

**Anuario de las
Principales
actividades
de la Facultad
de Derecho
y Ciencias
Sociales de la
Universidad
del Este
Año 2022**

Anuario

Principales actividades de la
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad del Este

Año 2022



UNIVERSIDAD
DEL ESTE
LA PLATA

Director:
Prof. Mauro Fernando Leturia

FDCS

*Edición al cuidado de
Enrique Horacio Bonatto*

*Director Académico
Profesor Mauro Fernando Leturia
mpleturia@hotmail.com*

*Armado y paginación electrónica
Juan Bonatto Seoane
bottproducciones@hotmail.com*

*Diseño de portada realizado por el artista Matías La Plata.
Medio de Contacto: matiasleturia1@gmail.com*

*© Librería Editora Platense S.R.L.
Calle 15 n° 644 - 1900 - La Plata - Buenos Aires - Argentina
Teléfono: (0221) 482-8070
info@editoraplatense.com.ar // www.editoraplatense.com.ar
Impreso en la Argentina- Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723*

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.442 de la República Argentina

Leturia, Mauro

Anuario: principales actividades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este : año 2022 / Mauro Leturia.

1a ed. - La Plata: Librería Editora Platense, 2023.

290 p.; 23 x 16 cm.

1. Derecho. I. Título.

CDD 340.07110982

ISBN 978-950-536-576-0



LIBRERÍA
EDITORIA
PLATENSE

ISBN 978-950-536-576-0



9 789505 136576 0

Índice

Presentación de la cuarta edición del Anuario.....	13
Palabras del señor Decano.....	17
Resumen de actividades de Investigación. Dr. Mauro Fernando LETURIA.....	23
Proyecto Derechos intelectuales en los contratos modernos Netflix y Spotify Director: Dr. Mauro Fernando LETURIA Codirector: Dr. Pablo PUENTE Investigadora: Victoria Antonella MONGELOS.....	25
Trabajos del cuarto Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2022.....	83
1- Acceso a la tutela administrativa en clave digital Autores: María Victoria GISVERT y Juan Manuel GALLO.....	87
2- Eutanasia: la deuda pendiente Autores: Julián Emanuel MANKOWSKI, Jeremías GARCÍA, Serena CORTÉS y Victoria Antonella MONGELOS.....	111
3- La evolución del espacio público como materia regulable. ¿Intersección entre el Derecho Público y el Derecho Privado? Autor: Ricardo Germán RINCÓN.....	143
4- La penalización del maltrato animal en la sociedad colombiana del siglo XXI Autores: Sheila ZAPATA MERCADO - Santiago DE MOYA PÁEZ.....	167

5- Medios de comunicación: entre la libertad de expresión y los discursos de odio. El desafío de lograr un equilibrio que garantice derechos Autoras: María Lis AMAYA y Ana Clara D'OVIDIO.....	187
6- Criptomonedas: certezas e interrogantes sobre lo que son, y lo que no son Autores: Adrián Emir GOCHICOA, Agustina DI GIACOMO y Gastón MENDY.....	203
7- Principios orientadores para una teoría crítica de la justicia. Una propuesta a partir del pensamiento de Rawls Autor: Dr. Pedro Luis BRACHO FUENMAYOR.....	223
8- El acceso, la permanencia y el egreso en la Universidad: igualdad real ¿una utopía? Autora: Lucrecia CONTARDI GONZÁLEZ.....	253
Resumen de las actividades de Extensión por Dr. Martín GAGLIARDI.....	271
Resumen de las actividades de coordinación por Pablo Federico PUENTE.....	279
Graduados del año 2022.....	287

AUTORIDADES

Presidente de la Fundación
Ing. Carlos Enrique Orazi

Rectora
Dra. María de las Mercedes Reitano

Vicerrector
Lic. Bruno Alejandro Díaz

Secretaria Académica:
Mg. Blanca Silvia Lena von Kluges

Decano
Dr. Ricardo Germán Rincón

Secretario de Extensión y de Investigación
Dr. Mauro Fernando Leturia

Coordinador de Carrera
Dr. Pablo Federico Puente

Coordinador de Extensión
Dr. Martín Gagliardi

Presentación de la cuarta edición del Anuario

- Palabras del señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este, saludando a sus profesores, investigadores, graduados, alumnos y a toda la comunidad académica en general.
- Resumen de actividades de Investigación a cargo del Secretario de Investigación y Extensión Dr. Mauro Fernando LETURIA y presentación del llamado a presentación de proyectos para el año 2022.
- Publicación del Informe final del Proyecto de investigación finalizado.
- Publicación de los trabajos del cuarto Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2022.
- Resumen de las actividades de Extensión a cargo del Dr. Martín GAGLIARDI.
- Resumen de las actividades de gestión y coordinación a cargo de Dr. Pablo Federico PUENTE.
- Graduados del año 2022.

Responsable de la edición Profesor Mauro Fernando Leturia ¹.

1 Mauro Fernando LETURIA, Procurador, Abogado y Escribano. Especialista en Docencia Universitaria. Doctorando de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Realizó estudios de postgrado sobre Derechos de Autor en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Civil III, de Introducción al Pensamiento Científico y de Derecho Marítimo y Aeronáutico, y Profesor de Posgrado de la Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesor Titular de Cátedra de la materia Prácticas Profesionales II y de Derecho de la Navegación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata. Titular de Cátedra de la materia Derecho Reales y Profesor Adjunto de Derecho Penal I Parte General y Derecho Marítimo y Aeronáutico de la Facultad de Derecho de la Universidad del Este. Profesor de Metodología de la Investigación en la Facultad de Diseño y Comunicación de la Universidad del Este. Docente invitado en la Universidad Complutense de Madrid. Oficial de la Justicia Federal Argentina. Exbecario de IDLO, exbecario de la Presidencia de la Nación Argentina. Exbecario de AISGE. Becario Doctoral del Ministerio de Educación de la Nación. Secretario de Extensión y de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Este. Corresponsal argentino para ASEDA. Jurado para cargos jerárquicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Coautor de los libros: Derechos de Propiedad Intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos (2014), Manual del Martillero y del Corredor (2015) ambos en Librería Editora Platense. Consumidores y derecho en Iberoamérica (2018) publicado por Reus en España y UBIJUS en México. Investigaciones Socio-jurídicas Contemporáneas (2019) Editorial Malisia. Director del Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad



del Este. Director Académico de Librería Editora Platense. Investigador categorizado en la Universidad Nacional de La Plata. Director de Investigaciones en la Universidad Católica de La Plata. Director de investigaciones en la Universidad del Este. Autor de numerosos artículos de doctrina jurídica publicados tanto en Argentina como en España. Autor de la segunda edición de Manual del Martillero y del Corredor actualizada (2021), de La responsabilidad en la administración de consorcios (2021), Enseñar y aprender con alegría (2023), y Nuevas perspectivas jurídicas respecto de los Derechos de Autor (2023), todos ellos en Librería Editora Platense. Coautor de la obra Temas actuales de propiedad intelectual, Capítulo: “Reflexiones respecto a la naturaleza jurídica de los Derechos de Autor”, publicado por III La Ley (Chile), Año 2023.

Palabras del señor Decano

Estimada/os lectora/es

Una vez más me encuentro con ustedes a través de estas palabras de salutación y bienvenida a esta edición del Anuario 2022 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad del Este.

La publicación que hoy llega a sus manos es el cuarto anuario consecutivo producido por nuestra Facultad y refleja el trabajo desarrollado y sostenido en el tiempo por el Equipo de Gestión que logró la histórica acreditación de la carrera de Abogacía y que se encontraba integrado por el Sr. Secretario de Extensión e Investigación Dr. Mauro Fernando Leturia, el Sr. Coordinador de Extensión Dr. Martín Gagliardi y los Sres. Coordinadores Académicos de la carrera de Abogacía Dr. Pablo Federico Puente y de la carrera de Corredor de Comercio y Martillero Público Dr. Marcelo Azzarri. Nuestra gestión, caracterizada por el trabajo en equipo y la sinergia, finalizó el 31 de diciembre de 2022 tras cuatro años de labor en la que conseguimos logros muy significativos como la ya mencionada acreditación de la carrera de Abogacía presencial, la evaluación positiva de la carrera de Abogacía a distancia, el lanzamiento y despliegue de las primeras cohortes de la carrera de Martillero y Corredor Público, la aprobación de la licenciatura en Ciencias Políticas, el lanzamiento de las primeras ofertas de Diplomaturas de nuestra Facultad y el desarrollo de las líneas de investigación y extensión a cargo de los equipos responsables.

Me siento, asimismo, en la obligación de agradecer al Sr. Decano Mg. Sergio Palacios, al Sr. Secretario de Investigación Mg. Santiago Irisarri y al Director del Anuario Dr. Mauro Fernando Leturia la deferencia que han

manifestado para conmigo al permitirme prologar esta obra. Confiamos en que el nuevo Equipo de Gestión continuará trabajando por el engrandecimiento de nuestra Facultad, atendiendo no sólo a los problemas coyunturales propios de cada momento sino poniendo rumbo hacia una dimensión más grande aun para todos y todas.

Este Anuario, que nació en 2020 con la pretensión de ofrecer a los y las docentes e investigadores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales un espacio concreto en el cual divulgar el resultado de sus investigaciones y experiencias y dar a conocer las actividades de nuestra Facultad, hoy se ha convertido en un producto de notable valor académico que resulta una expresión del esfuerzo de los Equipos de Investigación y Extensión de nuestra Facultad. La presente publicación, en particular, recoge informes finales de los equipos de investigación así como los trabajos presentados al IV Concurso Anual de Artículos de Investigación y Divulgación organizado por nuestra Facultad. La continuidad en la organización del Concurso, en la publicación de este Anuario y en el apoyo a las actividades de extensión tales como el taller de Litigación Penal, el Observatorio de Derecho Tributario y Financiero, el Observatorio de Derecho Administrativo, el Instituto de Derecho Antigo y Comparado, los consultorios jurídicos gratuitos, las pasantías en el Poder Judicial entre otras tantas actividades, han sido esenciales para acreditar ante la comunidad científica y jurídica la seriedad y el profesionalismo con que nuestra Facultad se posiciona frente a las dimensiones de creación del conocimiento y transferencia a la comunidad de los productos y servicios que nuestra Facultad puede ofrecer.

También es éste el espacio propicio para agradecer el apoyo recibido durante estos cuatro años de parte de las autoridades de la Universidad en la persona de su Rec-



tora Dra. María de las Mercedes Reitano, del vicerrector Lic. Bruno Díaz, del Presidente de la Fundación Ing. Carlos Orazi, de la Secretaria Académica Mg. Silvia von Kluges, y del Consejo de Administración que acompañaron y apoyaron al Equipo de Gestión de nuestra Facultad durante el cuatrienio en que tuvimos el honor de conducir sus rumbos. Estimamos que, modestamente, supimos estar a la altura del desafío y que la gestión habla a través de sus logros.

Esperamos que nuestra comunidad reciba con beneplácito este nuevo producto que se le ofrece y que docentes, estudiantes y graduados se sientan cada vez más estimulados por ella a integrarse a los espacios de investigación y extensión que ofrece nuestra Facultad y a generar proyectos propios que puedan ser presentados a convocatorias y publicaciones futuras.

Formulando votos para que esta iniciativa prospere y se reproduzca, me despido de ustedes reiterando mi permanente agradecimiento y les saludo con la más distinguida consideración.

Ricardo Germán RINCÓN
Lomas de Zamora, mayo de 2023

Trabajos de investigación



Resumen de actividades de Investigación a cargo del Secretario de Investigación y Extensión Dr. Mauro Fernando LETURIA

En el marco de las tareas de la Secretaría de Investigación de la Universidad del Este, a cargo en la primera parte del año del Profesor Luis SUJATOVICH, y posteriormente a cargo de la Secretaria Ana DORATO, en coordinación con la Secretaría de Investigación y de Extensión de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a cargo del Dr. Mauro Fernando LETURIA, durante el año 2022 se presentaron los proyectos de investigación que se detallan a continuación.

1- Proyecto “Derechos Intelectuales en los contratos modernos Netflix y Spotify”

Director: Dr. Mauro Fernando LETURIA

Codirector: Dr. Pablo PUENTE

Investigadora: MONGELOS, V́ctoria Antonella

2- Acceso a la tutela administrativa en clave digital

Directora: Maŕa Victoria GISVERT

Codirector: Francisco LÓPEZ SIMPSON

3- Los derechos del pasajero en el transporte aéreo y su relación con el derecho del consumidor

Directora: Dra. Rita Catalina CORDERA

Codirector: Dr. Mauro Fernando LETURIA

4- La Oratoria Forense como materia autónoma Universitaria y su inserción en los procesos judiciales (civiles y comerciales) de Argentina y Paraguay

Director: Dr. Prof. Claudio Oscar GIANNONE

Codirector: Dr. Prof. Pedro Sebastián VILLA

También para el año 2022 se aprobó el llamado a la presentación a nuevos proyectos de investigación, estableciéndose expresamente la posibilidad de formación de equipos categoría A y categoría B para jóvenes investigadores, tanto para las carreras presenciales como a distancia.

Asimismo se realizó la cuarta edición del Concurso de Artículos Científicos, por lo cual los artículos premiados y los más destacados también forman parte de la presente obra.

Proyecto “Derechos intelectuales en los contratos modernos Netflix y Spotify”

Director: Dr. Mauro Fernando LETURIA

Codirector: Dr. Pablo PUENTE

Investigadora: MONGELOS, V́ctoria Antonella

Derechos intelectuales en los contratos modernos Netflix y Spotify

Director del Proyecto: Profesor Mauro Fernando LETURIA

Codirector del proyecto: Pablo PUENTE

Equipo de investigación: Antonella MONGELOS

Fecha de inicio y fin del proyecto: 05/12/2021 al 05/12/2022

Período del que se informa - Anual según fecha de inicio

Disciplina: Derecho

Descripción del proyecto

El presente proyecto de investigación analiza los temas fundamentales de los derechos intelectuales, entre ellos, los derechos de autor, las marcas y las designaciones, teniendo presente el creciente avance de la tecnología a nivel mundial.

Los derechos intelectuales constituyen un elemento fundamental en el contexto actual de globalización financiera. Las principales empresas que forman parte de este “comercio mundial” se apoyan en la tecnología para desarrollar sus principales negocios; en este sentido, la titularidad de los derechos intelectuales sobre obras de acceso

masivo, sumado a la posesión de grandes equipos tecnológicos, ha generado que las grandes empresas o grupos económicos determinen el rumbo de los negocios.

Los cambios sociales, económicos, tecnológicos y culturales de estos últimos tiempos, han generado variados y cuantiosos cambios en el Derecho, motivo por el cual se torna aconsejable analizar los contratos tradicionales, como el de obra y el de servicio, pero teniendo en consideración la creciente importancia que los derechos intelectuales han ido adquiriendo con el correr del tiempo. A partir de aquí, se advierte que existen dos ejes temáticos íntimamente relacionados; por un lado, los “derechos intelectuales” y, por el otro, los “contratos”. La relación entre estos ejes temáticos puede verse claramente en plataformas como “Netflix” y “Spotify”, las cuales en estos últimos tiempos se han caracterizado por ser de utilización masiva.

En base a lo expuesto, el presente proyecto intenta *comprender* si la legislación vigente y la Teoría general de los contratos regulan satisfactoriamente la utilización y desarrollo de ambas plataformas, principalmente en lo que hace a la relación entre empresas, autores y usuarios.

Palabras claves: Derechos intelectuales- Contratos- Netflix - Spotify

Síntesis de la labor desarrollada

Informe individual de desarrollo de actividades

Director

Nombre y apellido: Mauro LETURIA



En vinculación a las acciones realizadas en carácter de director se desarrollaron las siguientes tareas:

- Coordinación de reuniones de trabajo
- Distribución de tareas a los integrantes del equipo de investigación
- Seguimiento de las acciones y de las tareas asignadas a los integrantes del equipo.
- Producción de documentos
- Revisión y análisis de documentos producidos por el equipo de investigación con la colaboración del codirector del proyecto.
- Realización de ponencias y trabajos preliminares.
- Asistencia a encuentros de divulgación y congresos.
- Análisis de la información
- Preparación y realización de Informe final de Investigación

Codirector

Nombre y apellido: Pablo PUENTE

En vinculación a las acciones realizadas en carácter de codirector se desarrollaron las siguientes tareas:

- Co-coordinación de reuniones de trabajo
- Colaboración en la distribución de tareas a los integrantes del equipo de investigación
- Seguimiento, en conjunción con la directora del proyecto, de las acciones y de las tareas asignadas a los integrantes del equipo.
- Participación de las reuniones de discusión y análisis de la bibliografía.
- Producción de documentos
- Revisión y análisis de documentos producidos por el equipo de investigación con la colaboración de la directora del proyecto

- Realización de trámites administrativos relativos al proyecto

- Participación en las reuniones de análisis de la información en colaboración con la directora del proyecto

- Participación en la redacción del informe final de investigación en colaboración con la directora del proyecto

Integrante del equipo de investigación

Nombre y apellido: Abogada Antonella MONGELOS

En vinculación a las acciones realizadas en carácter de Integrante se desarrollaron las siguientes tareas:

- Participación en la elaboración del marco teórico

- Lectura, análisis y ajuste grupal de términos del cuestionario a ser implementado en los alumnos/as

- Participación de las reuniones de discusión y análisis de la bibliografía

- Producción preliminar de documentos

- Colaboración en la aplicación de instrumentos

- Participación en el análisis de la información y en la elaboración del informe final

Informe final

SUMARIO: I. Introducción.- a) Objetivo general. b) Objetivos específicos. c) Metodología. d) Marco teórico.- II. Análisis de la información. 1. Propiedad, Derechos de Autor. 2. Desarrollo: de los contratos en particular. 2.a. De la cesión de derechos y de las ventas. 2.b. Del contrato de edición. 2.c. Del contrato de trabajo y el contrato de obra. 3. Acerca de los casos Netflix y Spotify. 4. Redes contractuales. 4.a) Situación jurídica entre

usuarios y los proveedores de servicios (Netflix o Spotify). 5. Situación jurídica de los usuarios respecto a los titulares de los derechos sobre las obras intelectuales. 6. Situación jurídica de los proveedores de contenidos de Internet y los titulares de los derechos sobre las obras intelectuales. 7. Conclusiones. 8. Resultados. 9. Divulgación de los conocimientos adquiridos. 10. Referencias bibliográficas

I. Introducción

La evolución del Derecho, de la mano de los cambios sociales, económicos, tecnológicos y culturales, hace aconsejable analizar los contratos tradicionales como el de obra y el de servicios con relación a la creciente importancia que los Derechos Intelectuales vienen adquiriendo, y en especial investigar las particularidades de nuevas figuras contractuales como el contrato de franquicia o el modelo Netflix y Spotify.

