuando –es sabido– que bien puede ocurrir que la demanda incidental (o la oposición a ella, en su caso) sea fundada, y que el error provenga de la propia decisión judicial que le pone fin. Además, no debe soslayarse que, aunque tal decisión fuera inapelable, en el futuro podría ser invalidada por el tribunal de alzada, si éste acogiera el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia definitiva, debido al vicio existente en el procedimiento que la precedió.

Por otra parte, también puede darse perfectamente el caso de que, quien no tenga razón al promover o resistir el primer incidente, sí la tenga al promover el nuevo, y que –además– no cuente con los medios necesarios para hacer frente de manera inmediata al pago de las costas. En tal supuesto, la ausencia de medios económicos se erigirá en un valladar insalvable –con graves consecuencias que pueden derivar incluso en la pérdida del pleito– para los litigantes que carezcan de recursos, incluidos aquellos que hayan obtenido el beneficio de litigar sin gastos, dado que en nuestro ordenamiento procesal –a diferencia del CPCCN– esa franquicia no los exime de pagar las costas en que hayan sido condenados.

Cabe agregar también que –según el texto hoy vigente– el efecto jurídico previsto sólo se aplica al litigante que ha promovido sin éxito un incidente anterior, rechazado con costas (“no podrá promover otro”, dice la disposición actual). Según los textos normativos propuestos, en cambio, basta con ser vencido en un incidente anterior, lo que amplía considerablemente el alcance sancionatorio del instituto.

Además, con arreglo a la disposición del artículo 328 hoy vigente no es admisible promover otro incidente *si no se justifica el pago de las costas* de uno anterior, de lo que resulta que este impedimento procesal sólo se vuelve operativo cuando esa obligación a cargo del vencido sea *liquida y exigible*. Por el contrario, según lo que dispone el Anteproyecto, basta con que exista condena en costas firme, aunque los honorarios hayan sido impugnados.

VIII. La inexplicable supresión de la facultad conferida a los profesionales vinculados al proceso de cobrar los honorarios que tengan regulados directamente al condenado en costas

El código procesal actual otorga a los titulares de honorarios profesionales regulados en el juicio la denominada *acción directa* contra el condenado en costas (artículo 260). En rigor, esta disposición confiere *legitimación extraordinaria* a de-

terminados profesionales vinculados al juicio, que actúan en él, para proceder por sí (sin invocar representación ajena) contra el condenado en costas (deudor de su deudor), con el cual no están vinculados por una relación jurídica obligacional. Con ello se evita el ejercicio de la llamada *acción subrogatoria*, que es dificultosa y puede traer complicaciones para el acreedor que la intenta. Con el dispositivo referido, en cambio, se simplifican las cosas y, sobre todo, se garantiza a los profesionales el cobro de sus créditos frente a la posible insolvencia de la parte a cuya instancia actuaron.

La omisión en que incurre el Anteproyecto es grave y, desafortunadamente, se enmarca en un conjunto de disposiciones particularmente perjudiciales para los abogados. cuyo rol es crucial en el proceso: no sólo porque son quienes dan voz a las partes, verdaderos protagonistas del drama judicial³⁴, sino también porque con sus conocimientos y habilidades contribuyen a que exista paridad entre los contendientes, al mismo tiempo que preservan la imparcialidad del juzgador.

IX. La facultad conferida a los jueces de reducir los gastos y honorarios incluidos en la condena en costas

El artículo 189, segundo párrafo, primera oración, dispone que el juez podrá reducir los gastos y honorarios incluidos en la condena en costas que aparezcan como excesivos, desproporcionados o exorbitantes en relación con el monto o importancia del litigio.

Con esa fórmula rudimentaria, que se circunscribe a relacionar los gastos y honorarios, por un lado, con el monto o importancia del pleito, por el otro, prescindiendo por completo de las disposiciones de orden público del arancel que contemplan muchísimas otras circunstancias relevantes, y sin tener en cuenta tampoco la necesidad del gasto, se le concede al juez la facultad de disminuir *ad libitum* el derecho del vencedor de recuperar del vencido las costas anticipadas.

Además, en su última oración, el artículo 189 establece: “La reducción podrá fijarla a prorrata conforme lo establezcan las leyes de fondo o procesales especiales”, con lo que parece consagrar una interpretación que en su momento fue rechazada por la propia Corte Suprema Nacional, que estableció que la disposición del art. 277, último párrafo, LCT (idéntica a la del entonces artículo 505, último párrafo, del Código Civil) sólo limita la responsabilidad del condenado en costas por los honorarios devengados, mas no respecto de la cuantificación de éstos, y que no cabe vedarle al beneficiario de la regulación la posibilidad de reclamarle a su patrocinado el excedente

34 CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil. Según el nuevo código*, Buenos Aires, 1996, El Foro, traducción de Santiago Sentís Melendo, volumen II, pp. 287-288.

de su crédito por sobre el límite porcentual establecido en la ley; agregando también que lo contrario importaría consagrar –con relación a este excedente– una obligación sin sujeto pasivo alguno, lo que equivale al desconocimiento del derecho de crédito y, en la práctica, a una efectiva reducción de los emolumentos profesionales³⁵.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que, con la disposición proyectada, se termina legitimando la norma del artículo 730 del Código Civil y Comercial, que regula una materia que es estrictamente procesal y que, por tanto, está reservada a las provincias (arts. 5 y 121 de la Constitución nacional).

35 CSJN, 27/05/2009, *in re*: Villalba, Matías Valentín c/ Pimentel, José y Ots. s/ Accidente ley 9688, Fallos 332:1276, considerando 6.

EJE 4

TEMAS LIBRES

Fundamentos teóricos del constitucionalismo comunitario

JUAN FACUNDO BESSON¹

I. Introducción

En el marco del pensamiento jurídico-político argentino, el constitucionalismo comunitario se erige como una propuesta teórica original y autóctona, cuyo anclaje histórico, normativo y filosófico encuentra su máxima expresión en la Constitución Nacional de 1949. A diferencia del constitucionalismo liberal clásico o del constitucionalismo social, los cuales —aunque con fundamentos distintos— comparten una matriz racionalista y apriorística, esta corriente interpela críticamente las categorías tradicionales del derecho constitucional al colocar a la comunidad como el verdadero sujeto constituyente, portador del poder creador o recreador del orden jurídico.

Desde esta perspectiva, el constitucionalismo comunitario implica una ruptura consciente tanto con el modelo oligárquico-liberal consagrado en la Constitución de 1853/60 como con las experiencias de constitucionalismo social encarnadas en las Constituciones de Querétaro (1917) y Weimar (1919). Asimismo, se diferencia de las vertientes contemporáneas como el neoconstitucionalismo, el constitucionalismo popular o populista, y las llamadas constituciones de nuevo tipo promulgadas en América Latina -por ejemplo, en Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009)-. En todos estos casos, el constitucionalismo comunitario argentino se aparta de construcciones teóricas importadas para afirmar una concepción normativa arraigada en la praxis política, social y cultural del pueblo como sujeto colectivo activo y organizado.

La Constitución de 1949 debe ser comprendida como una inflexión en la evolución del derecho constitucional argentino, en tanto no solo amplía el catálogo de derechos, sino que transforma ontológicamente la concepción misma del sujeto

¹ Facultad de Derecho, JTP de Derecho Político, Docente Adjunto de Derecho de la Integración, Investigador miembro del Centro de Estudios e Investigaciones Renato Treves (UNR), Presidente del Instituto de Derecho Público y Ciencia Política (2024-2025), email: jfacundob@gmail.com

político y de la comunidad. Esta transformación se apoya en una visión humanista y cristiana del orden comunitario, es decir, del ser-en-común, que desborda los límites del individualismo liberal y de las mediaciones institucionales clásicas. Desde esta perspectiva, el texto constitucional no constituye un conjunto normativo cerrado ni un artificio técnico neutro, sino una forma jurídica que expresa, organiza y proyecta el ethos de un pueblo en marcha hacia la justicia social, la soberanía política, la independencia económica y la cultura nacional.

En ese marco, el constitucionalismo comunitario no se reduce a una experiencia normativa circumscripita a un momento histórico. Por el contrario, se postula como un paradigma con vocación estructurante, que recupera y proyecta los elementos fundamentales del pensamiento socialcristiano de las encíclicas y de las tradiciones democráticas populares de la Argentina, como el yrigoyenismo. Su centro gravitacional es la noción de Comunidad Organizada, desarrollada con profundidad por Juan Domingo Perón en el Congreso de Filosofía de 1949 y que implica un modelo de articulación política distinto tanto del representacionalismo demoliberal como del corporativismo autoritario. Las organizaciones libres del pueblo, en este modelo, son las mediaciones concretas entre el pueblo, en su conjunto, y las instituciones estatales, sin quedar subsumidas en ellas ni responder a lógicas de captura burocrática.

La articulación normativa e institucional de este paradigma encuentra en la Constitución de la provincia Pte Peron (Chaco) de 1951 una de sus expresiones más singulares. Este texto provincial incorporó principios de representación y participación política que desbordaban los cánones clásicos del constitucionalismo liberal y que procuraban institucionalizar una racionalidad política basado en el pluralismo partidario y la autonomía de las organizaciones comunitaria. De este modo, el constitucionalismo comunitario no se presenta como una forma de constitucionalismo social, sino como una superación de sus límites, al desplazar el protagonismo del Estado hacia la Comunidad como verdadero sujeto político y fuente legítima de poder.

Frente a la neutralización del pasado mediante categorías jurídicas abstractas, se adopta aquí una concepción hermenéutica de la historia constitucional como campo de disputa política, en la que la narración de los hechos responde a proyectos de Nación y a horizontes de sentido en pugna. Tal como señala la tradición crítica del pensamiento jurídico argentino, la historia constitucional no puede escindirse de la política: toda interpretación de la experiencia constitucional está orientada por una voluntad de presente y por una proyección de futuro. En este sentido, el constitucionalismo comunitario no constituye una arqueología normativa, sino un paradigma vivo, que recupera el pasado como potencia para repensar el presente y reconstituir los principios de una Nación justa, libre y soberana.

II. Breve repaso sobre la construcción constitucional argentina

La historia constitucional argentina ha sido sistemáticamente narrada desde una perspectiva liberal-oligárquica, cuya matriz ideológica se consagró en el texto de la Constitución Nacional de 1853, sancionada tras la derrota de Juan Manuel de Rosas en la batalla de Caseros. Dicha norma fundamental, lejos de constituirse como el pacto de un pueblo soberano, consagró una forma de democracia restringida, orientada a garantizar los intereses de las élites terratenientes de la pampa húmeda y de los comerciantes vinculados al puerto de Buenos Aires. El régimen político institucionalizado por la Constitución del 53/60 estableció un sistema representativo, republicano y federal solo en lo formal, restringiendo el sufragio, excluyendo a las mayorías populares e instaurando un gobierno indirecto que respondía a la lógica de las clases dominantes.²

Alberto González Arzac interpreta que este texto constitucional cristalizó el proyecto de la elite surgida de Caseros y consolidada en Pavón, estableciendo un régimen de democracia limitada, senadores provinciales designados por las legislaturas, jueces federales nombrados por el presidente con acuerdo del Senado y un presidente elegido por colegio electoral. El único órgano de elección directa era la Cámara de Diputados, y aún así el sufragio estaba condicionado por requisitos censitarios.³ Para Alberdi y sus contemporáneos, el sufragio debía reservarse a las clases ilustradas y propietarias, únicas consideradas aptas para ejercer la función electoral de manera “racional”.⁴

En su afán de construir *ex nihilo* una Nación, en 1853, la oligarquía, promulgó una Constitución, adaptada en 1860 para satisfacer los requisitos de Buenos Aires y lograr la unión nacional tras la firma del Pacto de San José de Flores. Posteriormente, el 12 de septiembre de 1866, se llevó a cabo otra Convención Nacional en Santa Fe, con el objetivo de reformar la Constitución para nacionalizar las aduanas, y aumentar los ingresos por impuestos de exportación e importación, especialmente favorables para la Aduana de Buenos Aires.