Puede señalarse que en resumen se trata de dos ejes temáticos relacionados, es decir por un lado los derechos intelectuales y por el otro los contratos. Sin perjuicio del innegable desarrollo de las nuevas tecnologías, la realidad es que la legislación aplicable no ha variado en los últimos años; al respecto, el “nuevo” Código Civil y Comercial de la Nación parecería no haber contemplado una regulación idónea aplicable a esta nueva realidad.

De allí que esta investigación ha pretendido *determinar* si la teoría de los contratos y la legislación vigente, regulan satisfactoriamente y otorgan soluciones ante los eventuales problemas que puedan surgir entre empresas, autores y usuarios de estas dos plataformas.

a) *Objetivo general*

Determinar si las normas vigentes en Derecho Civil son pertinentes y adecuadas para regular la situación contractual de las plataformas Netflix y Spotify.

b) *Objetivos específicos*

- Analizar la normativa civil vigente.
- Analizar la armonización con las disposiciones propias de la ley de propiedad intelectual.
- Analizar las características de los contratos generados en las plataformas Netflix y Spotify.
- Clasificar las particularidades de estos contratos.
- Comprender los problemas jurídicos que surgen como consecuencia del desarrollo de la tecnología.

c) *Metodología*

Investigación centrada en el paradigma cualitativo y evaluativa del conjunto de normas aplicables en materia de Derechos de Autor mediante la utilización de grillas que permitieron clasificar y caracterizar los alcances de la normativa vigente para determinar la pertinencia de las normas actuales a las nuevas tecnologías aplicadas a los casos Netflix y Spotify.

Desde esta perspectiva, a fin de comprender el origen y la naturaleza de los Derechos Intelectuales, realizamos primeramente un análisis histórico; luego de ello, analizamos la legislación vigente en la Argentina. Verificamos lo sostenido por la doctrina nacional y extranjera más representativa en la temática mediante un análisis comparativo, a fin de establecer la fundamentación direccionada hacia el “acto de creación” y, a partir de

allí y mediante la utilización de un método analítico, sistematizamos los distintos aspectos o ramas que comprenden los Derechos Intelectuales y sus características más importantes.

Luego analizamos las deficiencias que padece el régimen legal actualmente vigente correspondiente a los Derechos Intelectuales, apegándonos al cumplimiento de los objetivos oportunamente planteados. En este sentido, analizamos en forma particular las plataformas Netflix y Spotify, principalmente en lo que hace a la relación jurídica existente entre empresas, usuarios y autores. Finalmente realizamos un análisis completo de la información recolectada, lo cual nos permitió determinar que la normativa actual en materia de Derecho Civil no es pertinente ni adecuada para regular la situación contractual en plataformas como Netflix y Spotify.

d) *Marco teórico*

No se han encontrado investigaciones previas que hayan estudiado el tema desde la perspectiva propuesta.

II. Análisis de la información

1. *Propiedad, Derechos de Autor*

Las relaciones contractuales que en este ámbito nos interesa son las referidas a la transmisión y/o adquisición derivada de derechos económicos sobre las obras intelectuales. Para comprender esta premisa, resulta necesario un par de explicaciones.

Los Derechos de Autor como rama dentro de los Derechos Intelectuales desde el punto de vista subjetivo

se caracterizan por reconocer en la figura del autor facultades o derechos patrimoniales y también morales. En su aspecto patrimonial implica la exclusividad jurídica de uso y goce temporario (ver artículo 5 de la ley 11.723) del autor sobre su obra que se traduce en la facultad de explotación económica (artículo 2 de ley 11.723) mediante los medios y conforme a las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico. En su aspecto moral se constituye como una verdadera manifestación de la personalidad del autor sobre su obra, tanto en su integralidad, subsistencia y paternidad principalmente. Esta proyección de la personalidad del autor, y como consecuencia de nuestra tradición jurídico-romana aun en ciertos aspectos pasan a sus sucesores universales (ver artículos 51 y 52 de la ley 11.723 principalmente).

Resulta interesante resaltar que el Código Civil y Comercial en su artículo 398 referido a la transmisibilidad de los derechos señala que “...todos los derechos son transmisibles excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe trasgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres...”.

En su aspecto patrimonial son transmisibles tanto por actos entre vivos (art. 4 inc. d, artículos 37 a 55 de la ley 11.723) como *mortis causa* (los herederos y legatarios pueden ejercer estos derechos que se le transmiten en forma limitada) (artículos 4 b, 5, 31, 32 y 35 de ley 11.723). Por su parte el artículo 51 de la ley 11.723 señala que *el autor o sus derechohabientes pueden enajenar o ceder total o parcialmente su obra*, pero debe señalarse que no es posible una transferencia total del derecho de autor esto es, tanto en su aspecto moral con más el aspecto patrimonial.

Se señala como caracteres de los derechos morales que son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables y perpetuos, aun luego de vencidos los términos de los derechos patrimoniales (conf. artículo 83 de ley 11.723) y si bien se trata de facultades que en sí no tienen un contenido económico, su violación sí genera consecuencias económicas, además de las penales.

Como puede apreciarse resulta ser una limitación propia de la naturaleza de los Derechos de Autor, reconocida por el ordenamiento jurídico argentino, la imposibilidad de transmitir o renunciar al aspecto moral de los mismos, que consagra los derechos a la paternidad, integralidad, de divulgación, y el derecho al retracto (arts. 7, 22, 39, 47, 51 y 52, 72 de ley 11.723).

La obra intelectual y su relación con el autor, se caracteriza por la existencia de una conexión necesaria de tal manera que éste se expresa a través de ella, y ella no es otra cosa que una manifestación de la personalidad del autor. Como consecuencia de esto, no puede entenderse otra cosa distinta a que el autor y creador de una obra es siempre una persona física, y como tal protección se extiende desde el acto de creación mismo de la obra por lo que abarca no sólo a ésta cuando está finalizada sino también cuando esté inconclusa (art. 11 de ley 11.723). Por lo que puede concluirse que una persona humana no puede verse privado de su obra salvo cuando voluntaria y previamente se ha obligado a desprenderse de ella, o voluntariamente y *a posteriori* del acto de creación de la misma la transfiere (art. 17 CN). Ahora es el mismo ordenamiento jurídico que regula la propiedad intelectual que establece como límite de toda transferencia de los derechos sobre ellas la reserva de las facultades morales, y permitiendo sólo la de los derechos o facultades patrimoniales.

Resulta conveniente resaltar a modo preliminar que la ley 11.723 establece la separación entre la noción de autor de una obra intelectual de la noción de titular de derechos sobre ella. Conforme al artículo 4 de la ley 11.723 puede distinguirse el autor de la obra del titular de los derechos económicos sobre la misma, en donde el autor es únicamente la persona física que crea la obra, y como se señala se constituye esta situación en el fundamento teórico de la protección normativa en cuanto constituye un incentivo para la superación intelectual personal. Respecto a los titulares se puede distinguir entre titulares originarios y titulares derivados: el titular originario es el autor de la obra en cuanto se constituye como sujeto del derecho; titulares derivados pueden ser personas físicas o jurídicas ya sea por transmisión por acto entre vivos convencional o en ciertos casos por adjudicación o disposición legal (sólo de los derechos patrimoniales), o *mortis causa* (de los derechos patrimoniales y ciertos derechos morales) ¹.

A efectos de resaltar esta distinción entre autor y titular de los derechos económicos, principalmente en el orden de ideas de descartar a las personas jurídicas como “autoras” de obras, sino como titulares derivados de los

1 TABIERES, M. S., LETURIA, M. F. (2014), *Derechos de Propiedad Intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos*, La Plata, Librería Editora Platense. EMERY, M. (2003), *Propiedad Intelectual ley 11.723. Comentada, Anotada y Concordada con los tratados internacionales*, Astrea, 2ª reimpresión. LIPSZYC, D. (2019), *Régimen legal de la propiedad intelectual derecho de autor y derechos conexos. Ley 11.723. Comentada. Concordada con los tratados internacionales, con el Código Civil y Comercial de la Nación y anotada con jurisprudencia*, 1ª edición, Hammurabi.

derechos económicos sobre ellas en base a relaciones contractuales, debe señalarse que forman parte del ordenamiento jurídico argentino en virtud del artículo 75 inc. 22 (Bloque Constitucional) instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen la protección de los intereses morales y materiales de los autores sobre sus obras. Expresamente se los reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 27.2 donde se señala que “...Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora...”, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 15 inc. 1.c señala que “...los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a ... beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora...” y también el artículo 13 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que señala que “... Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos. Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor...”, con igual redacción se consagra en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) en su artículo 14. 1. c. consagrando el derecho a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones cien-

tíficas, literarias o artísticas de que sea autora”. Resulta interesante citar la Observación n° 17² referida a los derechos de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitido por el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales la cual en cuanto al contenido normativo, define o considera como “autor” sólo a las personas físicas ya sea individualmente o colectivamente consideradas (Comunidades). Textualmente señala “... El Comité considera que sólo el ‘autor’, lo que significa el creador -ya sea hombre o mujer, individuo o grupo- de producciones científicas, literarias o artísticas como, por ejemplo, escritores, artistas e inventores, entre otros, se puede beneficiar de la protección que ofrece el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15. Ello deriva del empleo de las palabras ‘toda persona’, ‘le’ y ‘autora’, que indican que los redactores de ese artículo al parecer daban por sentado que los autores de producciones científicas, literarias o artísticas eran personas físicas, sin darse cuenta en ese momento de que también podía tratarse de grupos. En los regímenes de protección de los tratados internacionales vigentes, las personas jurídicas son también titulares de derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, como ya se ha señalado, debido a su diferente carácter, sus derechos no están protegidos en el plano de los derechos humanos...”.

2 Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35° período de sesiones Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005 E/C.12/GC/17.

A esta altura y siguiendo esta línea argumental puede deducirse que el concepto histórico de “propiedad” resulta inadecuado para contener como genero a los Derechos de Autor, abarcando solamente los aspectos económicos o patrimoniales. Así implícitamente en todos los contratos y sucesivas transmisiones de derechos y/o sus desmembramientos en cuanto forma de explotación de la obra se pudiese, si estuvieran permitidas, el autor conserva las facultades o derechos morales sobre su obra intelectual (arts. 7, 22, 39, 47, 51 y 52, 72 de ley 11.723).

En el plano contractual, la ley 11.723 contempla tres (3) contratos referidos a la explotación económica de los derechos de autor: el de edición (arts. 37 a 44), el de representación (arts. 45 a 50) y la cesión (arts. 51 a 55), este último denominado como venta, pero como se señala en la doctrina (ver la citada *supra* en nota) no contiene un régimen general que resulte aplicable a todos los contratos referidos a la explotación de las obras intelectuales. Debe señalarse que conforme al artículo 12 de la ley 11.723 la propiedad intelectual se regirá por las disposiciones del derecho común, bajo las condiciones y limitaciones establecidas por la ley citada, lo que significa que conforme a la autonomía legislativa, científica y didáctica con la que puede hoy caracterizarse al régimen de los Derechos de Autor y derechos conexos deberá aplicarse supletoriamente el Derecho común.

En lo que se refiere a las relaciones contractuales que tengan vinculación con la propiedad intelectual como la obligación de resarcir los daños y perjuicios que surja como consecuencia del incumplimiento de las mismas se regirán por el Derecho común, el Código Civil y Comercial (C.C.C.), *bajo las condiciones* y limitaciones establecidas por la ley 11.723.

Como se indicó, si bien no se regulan en la ley 11.723 todas las figuras contractuales que pueden utilizarse en la explotación de los Derechos de Autor, en virtud principalmente del principio de autonomía de la voluntad y del sistema abierto que caracteriza su explotación, se utilizan diferentes contratos además de los regulados, como por ejemplo contratos de obra, fideicomiso, *leasing*, contrato de trabajo, entre otros.

2. Desarrollo: de los contratos en particular

2.a. De la cesión de derechos y de las venta

El punto de partida es la facultad de “enajenar” que detenta el autor y/o titular originario sobre su obra, que conforme el artículo 2 de la ley 11.683 se reconoce como máxima expresión de prerrogativas económicas sobre la obra. Por la naturaleza de las obras intelectuales lo que se transmiten son los derechos económicos, por lo cual la enajenación de las mismas se realiza mediante el contrato de cesión de derechos. Resulta necesario recordar que la venta del soporte material y la correspondiente adquisición del soporte (objeto material) no implica ni supone la adquisición de algún derecho referido a la obra en sí (conf. art. 54 ley 11.723). Fuera de la cesión de los derechos económicos sobre las obras intelectuales la expresión “enajenación” se refiere a la venta de obras figurativas, abarcando el soporte como los derechos económicos sobre ella ³.

3 TABIERES, M. S., LETURIA, M. F. (2014), *Derechos de Propiedad Intelectual...*, cit.

Por lo cual, como se señaló, la ley 11.723 regula la cesión de los derechos en sus artículos 51 a 55 bajo el rótulo “de la venta”, abarcando en cuanto hablamos de transferencias las cesiones de derechos en forma total o parcial y la venta de una obra figurativa.

Centrándonos en la cesión, con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se conceptualiza hoy al contrato de cesión como aquel en *el cual una de las partes transfiere a la otra un derecho ya sea con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien de la otra parte, o sin contraprestación alguna* (art. 1614 C. C. y C.). En virtud de lo cual en el esquema general que puede adoptar esta figura puede ser oneroso o gratuito, aunque en el caso particular de las cesiones de derechos económicos sobre obras intelectuales se presume oneroso.

Respecto al objeto de la cesión resulta necesario resaltar el artículo 1.616 y 1.617 del C. C. y C. N. en cuanto señalan que *todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho o se trate de derechos inherentes a la persona humana*. La ley 11.723 señala que *pueden enajenar o ceder total o parcialmente su obra* (art. 52). Sin entrar en mayores especificaciones este contrato resulta ser consensual, no formal (resultando necesario *la inscripción a efecto de la publicidad y/u oponibilidad de la transferencia*, conf. art. 53 ley 11.723).

Ahora bien, como se señaló existen limitaciones que surgen del propio ordenamiento jurídico respecto a la intransmisibilidad de los derechos morales (arts. 51 y 52 principalmente), respecto a la temporalidad (art. 51), respecto a los derechos de explotación económica que se transmiten expresamente (arts. 54 y 55 princi-

palmente). Además existen otras limitaciones “estatutarias” para ciertas obras o respecto de ciertos autores que resultan ser asociados de entidades representativas, por ejemplo en ARGENTORES en su estatuto en el capítulo referido a derechos y obligaciones de los asociados se señala que “...Ningún socio podrá ceder o vender total o parcialmente el derecho de representación de sus obras...” y en el de SADAIC también en el apartado referido a los derechos y obligaciones se señala que “... La cesión o venta de los derechos autorales no será reconocida por SADAIC, en tanto los autores y compositores de música, por decisión registrada en este Estatuto, han renunciado a esa posibilidad, dejando en poder de la sociedad el ejercicio y defensa de sus facultades. Esa nulidad regirá también para aquellos actos que constituyan una desvirtuación del derecho autoral, como ser: la renuncia a la percepción de derechos económicos, a la autoría, la exigencia de participaciones autorales no habiendo creador ni creación artística, la imposición de reintegración de derechos, y demás procedimientos similares”.

2.b. *Del contrato de edición*

Como se señaló, en la ley 11.723 el contrato de edición se encuentra regulado en los artículos 37 a 44. El artículo 37 lo conceptualiza señalando que es aquel por el cual “el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual, se obliga a entregarla a un editor y éste a reproducirla, difundirla y venderla...”. Abarcando cualquier “forma o sistema de reproducción o publicación”.

En la doctrina pueden distinguirse diferentes posturas en torno a su autonomía como figura contractual o su estructuración como contrato de obra, o bien como

contrato de licencia o autorización ⁴. Dentro de la primera línea de pensamiento el contrato de edición en el Derecho argentino presenta un esquema propio por el cual el autor puede obligarse a entregar una obra existente o bien obligarse a realizar una obra (que aún no existe) y luego a entregarla al editor. El editor por su parte puede obligarse a pagar un precio cierto en dinero u obligarse a pagar un precio en dinero *a priori* incierto en concepto de porcentaje, regalía o participación en las ganancias, o bien no estar obligado a pagar precio o retribución alguna.