El relato historiográfico que legitimó esta configuración normativa fue erigido por intelectuales orgánicos del proyecto liberal, tales como Bartolomé Mitre, Vicente Fidel López, Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino Sarmiento, quienes elaboraron una narración del pasado nacional que devino en discurso oficial. Esta interpretación fue presentada como objetiva y científica, lo cual facilitó su institu-

2 GONZÁLEZ ARZAC, A., *Filosofía constitucional argentina*, Buenos Aires, Quinqué Editores, 2008.

3 Idem.

4 Idem.

cionalización en academias, universidades, y manuales escolares⁵. No obstante, dicho relato es inseparable de los intereses que lo promovieron, al tiempo que estructuró la historia en torno a la antinomia de “civilización y barbarie”, una abstracción *eeuurocéntrica*⁶ que justificaba la marginación de todo elemento social o político ajeno al modelo occidental liberal-capitalista.⁷

Arturo Jauretche denunció tempranamente esta operación cultural. En “Política nacional y revisionismo histórico”, advierte que la historia oficial fue construida para justificar la práctica política de la oligarquía, ocultando, deformando u omitiendo hechos incompatibles con su proyecto de país.⁸ Según Jauretche, esta política de la historia impidió la formación de una conciencia nacional, inhibiendo el desarrollo de una política que respondiera a los intereses del pueblo argentino.⁹ En este sentido, la noción de Nación defendida por la *intelligentzia* es esencialmente anti-histórica, al concebirla como un dato abstracto y preexistente, y no como un proceso en disputa.¹⁰ En cambio, desde esta perspectiva, realizar la Nación implica reconocer las contradicciones sociales y los antagonismos históricos que condicionan su configuración efectiva. A su vez, la colonización pedagógica impuesta por las élites ilustradas construyó una subjetividad nacional alineada con los valores del liberalismo anglosajón y alejada de las experiencias vitales del pueblo.¹¹

Juan Manuel de Rosas, derrotado en 1852 pero central en la génesis del constitucionalismo argentino, sostuvo una concepción empírica y realista de la organización institucional. A diferencia de la tradición ilustrada y normativista que pretendía sancionar constituciones como modelos ideales preexistentes, Rosas defendía la necesidad de construir una constitución sobre la base de las costumbres, tradiciones y particularidades locales.¹² Consideraba que el orden debía preceder a la norma, y

5 GÁLVEZ, J. M., *Revisionismo histórico constitucional 1810–1967*, Buenos Aires, Celsius, 1967.

6 La matriz eeuurocéntrica subsume la diversidad histórica y cultural de los pueblos bajo un canon civilizatorio construido desde el Atlántico Norte. Este neologismo, con su deformación deliberada, no sólo ironiza sobre el eurocentrismo tradicional, sino que expone su mutación imperial en clave angloamericana: una fusión entre la razón ilustrada europea y la lógica expansiva del liberalismo estadounidense. Lo eeuurocéntrico no es ya sólo una mirada sesgada desde Europa, sino un aparato global de normalización que proyecta como deseables, inevitables y universales formas específicas de Estado, economía, subjetividad y conocimiento, silenciando alternativas gestadas en los márgenes.

7 SARMIENTO, D. F., *Facundo: Civilización y barbarie*, Buenos Aires, Eudeba, 2010.

8 JAURETCHE, A., *Política nacional y revisionismo histórico*, Buenos Aires, Peña Lillo, 2006.

9 Id, p.16

10 Id., p.2

11 Id., p.3

12 LEVAGGI, A., *El pensamiento constitucional de Rosas*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1991.

que ningún texto constitucional podía consolidarse si no existía primero una unidad nacional efectiva.¹³

En sintonía con lo precedentemente glosado, Arturo Sampay, señala que el Pacto de la Confederación de 1831 en concurrencia con la ley de aduana de 1835, logró un equilibrio entre los intereses de las oligarquías lugareñas y el interés mayor de los terratenientes y saladeristas de la provincia de Buenos Aires. El caudillo de Buenos Aires, consiguió así, después de años de guerras y negociaciones que todas las provincias adhirieron con lo cual se convirtió en la constitución argentina hasta 1853.¹⁴

En sintonía con lo mencionado, Gonzalez Arzac, manifiesta que del pensamiento federal de Rosas, se interpreta que lo buscado era la Confederación como el sistema de gobierno apropiado en esa coyuntura, ya que conllevaba a garantizar la unidad y asegurar el gobierno de las provincias y su representación exterior, superando la anarquía y la disgregación. Y esa Confederación se debía instrumentar mediante un Pacto donde los estados contratantes acordaron normas de convivencia pacífica, unidad militar, personalidad exterior común, pero se reservaban su propia independencia para revisar las condiciones pactadas y denunciar el acuerdo si fuera necesario. Rosas consideraba necesario que el paso desde el Pacto de Confederación hacia la Constitución federal estuviera garantizado por condiciones de estabilidad. Cuando en 1853 las provincias interiores de la Argentina se dieron una Constitución sin haber logrado aquellos requisitos, a entender del mencionado pensador, promovieron la división con la Provincia de Buenos Aires. Es así que la Argentina hasta el día de hoy sigue padeciendo el vicio de la institucionalidad patriótica que sostiene la corriente Mayo-Caseros. La norma fundamental de 1853 vino a transformar el Poder en Derecho, el motivo de su sanción fue crear una ficción jurídica y una causa que legitime el accionar de los vencedores de Caseros.¹⁵

Esta visión difería radicalmente de la propuesta de Alberdi y Sarmiento, quienes, influenciados por el racionalismo ilustrado, pretendían imponer un orden constitucional que organizara la república desde arriba, a través de una ingeniería institucional que no reconocía la diversidad cultural y política de las provincias.¹⁶ Coriolano

13 MARTÍNEZ PAZ, J., *Federalismo y constitución en la Argentina*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1994.

14 SAMPAY, A. E., "Las constituciones de la argentina (1810-1972)", Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1975, p.33

15 GONZÁLEZ ARZAC, A., "Rosas y el constitucionalismo" en Pensamiento Nacional consultado en http://www.pensamientonacional.com.ar/contenedor.php?idpg=/gonzalezarzac/0004_rosas.html en fecha 10 de mayo de 2014

16 ALBERDI, J. B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, 1852.

Alberini, en este sentido, interpretó críticamente la influencia del iluminismo en la formación constitucional argentina, al señalar que dicha corriente, centrada en la razón abstracta, ignoraba los condicionamientos históricos concretos de las sociedades.¹⁷ Agrega dicho autor que figuras como Rivadavia encarnaron el proyecto ilustrado en su versión más extrema: centralismo y fe ciega en el progreso importado, lo que derivó en la imposición de estructuras institucionales divorciadas de la realidad nacional.¹⁸

El entramado constitucional liberal decimonónico había sido erigido en función de una oligarquía cuyo proyecto de país, no de Nación, se basaba en conceptos de orden, propiedad y ciudadanía restringida. Sin embargo, este andamiaje no resistió las profundas transformaciones sociales, culturales, políticas y económicas que caracterizaron el ingreso al siglo XX. La emergencia de la cuestión social —tema ausente en el texto de 1853/60—, junto con el ingreso masivo de obreros, inmigrantes y sectores populares al espacio público, así como el progresivo descrédito del liberalismo clásico frente a reivindicaciones de justicia y equidad, exhibieron la obsolescencia de constituciones concebidas bajo parámetros anticuados.¹⁹

Arturo Enrique Sampay, referente indiscutido del constitucionalismo comunitario argentino, analizó críticamente las influencias del constitucionalismo de 1853, destacando cómo el racionalismo ilustrado condicionó la configuración del poder público, subordinando al Ejecutivo frente al Legislativo.²⁰ Esta concepción, alineada con un normativismo logicista tendía a minimizar o incluso eliminar la figura del jefe de Estado, entendida como una anomalía dentro del modelo republicano ideal. Sin embargo, Sampay sostuvo que dicha visión no era adecuada para una nación en proceso de expansión social y económica, que requería un Poder Ejecutivo robusto y capaz de responder con agilidad a las demandas complejas y cambiantes de una sociedad en transformación.²¹

El ocaso del paradigma liberal se hizo evidente con las profundas crisis mundiales que marcaron el cambio de siglo XX, cuando la cuestión social y las nuevas identidades colectivas comenzaron a evidenciar las limitaciones del modelo político tradicional. Las aportaciones teóricas de pensadores europeos como Karl

17 ALBERINI, C., *Filosofía del derecho y formación constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 1955.

18 Id, p.78

19 SAMPAY, A. “Filosofía del Iluminismo y la Constitución Argentina de 1853”, Ed. Docencia, Buenos Aires, 2001, p.4

20 Idem.

21 Idem.

Marx, Ferdinand Tönnies, Sigmund Freud y Gustave Le Bon introdujeron nuevas herramientas conceptuales para entender la dinámica social, las tensiones internas del individuo y el comportamiento de las masas. En el escenario argentino, estas corrientes sirvieron para interpretar la llegada masiva de inmigrantes, la emergencia del proletariado industrial y la conformación de identidades nacionales heterogéneas, desafíos que tensionaron el orden oligárquico y cuestionaron la vigencia del liberalismo oligárquico basado en una población homogénea y controlada.

Frente a esta realidad, la élite tradicional experimentó un viraje ideológico que pasó de la indiferencia hacia una posición de defensa nostálgica de un orden aristocrático, percibiendo la “masificación” como una amenaza a las jerarquías sociales establecidas y a la modernidad materialista. En este contexto, emergieron intelectuales críticos que buscaron repensar el entramado político y cultural del país. Entre ellos, José María Ramos Mejía, Ernesto Quesada y Leopoldo Lugones, quienes desde diversas perspectivas plantearon la tensión entre masas y liderazgo, la interpretación crítica de la historia y la necesidad de un orden moral y espiritual guiado por una élite selecta, mientras que figuras como Scalabrini Ortiz ofrecía lecturas alternativas que reconocían la complejidad social y cultural del país.

III. Elementos constitutivos del constitucionalismo comunitario

Como ya se vio en la Argentina de las décadas de 1920 y 1930, los principales movimientos políticos —representados por el radicalismo de Hipólito Yrigoyen y la reacción conservadora encabezada por José Félix Uriburu— no se adscribieron de manera rigurosa a los postulados del liberalismo clásico. Aunque la figura de Agustín P. Justo supuso un retorno formal a ciertos moldes institucionales liberales, el contexto global signado por la crisis financiera de 1929 y la inminencia de un nuevo conflicto mundial, impuso la necesidad de adoptar políticas intervencionistas en materia económica y social²². En paralelo, el ámbito académico argentino, particularmente en las universidades reformistas, comenzó a gestar un pensamiento de matriz comunitaria, contrario al individualismo jurídico decimonónico y favorable a propuestas de nacionalización y reforma estructural del Estado.

Esta efervescencia teórica e ideológica se tradujo en una crítica creciente a la Constitución liberal de 1853/60, cuya matriz iluminista se revelaba anacrónica ante los desafíos del siglo XX. Las nuevas exigencias colectivas, culturales, estéticas, epistémicas, económicas y políticas requerían una arquitectura constitucional capaz

22 HALPERÍN DONGHI, Tulio, *La Argentina y la tormenta del mundo: Ideas e ideologías entre 1930 y 1945*, Ariel, Buenos Aires, 2005.

de reflejar la transformación de las relaciones entre el Estado y la comunidad. En este marco, el constitucionalismo de orientación comunitaria comenzó a perfilarse como alternativa al paradigma liberal individualista, propugnando un rediseño institucional que incluyera ejecutivos fortalecidos y mecanismos formales de representación de intereses sociales organizados.