Este esquema se complementa con la obligación principal a cargo del editor de imprimir, difundir (*sistema de reproducción o publicación*) y vender la obra. Puede apreciarse que presenta una conexión estructural con el contrato de obra, en cuanto puede implicar una obligación de hacer en cabeza del autor cuando éste se obliga a crear la obra, pero fuera de esos casos, cuando la obra ya existe se estructura de manera diferente. Se descarta que implique una cesión, atento a que si bien implica la transferencia de ciertos derechos económicos sobre la obra *el titular conserva su derecho de propiedad intelectual, salvo que lo renunciare por el contrato de edición. Puede traducir, transformar, refundir, etcétera, su obra y defenderla contra los defraudadores de su propiedad, aun contra el mismo editor* (conf. art. 38 ley 11.723). Tampoco parece que contemple o se estructure como una autorización o contrato de licencia en cuanto a los derechos del editor, por cuanto si bien implica una autorización a ejercer ciertos derechos económicos

4 LIPSZYC, D. (2019), *Régimen legal de la propiedad intelectual...*, cit.

de explotación sobre la obra, *el editor sólo tiene los derechos vinculados a la impresión, difusión y venta, sin poder alterar el texto y sólo podrá efectuar las correcciones de imprenta, si el autor se negare o no pudiere hacerlo* (conf. art. 39 de ley 11723), pero esos derechos del editor referido a *la impresión, difusión y venta* de la obra, se perfilan como prestación de la obligación principal a cargo del editor y no sólo como mera facultad (conf. art. 41 de la ley 11.723). Es esta obligación principal una de las notas características ⁵ de este contrato en cuanto se constituye en causa fin del mismo y le da su autonomía conceptual.

Fuera del análisis de su autonomía conceptual, se caracteriza por ser bilateral, consensual, conmutativo, presumiéndose oneroso (conf. art. 40 de la ley 11.723).

Respecto a la transferencia de derechos de explotación económica sobre la obra el autor, como dijimos el contrato de edición implica sólo la transferencia de *los derechos vinculados a la impresión, difusión y venta*. Por lo cual, el editor es titular derivado respecto de esos derechos solamente, y puede serlo sólo en determinado ámbito geográfico y/o tiempo y/o número de ediciones. Fuera de esos supuestos el autor conserva todos los derechos económicos que expresamente no autorizó o transmitió, además, claro, de sus derechos morales sobre su obra.

2.c. *Del contrato de trabajo y el contrato de obra*

La decisión de tratar conjuntamente estos contratos radica en que ambos supuestos no se encuentran expre-

5 TABIERES, M. S., LETURIA M. F. (2014), *Derechos de Propiedad Intelectual...*, cit.

samente regulados en referencia a obras intelectuales, salvo en lo que se refiere a *software*.

En cuanto a la conceptualización de los contratos en análisis debe señalarse que la ley 20.744 que regula principalmente el contrato de trabajo, señala en su artículo 21 que: “...Habrà contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres...” y en su artículo 22 que: “...Habrà relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen...” completando esta conceptualización el artículo 23 que indica que: “...El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio...”. En base a estos artículos la doctrina distingue entre el contrato de trabajo y la relación de trabajo.

Respecto al contrato de trabajo, como se indicó, se parte de uno los pilares del paradigma jurídico clásico del Derecho Civil como es el de la autonomía de la voluntad que supone la libertad jurídica e igualdad jurídica. Con

el devenir histórico este contrato constituyó la estructura jurídica que vino a resguardar al trabajador frente a la desigualdad real existente entre los sujetos del mismo, que se traduce en lo que al contrato se refiere, es una situación de hiposuficiencia negocial del trabajador. Este contrato, que dentro de la teoría general del acto jurídico, constituye un acto jurídico bilateral y patrimonial, presenta características propias que responden a la relación social que regula, en el marco del orden público laboral con una finalidad protectoria, sobre una situación de subordinación y dependencia del trabajador. Así el artículo 21 de la ley 20.744 exige que para que haya contrato de trabajo debe existir un vínculo entre dos sujetos nacido de la voluntad de ellos (trabajador y empleador) por el cual uno de ellos se obligue a realizar un trabajo personal (realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios) a favor y bajo la dependencia de otro por un tiempo determinado o no, a cambio de una remuneración. En este caso esta vinculación tiene su origen en el acuerdo de voluntad como requisito necesario para que surja el contrato de trabajo. Someramente, puede señalarse que la doctrina en general ⁶ señala como característica que es un contrato, consensual, personal, bilateral, oneroso, conmutativo, de ejecución continua, no formal y autónomo.

Respecto a la relación de trabajo, puede señalarse que en este caso existe una prestación efectiva de trabajo (realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicio) en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración y es el ordenamiento jurídico laboral quien crea el

6 ACKERMAN, M. E. (2016), *Ley de contrato de trabajo comentada*, Rubinzal-Culzoni.

vínculo jurídico ⁷. En ambos casos es la relación social de apropiación del trabajo ajeno en relación de subordinación o dependencia. Pero el acto constitutivo está dado por la ejecución de obras o prestación de servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración. Así las cosas, el elemento formal constitutivo de la relación jurídica laboral no es el contrato de trabajo, en este caso, sino un acto o hecho al cual la ley le otorga efectos constitutivos, ya que *el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo* ⁸.

En general la doctrina ⁹ señala que esta situación de subordinación o dependencia es económica, técnica y jurídica: la dependencia jurídica implica el sometimiento del trabajador al poder de disciplina del empleador por la cual puede sancionar al trabajador ante incumplimiento de sus obligaciones laborales y se impone aun frente a la continuidad del contrato de trabajo.; la dependencia técnica es la sujeción a su poder de organización sobre la actividad productiva en la empresa dirigiendo la actividad personal de los trabajadores. Se traduce en último

7 A diferencia por ejemplo, del empleo público donde siempre se exige el acto formal de nombramiento o toma de posesión, sin perjuicio de la protección laboral que brinda el artículo 14 bis de la Constitución Nacional para quien presta servicio sin estar nombrado formalmente.

8 Vale recordar la definición de relación jurídica de MOLINARIO quien señala que la misma nace de *una causa generadora admitida y reglamentada también por la ley.*

9 ACKERMAN, M. E. (2016), ob. cit. FERNÁNDEZ MADRID, J. C. (2007), *Tratado práctico del derecho del trabajo*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires.

término en poder adecuar la prestación laboral al interés funcional de la empresa; la dependencia económica se manifiesta a través de la remuneración que percibe el trabajador como contraprestación a sus servicios, atento a que no participa de los riesgos ni beneficios o ganancias empresariales.

Por su parte el Código Civil y Comercial define a los contratos de obra y servicio en el artículo 1251 señalando que: "...hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución. El contrato es gratuito si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar...", y el artículo 1252 señala que: "...Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral..."

Expresamente, como puede notarse, el art. 1251 del C.C.C.N. contempla la posibilidad del contrato de obra que tenga por objeto una obra intelectual. El contrato de obra resulta ser consensual, puede ser bilateral o unilateral, oneroso o gratuito, no formal y conmutativo.

En paralelo a estos contratos civiles y comerciales, el ordenamiento civil estructura el contrato de suministro en el artículo 1176, que señala que: "...es el contrato por el cual el suministrante se obliga a entregar bienes, incluso servicios sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada, y el suministrado a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas..."

La situación de subordinación o dependencia como elemento tipificante del contrato de trabajo y de la relación de trabajo permite distinguirlas de los otros contratos, como el contrato de obra y el de servicio, en donde se re-

salta la independencia del vínculo como elemento tipificante.

Esta distinción que en abstracto parece sencilla, en el plano práctico presenta una gran dificultad su aplicación. Las características propias del orden público protectorio laboral que se manifiesta a través de normas imperativas desplazaron la aplicación de las normas civiles que regulan los contratos de obra y de servicio. Tanto en los planos teórico como práctico el contrato de trabajo terminó absorbiendo a la prestación de un servicio o ejecución de una obra realizada por una persona física.

En el año 2018 la CSJN se pronunció sobre la subsistencia del contrato de servicios cuando el prestador resulta ser una persona física, en el fallo “Rica, Carlos Martín c. Hospital Alemán y otros s/despido”, reiterando el criterio afirmado en “Cairone, Mirta G. c. Sociedad Italiana de Beneficencia” en el año 2015.

Sobre el objeto del contrato de trabajo la LCT en su artículo 37 señala que “...El contrato de trabajo tendrá por objeto la prestación de una actividad personal e infungible, indeterminada o determinada...”, pudiéndose sostener que en este caso la prestación a cargo de una de las partes (trabajador) consiste en un “hacer”, esto es, en una actividad humana que se caracteriza por ser personal e insustituible. Pudiéndose completar con el artículo 4 que señala que: “constituye trabajo toda actividad lícita que se preste en favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración”, y el artículo 21 que indica en qué consiste esa actividad: “realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración”.

En lo que respecta al objeto del contrato de obra, la obligación a cargo de una de las partes siempre consiste en la prestación de “un servicio” o realización de una “obra”, conforme se deduce de los artículos 1252 y 1776 del C. C. y C. En los tres supuestos el objeto de los contratos lo constituye o puede constituir un hecho (art. 279 del C. C. y C.), debiendo en tal caso remitirse a la regulación de las obligaciones de hacer. El artículo 773 indica que “...la obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes...”. Y el artículo 774 que “...la prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso. Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales...”.

Preliminarmente puede apreciarse que la diferencia principal entre los contratos civiles y comerciales señalados y el contrato de trabajo, está dada por la independencia en aquéllos y la relación de dependencia o subordinación en éste conforme se estructuraron jurídicamente y según responden al *libre cambio de mercancías* o a *la producción industrial en masa* respectivamente. No así en el objeto de los mismos, ya que en ambos casos la prestación consiste en actividad humana, esto es en un hacer, y en lo que a este trabajo interesa puede constituirlo una “obra

intelectual”. Cuestión que puede resultar superflua, pero que permite descartar que la asignación de la titularidad de una obra intelectual al empleador responda a la naturaleza de la prestación u objeto del contrato.

En relación a las obras intelectuales, su autoría y la titularidad sobre las mismas en estos supuestos, como dijéramos, no existe ninguna regulación específica en la ley 11.723 salvo respecto a los *softwares* en el artículo 4, ni tampoco existe regulación en la legislación laboral. Por un lado la ley 25.036 modificó la ley 11.723 incluyendo en el artículo 1 como obra a *los programas de computación fuente y objeto y las compilaciones de datos o de otros materiales* en el artículo 4, en referencia a la titularidad de los derechos sobre ella que señala corresponde a *las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario*.

Fuera de los derechos de autor la Ley de Contrato de Trabajo (20.744) sí regula en dos artículos (artículos 82 y 83) sobre invenciones laborales, al igual que la ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad (24.481) en su artículo 10, aunque con soluciones en parte contradictorias. Por último debe señalarse que respecto a los modelos de utilidad existe una regulación específica en su decreto reglamentario 260/96. Excede el análisis de esos supuestos el presente trabajo, además de ser una temática ajena a los derechos de autor, sólo pudiéndose señalar que por la diferente naturaleza jurídica existente en el Derecho argentino no resultan aplicables por analogía las soluciones allí dispuestas.

En el Derecho Comparado existen diferentes posturas en torno a la titularidad de los derechos y la autoría de las obras realizadas bajo relación de dependencia (con-

trato de trabajo) y de las realizadas por encargo (contrato de obra). Por cuestiones de brevedad puede señalarse que podría distinguirse entre países que tienen una regulación normativa específica respecto a los derechos de autor en las relaciones laborales y por encargo de aquellos que no la tienen. Dentro de los primeros puede distinguirse a su vez entre los sistemas donde, cuando un empleado realiza una obra intelectual en el marco de una relación laboral o por encargo, se lo regula tanto reconociendo en el empleador en forma automática la titularidad de los derechos sobre ellas salvo pacto en contrario. Mientras que también existen regulaciones donde de conformidad a las leyes de autor la transferencia no se produce de manera automática sino que resulta el empleado el titular de los derechos sobre su obra, salvo que voluntariamente lo transfiera. Por otro lado, en la mayoría de los sistemas regulatorios sobre esta temática los derechos morales quedan fuera de toda transferencia al empleador, salvo en EE.UU. y Canadá donde los mismos son renunciables¹⁰. Nuestro país no contiene ninguna norma que en general regule sobre los derechos de autor en el marco de las relaciones laborales, sino sólo una regulación específica respecto al *software*, la cual se alinea con la idea de que la titularidad de los derechos pertenecen al empleador salvo pacto en contrario (conf. art. 4 de ley 11.723).

A modo de conclusión sobre este tópico, conforme al artículo 4 de la ley 11.723 puede observarse que se contempla la posibilidad de que el empleador sea titular de la obra intelectual aunque no sea el autor de la misma, al

10 “La propiedad intelectual y las empresas. Titularidad de la propiedad intelectual: cómo evitar controversias”, Revista de la OMPI/nov.-dic. de 2002.

distinguirse entre el autor de la obra de el o los titulares de derechos sobre dicha obra. Por lo cual entendemos que en el Derecho argentino cuando la obra sea la consecuencia de un contrato de trabajo o bien se trate de una obra por encargo, conforme a los principios referidos a los derechos de autor antes referenciados y conforme a nuestro orden constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional) el autor de la obra siempre será la o las personas físicas creadoras de la obra, ya sea el empleado o el contratista en su caso, y debe entenderse que la transmisión de derechos patrimoniales sobre la obra deberá estar estrictamente a los expresado en el contrato conforme a una interpretación restrictiva o en su caso limitada a la actividad de la empresa (persona física, jurídica o conjunto de ellas) contratista o empleadora. Nunca operará alguna transmisión de los derechos morales sobre dichas obras.

Refuerza esta conclusión el hecho de que los contratos específicos regulados en la ley 11.723, cesión de derechos y el de edición en cuanto transmiten derechos, como se indicó, lo hacen sólo respecto a los derechos económicos y en forma restrictiva limitándose a los expresamente establecidos por las partes.

Fuera de los casos referidos al *software*, el contrato de trabajo o el contrato de obra deben ser por escrito ante la necesidad de una cesión expresa de los derechos patrimoniales. Como consecuencia de ello no puede admitirse ninguna transmisión de derechos respecto a obras en los casos en que son realizadas por trabajadores en ocasión de un contrato de trabajo, por ejemplo realizadas en el lugar de trabajo o con instrumentos o medios de producción del empleador, limitándose solamente al supuesto del contrato de trabajo que tenga por objeto la realización de la obra.

En el caso del *software* el artículo 4 de la ley 11.723 establece la atribución de la titularidad de los derechos

patrimoniales sobre la obra (*software*) en cabeza del empleador (persona física o jurídica) sobre la base de una presunción de cesión legal, como contenido del contrato de trabajo o del contrato de obra, la cual puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes. Esa presunción al admitir prueba en contrario no consiste en una asignación directa de la titularidad originaria, la cual siempre está en cabeza del autor y por lo cual en su cabeza los derechos morales sobre la obra, sino que presume una titularidad derivada de ciertos derechos económicos sobre el *software* en base a una transmisión de origen contractual (contrato de trabajo y/o contrato de obra). No existirá tal transmisión de los derechos económicos si del contrato de trabajo o del contrato de obra el empleado o contratista en acuerdo del empleador o comitente pactaron expresamente la ausencia de la misma.

Por último puede señalarse que siempre se refiere a obras en ejecución del contrato de trabajo cuando éste tenga ese objeto (dependientes contratados para ello, dice el art. 4 de la ley 11.723), no regulándose las obras realizadas en el lugar de trabajo o con instrumentos o medios de producción del empleador.

3. Acerca de los casos Netflix y Spotify

Dentro del complejo sistema que constituye Internet como una “red de redes” pueden distinguirse principalmente diferentes operadores como son los proveedores de contenidos de Internet ¹¹, los proveedores de servicios de

11 Son los que realizan, producen, cargan un contenido digital en Internet o disponen de él, incluyendo a usuarios.

Internet ¹², los operadores de servicios web ¹³ y los proveedores de red y/o de nube ¹⁴. Por su parte, debe aclararse que dentro de los contenidos digitales se encuentran muchas obras intelectuales sujetas al régimen de derechos

12 Son en general los intermediarios que existen entre el que realiza, produce o dispone de un contenido digital y los que adquieren, descarguen o utilicen esos contenidos. Pueden distinguirse entre aquellos que permiten el acceso del usuario a Internet (proveedor de acceso a Internet); los que permiten el almacenamiento o la publicación directa del contenido, ya sea en forma temporal o bien en forma permanente (proveedor de alojamiento); aquellos que intermedian mediante una plataforma en la realización de operaciones o transacciones comerciales de terceros (proveedores de servicios de comercio electrónico), y aquellos que brindan el servicio de enlazar y buscar contenidos alojados en otros proveedores de alojamientos (proveedores de servicios de enlace y búsqueda de contenidos).

13 Son aquellos que proporcionan medios y espacios para intercambiar informaciones, mensajes y también contenidos.

14 Son aquellos que suministra la infraestructura técnica tanto en forma física a través de líneas telefónicas, de cable, antena, satélite, como en forma virtual a través de la “nube”.

En este último caso se los denomina proveedores de nube, y suministran a través de un espacio o entorno digital o sea en forma virtual, una infraestructura (almacenamiento, redes, etc.), como también plataformas y *software* para proveer servicios de Internet o web. En ambos casos la finalidad es la conexión entre el usuario con o a través de un proveedor de servicios de Internet con otros usuarios, proveedores de Internet, operadores de servicio web, actuando o no como proveedores de contenido.

de autor y derechos conexos, y ése es parte del objeto de análisis.

Dentro de este esquema puede entonces identificarse cuatro roles: los titulares de derechos morales y/o económicos sobre obras intelectuales, los proveedores de contenidos, los proveedores de servicios de Internet, y los usuarios de esos servicios. Ahora puede suceder que una sola persona ocupe dos o más roles como proveedor de servicio de Internet que presta la mayoría o todos los servicios señalados, proveedores de contenidos que sean a su vez titulares de los derechos sobre las obras, o usuarios que sean titulares de los derechos sobre las obras.

El enfoque integral que se plantea supone la descomposición del fenómeno estudiado para su correcta comprensión en su totalidad, permitiendo ver cómo diferentes rama del Derecho se integran, siguiendo como hilo conductor en este caso las relaciones contractuales. Permitiendo identificar en una actividad que puede ser diaria, como el uso de Netflix o Spotify, la celebración de distintos contratos, y que su regulación no se encuentra en una sola norma o legislación.

En lo que nos interesa, hacemos hincapié en los proveedores de contenidos, quienes pueden almacenar obras protegidas por derechos de autor y derechos conexos en un proveedor de servicio de Internet de alojamiento ya sea físicamente en los dispositivos de éste o en *cache*, como también puede alojarlos en sus propios dispositivos o pagina web, siendo en este caso además de proveedor de contenidos, proveedor de servicios de Internet, o bien en lo que se denomina “nube”. Una vez alojado, almacenado o cargado el contenido digital, la obra protegida, se encuentran a disposición de los usuarios.

En el caso de Netflix, actúa como proveedor de contenidos y como proveedor de servicio de Internet princi-

palmente de alojamiento, y en caso de sus producciones u obras originales resulta ser titular de derechos sobre ellas, sin perjuicio de los derechos de terceros. En el caso de Spotify actúa como proveedor de servicio de Internet de alojamiento y como proveedor de contenidos al cargar o disponer con autorización de los titulares de derechos.

Ambos casos como proveedores de servicios de Internet de alojamiento de contenidos se constituyen en plataformas de *streaming* poniendo a disposición en forma real de los usuarios los contenidos digitales. Debe aclararse que mientras el sistema de alojamiento de contenidos digitales clásico supone el *download* para su consumo o utilización, o sea la previa descarga y almacenamiento del contenido por el usuario para consumirlo, el *streaming* permite el consumo o utilización del contenido en forma real y coetánea a su utilización sin descarga algún del contenido a los dispositivos del usuario.

En este punto puede verse en la página de Internet de Netflix que brinda un servicio de suscripción que permite acceder a películas y programas de TV (el “contenido de Netflix”) en *streaming* a través de Internet en ciertos televisores, computadoras y otros dispositivos conectados a Internet (“dispositivos listos para Netflix”). Parte del contenido de Netflix está disponible para descarga temporal y visualización *offline* en ciertos dispositivos compatibles (“Títulos *offline*”). Además se usan otras empresas, agentes o contratistas (“Proveedores de servicios”) para que presten servicios en su nombre o para que los ayuden en la prestación del servicio. Por ejemplo, para ofrecer servicios de *marketing*, publicidad, comunicaciones, seguridad, infraestructura y servicios de TI, para el servicio, y proporcionan información sobre cuentas bancarias o saldos, procesan las transacciones de las tarjetas de crédito y de otras formas de pago, brindan servicio al

cliente, analizan y mejoran los datos y procesan y llevan a cabo encuestas al consumidor ¹⁵.

En el caso de Spotify, proporciona servicios con características sociales e interactivas para transmitir música y otros contenidos, así como otros productos y servicios que pudieran desarrollarse periódicamente. Al registrarse se puede utilizar cualquiera de estos servicios de Spotify, incluyendo todas las características y funcionalidades asociadas, sitios web e interfaces de usuario, así como todo el contenido y aplicaciones de *software* asociadas los servicios (colectivamente, el “Servicio de Spotify” o el “Servicio”), o acceder a cualquier contenido o material de música, videos o de otro tipo que se encuentre disponible a través del Servicio (el “Contenido”) ¹⁶.

4. Redes contractuales

El fenómeno a estudiar es complejo. La aparición y desarrollo de Internet implicó cambios profundos de índole económica, social y cultural. La forma de producir como la forma de consumir los bienes y servicios se vieron sustancialmente afectadas con la aparición de la denominada “Internet de las cosas”, la “economía digital” y el “comercio electrónico” (o e-business o e-commerce). La vida cotidiana, la forma de comunicarnos, como el trabajo tanto en forma independiente como en forma dependiente, también se vieron afectados ante el surgimiento de “plataformas digitales” como medio de interacción, de trabajo, de consumo, de sociabilización y hasta de realización personal, lo que dio lugar a la

15 www.netflix.com.

16 <https://www.spotify.com>.

denominada “sociedad de redes” o “sociedad de la información”. Estos cambios sociales, económicos y culturales imponen la revisión y adaptación de las estructuras formales, y dentro de ellas de las estructuras y formas jurídicas.

En este contexto en el Derecho de la Propiedad Intelectual el *software* apareció como nueva “obra intelectual”. El Derecho Contractual no escapa a esta modificación, los cambios no sólo se refieren a lo instrumental como sería lo referido a la contratación electrónica, sino al surgimiento de un entramado de relaciones económicas que involucran diferentes ramas del Derecho, como el Derecho Civil patrimonial clásico, el Derecho del Consumidor y como se indicó los Derechos de Autor. Los modelos negóciales de las empresas Netflix o Spotify implican un abordaje complejo que no sólo abarca lo puramente contractual sino también la funcionalidad y regulación o no del fenómeno de Internet, la revisión de las estructuras contractuales clásicas y su adaptación a estos modelos.

El punto de partida es entender que en este momento histórico existe una gran variedad de productos y servicios que son comercializados, distribuidos y consumidos directa o indirectamente a través de Internet. Algunos de esos productos y/o servicios constituyen “contenidos digitales”, que es lo que aquí nos interesa.

Como ya dijimos, en ambos casos como proveedores de servicios de Internet de alojamiento de contenidos se constituyen en plataformas de *streaming* poniendo a disposición en forma real de los usuarios los contenidos digitales. Pero en un segundo punto de análisis se puede hacer foco en estas plataformas desde el “comercio electrónico” (o e-business o e-commerce). Dentro de los proveedores de servicio de Internet se encuentran los

proveedores de servicios de comercio electrónico, entendiéndose este último como toda forma de transacción u operación comercial a través de Internet. Existen cuatro modelos de comercio electrónico: entre empresas (*business to business* B2B), entre empresas y consumidores (*business to consumers* B2C), entre consumidores (*consumers to consumers* C2C), y entre empresas y Administraciones Públicas (*government to business* G2B)¹⁷. Ahora bien, dentro de este esquema podemos ubicar a Netflix o Spotify como un modelo entre empresas y consumidores (*business to consumers* B2C), mientras que los usuarios en cuanto suscriptores de estas plataformas consumen los contenidos digitales puestos a disposición mediante el servicio de *streaming*.

Como puede apreciarse el entramado de relaciones jurídicas en complejo y abarca diferentes actores.

Por un lado debe considerarse la situación jurídica de los usuarios respecto a los titulares de los derechos sobre las obras intelectuales y si resultan responsables o no y en qué medida lo hacen, por el uso o utilización que hacen de esos contenidos, abarcando supuestos contractuales y extracontractuales. En este punto y respecto a la relación entre usuarios y los proveedores de servicios interesa la forma de contratación (electrónica), tanto respecto a los usuarios como consumidores como a los derechos de autor de los autores y/o titulares de derechos de los contenidos.

En segundo lugar, respecto a los proveedores de contenidos de Internet, en este caso Netflix y Spotify y su

17 “El carácter de la responsabilidad del operador de sitio de e-commerce”, por Rita CASTIGLIONI y Nicolás MOFFAT, Buenos Aires, martes 5 de junio de 2018 • ISSN 1666-8987 • N° 14.420 • AÑO LVI • ED 278.

relación con los titulares de los derechos sobre las obras intelectuales, debiendo analizarse las formas contractuales por las que estos proveedores explotan los contenidos digitales, los derechos de éstos respecto a sus obras, y en caso de violación de los mismos la responsabilidad de los proveedores.

Por último en cuanto proveedor de servicios de Internet, de alojamiento y *streaming* y como contracara de autorizar la utilización de los contenidos digitales por parte de los usuarios, deberá analizarse si como intermediarios son o no responsables por las infracciones relacionadas a los derechos de propiedad intelectual por parte de los usuarios. Y en el marco del comercio electrónico, la regulación y responsabilidad como proveedores frente a los usuarios como consumidores.

4.a) *Situación jurídica entre usuarios y los proveedores de servicios (Netflix o Spotify)*

Tanto Netflix como Spotify resultan ser proveedores de servicios de Internet, específicamente de alojamiento de contenidos en cuanto se constituyen en plataformas de *streaming* poniendo a disposición en forma real de los usuarios los contenidos digitales.

Claramente la vinculación jurídica con los usuarios es de naturaleza contractual, siendo en nuestro Derecho un contrato de consumo, ya que los usuarios de estas plataformas consumen los contenidos digitales puestos a disposición mediante el servicio de *streaming*.

La ley 24.240 y el C. C. y C. definen la relación de consumo señalando que es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario (arts. 3 de ley 24.240 y 1092 del C. C. y C.). El consumidor es la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onero-

sa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (arts. 1 de ley 24.240 y 1092 del C. C. y C.). El proveedor es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios (art. 2 de ley 24.240).

La existencia de una relación de consumo depende de cualquier hecho jurídico mediante el cual se manifieste el acto de consumo: hechos lícitos de consumo (por ejemplo utilizar) en sí, hechos ilícitos como el daño al consumidor por consecuencia del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, también actos jurídicos unilaterales (ofertas) y contratos (adquisición por eje) denominados de consumo propiamente hoy regulado en el art. 1093 del C. C. y C.

En este orden de ideas la relación de consumo resulta ser un concepto más amplio que el contrato de consumo, pero ambos se estructuran sobre la desigualdad existente entre el proveedor y el consumidor, desigualdad que es estructural y tiene que ver con el rol que tiene el consumidor en el “mercado”; y cuando se está en presencia de un contrato esta desigualdad estructural incide en su libertad contractual y de contratar.

El artículo 1093 del C. C. y C. define al contrato de consumo señalando que es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurí-

dica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

Con este lineamiento puede entenderse a la relación contractual existente tanto entre Netflix como Spotify y los usuarios como un contrato de consumo. En donde los proveedores (art. 2 de ley 24.240) son *personas jurídicas de naturaleza privada, que desarrollan de manera profesional actividades de producción, creación, distribución y comercialización de servicios* (la creación y/o puesta a disposición de contenidos digitales propios o de terceros mediante *streaming*) *destinados a consumidores o usuarios*. Por su parte los suscriptores de estas plataformas resultan ser usuarios (arts. 1 de la ley 24.240 y 1092 del C. C. y C.). En cuanto a la forma de contratación, la misma es mediante la adhesión a cláusulas predispuestas (Términos y Condiciones que deben ser aceptados en ambos casos) y de manera electrónica.

No altera esta conclusión la onerosidad o gratuidad (para el caso de Spotify) del servicio contratado, ya que el régimen de defensa del consumo se aplica con independencia de la existencia o no de un precio.

Como contrato de consumo interesa resaltar los temas referidos a los servicios en sí prestados como prestación principal del proveedor y del precio como prestación a cargo del usuario, los contenidos generados por los usuarios, y la utilización de los datos personales de éstos por el proveedor.

*Netflix*¹⁸

Conforme surge de los términos y condiciones o convenio entre la empresa y el usuario el servicio de Netflix se utiliza mediante la creación de una cuenta que se identifica con una contraseña u otra identificación del usuario cada vez que el navegador accede al servicio. Además se prevé la creación de perfiles, los cuales permiten que cada usuario tenga su propio servicio personalizado de acuerdo con las series y las películas que le interesen, además de historiales de visualización separados.

Para usar el servicio de Netflix, se debe tener acceso a Internet y a un dispositivo idóneo para él, y proporcionar una o más formas de pago. En los términos y condiciones se señala que se entiende por “Forma de pago” una forma de pago actual, válida y aceptada, que pueda actualizarse. Se agrega que puede la empresa cambiar los planes de suscripción y el precio del servicio, pero cualquier cambio en los precios o en los planes de suscripción se aplicará no antes de los 30 días siguientes a la notificación. La calidad de la imagen del contenido puede variar según el dispositivo, la ubicación, el ancho de banda disponible o la velocidad de la conexión a Internet.

Se aclara que el servicio de Netflix y todo el contenido en él son sólo para uso personal, no comercial.

El otorgamiento de la membresía de Netflix implica un derecho limitado, no exclusivo e intransferible para acceder al servicio de Netflix con el propósito de ver contenidos de Netflix a través del servicio de *streaming* (pudiendo encuadrarse en una autorización o cesión de uso temporal oneroso exclusivo e intransferible, conforme vimos anteriormente).

18 www.netflix.com.

Se establece la prohibición de archivar, reproducir, distribuir, modificar, mostrar, ejecutar, publicar, otorgar licencias, crear obras derivadas basadas en el servicio, u ofrecer en venta, o usar (a excepción de que se autorice explícitamente en los Términos de uso) contenido e información contenida en u obtenida a través del servicio de Netflix.

Respecto a la responsabilidad por el servicio se señala que se ofrece “tal cual” es, sin garantía ni condición. En particular, no se declara sin interrupciones ni sin errores. El usuario al aceptar los términos y condiciones renuncia a todos los daños especiales, indirectos y consecuentes. Aclarándose que estos términos no limitarán las garantías no renunciables ni los derechos de protección al consumidor bajo las leyes imperativas del país de residencia. Se establece también que en la medida que lo permitan las leyes aplicables el usuario renuncia a una acción colectiva o representativa, o si la ley aplicable lo permite, el tribunal no podrá acumular las causas de más de una persona o de lo contrario, no podrá presidir ninguna acción representativa o colectiva.

Respecto a la ley aplicable se establece que los Términos de uso se regirán e interpretarán de conformidad con las leyes del estado de Delaware, EE. UU., sin perjuicio de cualquier disposición de Derecho Internacional Privado.

Por último respecto a la relación entre Netflix y el usuario como consumidor, interesa resaltar que Netflix en los términos y condiciones explicita que recolecta datos personales de los usuarios no sólo para las prestaciones del servicio en sí, sino con fines de *marketing*, publicidad y/o transferencia a terceros asociados o no con otros fines diferentes al servicio. Dicha información referida al servicio (por ejemplo preferencias, búsquedas),

a los dispositivos (plataformas, proveedores de Internet, dirección de IP), o de carácter financiero (referidas al medio de pago), además de datos personales (nombre, e-mail, dirección).

Spotify

Similares condiciones pueden leerse en los Términos y Condiciones de Uso de Spotify. También resulta necesario registrarse y crear un usuario ya sea en la página web de la empresa o en cualquier aplicación de *software* asociada a Spotify.

A diferencia del caso anterior, el servicio puede ser prestado en forma gratuita “Con contenido limitado” o en forma onerosa, mediante suscripciones pagas. En este último caso se señala que se puede comprar una Suscripción Pagada directamente de Spotify o a través de un tercero, ya sea (1) pagando una tarifa de suscripción por adelantado mensualmente o algún otro intervalo recurrente que se te informará antes de su compra; o (2) realizando un prepago que le dará acceso al Servicio de Spotify por un período de tiempo específico (“Período Prepagado”). La empresa se reserva el derecho de unilateralmente cambiar el precio de las Suscripciones Pagadas, incluidas las cuotas de suscripción recurrentes, el Periodo Prepagado (por períodos aún no pagados) o los Códigos, periódicamente, comunicando el cambio en los precios por adelantado. Los cambios de precio entrarán en vigor al comienzo del próximo período de suscripción posterior a la fecha del cambio de precio. Dicha modificación será aceptada al continuar usando el Servicio de Spotify después de que el cambio de precio entre en vigor.

Expresamente establece el derecho del usuario de extinguir la suscripción paga y recibir el reembolso total

de todos los fondos pagados dentro de los catorce (14) días a partir del día en que se registre para el servicio correspondiente, denominándose dicha cláusula como el “Periodo de Reflexión”. Previéndose además la posibilidad de adquirir el servicio por un periodo de prueba o no, y en ambos casos tiene vigencia el periodo de reflexión.

De parte de Spotify se establece que otorga un permiso limitado, no exclusivo y revocable para hacer uso del Servicio de Spotify y un permiso limitado, no exclusivo y revocable para hacer un uso personal y no comercial del Contenido. Se aclara que las aplicaciones de *software* de Spotify y el Contenido no se venden ni se transfieren, y Spotify y sus licenciantes conservan la titularidad de todas las copias de las aplicaciones de *software* de Spotify y el Contenido incluso después de la instalación en las computadoras personales, teléfonos móviles, tabletas, dispositivos portátiles, altavoces y/u otros dispositivos (“Dispositivos”).

De parte del usuario, éste otorga el derecho a permitir que el Servicio de Spotify use el procesador, el ancho de banda y el *hardware* de almacenamiento en el Dispositivo para facilitar el funcionamiento del Servicio, permitir que se le proporcione publicidad y otra información, y que los socios comerciales hagan lo mismo.