Dentro de las corrientes que critican al constitucionalismo liberal, encontramos la irrupción del constitucionalismo social, en tanto corriente doctrinaria de alcance global, encontró su primera expresión normativa en la Constitución mexicana de 1917, nacida del proceso revolucionario que había conmocionado a esa Nación. Este texto, sin romper totalmente con la tradición liberal decimonónica, incorporó principios de justicia social, nacionalismo económico y secularismo, configurando así una estructura jurídica donde se articulaban derechos individuales y sociales. Entre sus disposiciones más notables se encuentran la consagración del derecho al trabajo, la jornada laboral limitada, el derecho a la educación pública laica y gratuita, y la propiedad originaria del Estado sobre los recursos naturales.²³

Del otro lado del Atlántico, inscripto en la tradición social, la Constitución de Weimar de 1919 marcó un hito en el constitucionalismo europeo al integrar un catálogo de derechos económicos, sociales y culturales a los ya reconocidos derechos civiles y políticos. Este texto, influido por la socialdemocracia alemana, buscaba responder al colapso del Imperio y a las demandas de una sociedad fuertemente industrializada y conflictiva. Si bien estableció los fundamentos normativos de un Estado Social de Derecho, su aplicación efectiva se vio obstaculizada por la polarización política y la inestabilidad institucional que caracterizó a la República de Weimar, desembocando finalmente en su desintegración con el ascenso del nacionalsocialismo.²⁴

Es necesario señalar que el constitucionalismo comunitario, surgido en el sur del continente americano, no debe confundirse con los enfoques contemporáneos del constitucionalismo popular o el populismo constitucional. Aunque todos comparten una crítica al modelo liberal-clásico y a sus formas de representación política, difieren en su concepción del sujeto constituyente. Mientras el populismo constitucional, en su vertiente más radical, tiende a identificar al pueblo como una unidad moral y política encarnada en la figura de un líder carismático²⁵, el constitucionalismo comunitario adopta una noción relacional y organizada de la comunidad,

23 FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el constitucionalismo latinoamericano*, UNAM, México D.F., 2000.

24 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado constitucional*, Trotta, Madrid, 2007.

25 GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el lugar de los jueces en las democracias contemporáneas*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.

que rechaza tanto el atomismo individualista como la homogeneidad populista de carácter artificial.

La noción de “comunidad organizada” invita a reflexionar sobre un entramado solidario donde el individuo encuentra su espiritualidad y compromiso con el bien común. A diferencia del racionalismo iluminista, el constitucionalismo comunitario se fundamenta en una realidad viva, donde la Constitución emerge como síntesis histórica. Así, se erige como una herramienta de consolidación que articula las vivencias de un pueblo en su búsqueda por la justicia, independencia y soberanía permitiendo construir un orden jurídico que responda a esos intereses nacionales.

En este sentido, se aproxima a las intuiciones del constitucionalismo popular al propugnar un acercamiento de la Constitución a la vida del pueblo, pero se aparta del mismo al rechazar cualquier forma de esencialización o unificación del sujeto popular. Para la tradición comunitaria, la Constitución no es el punto de partida de una construcción institucional, sino el punto de llegada de un proceso histórico de autodeterminación colectiva. Es, en términos de Arturo Enrique Sampay, “el instrumento jurídico que consagra las conquistas de una comunidad en su camino hacia la felicidad y la grandeza nacional”.²⁶

El constitucionalismo comunitario tiene su epicentro fundacional en la Argentina del período 1943-1955, particularmente a partir del 17 de octubre de 1945, fecha en la que los trabajadores organizados protagonizaron una irrupción masiva y autónoma en el escenario político nacional. En este sentido, este fenómeno popular no fue espontáneo ni irracional, sino el resultado de un largo proceso de constitución subjetiva del sector trabajador consciente de sus derechos y su centralidad en la vida del país. Esta movilización, que la oligarquía liberal descalificó peyorativamente como “aluvión zoológico”, constituyó en realidad el acto fundacional de una nueva legitimidad político-constitucional, basada en la participación activa de los sectores hasta entonces postergados.

La Constitución de 1949, elaborada por una Asamblea Constituyente en la que participaron juristas de la talla de Arturo Sampay, el cual insistía en que el fundamento de la Constitución debía hallarse en la voluntad histórica de un pueblo organizado, no en sistemas deductivos abstractos. Así, frente a la Constitución de 1853 —modelo de racionalismo liberal—, la de 1949 representaba una “Constitución real”, construida sobre la experiencia viva de un pueblo que había asumido su destino en la historia.²⁷

26 SAMPAY, A. Op. Cit., 2001

27 SAMPAY, A. E. *“Introducción a la teoría del Estado”*. Buenos Aires: Colihue, 2007.

Desde esta perspectiva, la Constitución no es una técnica de gobierno ni una garantía de derechos formales, sino un gran acuerdo colectivo que orienta el desarrollo espiritual y material de una comunidad que se autodetermina. Que se diferencia de las grandes codificaciones del Occidente, no busca subsumir la realidad a la norma, sino consagrar constitucionalmente una realidad transformada por la acción política del pueblo. En este sentido, el constitucionalismo comunitario se constituye como una original elaboración desde la periferia del extremo austral, que plantea una crítica al colonialismo epistemológico “sin beneficio de inventario” y propone un modelo alternativo de institucionalidad, basado en la justicia social, la independencia económica, la cultura nacional y la soberanía política.

III.1.Sustrato filosófico: la Comunidad Organizada

La Constitución de 1949, como así también muchas constituciones provinciales posteriores son el efecto político de ese discurso de Juan Domingo Perón donde plantea la idea política de “Comunidad Organizada”. Dicha idea-fuerza presenta dos lecturas posibles para 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 aparatos 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”*.²⁸ En este sentido, nos señala Roy Williams²⁹ 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, es considerado por distintos autores como el más relevante en el orden a la exposición de sus ideas.

Para comprender mejor cómo la categoría de comunidad organizada es la pieza fundamental de la corriente comunitaria, es necesario contrastarla con la noción de sociedad, que de acuerdo a la filosofía política moderna europea se la concibe como un acuerdo, explícito o implícito, que representa los intereses de las partes involucradas. Según la interpretación hobbesiana del contrato social, este acuerdo

28 BUELA, A., *La Constitución chaqueña de Evita. Los Sindicatos al Poder. 1951*, recuperado de <https://nacionalypopular.com/2018/09/21/la-constitucion-chaquena-de-evita-los-sindicatos-al-poder-1951/> (consultado el 12 de abril de 2024).

29 WILLIAMS, R. C., *Fenomenología del peronismo*, Biblios, Buenos Aires, 2015, p. 173.

busca salir del estado de naturaleza y establecer un entorno regulado por la ley para asegurar la paz y evitar conflictos constantes. En este contexto, el soberano, aunque no participe de igual a igual en el acuerdo, se presenta como la figura principal que establece las normas por encima de los individuos³⁰

Esta concepción de la sociedad como un acuerdo artificial, basado en la suma de individualidades impulsada por la voluntad de hombres racionales e iguales, se asemeja a una convención mercantil donde prevalecen los intereses individuales sobre los colectivos. En este sentido, John Locke, padre del liberalismo político, establece que los derechos individuales como fundamentales para asegurar la libertad y seguridad de los individuos, sin mediar organizaciones entre el individuo y la sociedad civil.³¹

En el discurso citado, Juan D. Perón delineó una concepción comunitaria de la política fundada en la primacía del pueblo como sujeto activo del proceso político y social. En este marco, el justicialismo propone una comunidad que persigue tanto fines espirituales como materiales, y que aspira a una superación constante en dirección al bien común, donde el individuo se realiza en y con la comunidad. El Estado y el Gobierno no son fines en sí mismos ni centros de soberanía, sino órganos al servicio del pueblo, cuya voluntad constituye la fuente originaria del poder político. Esta inversión jerárquica en favor del pueblo se expresa en términos filosóficos mediante la alusión a Spinoza: “sentimos, experimentamos, que somos eternos”, lo que en clave política remite a una comunidad histórica, trascendente y con conciencia de sí misma como fuente de legitimidad y dirección del proceso político.³²

Para hacer operativo ese principio, el justicialismo ideó la noción de comunidad organizada, caracterizada por una estructura tripartita donde el Gobierno centraliza la planificación, el Estado descentraliza la ejecución y el Pueblo se organiza autónomamente como fuente y destinatario del poder. Las “organizaciones libres del pueblo” —tal como las denomina la doctrina justicialista— no forman parte del aparato estatal ni son manipuladas por él, sino que se constituyen en expresiones autónomas de la sociedad civil, surgidas de la libre asociación y orientadas a colaborar activamente en el diseño y ejecución de las políticas públicas. Según Pestanha, Bonforti y Carrasco, esta concepción se contrapone al individualismo liberal y al corporativismo autoritario, al entender que la realización humana es inseparable de una comunidad

30 ZAGARI, A., *Diferencias entre sociedad civil y comunidad*, recuperado de <http://nomeolvidesorg.com.ar/archivo/diferencias-entre-sociedad-civil-y-comunidad-autora-ana-zagari/> (consultado el 13 de abril de 2024).

31 LOCKE, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Espasa Calpe, Madrid, 1991.

32 PERÓN, J. D., *La comunidad organizada*, Ed. Fabbro, Buenos Aires, 2015.

plural que se autodetermina en función del bien común, con el menor nivel de injerencia estatal posible.³³ Así, el poder político emerge de la comunidad organizada, se proyecta sobre las instituciones estatales y retorna a la comunidad mediante políticas orientadas a la justicia social, en un circuito virtuoso donde el pueblo no delega su soberanía sino que la ejerce de manera permanente y organizada.

III.2. Las organizaciones libres del pueblo

En orden a lo mencionado, Peron construyó una teoría política en la cual el gobierno centraliza la concepción y planificación en la figura del Presidente de la República, que representa la encarnación de la legitimidad democrática, el Estado descentraliza la ejecución colocando el poder de decisión lo más cerca posible de la base, en provincias y municipios, fortaleciendo así la participación y legitimidad democrática, así, el pueblo se organiza como el actor principal que lleva a cabo el proyecto político, donde el protagonismo es de las “organizaciones libres del pueblo” como núcleo de una democracia participativa que amplía el sistema de representación política y fortalece su legitimidad. Es a partir de la armonización de esta triada, que el pueblo no es una masa inorgánica y pasiva que delega su poder en representantes, sino que participa activamente mediante la organización de asociaciones e instituciones que él mismo crea. Son aquellas agrupaciones humanas que no están integradas al aparato estatal como promovían las doctrinas corporativistas³⁴ —sino, muy por el contrario— se les garantiza su propio proceso de autorganización mediante la menor intervención posible del sector público sobre ellas.

Según Pestanha, Bonforti y Carrasco, esta categoría se enmarca en una concepción filosófica opuesta al individualismo liberal, que enfatizaba una visión antropocéntrica y hedonista centrada en el individuo. En cambio, afirmaban que la realización humana sólo podía lograrse de manera integral en una comunidad formada por diversas organizaciones. El término “libres” refiere a la necesidad de que estas organizaciones mantengan la máxima independencia posible del Estado, siendo expresiones prácticas, materiales y espirituales de la autoorganización humana. Ade-

33 PESTANHA, F., BONFORTI, E. y CARRASCO, G., “Organizaciones Libres del Pueblo: Un modelo de relación estado comunidad”, en *Revista Escenarios*, Unión para el Personal Civil de la Nación – UPCN, Buenos Aires, 2017.

34 Según Schmitter el corporativismo puede definirse como un sistema de representación de intereses en el cual las partes constitutivas están organizadas dentro de un número limitado de categorías singulares, obligatorias, jerárquicamente ordenadas y funcionalmente diferenciadas, reconocidas o autorizadas por el Estado. Estas categorías poseen un deliberado monopolio de representación dentro de sus respectivos sectores, a cambio de cumplir ciertos controles en la selección de líderes y en la articulación de demandas y apoyos.

más, la combinación semántica “del Pueblo” se relaciona con el origen y la naturaleza de estas organizaciones, es decir, su pertenencia inherente a una comunidad nacional específica, que implica una conexión esencial con ella.³⁵

En el ideario justicialista, las organizaciones libres del pueblo se integran con los tres factores claves: Gobierno, Estado y Pueblo, que operan en armonía coordinada. El Estado se subordina completamente al Gobierno, mientras que las diversas organizaciones libres del pueblo colaboran de manera inteligente con el Gobierno y las instituciones estatales. De esta manera, la comunidad organizada genera un poder político real que permite mantener un sistema social equilibrado para alcanzar una vida buena. Este poder surge de la comunidad y se proyecta a través de los aparatos del Estado, actuando como un factor concurrente que beneficia a toda la comunidad mediante las políticas adecuadas implementadas por el gobierno.