Interesa resaltar que se impone a favor de Spotify una licencia no exclusiva, transferible, sub-licenciable, libre de regalías, perpetua (o, en jurisdicciones en donde esto no esté permitido, por un plazo igual a la duración de los Convenios más veinte [20] años), irrevocable, mundial, totalmente pagada para usar, reproducir, poner a disposición del público (por ejemplo, interpretar o mostrar), publicar, traducir, modificar, crear obras derivadas de, y distribuir cualquiera de los contenidos

de Usuario ¹⁹ en relación con el Servicio a través de cualquier medio, ya sea solo o en combinación con otro Contenido o materiales, de cualquier manera y por cualquier medio, método o tecnología, ya sea conocido ahora o creado en el futuro. Además de los derechos específicamente otorgados aquí, el usuario conserva la titularidad de todos los derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre el Contenido de Usuario. Pero se establece que cuando corresponda y esté permitido por la ley aplicable, el usuario acepta renunciar a, y no hacer valer ningún “derecho moral” o derechos equivalentes, tal como su derecho a ser identificado como el autor de cualquier Contenido de Usuario, incluidos los Comentarios, y el derecho a oponerse al trato peyorativo de dicho Contenido de Usuario.

Al igual que Netflix, se manejan datos personales del usuario que son recopilados en el registro, uso y pago. Se prevén las mismas finalidades de utilización, ya sea referida al servicio, *marketing* o transferencia a terceros.

En relación a la responsabilidad por el servicio, Spotify se reserva el derecho, periódicamente y en cualquier momento, de modificar o discontinuar, temporal o permanentemente, las funciones y características del Servicio Spotify, con previo aviso siempre que sea posible, todo sin responsabilidad alguna excepto en donde la ley

19 Según los términos y condiciones los usuarios de Spotify pueden publicar, cargar o contribuir con contenido al Servicio (que puede incluir, por ejemplo, imágenes, texto, mensajes, información, títulos de listas de reproducción, descripciones y compilaciones, y/u otros tipos de contenido). Incluye cualquier contenido publicado en la Comunidad de Soporte de Spotify, así como en cualquier otra parte del Servicio de Spotify.

lo prohíba, por razones válidas tales como en el caso de una verdadera interrupción, modificación o discontinuación del Servicio de Spotify o cualquier función o característica del mismo, o la necesidad de reparar, mantener o mejorar las funciones o características existentes, o para agregar nuevas funciones o características al Servicio, o implementar avances en ciencia y tecnología o garantizar la operabilidad o la seguridad del Servicio, o por razones legales y regulatorias.

Se establece que el servicio de Spotify se proporciona “tal cual” y “según disponibilidad”, sin garantía expresa o implícita o condición de ningún tipo. Spotify renuncia a cualquier garantía o condición de calidad satisfactoria, comerciabilidad, idoneidad para un propósito en particular o no infracción. Tampoco garantiza que el servicio de Spotify esté libre de *malware* u otros componentes dañinos, además no hace declaración alguna ni garantiza, respalda o asume responsabilidad por ninguna aplicación de terceros (o su contenido), el contenido del usuario, los dispositivos o cualquier otro producto o servicio anunciado, promovido u ofrecido por un tercero en o a través del servicio de Spotify o de cualquier sitio web hipervinculado, o destacado en cualquier *banner* u otra publicidad, y Spotify no es responsable de, ni tiene obligación alguna por ninguna transacción entre el usuario y terceros proveedores de lo anterior.

Se establece que en ningún caso Spotify, sus funcionarios, accionistas, empleados, agentes, directores, subsidiarias, afiliados, sucesores, causahabientes, proveedores o licenciatarios serán responsables de cualquier pérdida o daño (incluidos cualesquiera daños indirectos, especiales, incidentales, punitivos o ejemplares) que no sean previsibles, de la pérdida o daño cuando es previsible o cuando al momento de hacer el contrato no era

conocido; por pérdidas de uso; pérdida de datos; pérdida de negocio; perdidas de ganancias; o daño a los dispositivos, en la medida en que el usuario hubiera podido evitar dicho daño conforme a los lineamientos para aplicar actualizaciones a los servicios o contenido o si dicho daño es causado por no seguir correctamente las instrucciones de instalación o en su lugar por no tener los requisitos mínimos del sistema; en todos los casos derivados del uso o incapacidad de uso del servicio de Spotify, dispositivos, aplicaciones de terceros o contenido de aplicación de terceros, independientemente de la teoría legal, sin importar si se ha advertido a Spotify de la posibilidad de dichos daños, e incluso si un recurso no cumple con su propósito esencial.

Se exime de responsabilidad (en verdad se limita cuantitativamente) completa por todas las reclamaciones relacionadas con el servicio de Spotify, las aplicaciones de terceros o el contenido de la aplicación de terceros mayores a las cantidades que se hayan pagado a Spotify durante los doce meses previos en cuestión; o del incumplimiento o desempeño inadecuado o retraso a las obligaciones derivadas de los convenios provocado por causas de fuerza mayor o cualquier causa que no sea previsible razonablemente o que se encuentre más allá del control razonable por parte de Spotify. Por último, se establece la aplicación de la ley de California de EE.UU. y la jurisdicción exclusiva de los Tribunales Federales y Estatales del Condado de San Francisco, CA, o de Nueva York. También se fija que el usuario renuncia a toda demanda colectiva.

Puede notarse que en ambos casos se establece en los términos y condiciones cláusulas de nula o dudosa aplicación conforme a nuestro régimen legal protectorio del consumidor. Pero resulta significativo ver que se insis-

te en fijar renunciaciones de derechos del usuario a favor del proveedor tanto respecto a reclamos como a la propiedad de contenidos propios. Así mismo se establece en ambos casos limitación de responsabilidad de los proveedores, prórroga de jurisdicciones, posibilidad de variar el contenido y/o precio del contrato.

No es extraño ver en este tipo de contrataciones la recopilación de datos personales del usuario, resultando ya una práctica común en las plataformas de Internet, redes sociales, etc.

5. Situación jurídica de los usuarios respecto a los titulares de los derechos sobre las obras intelectuales

Tanto en el caso de Netflix como en el de Spotify, en los términos y condiciones se establece en cabeza de los usuarios la responsabilidad por el uso que hagan de los contenidos digitales propios de esas plataformas como de sus asociadas.

En el caso de Netflix, se manifiesta que el servicio -incluidos todos los contenidos de dicho servicio- está protegido por las leyes de Derechos de Autor, marcas registradas, secreto comercial u otras leyes o Tratados de propiedad intelectual. Se aclara que los Derechos de Autor de los programas y de las películas son propiedad de productoras importantes, Netflix Studios, LLC entre ellas. Netflix y el logotipo N son marcas registradas de Netflix, Inc. y los servicios de *streaming* o de DVD de Netflix están patentados.

Como se indico el servicio de Netflix y todo el contenido son sólo para uso personal y no comercial del usuario. Se prohíbe archivar, reproducir, distribuir, modificar, mostrar, ejecutar, publicar, otorgar licencias, crear obras de

rivadas basadas en el servicio, u ofrecer en venta, o usar (a excepción de que se autorice explícitamente en estos Términos de uso) contenido e información contenida en u obtenida a través del servicio de Netflix.

Respecto de Spotify se aclara en igual sentido que el Servicio de Spotify y el Contenido son propiedad de los licenciantes de Spotify o de Spotify.

Se le prohíbe al usuario copiar, redistribuir, reproducir, “extraer”, grabar, transferir, interpretar o mostrar al público, transmitir o poner a disposición del público cualquier parte del Servicio de Spotify o del Contenido, o hacer cualquier otro uso del Servicio de Spotify o del Contenido que no esté expresamente permitido según los Convenios o la ley aplicable o que de otra manera infrinja los derechos de propiedad intelectual (tales como los Derechos de Autor) sobre el Servicio de Spotify o el Contenido o cualquier parte de éste; usar el servicio de Spotify para importar o copiar cualquier archivo local.

Además se prohíbe transferir copias de Contenido en caché de un Dispositivo autorizado a cualquier otro Dispositivo a través de cualquier medio; ingeniería inversa, descompilación, desmontaje, modificación o creación de obras derivadas del Servicio de Spotify, el Contenido o cualquier parte del mismo, excepto en la medida permitida por la ley aplicable.

Tampoco podrá vender, alquilar, sublicenciar o arrendar ninguna parte del Servicio de Spotify o el Contenido. Eliminar o alterar cualquier derecho de autor, marca registrada u otro aviso de propiedad intelectual contenido en el Contenido o el Servicio o proporcionado a través del Servicio (incluso con el fin de ocultar o cambiar cualquier indicación de la titularidad o la fuente de cualquier Contenido).

Puede notarse que ambas empresas protegen sus contenidos, tantos propios como aquellos adquiridos a través de licencias. Y en este sentido limitan el uso que los usuarios realizan de esos contenidos, tanto propios como de terceros. En ambos casos el uso es personal y no comercial de dichos contenidos.

Las limitaciones se extienden a la creación de obras derivadas por parte de los usuarios, las cuales colisionan con la ley 11.723.

6. Situación jurídica de los proveedores de contenidos de Internet y los titulares de los derechos sobre las obras intelectuales

La particularidad de estos vínculos no se encuentra explicitada en los términos y condiciones de uso del servicio. Pero en ambos casos se aclara que los derechos de autor de los programas y de las películas son propiedad de las empresas en cuestión.

Lo cierto es que en la realización de los contenidos y su adquisición por parte de las empresas como en la utilización del mismo se plantea el conflicto respecto a la territorialidad de las regulaciones sobre derechos de autor de cada país con la vocación internacional de la prestación de servicio. Por lo cual se debe entender que se aplica no sólo la normativa sobre derechos de autor del país donde se produce el contenido sino que no en todos los países se puede utilizar contenido producido en otro país, por lo que también esta normativa cobra importancia.

En el caso de Netflix, no sólo adquiere contenidos (por encargo o licencias) sino que produce el propio a través de Netflix Studios. Además se asocia con proveedores de contenido para obtener las licencias de derechos de *streaming* para diversas series y películas. En resumen pro-

duce contenido original o adquiere derechos exclusivos para hacer *streaming* de otro contenido.

Como hecho anecdótico respecto a este punto, en Argentina puede mencionarse que la Sociedad Argentina de Gestión de Actores Intérpretes (SAGAI) realizó un reclamo a la plataforma de *streaming* Netflix por el pago de derechos por la reproducción de contenidos audiovisuales locales en los cuales participan actores representados por dicha entidad. El fundamento normativo de esta petición se encuentra en el artículo 56 de la ley 11.723 que data de 1933 y reconoce a los intérpretes una retribución económica por la comunicación pública de sus interpretaciones.

En el caso de Spotify se señala que tanto el Servicio como el Contenido son propiedad de los licenciantes de Spotify o de Spotify, otorgando solamente un permiso limitado, no exclusivo y revocable para hacer uso del Servicio y un permiso limitado, no exclusivo y revocable para hacer un uso personal y no comercial del Contenido.

Se establece una “política de *copyright*” señalándose la posibilidad de baja o quite de contenido ante la violación de los mismo por parte de la empresa.

En nuestro país, entre Netflix y Spotify y los titulares los derechos sobre las obras intelectuales (cuando no sean ellos mismos como en el caso de Netflix) puede existir una cesión de derechos o licencia, un contrato de obra o de servicio (art. 1251 C. C. y C.), un contrato de trabajo (ley 20.744), o hasta un contrato de suministro (art. 1176 C. C. y C.), pero en todos los casos los derechos morales siempre están en cabeza de los autores.

En cuanto al aspecto patrimonial, además de la negociación individual que el autor realice con la empresa, debe señalarse que la gestión de este aspecto en nuestro país es colectiva, por lo cual la defensa de los derechos de los autores debe canalizarse mediante la suscripción de

convenios entre los entes de gestión colectiva (entre los más representativos ARGENTORES, SAGAI y SADAIC) con las plataformas para el pago de aranceles por la obras o contenidos cuyos autores sean sus asociados.

Como ejemplos puede citarse el caso de ARGENTORES²⁰ (la Sociedad General de Autores de la Argentina que abarca autores de las cuatro disciplinas de cine, teatro, televisión y radio), que establece un régimen de licencia para el uso del repertorio de ARGENTORES en Video On Demand-Video a la Carta. En tal sentido se entenderá por Repertorio de ARGENTORES todas las obras mencionadas en el artículo 1 de la ley 20.115 y decreto 461/73 y disposiciones concernientes a dicho repertorio, sean originales, en colaboración, arreglos, adaptaciones, versiones, recopilaciones, transcripciones y/o toda otra modificación ajustada a derecho de las mismas, que correspondan actualmente o en el futuro a sus asociados y/o representados conforme a las disposiciones de la ley 20.115, el decreto 461/73 así como las comprendidas en los respectivos contratos de representación, suscriptos con las entidades o sociedades de autores extranjeras.

Respecto al contenido de la licencia, se autoriza al uso lícito de las Obras del Repertorio de ARGENTORES, exclusivamente para Video On Demand- Video a la Carta y similares, según modalidad de poner a disposición de los destinatarios las obras del repertorio de ARGENTORES, de modo que permita al público elegir la obra audiovisual y el momento de recepción de la misma.

Interesa destacar que respecto a los derechos morales se impone a la empresa respetar en su integridad el dere-

20 <https://argentores.org.ar/nuevas-tecnologias/aranceles-nuevastecnologias/>.

cho moral reconocido a los autores de acuerdo a la legislación nacional y Tratados internacionales. En consecuencia, en ningún caso se podrán alterar las obras del Repertorio de ARGENTORES, excepto autorización previa y específica del autor a tal efecto y gestionada a través de ARGENTORES, la que deberá ser otorgada por escrito. Considerándose alteración de la obra suprimir o cambiar el nombre de los autores de las obras y/o su título y/o todo acto o procedimiento de cualquier índole realizado sobre ella que importe un cambio, una mutilación, una deformación o una desnaturalización. Asimismo debe constar en lugar visible el nombre y apellido y/o pseudónimo de los autores y título de las obras de manera completa.

Otro ejemplo es el supuesto de SADAIC ²¹ (la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música), que también establece un régimen destinado a regular la utilización de obras musicales en Internet o redes análogas.

Es similar en cuanto a sus características, la necesidad de suscribir un convenio con la entidad por parte de quien pretende utilizar el repertorio de obras que administra. La existencia de un repertorio de obras, entendido como el conjunto de las obras musicales, o literarias musicalizadas, ya sean originales, en colaboración, arreglos, adaptaciones, versiones, recopilaciones, transcripciones y/o toda otra modificación.

Se señala que en el marco de la representación que desempeña de los titulares de las obras de su repertorio, conforme a las disposiciones de la ley 17.648, el decreto 5146/69, su Estatuto Social y los respectivos contratos de recíproca representación que la vinculan con las Sociedades Autorales Extranjeras, conforme a lo establecido por

21 <https://www.sadaic.org.ar/>.

los artículos. 2 y 36 de la Ley 11.723, autoriza en forma no exclusiva al responsable legal del sitio web o *web site* con domicilio legal en el territorio de la República Argentina, al uso lícito de obras musicales en Internet o redes análogas para proceder: a) a la grabación de las obras musicales del repertorio de SADAIC a partir de fonogramas y/o cualquier tipo de soporte audiovisual lícitamente producidos y distribuidos, en un archivo digital para Internet o redes análogas, ya sea directamente o por un tercero, para el servicio que ofrece el Licenciatario, y a los efectos de: b) poner las obras musicales a disposición de los destinatarios para que puedan acceder en línea desde el lugar y en el momento que cada uno elija para su escucha, sin posibilidad de la realización en línea de una descarga o *downloading*. c) poner las obras musicales a disposición de los destinatarios para que puedan acceder en línea desde el lugar y en el momento que cada uno elija, con la finalidad de permitir en línea la descarga o *downloading* de las obras musicales.

Similares condiciones que en el caso anterior respecto a los derechos modales tiene dicho régimen.

7. Conclusiones

Como conclusión puede señalarse que existe un entramado de relaciones jurídicas complejas y que abarca diferentes actores. El punto de encuentro que es la existencia de relaciones contractuales de características nacionales e internacionales exige una tarea de armonización por el intérprete jurídico.

Por un lado, debe necesariamente contemplarse que las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, si bien es de reciente sanción, mantuvo las disposiciones del Código anterior. Mientras que por otro lado

la ley de Propiedad Intelectual argentina data del año 1933, con lo cual sus disposiciones por más esfuerzo interpretativo que se realice se muestran ineficaces para resolver los desafíos del siglo XXI.

Así entre Netflix y Spotify y los titulares los derechos sobre las obras intelectuales (cuando no sean ellos mismos como en el caso de Netflix) pueden existir una cesión de derechos, un contrato de obra o de servicio (art. 1251 C. C. y C. N.), o un contrato de trabajo (ley 20.744), o hasta un contrato de suministro en caso de producciones periódicas (art. 1176 C. C. y C.). Por otro lado, entre Netflix y Spotify y sus suscriptores en cuanto usuarios cualquiera sea la forma típica contractual, ya sea contrato de servicios o de suministro, o puesta en disposición, dichas relaciones constituyen un contrato de consumo en los términos de los artículos 1092 y 1093 del C. C. y C., y demás reglas propias del régimen de defensa de consumidor.

Con lo cual la mejor forma de dotar a las problemáticas actuales de respuestas satisfactorias, acorde a lo señalando en nuestra hipótesis es realizando en cada caso un esfuerzo de armonización interpretativa, que asegure el adecuado resguardo de, por un lado los intereses propios de las empresas Netflix y Spotify y los autores o creadores de contenidos, y por el otro, entre dichas empresas como proveedoras de servicios digitales con relación a sus usuarios en el marco del Derecho del Consumidor.

8. Resultados

En orden a las labores realizadas hemos podido determinar que la normativa civil tradicional no es pertinente ni adecuada para resolver los diversos conflictos que

plantean los contratos modernos. En orden a ello, queda en evidencia que la legislación vigente propia de los Derechos Intelectuales y la Teoría General de los contratos deben armonizarse para lograr regular satisfactoriamente la utilización y desarrollo de las plataformas Netflix y Spotify, principalmente en lo que hace a la relación entre empresas, autores y usuarios.

9. Divulgación de los conocimientos adquiridos

En concreto, el grupo de investigación ha producido una serie de trabajos y presentaciones preliminares en reuniones científicas y congresos, generándose también la publicación de varios trabajos que a continuación se detallan.

Ponencia en el V Congreso Internacional de Enseñanza del Derecho, “Uso de tecnologías de la información y de la comunicación en la enseñanza virtual del pensamiento científico” Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. La Plata, Argentina. Realizado los días 15,16 y 17 de noviembre de 2021.

Ponencia en el “XXI Congreso Nacional y XI Latinoamericano de Sociología Jurídica”, tema “Breve referencia del marco teórico y del régimen jurídico del sistema de ‘blockchains’ y de obras mediante ‘tokens no fungibles’”. La necesidad de su comprensión para una correcta visualización de una nueva realidad”. Organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y SASJu, Argentina, los días 27, 28, 29 y 30 octubre de 2021.

Exposición en la Jornada sobre: “Presentación Anuario de la Universidad del Este” realizada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Este. La Plata, Argentina, el 28 de septiembre del año 2021.

Publicaciones:

“Nuevas perspectivas respecto a la naturaleza jurídica de los Derechos de Autor”, publicado en el Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA. En Madrid-España, Reus, año 2021. ISSN: 1889-724X-2020.

“Netflix y Spotify, nuevos desafíos para la enseñanza del Derecho Privado desde una visión integral”, publicado en el libro *Enseñar Derecho en tiempos de Pandemia-Debates y reflexiones docentes de la virtualidad emergente*, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Año 2021. ISBN 978-950-34-2001-0. “Crónica anual sobre los acontecimientos jurídicos más relevantes del año 2020 en Argentina”, artículo del Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA. Publicado en Madrid-España, Reus, año 2021. ISSN: 1889-724X.

10. Referencias bibliográficas

ANTEQUERA PARILLI, R. (2007), *Estudios de Derecho de autor y derechos afines*. Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid.

CAPELLO, N. (1997), “La ley de patentes y los nuevos avances de Argentina en materia de propiedad intelectual”. Conferencia dictada durante el Seminario sobre Patentes, organizado por The International Law Association, Buenos Aires.

CORREA, C. M. (1989), “Propiedad Intelectual, Innovación Tecnológica y Comercio Internacional”, *Revista de comercio exterior*, Vol. 39, Nro. 12.

DIEZ PICAZO, L. (1979), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (Introducción a la Teoría del Contrato)*, Madrid, Tecnos.

FERNÁNDEZ MADRID, J. C. (2007), *Tratado práctico del derecho del trabajo*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires.

GENOUD, J. (1993,. “La ley de patentes. Análisis de su texto y la reglamentación del GATT”. Documento de trabajo. Senado de la Nación.

GHERSI, C. A. (2005), *Obligaciones civiles y Comerciales*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires,

IRIARTE, I. F. (2011), “Ley 22.362 Marcas y Designaciones”, en *Código Penal de la Nación Comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2da. edición,

LETURIA, M. F. (2013), “Problemáticas de la enseñanza de los Derechos de propiedad Intelectual en el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata”, La Plata: SEDICI http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/36070/Documento_completo.%20Mauro%20Leturia..pdf?sequence=1

LETURIA, M. F. (2014), “Crónica sobre Propiedad Intelectual en Argentina en el año 2013”, Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA 2013, Madrid, España, Reus.

LETURIA, M. F. (2014), “Reflexiones sobre los Derechos Intelectuales”, publicado en la Revista Temas de Derecho Económico-Enfoque Nacional e Internacional, Tribunales Ediciones.

LETURIA, M. F. (2015), “Breves consideraciones sobre el ‘acto de creación””, Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA 2014, Madrid-España, Reus.

LETURIA, M. F. (2016), “Protección Penal de los Derechos Intelectuales en Argentina”, Anuario de Propiedad Intelectual ASEDA. Madrid- España, Reus,

LIPSZYC, D., VILLALVA, C. A. (2007), “El autor menor de edad”, La Ley 2007-C, 797.

LORENZETTI, R. (1999), *Tratado de los contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.

LLAMBIAS, J. (2003), *Tratado de Derecho Civil*, 20ª ed., Abeledo-Perrot/LexisNexis, Buenos Aires.

MOSSET ITURRASPE, J. (1997), *Teoría General del Contrato*, Rosario, Ed. Orbir.

O'FARREL, L. (1988), "Patentes y medicamentos", *Revista de derechos intelectuales*, Astrea.

PUIG BRUTAU, J. (1978), *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch. T. II, Vol. 1.

RIVERA, J. C. (2004), *Instituciones de Derecho Civil*, Buenos Aires, LexisNexis.

ROGEL VIDE, C. (2013), *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, volumen cuarto, Madrid, Reus.

ROGEL VIDE, C., SERRANO GÓMEZ, E. (2008), *Manual de Derechos de Autor*, Madrid, Reus.

ROGEL VIDE, C. VALDEZ C. (2012), *Obras Originales de Autoría Plural*, Madrid, Reus.

ROGEL VIDE, C. (2003), *En torno a los Derechos Morales de los Creadores*, Madrid, Reus.

RUIPÉREZ AZCÁRATE, C. (2012), *Las obras del Espíritu y su originalidad*, Madrid, Reus.

SERRANO GÓMEZ, E. (2000), *La Propiedad Intelectual y las nuevas tecnologías*, Madrid, Cuadernos Civitas.

SHERWOOD, R. N. (1989), "Beneficios que brinda la propiedad intelectual a los países en desarrollo", *Revista de derechos intelectuales* Nro. 3, Astrea.

SPOTA, A. G. (1979), *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Buenos Aires, Depalma,

STAMM, O. A. (1991) "Las negociaciones del GATT para la protección de las nuevas tecnologías", *Revista de Derechos Intelectuales*. Nro. 5, Astrea.

TABIERES S.-LETURIA, M. F. (2014), *Derechos de propiedad Intelectual. Análisis sobre su naturaleza, aplicación y efectos*, La Plata, Librería Editora Platense.

VALDÉS DÍAZ, C. (2012), *Las obras en colaboración. Introducción y teoría general. Especial referencia a su re-*



gulación en la ley cubana de derecho de autor. Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, Reus.

VIBES, F. P. (2002), *El impacto de Internet en la Propiedad Intelectual*, Buenos Aires, La Ley.

**Trabajos del
Cuarto
Concurso de
Artículos de
Divulgación
Científica
UDE - 2022**



•Publicación de los trabajos del cuarto Concurso de Artículos de Divulgación Científica- UDE 2022

Durante el año 2022, gracias al fuerte apoyo institucional de la Universidad del Este se realizó la convocatoria al cuarto Concurso de Artículos de Divulgación Científica UDE 2022, a la cual acudió numerosa cantidad de profesores y miembros de la comunidad académica en general presentando trabajos inéditos que fueron evaluados por el Jurado mediante un sistema de “doble ciego”, por el que los autores presentaron sus trabajos bajo seudónimo y una vez concluida la evaluación recién pudieron conocerse los autores de cada trabajo y el seudónimo utilizado para su realización.

Los trabajos presentados al concurso de Artículos de Divulgación Científica-UDE 2022 son los que se publican a continuación.

Acceso a la tutela administrativa en clave digital

Autores: María Victoria GISVERT y
Juan Manuel GALLO

SUMARIO: 1. El derecho a la tutela judicial efectiva.- 2. Acceso a la tutela administrativa.- 3. Gobierno Abierto.- 4. ¿Cómo se organiza e impulsa el Gobierno Abierto en el mundo?- 5. Gobierno Abierto en Argentina.- 6. Triada tutela efectiva administrativa-gobierno abierto-gobierno digital/electrónico.- 7. Avances y pendientes de un procedimiento administrativo en clave digital.- 8. El administrado 2.0.- Fuentes consultadas

1. El derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho de toda persona de acceder a tribunales independientes en busca de justicia proclamado en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, también fue ampliamente reconocido tanto en el Derecho Comparado como en Tratados internacionales.

En lo que concierne a nuestro país, en el Preámbulo de la Constitución Nacional se establece, entre los fines del gobierno, el de “afianzar la justicia”, y en consonancia con ello en su artículo 18 se garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio de las personas.

En esa línea, el derecho de acceso a la Justicia en juicios contra el Estado, se apoya también en lo dispuesto en los artículos 116 y 117 de la Carta Magna, los cuales estatuyen la regla de que el Poder Judicial federal debe intervenir en todo tipo de causas o conflictos de derechos o intereses en los que la Nación sea parte.

Es así que el derecho a la protección judicial consagrado en nuestro ordenamiento despliega sus efectos, en primer lugar, en el momento del acceso a la Jurisdicción, al asegurar al justiciable la defensa de sus derechos en sede jurisdiccional en forma real y efectiva.

Pero, asimismo, comprende el reconocimiento de los siguientes derechos:

1) a ocurrir ante los tribunales de Justicia y a obtener de ellos una sentencia útil.

2) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa;

3) a un juez natural e imparcial;

4) a contar con asistencia letrada;

5) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la Jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en exceso ritual manifiesto;

6) a peticionar y obtener tutela cautelar para que no pierda virtualidad el derecho que se pretende;

7) al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia;

8) al desarrollo del proceso en un plazo razonable;

9) a una decisión debidamente fundada;

10) a impugnar la sentencia definitiva;

11) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada;

En esa línea, CAPPELETTI y GARTH reconocen dos dimensiones del concepto de acceso a la Justicia. En primer lugar, una dimensión normativa referida al derecho iguali-

tario de todos los ciudadanos a hacer valer sus derechos legalmente reconocidos.

En segundo lugar, una dimensión fáctica que se refiere a los aspectos vinculados con los procedimientos tendientes a asegurar el ejercicio del acceso a la Justicia.

Desde este punto de vista, el acceso a la Justicia comprende el derecho a reclamar por medio de los mecanismos institucionales existentes en una comunidad la protección de un derecho legalmente reconocido. Esto implica el acceso a las instituciones administrativas y judiciales competentes para resolver las cuestiones que se presentan en la vida cotidiana de las personas.

Acceder a la Justicia, por lo tanto, implica la posibilidad de convertir una circunstancia que puede o no ser percibida inicialmente como un problema, en un cuestionamiento jurídico.

En lo que a este trabajo atañe, en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2004 “Astorga Bracht” se realiza una interpretación que concretiza dicho acceso en la debida tutela judicial (la cual se hallaba consagrada) y tomando los Tratados internacionales con carácter constitucional, extiende dicha garantía a la debida tutela administrativa.

2. Acceso a la tutela administrativa

Para que las personas gocen de una tutela administrativa efectiva es necesario, en primer lugar, que éstas puedan acceder al procedimiento administrativo.

Ahora bien, no cualquier acceso a la Administración cumple con el derecho fundamental a una buena administración, sino aquel que, como bien señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “asegura la determinación de los derechos de las personas en un tiempo

razonable”, ya que una demora prolongada o “la falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales y administrativas”²².

En esta línea, y a modo de ejemplo, es evidente que una tutela administrativa efectiva implica a su vez la protección del derecho a una resolución administrativa en un plazo razonable.

Este derecho permite que las personas, luego de acceder al procedimiento administrativo, puedan ejercer un control sobre las funciones públicas administrativas, ya que esto obliga a la Administración a garantizar la máxima efectividad de los derechos fundamentales dentro de un plazo razonable y sin dilaciones innecesarias.

Ello sin perjuicio de los institutos propios que posee el procedimiento administrativo. En ese sentido, la configuración del silencio como medio para obtener (mediante una ficción legal, creada al efecto por el legislador) una denegatoria tácita por parte de la Administración o utilizando el proceso judicial contencioso del amparo por mora, a los fines de obtener una orden de pronto despacho judicial que dé impulso a las actuaciones administrativas a los fines de obtener una decisión fundada por parte del Organismo.

En segundo lugar, el derecho a una tutela administrativa efectiva requiere que las personas sean escuchadas y reciban una respuesta oportuna por parte de los órganos y entes públicos. Esta prerrogativa abarca el derecho a ser oído antes de que se adopten medidas que puedan afectar desfavorablemente los derechos e

²² Caso Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago – Corte Interamericana de Derechos Humanos.

intereses de las personas y el derecho a una respuesta oportuna y eficaz por parte de las autoridades administrativas.

De esta forma resulta evidente que la Administración está obligada, por un lado, a otorgar a las personas la oportunidad de exponer las razones fácticas y jurídicas que hacen a su planteo, y, por otro lado, a otorgar una respuesta oportuna y eficaz a los administrados, la cual se concretiza: 1) en el derecho de las personas de recibir una pronta respuesta por parte de los órganos y entes públicos y, 2) en la obligación de la Administración de remover de oficio las barreras y obstáculos puramente formales que impidan el acceso al procedimiento administrativo.

Dichos conceptos deben asegurarse en el marco de las garantías propias de los particulares y prerrogativas propias del Estado, velando en todo momento por el interés público en juego.

Asimismo, una tutela administrativa efectiva exige la motivación de las actuaciones administrativas. Esta garantía se desprende del principio de legalidad, el cual obliga a los órganos y entes públicos a motivar adecuadamente sus decisiones administrativas, a fin de evitar resoluciones que, si bien están sustentadas en disposiciones legales, contengan contradicciones internas o errores lógicos que hagan de estas decisiones manifiestamente arbitrarias.

Por otro lado, es evidente que para que una actuación administrativa sea válida y se garantice el derecho a una tutela administrativa efectiva, es necesario que la Administración valore objetivamente todos los intereses en juego y, en consecuencia, emita una decisión que sea congruente con las pruebas, las circunstancias fácticas, los antecedentes y los precedentes administrativos. De esta

forma el deber de motivación opera como una garantía de la tutela administrativa efectiva ya que limita la discrecionalidad que poseen los poderes públicos en el ejercicio de sus potestades.

Finalmente, los administrados poseen las garantías de, por un lado, recurrir y cuestionar la actuación de los órganos y entes públicos a través de los recursos administrativos o por ante la jurisdicción contenciosa administrativa y, por otro lado, de ejecutar los actos y normas administrativas, pues gozan de una presunción de validez y sus efectos son ejecutivos y ejecutorios.

3. Gobierno Abierto

Es un enfoque que busca fortalecer y democratizar las instituciones, involucrar a la ciudadanía en las políticas públicas y aumentar la confianza y la colaboración entre los distintos niveles de gobiernos y la sociedad.

Este enfoque promueve la participación ciudadana, la transparencia y la rendición de cuentas como medios para innovar en la gestión pública y construir un Estado abierto.

Es decir, que se centra en cuatro principios que se interrelacionan: transparencia, rendición de cuentas, participación ciudadana e innovación.

Transparencia

Refiere al proceso a través del cual el Estado garantiza el libre acceso a la información (y datos) que tiene en su poder y la torna disponible de forma completa, clara, oportuna y en formatos abiertos, lo que facilita el control e involucramiento de la ciudadanía, así como el conocimiento para la toma de decisiones.

Rendición de cuentas

Alude a la receptividad y responsabilidad que deben tener las y los agentes públicos en dos dimensiones: por un lado, la obligación de informar acerca de sus decisiones y justificarlas públicamente; y por el otro, la capacidad de imponer sanciones a las y los funcionarios públicos que hayan violado sus deberes o incumplido sus obligaciones.

Participación ciudadana

Hace referencia al involucramiento de la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil en las políticas públicas, lo que permite trabajar de manera horizontal y coordinada, cocrear iniciativas y sumar nuevas voces y miradas en los procesos de toma de decisiones. Además de ser una acción democratizadora, la participación ciudadana otorga legitimidad y mayor estabilidad a las políticas y permite reconocer por parte de los actores las limitaciones y posibilidades de acción efectivas.

Innovación

Refiere a la convergencia de conocimientos, herramientas y saberes provenientes de distintos sectores para promover respuestas novedosas a problemas complejos, incorporando en ese proceso a los actores afectados o involucrados. Así, la innovación implica la participación y la colaboración como principios de las intervenciones públicas y el desarrollo de respuestas construidas colectivamente.

Estos cuatro principios se materializan en prácticas y experiencias que los ponen en valor. Así, el enfoque se manifiesta en distintas herramientas y mecanismos que permiten desplegarlo en el territorio y generar un ecosistema para la apertura gubernamental.

Respecto a la aparición histórica del concepto de gobierno abierto, podemos situarlo en dos momentos: el primero, a partir del 2009, cuando el expresidente de Estados Unidos Barack Obama emitió el Memorándum de Transparencia y Gobierno Abierto para promover un sistema de gobierno más transparente, colaborativo y participativo.

El segundo momento en 2011, cuando un conjunto de ocho países (Brasil, Indonesia, México, Noruega, Filipinas, Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos) impulsó la creación de la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP, por sus siglas en inglés) con el objetivo de asegurar compromisos concretos de los gobiernos para promover la transparencia y la participación ciudadana, luchar contra la corrupción, mejorar los servicios públicos y fortalecer la democracia. Actualmente OGP reúne a más de 75 países, 76 gobiernos subnacionales y 3000 miembros de organizaciones de la sociedad civil. La Argentina forma parte de la Alianza desde el año 2012.