III.3. La colaboración social

Sin duda, la noción de comunidad organizada y las organizaciones libres del pueblo se benefician enormemente del principio de “colaboración social” propuesto por Figuerola . En este sentido, para comprender plenamente la magnitud de la corriente comunitaria, es esencial considerar un concepto integral que busca resolver los problemas sociales mediante una cooperación activa entre el Estado y los diversos sectores de la comunidad, especialmente el capital y el trabajo. Figuerola, en este sentido sostiene que entender el contexto en el que surgen estos problemas sociales es crucial para encontrar soluciones efectivas.³⁶

El mencionado autor, -quien cumplió un rol fundamental durante el primer gobierno de Perón-, propone un modelo donde el Estado desempeña un papel activo en la promoción y regulación de la producción económica, asegurando los derechos y exigiendo los deberes de todos los involucrados. Esta intervención estatal busca suplir las deficiencias de los individuos y garantizar el bienestar de la comunidad. En este sentido, Figuerola (1943) enfatiza que la colaboración social implica una relación armónica entre el Estado y los diversos actores, especialmente entre empleadores y trabajadores. Esta relación requiere una comprensión profunda de las necesidades tanto materiales como espirituales de la comunidad, arraigada en la realidad comunitaria y no en teorías abstractas. Además, aboga por la creación de instituciones paritarias que representen los intereses tanto de los empleadores como de los trabajadores, lo cual refleja dos principios fundamentales del justicialismo,

35 PESTANHA, F., BONFORTI, E. y CARRASCO, G., Op. Cit.

36 FIGUEROLA Y TRESSOLS, J. F., *La colaboración social en Hispanoamérica*, Sudamericana, Buenos Aires, 1943.

que parafraseados son: la primacía de una única clase de hombres, aquellos que trabajan, y la orientación de la economía hacia el servicio del bienestar social mediante la colocación del capital al servicio de la economía social.³⁷

Abonando a esta concepción de Figuerola, Perón en “La Comunidad Organizada”, afirmaba: “La lucha de clases no puede ser considerada hoy en ese aspecto que ensombrece toda esperanza de fraternidad humana. En el mundo, sin lugar a soluciones de violencia, gana terreno la persuasión de que la colaboración social y la dignificación de la humanidad constituyen hechos no tanto deseables como inexorables. La llamada lucha de clases, como tal, se encuentra en trance de superación”.³⁸

III.4. La influencia del pensamiento socialcristiano

La convicción de Arturo Sampay dio un sentido cristiano y filosófico al proyecto constitucional. No cabe duda que el pensamiento del jurista entrerriano, así como el de otros autores de la época, encontró fuerte influencia en lo que se conoció como el nuevo humanismo cristiano, impulsado por una renovación de la Iglesia Católica a partir de las encíclicas *Rerum Novarum*³⁹ y *Quadragesimo Anno*⁴⁰. La renovación cristiana, a su vez, se enriqueció con los aportes de numerosos autores americanos imbuidos del espíritu reformista que insufló la reacción antipositivista, una corriente centrada en la crítica al utilitarismo, al determinismo social y a la lógica del progreso indefinido. Nutrida de un vitalismo esencial, esta reacción propuso una axiología humanista con miras a recuperar ciertos valores rechazados por el positivismo.⁴¹ En este sentido, encontramos en la doctrina social que el concepto de dignidad del ser humano —que es tomado por el justicialismo como valor supremo—, es orientado a hacer posible una comunidad en la que cada individuo

37 Ambos apogemas convergen en la visión justicialista de promover la cooperación entre capital y trabajo como una alternativa a la lucha de clases. Se enfatiza en la dignificación del trabajo y la eliminación de la explotación del hombre. Esta perspectiva busca humanizar el capital, elevando así la cultura y reconociendo la importancia del equilibrio entre el individuo y la colectividad. En este marco, el Justicialismo propone una única clase reconocida: la de los hombres que trabajan. Esta filosofía busca suprimir la explotación del hombre por el hombre y garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores, ancianos, niños y familias. En esencia, se plantea una doctrina de equilibrio y armonía social que promueva la dignidad humana a través de la cooperación y la justicia social.

38 PERÓN, J. D., Op. Cit. 2015

39 Es la primera encíclica social de la Iglesia católica. Fue promulgada por el papa León XIII el viernes 15 de mayo de 1891.

40 Encíclica del Papa Pío XI, promulgada el 15 de mayo de 1931.

41 PESTANHA, F., “La Constitución de 1949 como producto histórico-cultural”, en CHOLVIS, J. F. (Comp.), *La Constitución de 1949 - Vigencia de sus principios básicos y consecuencias de su derogación*, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

tenga la posibilidad concreta de forjar y labrar su destino personal, en el seno de una comunidad que se realiza como tal.

Es relevante señalar que el justicialismo siempre se identificó con la tradición hispano-católica, a diferencia de la experiencia revolucionaria mexicana que dio origen a la Constitución de Queretano⁴². Sin embargo, Perón no abrazó esta tradición simplemente por la defensa de sus valores arraigados; en su opinión, era crucial actualizar el cristianismo para que estuviera en sintonía con los tiempos modernos. Desde su perspectiva evolucionista, consideraba necesario incorporar la tradición hispano-católica al Estado y ponerla al servicio completo del mismo. En esta línea de pensamiento, la evolución implicaba integrar la religión católica de manera inherente al Estado, lo que permitiría que éste cumpliera con los más profundos objetivos del hombre. Perón diseñó su política basándose en los principios de la religión católica, interpretados a través de una filosofía del ser y de la filosofía de la praxis. De esta manera, la lógica de la pura práctica sería la clave para adaptarnos a las demandas de cada momento histórico. No obstante, Sampay señaló que el alma de la concepción política, están dados por la primacía de la persona humana y de su destino. Y para reafirmar su postura, recurría a una frase de Perón que rezaba “El Estado es para el hombre y no el hombre para el Estado”.⁴³

En la encíclica *Quadragesimo anno* las críticas al capitalismo aparecen implícitamente en la marca con que Sampay impregna el texto constitucional, ya que las consecuencias del espíritu individualista en el campo económico se manifestaban por entonces con plena crudeza. La denuncia contenida en dicha encíclica señala que la libre concurrencia se ha destrozado a sí misma; la prepotencia económica ha suplantado al mercado libre; al deseo de lucro ha sucedido la ambición desenfrenada de poder; toda la economía se ha hecho extremadamente dura, cruel, implacable.

42 La Revolución mexicana provocó cambios en el ámbito religioso, muchos revolucionarios manifestaron una postura anticlerical, culpando a la Iglesia de problemas como el retraso económico y el analfabetismo, lo que resultó en el exilio de varios clérigos. Venustiano Carranza convocó un Congreso Constituyente en 1916 para reformar la Constitución de 1857, adaptándola a las nuevas circunstancias revolucionarias. La Asamblea Constituyente adoptó un enfoque más radical, estableciendo un proyecto de nación laico que restringía la acción de la Iglesia católica. Según José Miguel Romero de Solís, los constituyentes tenían una clara intención de afectar a la Iglesia, mientras que Bernal Tavares sostiene que la nueva Constitución reforzó la autoridad del Estado sobre la Iglesia. Félix Palavicini, un protagonista clave, apoyó la creación de un marco jurídico más antirreligioso que el anterior. Francisco Múgica consideró al clero como enemigo de la patria, y la nueva Constitución reflejó este sentimiento al restringir significativamente la participación de la Iglesia en la sociedad. Edgar Danés menciona que la legislación se centró en la libertad religiosa y las relaciones del Estado con las instituciones religiosas, generando tensión entre el Estado revolucionario y la Iglesia. A pesar de intentos moderados de Carranza, el proyecto de un Estado laico prevaleció, consolidando la Constitución de 1917 como una norma ajena a cualquier doctrina religiosa y limitando la acción de la Iglesia católica.

43 SAMPAY, A. E., Op. Cit. 1944

En este sentido, sostiene una crítica al capitalismo como nuevo modelo de sociedad y propone una Tercera Vía, intentando de esta forma encontrar un camino intermedio que evitara tanto la fragmentación social de las repúblicas liberales, como el estatismo de los regímenes totalitarios.

III.5. Estado democrático de justicia social

El contraste entre el Estado de Bienestar y el Estado Justicialista —también denominado Estado Democrático de Justicia Social— revela divergencias estructurales tanto en sus fundamentos doctrinarios como en sus finalidades políticas. Si bien el Estado de Bienestar puede rastrear sus orígenes en la Prusia de Bismarck, y el modelo keynesiano adquirió centralidad tras la Segunda Guerra Mundial, ambos surgieron como estrategias para preservar la continuidad del capitalismo liberal ante sus crisis recurrentes. Tal como señalan Pestanha, Arribá y Montiel, el objetivo de estas configuraciones estatales era sostener el equilibrio económico mediante el incremento del gasto público, la intervención reguladora del Estado y ciertas políticas redistributivas limitadas.⁴⁴ En cambio, el Estado Justicialista liderado por Juan Domingo Perón proponía una superación de esa lógica, fundamentada en una concepción integral del trabajo como valor material y espiritual, y orientada a la justicia social como principio ordenador del cuerpo político. En tal modelo, el Estado deja de ser un mero árbitro económico para convertirse en un instrumento al servicio de la comunidad organizada y de la realización plena del pueblo.

A diferencia de las formas típicas del Estado de Bienestar —ya sea en sus variantes socialdemócrata (como en Escandinavia o el Reino Unido), liberal (como el New Deal norteamericano) o corporativa autoritaria (como en el fascismo italiano)— que concebían al Estado como corrector de las desigualdades producidas por el mercado, el justicialismo sostenía una concepción orgánica y finalista del Estado como promotor activo de un orden social armónico, guiado por fines trascendentes. Dichos fines no se reducían al bienestar material, sino que incluían la grandeza de la Nación y la felicidad del Pueblo, objetivos que se traducían jurídicamente en derechos sociales concretos: vivienda, salud, educación, dignidad laboral, protección de los ancianos, los niños y la familia. Esta orientación respondía a una cosmovisión fundada en la Tercera Posición, que rechazaba tanto el liberalismo capitalista como el colectivismo soviético, a los que acusaba de sacrificar al hombre en nombre del mercado o del Estado. Frente a ello, el justicialismo proponía una espiritualidad comunitaria centrada en la persona humana en relación con su comunidad, como base del constitucionalismo social y comunitario argentino. En suma, mientras el Estado

44 PESTANHA, F. J., ARRIBÁ, S. y MONTIEL, M., Op. Cit.

de Bienestar constituyó una corrección interna del capitalismo, el Estado Justicialista proyectó una transformación estructural basada en la valorización humanista del trabajo y del capital dentro de un horizonte de soberanía política, independencia económica y afirmación cultural desde la periferia latinoamericana.

III.6. Constitucionalización de una realidad justa, libre y soberana

La noción moderna que entiende al texto constitucional como la norma suprema escrita que da forma a la realidad social se contrapone profundamente con el enfoque del constitucionalismo comunitario, en el cual la Constitución no impone un orden ideal sino que reconoce y formaliza una realidad preexistente, caracterizada por la justicia social, la libertad y la soberanía nacional. En el caso argentino, la Constitución de 1949 no surgió de una construcción teórica apriorística, sino de la voluntad política de consagrar en normas jurídicas los logros sociales y políticos alcanzados desde el 17 de octubre de 1945. Esta perspectiva se fundamenta en la idea de que el texto constitucional debe reflejar el ethos de una comunidad históricamente determinada, consolidando en el plano jurídico aquello que ya era efectivo en la praxis social y política de la Nación. Tal orientación se tradujo en la incorporación de derechos laborales, previsionales, educativos y culturales que ya eran ejercidos por amplios sectores del pueblo argentino, institucionalizándolos como conquistas permanentes del nuevo orden político.⁴⁵

En oposición a este paradigma comunitario, el constitucionalismo iluminista o apriorístico —de raíz decimonónica— se erigía sobre abstracciones racionalistas que pretendían universalizar modelos institucionales al margen de las condiciones sociales e históricas concretas. Inspirado en autores como Jeremías Bentham, este enfoque fue adoptado por figuras como Bernardino Rivadavia, que propiciaron una concepción normativista y elitista del orden jurídico. Estas constituciones pretendían ser el resultado de una ingeniería racional sin anclaje en las necesidades ni en las aspiraciones populares, replicando modelos ajenos sin mediación crítica.⁴⁶ Frente a ello, Arturo Sampay, junto con juristas como Pablo Ramella y Joaquín Díaz de Vivar, sostuvo que la Constitución de 1949 debía expresar un orden jurídico que naciera del seno mismo del pueblo argentino, enraizado en sus experiencias, valores y objetivos colectivos. La misión del derecho constitucional, entonces, era consagrar

45 GONZÁLEZ ARZAC, A. R., “La Constitución Justicialista de 1949”, Ed. Fabbro, Buenos Aires, 2016.

46 GONZÁLEZ ARZAC, A., *Filosofía constitucional argentina*, Buenos Aires, Quinqué Editores, 2008.

los fundamentos del bienestar popular en clave de justicia social y no simplemente formalizar equilibrios institucionales o lógicas abstractas de poder.⁴⁷

Esta concepción del constitucionalismo comunitario encontró su correlato en la interpretación judicial de la Corte Suprema durante la vigencia de la Constitución de 1949, especialmente a través de la actuación del juez Tomás Casares. En lugar de reproducir la lógica del liberalismo económico precedente, Casares propuso una jurisprudencia fundada en el bien común, priorizando la función social de los derechos frente a su formulación individualista. La Corte, en ese contexto, comenzó a adaptar el derecho vigente a los principios del justicialismo, extendiendo por ejemplo el alcance del habeas corpus (fallo del 11 de mayo de 1950), e introduciendo un enfoque protector de los derechos sociales. La jurisprudencia de este período atravesó distintas etapas, desde un iusnaturalismo moderado hasta una consolidación del ideario justicialista, como analiza Abasolo.⁴⁸ En fallos como “Rosevich c/ Banco Polaco” (1949), la Corte reconoció facultades regulatorias al Ejecutivo incluso en tiempos de paz, siempre que las normas fuesen compatibles con la ley, y convalidó también la intervención del Estado en contratos de locación de servicios para proteger a los trabajadores. Estas decisiones reflejan la voluntad de construir un “nuevo derecho”, basado en el reconocimiento de los valores comunitarios y el protagonismo del pueblo en la vida jurídica del país.

III.7. La deuda de la Constitución de 1949: la reforma del sistema de representación política

En la década de 1930, las ideas corporativistas de Rómulo Amadeo, expuestas en su obra “El gobierno de las profesiones y la representación proporcional”, generaron un amplio debate sobre la representación en las democracias liberales. Amadeo sostenía que el Estado no debía intervenir en la vida económica de la Nación y que las profesiones debían gobernarse de manera autónoma, alineándose solo con los intereses generales que el Estado representaba.⁴⁹ Este pensamiento marcó un cambio significativo, pasando del individualismo de la Revolución Francesa a una visión de agremiación, donde se buscaba que las organizaciones sociales y profesionales asumieran un rol activo en el control de una economía cada vez más compleja.

47 GONZALEZ ARZAC, A. Op. Cit., 2016

48 ABÁSULO, E., “La Corte Suprema durante el régimen peronista (1947-1955)”, en SANTIAGO, A. (h.), Historia de la Corte Suprema Argentina: II, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2014.

49 AMADEO, R., El gobierno de las profesiones y la representación proporcional, Sebastián Amorrortu, Buenos Aires, 1922.

A pesar de que las ideas de Amadeo y otros pensadores corporativistas cobraron fuerza en la preparación de la reforma constitucional de 1949, la nueva Constitución no receptó ninguna forma de representación orgánica o funcional. Durante una encuesta realizada entre docentes de la Universidad de Buenos Aires, la mayoría se opuso a innovaciones en la representación parlamentaria.⁵⁰ Sin embargo, un sector minoritario abogó por formas de representación que incluyeran organizaciones sociales, siguiendo el modelo propuesto por Carlos Ibarguren⁵¹, quien defendía una “verdadera democracia” estructurada mediante organizaciones complejas que representaran al pueblo.

En contraste, la Constitución de la provincia Pte Peron (Chaco), sancionada en 1951, introdujo cambios significativos al sistema de representación política. A diferencia de la Constitución Nacional de 1949, la chaqueña propuso un modelo que permitía la inclusión de representantes de organizaciones profesionales y gremiales directamente en la Cámara de Diputados. Este sistema de “doble voto” no solo buscaba dar voz a sectores históricamente excluidos, sino que también fomentaba la organización del pueblo en función de sus intereses específicos, reflejando así una concepción comunitaria de la representación.⁵²

En resumen, mientras que la Constitución de 1949 mantuvo un enfoque tradicional y centralizado en la representación política, la Constitución chaqueña de 1951

50 LEGÓN, F., “Reformas democráticas y supremacía constitucional”, en *Cuestiones de política y derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1951. BUKOVAK, C., Las ideas y proyectos corporativistas en la Argentina del siglo XX, recuperado de <https://rehip.unr.edu.ar/handle/2133/6489?show=full> (consultado el 12 de enero de 2019). ABERG COBO, M., Reforma electoral y sufragio familiar, Kraft, Buenos Aires, 1944.

51 IBARGUREN, C., *La Historia que he vivido*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1989.

52 BUELA, A., *La Constitución chaqueña de Evita. Los Sindicatos al Poder*. 1951, recuperado de <https://nacionalypopular.com/2018/09/21/la-constitucion-chaqueña-de-evita-los-sindicatos-al-poder-1951/> (consultado el 12 de abril de 2024). DJORDJEVICH, J., Yugoslavia. Democracia Socialista, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1961. KARDELJ, E., “El sistema político autogestionario”, en HARNECKER, M. (Ed.), *El sistema político yugoslavo: Buscando un camino alternativo al sistema representativo burgués y al sistema estatista soviético*, Centro Internacional Miranda, Caracas, 2007. FERREIRA, H., 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, recuperado de <https://www.diputados.gov.ar/comisiones/permanentes/caconstitucionales/proyectos/proyecto.jsp?exp=5799-D-2014> (consultado el 23 de junio de 2023). MAYOR, S., De Belgrado a Resistencia: la influencia yugoslava en la constitución peronista del Chaco, recuperado de <https://www.notasperiodismopopular.com.ar/2017/01/12/belgrado-resistencia-influencia-yugoslavia-constitucion-peronista-chaco/> (consultado el 24 de junio de 2023). LEONI, M. S., y SOLÍS CARNICER, M. M., “Peronismo, diseño institucional y centralización política. Un análisis a partir de dos espacios subnacionales argentinos: Corrientes y Chaco (1946-1955)”, en Iberoamericana, Ed. Ibero-Amerikanische Institut Preußischer Kulturbesitz, Madrid, 2015. MAGGIO, M., “El peronismo en el Chaco. Una aproximación a sus orígenes”, en LEONI, M. S., y SOLÍS CARNICER, M. M. (comp.), *La política en los espacios subnacionales. Provincias y Territorios en el nordeste argentino (1880-1955)*, Prohistoria, Rosario, 2012

armonizó la representación partidaria con las organizaciones libres del pueblo. Este cambio representó un avance hacia una democracia más inclusiva y participativa, donde los intereses de diferentes sectores de la sociedad podían ser expresados de manera directa en el ámbito legislativo, marcando un paso significativo en la evolución del constitucionalismo argentino.

IV. Conclusiones

El constitucionalismo comunitario ofrece una visión paradigmática que se proyecta como una alternativa necesaria frente a las limitaciones estructurales del constitucionalismo liberal clásico, las interpretaciones del constitucionalismo social, el neoconstitucionalismo, el constitucionalismo popular y populista, entre otras corrientes. Al fundamentarse en una concepción ontológica del ser-en-común, este modelo interpela el modo en que se entiende la soberanía, la legitimidad y la participación política. No se trata meramente de reconocer derechos individuales o sociales, sino de instituir una comunidad política activa, que se configura a través de organizaciones libres, autónomas y participativas, con la capacidad real de incidir en la construcción normativa y en las decisiones públicas. Esta forma de entender la comunidad como sujeto político pone en tensión las prácticas representacionales tradicionales y abre la posibilidad de formas de democracia directa y participativa enraizadas en la vida social concreta.

La importancia histórica del constitucionalismo comunitario reside en su carácter situado, es decir, en su capacidad para expresar las particularidades culturales, sociales y políticas de un pueblo que se reconoce en un proyecto de nación soberana y justa. La Constitución de 1949 no solo amplió el catálogo de derechos sino que reconfiguró el sujeto constitucional, desplazando el individualismo liberal hacia una concepción comunitaria que articula derechos, deberes y participación desde una perspectiva integral. Este cambio radical, que implicó un quiebre con la hegemonía oligárquica y un replanteo del Estado como instrumento al servicio del pueblo organizado, pone de manifiesto la potencia de un constitucionalismo que no se limita a la letra de la norma sino que se despliega en la praxis social y política.

Asimismo, la experiencia concreta de la Constitución del Chaco de 1951 reafirma el alcance institucional y normativo de esta corriente, mostrando cómo la comunidad organizada puede encontrar expresiones institucionales que trascienden las dicotomías tradicionales entre el Estado y las organizaciones de la comunidad. Este modelo introduce mecanismos innovadores de representación y participación que ponen en jaque el corporativismo autoritario y el parlamentarismo representativo

clásico, proponiendo un entramado institucional plural y dinámico que fortalece la democracia desde sus bases.

La crisis de los modelos constitucionales hegemónicos, la fragilidad de las instituciones representativas y la desconexión entre las élites políticas y las demandas comunitarias subrayan la necesidad de retomar esta tradición como una fuente viva de inspiración para la reforma constitucional y la revitalización democrática. En este sentido, revitalizar el constitucionalismo comunitario implica no solo un ejercicio de recuperación histórica sino una tarea política y jurídica fundamental para construir un orden constitucional que sea reflejo y herramienta de una comunidad políticamente empoderada y socialmente inclusiva.

Por último, esta propuesta constitucional no debe verse como un mero ideal teórico o un residuo histórico, sino como un paradigma abierto y dinámico que invita a repensar los fundamentos mismos de la democracia, la justicia, la independencia, la cultura nacional y la soberanía. Es un llamado a superar la neutralización histórica y la imitación acrítica de modelos extranjeros para construir una matriz constitucional genuinamente autóctona, arraigada en las experiencias, aspiraciones y valores colectivos. Así, el constitucionalismo comunitario se proyecta como un camino posible y necesario para pensar el derecho constitucional desde la comunidad, como sujeto histórico y político activo, en permanente devenir y transformación.

La unidimensionalidad y algunas de sus repercusiones en el Derecho

ALESANDRO NICOLÁS DE PIAZZA¹

En el presente trabajo, se analizará la obra filosófica de Herbert Marcuse que llevó el título de *El hombre unidimensional* y se indagará sobre algunas de las consecuencias que acarrea aquella unidimensionalidad, descripta de manera crítica por el autor, en la sociedad y -sobre todo- en el Derecho. En su libro, Marcuse nos revela que el sujeto, por más que crea ser libre y oriente sus actos con esa tranquilidad, está sumido en una vorágine dominada por la racionalidad tecnológica, por él denominada “totalidad”, que, en función de ciertos intereses creados, inunda la sociedad de aparatos de control y de falsas necesidades. Así, se genera la única dimensión, que abarca todo y está por todas partes. Mediante un proceso de “mímesis”, queda anulada en el sujeto la condición que le hubiese permitido abstenerse u oponerse a la lógica totalitaria, guiando sus conductas, deseos y aspiraciones conforme a ella. Pues bien, hay manifestaciones de esa totalidad que impactan de lleno en el mundo jurídico y resultan interesantes de identificar. Desde las conductas sociales y masivas frente a casos resonantes, pasando por el rol de los *influencers* hasta la tendencia -cada vez mayor- de abreviar términos y los efectos que ello encubre, nos encontramos en la actualidad con un panorama que parece afirmar la vigencia de los postulados del autor, y respecto del cual continúa resultando fundamental la toma de conciencia sobre la pérdida de autonomía e independencia de pensamientos individuales.