Asimismo, cabe destacar que durante años el concepto de gobierno abierto fue asimilado al de gobierno electrónico. Hoy está claro que son diferentes. El gobierno electrónico o digital hace referencia a los procesos de digitalización (trámites online, expedientes electrónicos, entre otros) e incorporación de las tecnologías digitales en las Administraciones Públicas para brindar bienes y servicios por múltiples canales. En cambio, el gobierno abierto incluye una reflexión sobre el rol que juegan los diferentes actores e instituciones -gobiernos, ciudadanía, academia, sector privado, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos, entre otros- en los procesos de diseño e implementación de las políticas públicas. Sin dudas, ambos conceptos coexisten y se retroalimentan, pero resulta indispensable resaltar sus diferencias.

4. ¿Cómo se organiza e impulsa el Gobierno Abierto en el mundo?

❖ Organización de las Naciones Unidas (ONU) y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)

En la Cumbre de la ONU para el Desarrollo Sostenible, celebrada en septiembre de 2015, los Estados Miembros aprobaron la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible para poner fin a la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático.

Para su consecución, el Gobierno de España aprobó el Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030. En dicho Plan, los Planes de Gobierno Abierto se consideran política palanca para alcanzar los ODS, por su contribución al cumplimiento del ODS 16 (paz, justicia e instituciones sólidas) y porque constituyen un acelerador para el resto de los ODS.

❖ Alianza para el Gobierno Abierto (OGP)

La Alianza para el Gobierno Abierto (Open Government Partnership, OGP), fundada en septiembre de 2011, es una organización multilateral integrada por reformadores de las Administraciones Públicas y de la sociedad civil, cuyo objetivo es lograr que las Administraciones Públicas actúen con transparencia, fomenten la colaboración y la participación ciudadana, rindan cuentas y sean inclusivas. Para conseguir este objetivo, la OGP ha establecido un sistema de planes de acción a través de los cuales cada uno de sus miembros adquiere compromisos concretos para avanzar en el Gobierno Abierto. La evaluación del cumplimiento de estos compromisos la realiza el Mecanismo de Revisión Independiente (MRI) de la Alianza.

España se unió a la OGP en el mismo año de su fundación y, desde entonces, ha desarrollado varios planes de acción, cuya implementación ha supuesto grandes avances en Gobierno Abierto.

❖ **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)**

La OCDE trabaja con el funcionariado y representantes de la sociedad civil en la identificación de políticas innovadoras que avancen en el Gobierno Abierto. Su enfoque integral de apertura de las Administraciones Públicas abarca áreas muy diversas: coordinación gubernamental, compromiso cívico y acceso a la información, transparencia presupuestaria, integridad y lucha contra la corrupción, uso de las TIC, redes sociales y datos abiertos, y desarrollo local.

La Recomendación del Consejo sobre Gobierno Abierto incluye las medidas generales para desarrollar, adoptar e implementar estrategias e iniciativas de Gobierno Abierto que promuevan los principios de transparencia, integridad, rendición de cuentas y participación de las partes interesadas en el diseño y desarrollo de políticas públicas y en la prestación de servicios públicos de forma abierta e inclusiva.

En el seno de Comité de Gobernanza Pública de la OCDE, se ha creado un grupo de trabajo para avanzar en las áreas de Gobierno y Estado Abiertos, espacio cívico, participación ciudadana innovadora, transparencia y rendición de cuentas, y comunicación pública. España forma parte del buró de este grupo de trabajo que colabora con la OCDE en materia de Gobierno Abierto.

5. Gobierno Abierto en Argentina

La Educación en Gobierno Abierto es un compromiso que se inició en el III Plan de Gobierno Abierto 2017-2019.

El objetivo es desarrollar competencias cívicas y sociales en estudiantes y docentes, para el futuro ejercicio de una ciudadanía más democrática. Esta futura ciudadanía será más comprometida y por ende exigirá Administraciones Públicas más transparentes e íntegras y ejercerá una actitud cívica más responsable, colaborativa y participativa en los asuntos públicos.

El proyecto está dirigido a docentes y estudiantes de todas las etapas educativas y consiste en:

- 1) Guías de Educación en Gobierno Abierto
- 2) Formación de docentes
- 3) Proyectos educativos en centros de Primaria, Secundaria y Bachillerato

Por su parte, el Plan Estratégico de Gobierno Abierto 2020-2023 de la Secretaría de Innovación Tecnológica del Sector Público de Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación Argentina, busca incorporar este enfoque en el ciclo de las políticas públicas de todos los niveles de gobierno y en los diferentes poderes del Estado.

El documento se encuentra organizado en cuatro capítulos y contiene un anexo donde se publica la matriz con la planificación a 2023 de las acciones a desarrollar por la Dirección Nacional de Gobierno Abierto y las propuestas enviadas por organismos de la Administración Pública Nacional.

El primero, sobre definiciones estratégicas, está dedicado a revisar y establecer las definiciones que se utilizan a lo largo del Plan. Asimismo, se delinea la misión de la Dirección Nacional de Gobierno Abierto y la visión del Plan.

El segundo capítulo resume los antecedentes normativos y la historia institucional del Gobierno Abierto en la Argentina y describe los fundamentos de por qué es necesario desarrollar un Plan Estratégico de Gobierno Abierto para el sector público, los desafíos que conlleva y qué se aspira a lograr.

El tercero se centra en el proceso de diseño colaborativo en sus distintas etapas e incluye referencias a la sistematización de la información de diagnóstico para la propuesta de los objetivos estratégicos.

Finalmente, el cuarto capítulo aborda los cinco ejes estratégicos en los que se estructura el Plan. Sintetiza cada eje y el diagnóstico sobre la principal problemática identificada para cada uno, las causas y efectos. Presenta los objetivos estratégicos y lineamientos que se aspiran a alcanzar mediante acciones y productos concretos.

En cuanto a la Provincia de Buenos Aires, se encuentra la Dirección Provincial de Planificación Estratégica y Gobierno Abierto, dependiente de la Subsecretaría de Planificación y Evaluación de Jefatura de Gabinete de Ministros.

En dicho marco, se encuentra disponible un catálogo de datos correlacionado con cada una de las áreas de gobierno ²³.

En cuanto al gobierno digital/electrónico es necesario destacar la ley 14.828, la cual tiene por finalidad llevar adelante un plan de modernización del Estado provincial ²⁴.

23 <https://catalogo.datos.gba.gob.ar/>.

24 Específicamente en su Anexo I indica como objeto “Alcanzar una gestión pública de calidad que posibilite la provisión eficaz y eficiente de bienes y servicios públicos a los ciuda-

En consonancia con ello, el decreto 1018/2016 (reglamentario de la ley 14.828) aprobó la implementación del Sistema de Gestión Documental Electrónica Buenos Aires “GDEBA”. Asimismo, estableció que los documentos y actos administrativos realizados por GDEBA, y cuenten con firma electrónica o firma digital, tendrán idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel o cualquier otro soporte que se utilice.

Finalmente, establece la obligatoriedad de dicho sistema en el artículo 2 de la ley N° 14.828.

6. Triada tutela efectiva administrativa-gobierno abierto-gobierno digital/electrónico

Nos parece interesante, a esta altura del trabajo, llevar a cabo una interrelación entre los conceptos indicados precedentemente, reformulando los conceptos clásicos en clave actual y a la luz de la modernización del Estado. En ese sentido, se pretende lograr disparadores que concienticen la vigencia de los principios y conceptos clásicos, sin perjudicar el avance de las nuevas tecnologías.

Así las cosas, resulta trascendental entender los principios de tutela administrativa efectiva a la luz de los conceptos de gobierno abierto y gobierno electrónico/digital.

danos de la Provincia de Buenos Aires de manera equitativa, transparente y efectiva, para una mayor integración y desarrollo de la sociedad, impulsando la ejecución de sistemas de conducción sistemáticos y coordinados y el uso intensivo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) por parte del Estado Provincial”.

En ese orden de ideas, un mayor acceso a la tutela administrativa se ve garantizado con creces al poder concretar un gobierno abierto y digital. Las implicancias de un gobierno abierto favorecen aquellas garantías establecidas en la tutela administrativa efectiva al contar los particulares con una accesibilidad mayor al control y publicidad de los actos estatales.

En el mismo andarivel, dado el poder de inmediatez y accesibilidad que otorgan las nuevas tecnologías resulta trascendental el proceso de digitalización. Así, se logra una mayor publicidad e intervención por parte de los particulares.

En la actualidad, se observan diversos esfuerzos dirigidos a alcanzar un gobierno abierto (catálogo de datos, participación ciudadana en anteproyectos de ley/decreto, publicidad de presupuesto) y electrónico (equiparación de firma digital/ológrafa, implementación de gestión documental electrónica/expediente electrónico/comunicación oficial); sin perjuicio de ello, y los objetivos alcanzados, resulta trascendental un Estado que no sólo recabe o brinde acceso a los datos, sino que elabore políticas públicas activas con dicha información.

La implementación de sistemas de documentación digital permite obtener datos sistematizados, en formatos accesibles y esquematizados. Tal situación resulta trascendente debido a que implica un menor trabajo en cuanto a la “limpieza de datos”. Del mismo modo, otorga interoperabilidad/equiparación de plataformas y producción de datos entre las distintas entidades públicas.

Asimismo, con la obtención de dichos datos, homogeneizados y “limpios”, se abren innumerables posibilidades (sin descartar los problemas de sesgos) en cuanto a la aplicación de distintas IA que faciliten la labor diaria de los agentes administrativos, permitiendo la dedicación a

aquellas tareas que no sean repetitivas e impliquen mayor elaboración.

A pesar de dichas mejoras y posibilidades, deben establecerse procedimientos y protocolos en lo atinente a los datos que sean ingresados/publicados, resultando trascendental una ética de datos y rectificación/ratificación de los mismos por los particulares. Asimismo, debe preverse la problemática de la transición de un gobierno analógico/papelizado a uno digital (como mencionamos anteriormente la cuestión del acceso irrestricto de las actuaciones por los particulares) mediante el dictado de la normativa respectiva y actualizada sin demoras.

En relación a esto último, adquiere particular relevancia la ley de protección de datos personales y su actual anteproyecto de reforma.

Respecto a la implementación de programas y automatización por IA es menester tener en claro que, por lo general, las IA resultan facilitadoras de tareas, siempre bajo supervisión de personas humanas.

En síntesis, se han llevado a cabo programas y políticas públicas que tienden a lograr los objetivos propuestos en cuanto a concretar un gobierno abierto y digital. Sin embargo, entendemos que para dichos objetivos no alcanza con la mera publicación de datos o implementación de formas de gestión documental digital.

7. Avances y pendientes de un procedimiento administrativo en clave digital

En primer lugar, podríamos indicar que la llamada actividad administrativa de constatación en un sistema de gobierno abierto y electrónico devendría -en algunos casos- innecesaria.

Ello en razón de que dichas certificaciones/constataciones surgen de bases de datos propias de la Administración Pública, las cuales (dentro de un gobierno abierto) podrían ser asequibles al particular.

Un clásico ejemplo es el sistema de certificaciones de servicios de los empleados. La mencionada actividad de constatación del Estado implica en los hechos recabar los legajos de servicios del agente en cuestión para luego ser volcada en una planilla/formulario que posteriormente es rubricado por el funcionario responsable.

Dicha actividad podría ser indudablemente llevada a cabo por un sistema de Inteligencia Artificial, en el cual el solicitante ingrese una serie de datos propios y no sensibles (DNI, nombre, apellido, CUIT/CUIL, número de legajo) en la página web del organismo certificante, que mediante el ingreso de la solicitud y los datos requeridos genere un número de trámite y la IA de modo automatizado recabe en las bases de datos propias -digitalizadas- (en caso de encontrarse totalmente digitalizado en GDE-BA la base de datos -al tratarse de datos homogeneizados y categorizados-, hace más sencilla la tarea).

Por si ello fuera poco, podría también automatizarse el formulario/planilla a expedirse. De tal modo, el funcionario podría tener dicha planilla a su firma, quedando únicamente a su cargo el “clickeo” de los documentos a su firma, expidiéndose de forma automatizada la certificación de servicios (recordemos que la ley N° 14.828 establece la equiparación de formas entre firma ológrafa y digital).

En el mismo sentido resulta trascendental la tarea de seguimiento de sistemas de registros de información que ingresen los particulares a los fines de la creación de programas.

Asimismo, se ha intentado en distintos estamentos de gobierno el direccionamiento de diversos planes guber-

namentales de la actividad de fomento o promoción de industria/comercio. A modo de ejemplo, podemos citar el caso del Ministerio de Producción de la Nación que, mediante los datos del Registro Pyme direccionan la posibilidad de obtener créditos a los sectores en crisis.

En igual dirección, resulta dable destacar lo realizado por la Secretaria de Simplificación Productiva dependiente del Ministerio de Producción de la Nación en el año 2018 ²⁵, respecto a la simplificación de procedimientos administrativos. El mismo realizó un examen exhaustivo de los trámites administrativos existentes, acotando los mismos a los pasos estrictamente necesarios, tales como: Datos de solicitud de Inicio, Vista Fiscal, Dictamen Jurídico Previo, Previsión Presupuestaria, entre otros.

Por otro lado, un clásico ejemplo de lo expuesto precedentemente en cuanto a la digitalización y expediente electrónico es la posibilidad, en un mismo procedimiento administrativo, de generar un pase simultáneo a diversas áreas para dar la intervención correspondiente (podría ser a modo de ejemplo a Asesoría General de Gobierno, Fiscalía de Estado y Contaduría General de la Provincia; otro podría ser el estudio de la viabilidad del proyec-

25 Entre sus objetivos se encontraba establecido en el decreto N° 62/2018: “11. Coordinar con las áreas competentes del Poder Ejecutivo Nacional, el desarrollo de herramientas informáticas para facilitar el acceso a la información concierne a todo trámite dentro del sector público de los distintos niveles de gobierno que afecten al sector productivo. 12. Intervenir en la elaboración de actos administrativos tendientes a la simplificación, reestructuración y unificación de criterios relativos a las tramitaciones que afecten a las distintas cadenas productivas”.

to económico propuesto por una cooperativa al área de proyecto y generar el pase al mismo tiempo al área de asuntos legales a los fines de que dicha dirección emita su opinión respecto a los recaudos legales, maximizando el tiempo de trabajo).

Abundando en lo expuesto, la interrelación gobierno abierto/digital/tutela administrativa efectiva encuentra otra arista que resulta relevante. En la actualidad la ley de presupuesto se encuentra publicitada en la página web del Ministerio de Economía ²⁶. Asimismo, se encuentra en funcionamiento el sistema de SIGAF (Sistema Integral de Gestión y Administración Financiera) tendiente a informatizar la gestión a nivel presupuestario, contable y de tesorería para los distintos organismos que conforman la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires. En ese sentido, al contar con dichas herramientas, los administrados pueden observar la ejecución del presupuesto en los distintos periodos del año presupuestario.

Esta información deviene trascendental para los ciudadanos, a los fines de tener la posibilidad de ejercer un control sobre la ejecución presupuestaria de la Administración y sobre las políticas públicas implementadas.

En ese sentido, cabe detenernos en el caso “Q” ²⁷ con sentencia de fecha 24/04/2012 dictada por la CSJN en la cual se condenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

26 https://www.gba.gob.ar/hacienda_y_finanzas/direccion_provincial_de_presupuesto_publico/presupuesto_2022.

27 C.S.J.N., 24/04/2012, “Q. c., s. Y. e/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, *Fallos*, 335:452, voto de la mayoría.

a cumplimentar con la manda constitucional de otorgar una vivienda digna conforme las pautas de dicha manda judicial. En dicha causa (o expediente administrativo de manera primigenia) se podría haber alegado en defensa del Estado el grado de ejecución presupuestaria en viviendas sociales (independientemente de que se expuso como defensa las políticas habitacionales llevadas a cabo por dicho estamento gubernamental).

Siguiendo esta línea, el Estado mediante la publicidad del presupuesto, ejecución en tiempo pseudo-real (mediante el sistema SIGAF), se encontraría en condiciones de alegar la falta de partidas presupuestarias para el otorgamiento de la vivienda o, inclusive, podría programar con anticipación (mediante la interoperabilidad de diversos sistemas -Poder Judicial, Ejecutivo y presupuestario-) un esquema de cumplimiento de sentencias.

Otra situación destacable en los últimos años es la posibilidad de intervenir en los distintos procedimientos de elaboración reglamentos o leyes por parte de los administrados. Un claro ejemplo es la reforma de la Ley de Protección de Datos Personales (ley N° 25.326) en la cual se abrió consulta pública sobre la propuesta de anteproyecto de ley a ser presentados por la sociedad en su conjunto. En este sentido se dictó la RESOL-2022-119-APN-AAIP en la cual se aplicó el decreto 1172/03. Asimismo, se permitió la presentación tanto de forma digital como física. Como se observa, esta circunstancia amerita ser destacada como característica de un proceso propio de un gobierno abierto, participativo y digital.

Hasta aquí lo que se viene haciendo, pero también queremos poner de relieve algunas inquietudes que nos surgen en torno a distintos temas que aún no se han abordado acabadamente.

Respecto a la necesidad de relacionar los conceptos de bases de datos públicos, despapelización/digitalización de expedientes y simplificación de trámites, entendemos necesario que los particulares puedan verse eximidos de presentar cierta documentación que siempre se encuentra en primer lugar como dato proveniente de la Administración Pública. Clásico ejemplo es el pedido de DNI o copia del mismo. Dicha información (originaria de la Administración) debería ser otorgada e internalizada por las distintas Administraciones en sus respectivos estamentos.