Palabras clave: Marcuse, unidimensionalidad, Derecho

¹ Abogado, Vicepresidente del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Rosario, Adscripto en la asignatura Introducción a la Filosofía y a las Ciencias. Sociales, Facultad de Derecho de la U.N.R.

I. Herbert Marcuse

Marcuse nació en Berlín, Alemania, el 19 de julio de 1898, en el seno de una familia judía. Durante su juventud, fue militante del Partido Socialdemócrata Alemán, aunque abandonó esta afiliación política al proclamarse, en febrero de 1919, la República de Weimar, con Friedrich Ebert como presidente. Fue alumno de Martin Heidegger y participó, en Frankfurt, en el Instituto para la Investigación Social, agrupamiento de pensadores que luego decantaría en la denominada “Escuela de Frankfurt”.

Con el ascenso de Adolf Hitler al poder en 1933, Marcuse se exilió primero en Suiza y, luego, en Francia, para terminar por asentarse en Estados Unidos y comenzar a impartir clases en la Universidad de Columbia. En 1940, adquirió la ciudadanía estadounidense y, hacia 1942, comenzó a trabajar para los servicios de inteligencia de aquel país.

Fue autor de grandes obras, como *Eros y civilización* -1953-, *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada* -1964- y *El final de la utopía* -1967-. Finalmente, murió en Starnberg -República Federal de Alemania- luego de haber sufrido un ataque cerebrovascular, el 29 de julio de 1979.

Posicionándose como un referente de la “nueva izquierda”, aunque renuente de recibir tal calificativo, entre las obras de Marcuse encontramos, como se dijo, *El hombre unidimensional*. En ella polemiza, entre otros temas, acerca de la libertad del sujeto, tanto en su faz individual como en relación con los demás; las necesidades humanas y los intereses creados en torno a su definición en la sociedad; la racionalidad tecnológica y la totalidad que representa; y, en definitiva, la conducta y el pensamiento unidimensionales, que avanzan sobre la condición racional individual de cada sujeto, llegando incluso a anularla.

Una de las afirmaciones iniciales allí presentes consiste en que, bajo un creciente nivel de vida, la disconformidad con el sistema aparece como socialmente inútil². Y esto nos hace reflexionar, preliminarmente, sobre lo expuesto por otros autores que fueron contemporáneos al filósofo alemán: Michel Foucault y Gilles Deleuze.

Foucault -1926-1984-, crítico de las sociedades por él denominadas “disciplinarias”, surgidas entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, advirtió sobre la instauración de una forma de poder que implica control y vigilancia constantes, a manera de un gran “panóptico social”. Este examen continuo presupone que alguien ejerce poder y control sobre otro, y que ese alguien no sólo tiene la capacidad de vigilar, sino también de constituir un saber sobre aquellos a quienes vigila:

2 MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, Ed. Planeta de Agostini, 1985 pág. 32.

*“Este nuevo saber no se organiza en torno a cuestiones tales como ‘¿se hizo esto? o ¿quién lo hizo?’; no se ordena en términos de presencia o ausencia, existencia o no-existencia, se organiza alrededor de la norma, establece qué es lo normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra cosa es correcta, qué se debe o no hacer”*³.

Así, desde las instituciones se pretende formar al individuo —disciplinarlo, normalizarlo— para que responda a las exigencias propias de la sociedad. Si la persona no logra encajar en ese molde, sea porque no logra comprender lo que se espera de él o porque, pudiendo comprenderlo, es rebelde y no quiere obrar en consecuencia, será ubicado en instituciones de carácter residual: el asilo y la cárcel, respectivamente. La norma impuesta a los individuos representa el patrón de conducta “deseada” socialmente, motivo por el cual su desvío, lejos de ser comprendido y tolerado, acarrea un tratamiento más especializado.

En forma de continuación o actualización, Deleuze -1925-1995- puso de manifiesto que, a pesar de haber logrado su apogeo en el siglo XX, las sociedades disciplinarias, luego de la Segunda Guerra Mundial, fueron perdiendo terreno frente a otras fuerzas. Así, aconteció la crisis generalizada de todos los lugares de encierro, siendo las sociedades de control aquellas que las suplantaron:

*“En las sociedades de disciplina siempre se estaba empezando de nuevo -de la escuela al cuartel, del cuartel a la fábrica-, mientras que en las sociedades de control nunca se termina nada: la empresa, la formación, el servicio son los estados metastables y coexistentes de una misma modulación, como un deformador universal”*⁴.

En esta nueva modalidad, el poder y el control ya no son ejercidos en ámbitos cerrados y oscuros, sino a plena luz del día. Incluso, en el caso de que se realice entre cuatro paredes, la modulación parece ser de lo más amena y menos fatal. Por ejemplo, pasar de la casa al trabajo implica frecuentemente pocas diferencias, ni que hablar bajo el moderno sistema de *home office*, casi o nulumamente explorado en la época de Deleuze.

La sociedad de control logra generar un convencimiento -auto-convencimiento- en las personas de que las formas modernas son mejores y proveen a una mayor libertad y autonomía. Ello conduce, en definitiva, a una sensación de conformidad

3 FOUCAULT, Michel, “Cuarta conferencia -La sociedad disciplinaria y la exclusión-”, en *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, 2001, pág. 105.

4 DELEUZE, Gilles, *Posdata sobre las sociedades de control*, en <https://e-tcs.org/wp-content/uploads/2012/04/G-Deleuze-Postdata-sobre-las-sociedades-de-control.pdf>, pág. 4.

con las herramientas proveídas, de las que no sólo no existe necesidad de oponerse, sino de las que cada vez se exigen más mejoras, pero siempre siguiendo la misma lógica.

Ese conformismo deriva, a su vez, en un auto-control de los sujetos en relación a la norma -elemento que sigue presente, aunque con sucesivas variaciones, desde las sociedades disciplinarias-. Ya no es necesario vigilarlos constantemente para corregir desviaciones. Las personas internalizan de tal forma su mandato que la reproducen de manera automática, convencidos de su mayor beneficio y justicia, bajo una falsa sensación de libertad y autonomía.

Han sido necesarias estas referencias antes de adentrarnos en la obra de Marcuse. Porque, si bien este introdujo conceptos novedosos y críticas filosóficas, que valieron la curiosidad y militancia de muchas personas —principalmente jóvenes—, son temas que ya se venían problematizando durante el siglo XX.

II. El hombre unidimensional

En su obra, Marcuse aborda variados temas pero que giran en torno a un eje común: el pensamiento y comportamiento unidimensionales. Describe de qué maneras la capacidad autónoma de utilizar la razón -propia de todo ser humano-, así como la posibilidad de elegir libremente -en otras palabras, “decir que no”-, son socavadas una y otra vez hasta quedar, en ciertos casos, completamente anuladas.

Según el filósofo, una sociedad que parece cada día más capaz de satisfacer las necesidades de los individuos por medio de la forma en que está organizada priva a la independencia de pensamiento, a la autonomía y al derecho de oposición política de su función crítica básica, reduciendo la oposición a la mera promoción y debate de políticas alternativas dentro del *status quo*⁵. Si la sociedad se nos presenta de modo tal que nada escapa a ella, todo ocurre dentro de sus límites y todas las respuestas y soluciones a los problemas se realizan en su seno, nos resulta carente de sentido buscar algo más allá, negarla, huir de su totalidad.

Por ejemplo, cuando tenemos un inconveniente originado en los dispositivos electrónicos, vamos a un buscador de internet para ver si podemos encontrar una solución, y resulta que ésta efectivamente existe. Entonces, no nos pondremos a cuestionar el porqué de fondo del problema: si es evitable, si se debe un resarcimiento por el tiempo perdido y el eventual gasto que debimos realizar o, simplemente, si

5 MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, ob. cit., págs. 31 y 32.

el dispositivo electrónico -que, encima, funciona defectuosamente- es realmente necesario para mí.

En Marcuse también vemos, como nos referimos anteriormente al hablar de Deleuze, un énfasis en la cuestión del conformismo o auto-satisfacción. Este se torna en un requisito indispensable para lograr no sólo que las personas no cuestionen las falencias latentes que ocurran en la sociedad y que motiven la necesidad de grandes cambios o transformaciones, sino también para que su vida entera, sus acciones, deseos y aspiraciones, se vean gobernados, controlados y limitados por las exigencias del sistema.

La totalidad avanza sobre la mente de los individuos y carcome su reservorio de conciencia crítica, haciendo que la persona actúe conforme a lo que se espera de ella y lo que se le impone, sin detenerse a reflexionar sobre las consecuencias o buscar alternativas posibles por fuera de lo esperado o impuesto.

Si la totalidad representa la afirmación de la sociedad industrial avanzada -denominación que utiliza el autor para referirse a la sociedad bajo análisis en su obra-, con las recurrentes modificaciones que no implican otra cosa que su reforzamiento, aquel reservorio de conciencia crítica, inherente a todo ser humano, configura entonces la posibilidad latente de una negación a los mandatos de esta sociedad. Afirmación y posibilidad de negación: dimensión externa y dimensión interna de la existencia del sujeto, que se han visto en pugna a lo largo de la historia.

Sin embargo, en la etapa más alta de esta sociedad es cuando se debilita la dimensión interior, a raíz de la magnitud que cobran la productividad, el progreso técnico y tecnológico y la efectividad para abarcar todo tipo de necesidades, problemas e impotencias.

El término “introyección”, dice el autor, sugiere una variedad de procesos relativamente espontáneos, por medio de los cuales un Ego traspone lo “exterior” en “interior”. Así, vemos, oímos, tocamos y, en definitiva, interpretamos e internalizamos -o no- aquello que se encuentra en una dimensión ajena a nosotros.

En aquel contexto, el ser humano se entrega por completo a la aparente completitud de la totalidad, que lo absorbe y reproduce sobre él, hasta en su fibra más íntima de humanidad, su lógica general de funcionamiento, basada en el proceso mecánico y la organización técnica del aparato. Y, en palabras del autor, esa productividad moviliza a la sociedad entera: *“el hecho brutal de que el poder físico -¿sólo físico?- de la máquina sobrepasa al del individuo, hace de la máquina el*

instrumento más efectivo en cualquier sociedad cuya organización básica sea la del proceso mecanizado”⁶.

Entonces, mediante un proceso de “mímesis” -concepto asimilable a identificación inmediata con la sociedad- se anula en el sujeto la condición que le hubiese permitido abstenerse u oponerse a la lógica predominante. O, al menos, a cierto aspecto de ella.

Este fenómeno no sólo repercute en su faz productiva, sino también en su conducta -personal e interpersonal-, su “pensamiento” -un mero reflejo de la opinión y del sentir originado en el colectivo social- y sus aspiraciones -lo esperado o alentado por el sistema.

Así, surge el modelo de pensamiento y conducta unidimensional, en el que todas las ideas, aspiraciones y objetivos, que trascienden por su contenido al universo establecido del discurso y la acción, son rechazados o reducidos a los términos de este universo⁷. Por ende, se despoja a los sujetos de cualquier atisbo negatorio de la totalidad, que los absorbe y coloca en una realidad que se presenta, constantemente, como superadora y susceptible de ser afirmada una y otra vez.

III. Algunas implicancias de la unidimensionalidad en el Derecho

“El pez nunca descubre que vive en el agua. De hecho, como vive inmerso en ella, su vida transcurre sin advertir su existencia. De igual forma una conducta que se normaliza en un ambiente cultural dominante, se vuelve invisible” (MICHEL FOUCAULT)

Considerando que el autor bajo análisis publicó *El hombre unidimensional* hacia el año 1964, puede resultar un tanto compleja su adaptación a los tiempos que corren. Mas algunos postulados filosóficos son tan potentes que trascienden toda barrera temporal. Tomemos, a modo de ejemplo, la célebre alegoría platónica de la caverna⁸ y la plena vigencia de su contenido filosófico en la actualidad. Por supuesto, con el debido y responsable análisis contextual.

6 Ibidem, pág. 33.

7 Ibidem, pág. 42.

8 Presente en el capítulo VII de la *República* de Platón.

Aquel comportamiento unidimensional que describe el autor en su obra puede observarse, hoy en día, en distintos fenómenos. El famoso “seguir la corriente” se manifiesta en aquellas situaciones en las cuales las personas actúan sin detenerse siquiera por un momento a razonar, internamente, lo que están haciendo: actúan en una especie de inercia social -que Marcuse denominó más correctamente, como vimos, “mímesis”.

La cuestión recae en si existe algo en medio, una instancia de reflexión crítica, de “filtro” en nuestra conciencia, antes de producirse la asimilación. Justamente, la advertencia de Marcuse es que esa instancia está deteriorada o directamente anulada. La introyección no reconoce límites y se produce de una manera total y absoluta. Y la oposición a esto, es decir, la negación y rechazo al *status quo*, cada vez está peor vista. En palabras del autor, la negativa intelectual y emocional a “seguir la corriente” aparece como un signo de neurosis e impotencia⁹.

Adentrándonos en manifestaciones que involucran lo jurídico, nos fuimos acostumbrando a que ciertos sujetos -a veces ocultos- “instalen” determinado dato, moda, aspiración de vida o deseo común, y muchas personas, a raíz de esa “instalación”, los conviertan en propios. Se trata de los hoy conocidos como *influencers*.

Si yo “sigo” a determinados *influencers* que, por ejemplo, recomiendan ciertos destinos turísticos a los cuales viajar, es muy probable que yo también desee viajar a esos lugares. A su vez, que quiera hacerlo de la misma manera que lo hicieron ellos, visitando los mismos sitios y capturando las mismas fotografías. La mimetización tiende a expandirse a cada detalle de lo que aquellos sujetos nos ofrecen.

Mis deseos y expectativas son extremadamente propensos al contenido que consumo de su parte. Ya no serán una expresión del todo genuina o auténtica de mi propia persona, sino un mero reflejo del deseo o expectativa impuesta por otros. Para ello, no hay que obviar las constantes herramientas de identificación y sensibilización que utilizan los *influencers* para hacernos sentir que, en algunos aspectos, nos parecemos mucho a ellos. La relación entre *influencers* y consumidores se caracteriza por la percepción de cercanía, autenticidad y confianza¹⁰. Terminan por constituirse no sólo en —lo comúnmente denominado— formadores de opinión, sino en verdaderos *modelos de vida*.

9 MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, ob. cit., págs. 39 y 40.

10 ARIAS, María Paula y DAGOTTO, Virginia; *Responsabilidad de los influencers como generadores de publicidad comercial*, disponible en la web: https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/18761/1/Responsabilidad_%20influencers.pdf.

Resulta un tema sumamente interesante y amplio el referido al régimen legal que los rige, con la eventual responsabilidad que pudieren tener y, desde ya, la tópica excede por mucho a este artículo. Pero vale remarcar un interrogante que aún no tiene solución clara y definida, al menos en nuestro país: ¿tienen consecuencias legales aquellas actividades que tienden a lograr un comportamiento determinado en sus usuarios o seguidores, cuando dicho comportamiento termina resultando perjudicial o ilícito? Sin dudas, el tema se ha constituido como un verdadero desafío sujeto a constantes reformulaciones.

Por otra parte, en un interesante pasaje de *El hombre unidimensional*, Marcuse hace referencia a la cuestión de las abreviaturas -tales como U.R.S.S.¹¹ y O.T.A.N.¹², entre otras-, respecto del sentido oculto de muchas de ellas. Ocurren por medio de la imposición de un vocabulario y una sintaxis básicos que impiden el paso a la diferenciación, la separación y la distinción:

*“Este lenguaje, que constantemente impone imágenes, milita contra el desarrollo y la expresión de conceptos. Su inmediatez y su estilo directo, impide el pensamiento conceptual; así, impide el pensamiento. Porque el concepto no identifica la cosa y su función (...) el lenguaje funcionalizado, contraído y unificado es el lenguaje del pensamiento unidimensional”*¹³.

Entonces, aquellas imágenes que son impuestas por el lenguaje propio de la sociedad tienden a reemplazar o cercenar el contenido de los conceptos y a impedir la utilización de la razón.

Por poner otros ejemplos, en una campaña electoral el nombre de un partido o frente político suele reducirse a sus siglas, las cuales son evocadas, militadas y aclamadas sin siquiera, quizás, prestarle demasiada atención a las palabras que contienen. Ni hablar del trasfondo del acuerdo electoral, la historia del partido o frente o de los respectivos candidatos que lo conforman, entre otras cuestiones.

En los países latinoamericanos, sorprendería a más de algún distraído que en realidad, a pesar de llevar ya décadas de existencia, el MERCOSUR¹⁴ no ha logrado aún la meta principal de su constitución -y lo que sus siglas significan-: ser un mercado común. Además, y particularmente en nuestro país, las siglas F.M.I.¹⁵,

11 *Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.*

12 *Organización del Tratado del Atlántico Norte.*

13 MARCUSE, Herbert, *El hombre unidimensional*, ob. cit., pág. 125.

14 *Mercado Común del Sur.*

15 *Fondo Monetario Internacional.*

por sí mismas, provocan, de inmediato, múltiples y disímiles sensaciones entre las personas, más allá de la historia del organismo, su composición o sus funciones.

La limitación del número de caracteres de los que podemos disponer en ciertas redes sociales nos lleva, frecuentemente, a abreviar palabras, llegando al punto de no saber con exactitud lo que estamos escribiendo o leyendo o, cuanto menos, no precisar el contexto adecuado de su contenido. Esta funcionalización, contracción y unificación -de las que hablaba Marcuse- nos conduce cada vez más a la ignorancia en relación a los conceptos. O, en su reemplazo, a cierto saber que los simplifica a tal punto de acotarlos a una mera sigla, sin indagar en los porqués.

Por último, si se trata de cuestiones de actualidad relacionadas con el mundo jurídico y que guardan relación con la unidimensionalidad descripta, de forma crítica, por Marcuse, debemos referirnos ineludiblemente a manifestaciones alrededor del Derecho Penal.

Ello es debido a que los casos jurídicos que se tornan más resonantes y sensibilizan e “interesan” a la sociedad toda, suelen ser casos penales. Vale recordar, a modo ejemplificativo, el caso “Blumberg”, acontecido en el año 2004.

En aquel momento, el asesinato -previo secuestro- de Axel Blumberg movilizó a gran parte de la sociedad argentina en reclamo de justicia, encabezado por el padre de la víctima, Juan Carlos Blumberg. Incluso, se organizaron multitudinarias marchas en ese sentido.

Durante el mes de abril de aquel año, fueron aprobándose sucesivamente, con amplio apoyo de diversas fuerzas políticas, varias leyes que tenían como base un petitorio de siete normas. Así, se llegó a la modificación que permite sumar penas hasta los 50 años de cárcel, se elevaron las penas mínimas y máximas para la portación de armas y los robos cometidos con ellas, aumentaron los castigos para los secuestros extorsivos seguidos de muerte y los delitos sexuales y se limitó la libertad condicional para esos y otros delitos considerados “aberrantes”, entre otros grandes cambios¹⁶. Ese paquete legislativo fue denominado, a la postre, “Leyes Blumberg”.

Las sesiones especiales en el Congreso habían comenzado apenas una semana después de la primera marcha convocada por Blumberg. En el recinto, estuvieron como invitados familiares de personas consideradas víctimas de la inseguridad y periodistas. El público allí presente se manifestaba, interrumpía el debate -contrariando el reglamento vigente- y señalaba con gritos y actitudes amenazantes a los que no acompañaban las reformas que proponían¹⁷.

16 Fuente: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-243153-2014-04-01.html>.

17 BORDOY DEL OLMO, Eduardo M.; “Recorrido histórico de las leyes Blumberg y sus modificaciones”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal de la CABA*, publicación digital.

Hay quienes critican que las normas fueron sancionadas de manera apresurada, sin el debido debate parlamentario -y jurídico- lo suficientemente maduro como para generar cambios tan relevantes en el sistema penal. Incluso, varias de dichas normas fueron declaradas luego inconstitucionales.

Sin embargo, era tal la presión social, así como la “empatía” con el caso, que a los legisladores no les quedó más opción que ceder ante ella. El paquete de “Leyes Blumberg” fue severamente criticado por buena parte la doctrina, como manifestación de un punitivismo estatal extremo que, a futuro, no resultó eficaz, además de reñirse con el plexo constitucional y convencional de normas.

Más recientemente, podemos referirnos a casos como el de los “*rugbiers*”, también sumamente visibilizado en los medios de comunicación y las redes sociales, a consecuencia del asesinato de Fernando Báez Sosa en enero del año 2020. En particular, quisiera puntualizar sobre una situación confusa que se dio en torno a Pablo Ventura, un joven que había sido acusado por quienes finalmente resultaron condenados.

Por dicha acusación falsa, además de procederse a su detención, se viralizaron imágenes suyas no sólo como uno de los “asesinos” de Fernando, sino, además, agravándose la condena social momentánea debido a su “escape” de la escena del crimen -de Villa Gesell a Zárate, ambas en Pcia. de Buenos Aires-. En sus redes sociales, muchas personas replicaban estas imágenes y acusaciones a manera de escrache social.

Finalmente, por falta de pruebas y por comprobarse que no se había movido de Zárate la noche del crimen, fue liberado y luego sobreseído. Salvando la discusión en torno al principio de inocencia en materia penal y su relación con los denominados “escraches sociales”, fijémonos cómo, a raíz de la declaración de un “asesino” -conforme el sentir social del momento-, muchas personas etiquetaron como “asesino” también a un inocente, sin haberse detenido siquiera por un momento a revisar la información o aguardar por más detalles.

IV. Cierre

La idea principal de este artículo fue unir el pensamiento filosófico de Herbert Marcuse con ciertas manifestaciones actuales que involucran lo social y lo jurídico, advirtiendo que aquel pensamiento continúa vigente para analizar de forma crítica a la sociedad y al Derecho.

Cierto es que Marcuse no previó la aparición de *influencers* y quizás no pensó en la repercusión mediática de casos judiciales, pero sí nos dejó reflexiones sumamente interesantes alrededor del pensamiento y conducta unidimensionales. Al preguntarnos cómo es posible que tantos sujetos actúen de una manera y no se detengan siquiera a cuestionarse lo que están haciendo, resulta ineludible, en el saber filosófico, pensar en autores como el referido, así como otros mencionados en el artículo -Foucault, Deleuze.

Aunque el panorama suene un tanto desalentador, en la obra del filósofo alemán se abre un atisbo de esperanza, centrado en la formación de la conciencia. Sobre todo, reforzando la dimensión interna -sumamente deteriorada- y pudiendo, así, conducirnos con mayor autonomía y libertad. En un contexto de plena exposición a las redes sociales y a la internet -sumado a las cada vez mayores implicancias de inteligencia artificial-, ello se erige como una misión difícil pero esencial para la humanidad en su conjunto.

Reforma y Estado: capacidades institucionales para la innovación

**MARÍA SOLEDAD RUIZ DE GALARRETA, JUAN MANUEL DEL CERRO,
BETINA CEPEDA, VERÓNICA ELÍAS, ESTEFANÍA HORDICHUK
Y PABLO DE SAN ROMÁN¹**

Explica el filósofo italiano Giovanni Sartori que “el liberalismo da lugar al estado limitado, al control del poder y a la libertad para el ciudadano; pero no distribuye bienes, no atiende al bienestar” (Sartori, 2005). Nuestra primera pregunta será: ¿esto es realmente así?; ¿podemos aceptar, en el mundo actual, que el estado se desentienda del bienestar?; ¿encuentra el mercado estímulos suficientes para afrontar la complejidad del progreso?; ¿o debemos pensar, más bien, en nuevas capacidades institucionales?

Este documento revisa las formas de fundamentar el estado. Principios que, teóricamente, conforman su razón de ser pero que, en sentido estricto, deben contrastarse con la realidad. Aquello que hace que, algunos más otros menos, respeten su autoridad y lo crean “relativamente” imprescindible.

Como bien expresa Sartori, el liberalismo económico considera que el bienestar es producto de relaciones más o menos autónomas; de interacciones que propician el crecimiento y la cooperación social². Que a partir del cálculo de costos y beneficios los recursos se asignan más eficazmente y se acumulan para su reinversión.

-
- 1 Autoridades y miembros activos del Instituto de Derecho Político del Colegio de Abogados de Rosario: María Soledad del Carmen Ruiz de Galarreta (Presidenta); Juan Manuel del Cerro (Vicepresidente); María Betina Cepeda (Secretaria); Verónica Elías (Tesorera); Estefanía Hordichuk (Secretaria del Instituto de Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa); Pablo de San Román (Director del Centro de Estudios de Gobierno –CEGOB– UCA).
 - 2 Adam Smith explicó estas relaciones planteando criterios de productividad y complementación que aún hoy explican la organización de nuestra economía (la división del trabajo). Relaciones que mantienen naturalmente ligados a sus miembros. De esta concepción emerge la expresión “como una mano invisible” que, en realidad, describe las motivaciones que tienen las personas para interactuar siendo, además, consistentes con el interés personal (*La riqueza de las naciones*, Libro IV, Madrid, Alianza, ed. 1999).

Precisamente, aquello que Touraine identifica como el *motor* del crecimiento y que para Keynes era el centro del problema: acumulación, reinversión y empleo. Touraine señala que el elemento dinámico del cálculo de costos y beneficios es la reutilización del capital en su característica de inversión (Touraine, 1995).

Bajo esta perspectiva, es en el mercado donde se produce la creación de riquezas; donde se genera la interacción de los agentes económicos (las personas que buscan beneficios, los empresarios que toman riesgos, los comerciantes que intermedian, quienes se favorecen con la renta, etc.) y donde todos intentan, a su modo, mejorar su condición.

Esta relación más o menos espontánea de personas e intereses es producto no de una *conciencia moral* establecida, sino del *interés particular*; de lo que todos conocemos como búsqueda del beneficio. Y es allí donde podemos encontrar, según la posición que adoptemos, la solución o el inicio del problema.

En su reconocida obra *Política y perspectiva*, Sheldon Wolin afirma que, en gran medida, la libertad de una sociedad puede medirse en virtud de la autonomía de sus miembros; de su capacidad para relacionarse, desarrollar su potencial y resolver su subsistencia³. Pero deja en claro que este tipo de interacción no constituye, necesariamente, *condición suficiente* para el progreso general (Wolin, 1995).

Apropiándonos del pensamiento de Wolin podríamos preguntarnos qué sucede si, en el propósito del bien personal, se producen crisis. Qué sucede si, en las pretensiones de progreso, van generándose diferencias, conflictos, tensiones, guerras o, más significativamente, choques culturales, religiosos, territoriales. Qué sucede cuando, en virtud del progreso individual, resignamos *valores* que implican un compromiso colectivo. Aquellos que determinan, en la evolución de estas implicancias, el sentido de comunidad⁴.

Convenimos en que la función esencial del sistema político es resguardar la autonomía de la sociedad. Asegurar su desenvolvimiento y garantizar el respeto a la identidad libre y plena disposición de los recursos. Que propicie condiciones de prosperidad -jurídicas e infraestructurales- y reproduzca los vínculos establecidos. Coincidiremos con Sartori que el orden liberal se sustenta en la defensa de estos

3 Esta forma de ver el proceso económico motivó la concesión del premio Nobel de economía a -entre otros- James Robinson y Daron Acemoglu. Ambos realizan una detallada investigación acerca de las condiciones institucionales que propician el desarrollo (Robinson y Acemoglu, 2024).

4 Quizás, quien con mayor lucidez explicó esta tensión sea el sociólogo francés Emile Durkheim, para quien la sociedad se sustenta en una serie de lazos solidariamente establecidos con fines productivos, dando coherencia y dimensión histórica a la evolución de las sociedades modernas (Durkheim, ed.2004).

principios y en hacer que las personas vivan, en su entorno social, lo más libremente posible.

Pero también es cierto que las sociedades avanzaron y que, más allá del innegable *eficientismo* del mercado, o del interés privado, hubo circunstancias (materiales, morales, de distribución del poder) que difícilmente puedan explicarse mediante la aceptación del orden espontáneo. O al menos no mediante esta única explicación.

La desigualdad profunda en la distribución de la renta, los perjuicios ambientales, el arraigo de los extremismos, las persistentes formas de segregación, nos permiten pensar que, siguiendo el criterio de Eric Hobsbawm, no todo puede justificarse mediante la determinación particularista (Hobsbawm, 2011).

Una vez más, el problema no es si hay más o menos estado, si adopta formas más o menos extensivas. El debate se sitúa, más bien, en cuán eficaces son sus prestaciones. Si responde al objetivo para el que fue creado o si contradice sus principios. Si cumple las razones del *contrato* o reniega de ellas. Si sus instituciones estimulan el progreso o restringen las expresiones de un orden naturalmente plural y diverso.

Las causas de la perversión del estado siguen siendo las mismas: cómo se comporta; cómo se comportan las personas que lo integran y los modos en que facilita u obstaculiza el desarrollo de la sociedad.

Podríamos decir, de manera preliminar, que un *buen* estado es aquel que, en principio, no saquea a quienes lo sustentan. Que no entorpece sus funciones espontáneas ni entra en la lógica de la extorsión. Que no somete a sus miembros. Este podría ser, en principio, un criterio de buen estado. Un estado que, siguiendo la tradición anglosajona, no confisca la renta de quien la produce (*rent-seeking*).

Hay muchas formas de llamar al estado confiscatorio. *Rent-seeking*, providencia, paternalista, pretoriano, cesarista, etc. Podemos, además, definir un orden de este tipo como improductivo o parasitario. Pero el fondo del problema es el mismo: la rendición de cuentas de sus administradores (el sistema de *check and balance*⁵), la

5 *Check and balance* no es otra cosa que la fórmula que encuentra una sociedad para evitar los abusos del estado, relevante para la concepción liberal y las fundamentaciones contractualistas. En realidad, la preocupación por limitar al estado surgió en una segunda etapa, luego de que se consolidaran las monarquías absolutas. La preocupación inicial de Hobbes, que pensaba en la formación de un estado fuerte, unificador y garante de la seguridad, se transformó en una preocupación por neutralizar sus abusos. Esto es lo que se entiende normalmente por democracia liberal, o estado liberal. Aquel preocupado por la no absolutización del estado. Una especie de garantía negativa. Luego, más adelante, en ideas que pueden asociarse a Rousseau y a los denominados “radicales”, se pensará en un control del estado no por parte del propio sistema (la división de poderes planteada por Locke y Montes-

eficacia de sus prestaciones y la evaluación electoral a la que es sometido el gobierno periódicamente.

¿Queremos decir con esto que estamos en contra del estado social? ¿Que alcanza con un estado que esté más o menos atento con lo que ocurre en la sociedad? No. Lo que decimos es que el estado debe confluir con la *estructura* del mercado. Con la infinita cantidad de operaciones que, mediante el cálculo de costos, la innovación y la “destrucción creativa”, pone en movimiento la maquinaria del beneficio.

El gran descubrimiento de la política contemporánea, luego, no es tanto la existencia del estado social, sino la utilidad que es capaz de producir. La aceptación de que un buen sistema educativo, un buen servicio de salud, un buen sistema de seguridad social, la protección de los derechos de propiedad, posibilitan no sólo mayores niveles de bienestar, sino que establecen las bases para un desarrollo sustentable (North, 1993; Williamson, 1998; Sen, 2000).

Una sociedad que reproduce sus condiciones materiales, lo haría aún mejor si sus habitantes reciben una buena educación, viven interconectados, se vinculan al conocimiento y se integran al sistema productivo⁶.

Lo que deberíamos explicar es qué sucede cuando el estado, al que no consideraremos como grande ni pequeño, sino como eficiente o deficiente, es deficiente. Qué sucede cuando –como dijimos al comienzo– las instituciones no responden a las expectativas generadas. Es allí cuando el debate acerca del estado adquiere sentido. Cuando la extensión y eficacia de sus políticas no nos resulta indiferente -o el costo de mantenerlo no es aceptado.

A estas alturas, poner en dudas la capacidad del estado para crear condiciones de legitimidad del proceso económico, es al menos anacrónico. Lo que podríamos pensar, en cambio, es cuáles son las capacidades institucionales que, mediante las innovaciones necesarias, promueven el crecimiento, reducen las coacciones burocráticas e impulsan iniciativas capaces de crear valor. Justifican el costo que supone sostenerlo (el llamado “costo de transacción”⁷).

quieu, entre otros) sino por parte de la mayoría. Por parte de lo que se llamó la voluntad general y que lanzó, de allí en más, una idea más concreta sobre la democracia, que hasta allí había tenido una consideración más bien marginal (ver Bodenheimer, 1993: VII).

6 Este concepto fue resumido por Anthony Giddens como “bienestar positivo”. Es decir, un bienestar que no responde únicamente al desarrollo del mercado –como originador– sino al sistema de instituciones que regula el cambio social. Dicho principio se funda en el criterio de capital humano, valorando al individuo como agente de su propia transformación. El tipo de estado que piensa Giddens para este modelo es el llamado “estado social” (Giddens, 1998: 138-139).

7 Sobre este tema ver Buchanan y Tullock, *El cálculo del consenso*, Cap. III, Buenos Aires, Planeta, 1993.

Las nuevas capacidades institucionales se miden en nuevos términos. En la multiplicación de las posibilidades materiales, en la equidad distributiva, en la ampliación de las clases medias, en la creación de ambientes propicios al desarrollo científico, en la inversión masiva en educación. Estas son las premisas que, cada vez con mayor claridad, establecen los límites entre el progreso y el atraso; las que con el tiempo originan sociedades comprometidas con sus entornos, o apáticas y débiles (Robinson y Acemoglu, 2024).

Como explica Ricardo García-Vegas, las capacidades institucionales pueden verse a través de dos dimensiones: “una externa, relacionada con las habilidades de las organizaciones para construir modelos de gobernanza, y otra interna, vinculada con los recursos técnico-administrativos para alcanzar sus objetivos y responder eficazmente a las necesidades de los ciudadanos” (García-Vegas, 2024).

Técnicamente hablando, esto depende cada vez más de la utilización de la *evidencia empírica* en el diseño de las políticas públicas; en la aplicación de los recursos tecnológicos para la sistematización de prioridades y los avances en los procesos de decisión, ejecución y trazabilidad de las inversiones del estado (lo que en definitiva lleva a la legitimación económica -y aún política- del funcionamiento del sistema).

El tiempo que demoremos en afrontar estos cambios, en incorporar estos paradigmas, serán aquellos que definan la distancia entre el acceso a las nuevas oportunidades y las restricciones que suponen los límites de sociedades dependientes y rentísticas.

Bibliografía

- Robinson, James, y Acemoglu, Daren; *Por qué fracasan los países*, Buenos Aires, Paidós, 2024.
- Bentham, Jeremy, *Un fragmento sobre el gobierno*, Madrid, Tecnos, ed. 2010.
- Bodenheimer, Edgar; *Teoría del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Buchanan, James y Tullock, Gordon, *El cálculo del consenso*, Buenos Aires, Planeta, 1993.
- Durkheim, Emile, *La división del trabajo social*, Buenos Aires, Libertador, ed. 2004.
- García-Vegas, Ricardo, *Capacidades institucionales para la innovación*, Revista del CLAD, N°88, México, 2024.

- Giddens, Anthony; *La tercera vía: la renovación de la socialdemocracia*, Madrid: Taurus, 1998.
- Giddens, Anthony, *La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración*, Buenos Aires, Amorrortu, 1998.
- Hobsbawm, Eric; *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 2011.
- Keynes, John Maynard, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, FCE, ed. 1958.
- North, Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Sartori, Giovanni; *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 2005.
- Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad, “Fines y medios del desarrollo”*, Barcelona, Planeta, 2000.
- Sen, Amartya, *Sobre ética y economía, “Comportamiento económico y sentimientos morales”*, Madrid, Alianza, 2020.
- Smith, Adam, *La riqueza de las naciones*, Madrid, Alianza, ed. 2005.
- Touraine, Alain; *Qué es la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Williamson, Oliver, *Las instituciones económicas del capitalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, ed.1998.
- Wolin, Sheldon; *Política y perspectiva: continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, Buenos Aires, Amorrortu, 1993.



COLEGIO DE LA ABOGACIA
2º Circunscripción