En esa línea, radica la importancia de la interoperabilidad de los distintos sistemas que poseen las organizaciones públicas administrativas (ya sea por ser una entidad nacional/provincial/municipal o entidades centralizadas/descentralizadas/empresa pública) a los fines de requerir dicha información de un modo sistematizado.

Finalmente, creemos que para concretar acabadamente la triada propuesta, resulta menester avanzar hacia la interoperabilidad de sistemas, recabado/limpieza de datos, sistematización/arquitectura de datos, aplicación de IA y diseño de verdaderas políticas públicas que cumplan con los estándares internacionales de un gobierno digital y abierto, en el marco de los principios clásicos y siempre vigentes de la tutela administrativa efectiva, garantizando los derechos a los particulares y respetando las prerrogativas estatales, al servicio del interés público.

8. El administrado 2.0

En la actualidad la comunicación electrónica del ciudadano con la Administración se transformó en un derecho y, por lo tanto, y más aun luego de la pandemia

causada por el virus SARS-CoV-2, se pretendió dar el paso definitivo que transformara esta comunicación electrónica en algo menos teórico e impulsar la misma, para que deje de ser algo que “estaría bien que la Administración ofreciera”, y pase a ser la forma deseable, normal y hasta “obligatoria” por parte de la Administración, para lo cual, se debieron dar los pasos necesarios para que todas las Administraciones realizaran las modificaciones técnicas conducentes a lograr dicha evolución tecnológica.

Cierto es que la realidad indica que no todas las Administraciones se han adaptado o, si han comenzado el proceso, no lo han hecho completamente y para todos sus procedimientos, entendiendo esta digitalización como la posibilidad de que el ciudadano pueda realizar todos los pasos de un procedimiento administrativo de forma electrónica. De hecho, en muchos casos esta adaptación aún se limita a colgar en su web formularios de inicio que el particular deberá imprimir y cumplir antes de poder presentarlo en algún organismo administrativo.

Evidentemente, esto no sucede en todas las Administraciones, y es de sobra conocido que hay algunas que llevan trabajando todos estos años en mejorar su sede electrónica para digitalizarse y lograr ese objetivo de convertirse en una auténtica Administración Electrónica.

Tal es el caso del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, a través del Portal de Gobierno Abierto, compartiendo datos abiertos de la ciudad y utilizando herramientas de geolocalización, permite a los ciudadanos utilizar el Mapa de Oportunidades Comerciales, que brinda información para tomar mejores decisiones a la hora de abrir o mejorar un negocio en la Ciudad de Buenos Aires.

El ejemplo de esta y otras Administraciones que han hecho sus deberes, nos lleva a plantear algunas consideraciones que creemos son importantes:

1) La implantación de una nueva tecnología siempre supone el descubrimiento de fallas que, hasta que no entra en funcionamiento realmente, no se descubren, ya sea porque el volumen de procedimientos excede lo que el sistema puede soportar, ya sea porque las pruebas no se hacen con usuarios ajenos al sistema y, por lo tanto, no se puede prever muchas veces los problemas que, a la hora de usarlos, va a tener un usuario medio o novato.

2) Antes de poner en marcha un nuevo procedimiento administrativo electrónico y que éste sea definitivo, es necesario que exista una adaptación y que no se trate de imponer de forma precipitada, sin las necesarias pruebas previas que garanticen su correcto funcionamiento.

3) Resulta fundamental que la implantación sea de forma progresiva, ya sea mediante una previa puesta a disposición del medio electrónico para que el ciudadano pueda usarlo de forma voluntaria, o mediante una obligatoriedad por tramos, en virtud de circunstancias concretas, como puede ser un sector de la población específico que deba hacer uso de dichos procedimientos.

4) El periodo de adaptación tiene sus inconvenientes, ya que supone que durante un tiempo convivan ambos procedimientos y tengan igual validez, lo que multiplica el trabajo de la Administración.

Por último, y a modo de reflexión abierta, entendemos que la digitalización de la Administración es fundamental, pero también nos parece que es necesario destacar que este proceso debe realizarse teniendo en cuenta los destinatarios, ya que un cambio a esta escala no está li-

bre de fallas, y más aun con tantos posibles receptores con diferentes conocimientos informáticos.

Es por ello que deviene necesario garantizar una correcta usabilidad a fin de que la digitalización de los procedimientos no suponga un obstáculo para los ciudadanos cuando éstos traten de conectarse y comunicarse con la Administración a través de las distintas herramientas tecnológicas, y de forma tal de garantizar que las personas gocen de una tutela administrativa efectiva, accediendo sin ningún tipo de barrera al procedimiento administrativo.

Fuentes consultadas

CASSAGNE, Juan Carlos, “El acceso a la justicia administrativa en la Argentina”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos, “La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa”, *Rev. de Der. Adm.* n° 32, cit., p. 533.

LIMA, Fernando E. Juan, “El informalismo en favor del Administrado” en *Procedimiento Administrativo*, TAWIL, Guido, Abeledo-Perrot, 2009, Ciudad de Buenos Aires, par. 136.

PERRINO, Pablo Esteban, “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, *Revista de Derecho Público*, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, *Proceso Administrativo –I*, ps. 257/294.

PERRINO, Pablo Esteban, “La inactividad administrativa y su control judicial”, *R.A.P.* n° 269, p. 11 y ss.

Plan Estratégico de Gobierno Abierto, Secretaría de Innovación Tecnológica del Sector Público, Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación Argentina, Edición 2022.

Eutanasia: la deuda pendiente

Autores: Julián Emanuel MANKOWSKI, Jeremías GARCÍA, Serena CORTÉS y VÍCTORIA Antonella MONGELOS

Resumen

Resulta cierto posiblemente afirmar que la vida se encuentra tutelada y resguardada por la mayoría de las legislaciones de la gran mayoría de países a través de regulaciones internas y participaciones en regulaciones de carácter internacional. En efecto, el derecho a la vida pondera por sobre muchos otros derechos que tienen las personas y una de las características que más lo destacan es que es inherente a la persona por ser tal. Probablemente si mencionamos que todos tenemos derecho a tener una vida digna, libre, donde la autodeterminación del ser humano para proyectar su vida a lo largo de los años es algo que se concibe natural que debe garantizarse, no resulta de igual forma en lo referido a la muerte.

La muerte es uno de los temas tabú en nuestra sociedad. Sucede pues, que aún no se concibe al proceso de morir de igual forma que a la vida, pero debe comprenderse que tanto el proceso de la vida como el de la muerte merecen igual resguardo y garantías. Tal es así que, a pesar de tantos avances sociales y culturales, como tecnológicos, aún no se ha brindado una respuesta a aquellas personas que se ven afectadas por cuestiones relativas a enfermedades graves que generan un sufrimiento, dolor y una agonía tal que ya no son capaces de soportarlo, y solicitan que ese sufrimiento y padecimientos terminen, ya que su dignidad se ve vulnerada.

La eutanasia es una práctica que busca dar respuesta a ello, brindando al paciente en su proceso de morir, que éste sea lo más humano y digno posible, sin sufrimientos, cumpliendo su voluntad. A pesar de ello, la eutanasia no se encuentra permitida en nuestro país y en tantos otros países, debido a que no conciben que la muerte, el proceso de morir, merezca un igual tratamiento que la vida, y ésta es la deuda pendiente que tenemos: comprender que la eutanasia es una forma de garantizar, a las personas que se encuentran en una situación de extrema vulneración a su dignidad, un trato humano y no degradante en sus últimos momentos de vida, en su proceso hacia la muerte. Es nuestro deber dar una respuesta jurídica a las cuestiones que aquejan a las personas de nuestra sociedad.

Palabras claves: Eutanasia - Dignidad - Derecho a la Vida - Autonomía de la Voluntad – Libertad

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Concepciones generales: eutanasia vs suicidio asistido.- 3. Vivir y morir con dignidad: perspectivas de la eutanasia desde la ética y la dignidad.- 4. Derechos personalísimos: la autonomía de la voluntad como eslabón esencial del derecho a la eutanasia.- 5. Derecho Comparado.- 6. Conclusiones.- Bibliografía.- Legislación

1. Introducción

A lo largo de los años, ha existido un dilema profundo y que muy pocos son los que se atreven a tratar, y en este dilema confluyen distintos factores o visiones que hacen que tratar esta temática sea un tabú; ya sea por cuestiones religiosas, éticas, filosóficas, legales, etc. que hacen

que, al día de hoy, no se haya podido resolver el dilema de la eutanasia. La eutanasia ha sido un tema que en la agenda legislativa se ha relegado durante mucho tiempo, pero es momento de ponerlo en primer lugar entendiendo la gran importancia que posee y la trascendencia en la vida de cada persona y su entorno.

El gran conflicto que se desarrolla en torno a la eutanasia parte desde su concepción, que divide a los pensadores, juristas, científicos, médicos, a la sociedad en su totalidad. Existe una gran parte que entiende a la eutanasia como una práctica contraria a uno de los derechos fundamentales existentes en la historia de la Humanidad, como es la vida; tanto en el conocido Derecho Natural como en el Derecho Positivo su protección es una de las principales tareas. En contrapunto, encontramos a aquellos que conciben a la eutanasia como una práctica que garantiza hasta el último momento del transcurso de la vida de una persona, su dignidad y libertad, derechos universales que toda persona posee por el simple hecho de ser tal, entendiendo que en esta cuestión existe una ponderación de derechos que se deben garantizar pero que la dignidad es una cuestión fundamental para garantizar y proteger la vida.

En el presente trabajo se intenta abordar desde una faz interdisciplinaria una de las problemáticas con mayor controversia y determinante para el ser humano: la decisión de ponerle fin a la vida de uno mismo.

El principal objetivo es demostrar que la eutanasia es un derecho humano que debe ser garantizado a toda persona por el simple hecho de serlo, entendiendo que poder decidir respecto a ello tiene una íntima relación con la libertad e integridad de cada persona como así también en la proyección que ha realizado respecto al desarrollo de su vida.

Resulta cierto posiblemente encontrar en nuestra legislación regulaciones sobre cuestiones de autonomía de la voluntad y consentimiento informado, quizás sean un leve acercamiento para comprender paralelamente la eutanasia.

2. Concepciones generales: eutanasia vs suicidio asistido

A lo largo de la historia de la Humanidad, la vida y la muerte se rodearon de enigmas que las personas intentaron responder, pero sobre todo la muerte ha sido uno de los temas con mayores enigmas que aún no han podido ser resueltos; un claro ejemplo de ello es si existe algo más allá de la muerte, una de las tantas dudas que hacen que el ser humano se haya aferrado tanto a la vida. Podemos observar cómo tanto el Derecho Natural en sus principios como el Derecho Positivo se han esmerado en proteger y prolongar la vida, incluso interfiriendo en las libertades individuales de las personas. Sin embargo, actualmente podemos encontrar que muchos han comprendido que la muerte también es parte de la vida, quizás suene contradictorio, pero debemos aceptar que la muerte es parte de nuestro proceso de desarrollo, como así también la vida merece ser protegida y garantizada con dignidad, libertad, honor, la muerte también. Es imposible concebir que sólo el proceso de hacer el desarrollo de vida sea protegido y garantizado basándose en la dignidad, y la muerte no. La muerte es parte del desarrollo de todo ser humano y merece ser protegida y garantizada de que será con dignidad, a cada persona. En este sentido, se han suscitado varios casos donde personas con enfermedades terminales, se encontraron en una situación donde su muerte no se desarrollaría de una forma digna al igual

que su vida y es en este punto donde la eutanasia juega un rol sumamente importante.

Permítasenos en este punto, y dadas las circunstancias, ahondar y aclarar ciertas concepciones en torno a la eutanasia y las diferentes prácticas que se asimilan a ésta. Es importante comprender que existen prácticas que se asimilan a la eutanasia como por ejemplo suicidio asistido, la llamada muerte digna u homicidio piadoso, pero no son lo mismo.

La eutanasia es entendida como toda práctica médica que, de forma intencional y directa, adelanta la muerte de un paciente que se encuentra en una situación crítica donde su diagnóstico pronostica que no tiene mucho tiempo de vida, siendo esta práctica solicitada por el mismo paciente con el fin de ponerle fin al sufrimiento, dolencias, afecciones, agonía que esta enfermedad provoca en él. Todo ello debe realizarse a través de un procedimiento mediante la aplicación de drogas específicamente determinadas sus dosis por el médico, que asegure que el deceso será rápido y sin sufrimiento alguno en el paciente.

Es importante destacar que, en la eutanasia, el paciente es el sujeto principal de esta práctica ya que es quien manifiesta y solicita que se practique, pero ello conlleva que por otro lado el médico sea quien le brinde la información necesaria y certera para que éste tome una decisión de forma consciente de sus consecuencias, viéndose manifestada de esta forma la libertad y autodeterminación que es inherente a todas las personas, y más para decidir sobre su propia vida.

Es conveniente en este orden de ideas, esclarecer la concepción referida en relación con el llamado suicidio asistido, ya que muchos son aquellos que lo asimilan a la eutanasia. Cabe realizar una aclaración en cuanto a esta

práctica: en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra totalmente prohibida, siendo penalizada de 1 a 4 años de prisión²⁸. Ahora bien, el suicidio asistido, a diferencia de la eutanasia, es aquella práctica en la cual a una persona, ya sea enferma o no, se le proporcionan los medios necesarios para producir su muerte, y en el caso donde el interviniente es un médico, este último le brinda al paciente los medios ya sea procedimientos o directamente drogas para que la persona que los solicitó los emplee por sí mismo y provoque su propia muerte.

Cabe considerar por otra parte que, en el desarrollo de la muerte digna regulada en nuestra legislación, a través de la ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud²⁹ y su modificatoria³⁰, en muchos casos se presenta a través del consentimiento informado consecutivamente a las directivas anticipadas, en tanto esta práctica comprende no prolongar la vida del paciente que médicamente se conoce que no mejorará su cuadro de salud, es decir que prolonga el estadio irreversible y terminal del paciente.

La eutanasia no busca la muerte, sino que busca humanizar el proceso de la muerte y no retardarla inútilmente, lo cual generaría de forma indirecta o más bien directa que el proceso de la muerte sea inhumano y degradante.

28 Art. 83 Código Penal Argentino: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”.

29 Ley 26.529/2009.

30 Ley 26.742/2012.

3. Vivir y morir con dignidad. Perspectivas de la eutanasia desde la ética y la dignidad

A la hora de analizar la eutanasia desde su contenido ético, debemos partir de la base de plantear a la ética como la doctrina sobre la moral, que a la vez funciona como el sistema de normas y conductas que se relacionan con la sociedad entre sí. Debe señalarse entonces, que existen diferentes ramas de la ética que la complementan, y que ayudan a la resolución de conflictos que son susceptibles de cuestionamientos tanto para la ética como para la moral. Es aquí donde toma protagonismo la Bioética, en tanto heredera de estos conceptos ilustrados, no sólo en pos de discutir las cuestiones morales en el ámbito de la biomedicina, sino que además incluye cuestiones epistemológicas y ontológicas, tales como es una disciplina que aplica tácticas clínicas para definir el rol de la ética en situaciones determinadas en donde estos aspectos morales son puestos en juego, tal el caso de la eutanasia.

La eutanasia es definida como un suicidio asistido, o provocar la muerte para beneficio de la persona. Etimológicamente significa buena muerte *eu*: bueno y *thanatos*: muerte, describiéndose así como una muerte sin sufrimiento. El debate se manifiesta cuando la búsqueda de la buena muerte se produce con la intervención de un médico, la problemática moral surge con la reflexión sobre si es aceptable que una de las formas de actuar para aliviar sea causar la muerte.

Desde una perspectiva más bien *consecuencialista*, entendemos que no en todos los casos existe concordancia manifiesta entre lo correcto y lo ético. Analizando los escritos kantianos, entendemos la ética como un compromiso inquebrantable con la libertad humana, por lo que

es el individuo el responsable de decidir si va a realizarse o no la eutanasia, en caso, claro, de que se encuentre en condiciones para manifestar su voluntad. EPICURO sostenía que el hombre aspira naturalmente al placer, y que en ello no hay nada que reprochar; ahora bien, su pensamiento filosófico demostraba que los llamados “placeres espirituales” se encontraban en un plano superior respecto de los “placeres corporales”. Esto se relaciona con el debate que gira en torno a la práctica de la eutanasia, ya que cuando la voluntad final del individuo es su propia muerte, éste realiza su último intento de búsqueda de placer, en pos justamente de terminar con su sufrimiento. El rol del consecuencialismo como forma de tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones, es fundamental a la hora de profundizar en el debate entre lo correcto y lo incorrecto en torno a la decisión de terminar con la vida de una persona en pos de terminar con su sufrimiento. Si bien no es sencillo definir las circunstancias bajo las cuales una vida se encuentra irremediabilmente con carácter de valor.

Ahora bien, la cuestión de la dignidad de la persona toma protagonismo en el presente debate, profundizado con el pasar de los años debido al poder de la tecnología que muchas veces prolonga innecesariamente vidas y que muchas veces permite que la muerte se adueñe de casi toda la persona que, por si fuera poco, debido a su condición corresponde plantearse si efectivamente es un debate pertinente. No debe este bien supremo que es la vida sobreponerse a otro de igual relevancia que es el de la dignidad y el de la libertad. Se debe vivir en tanto y en cuanto una persona considera que puede vivirla con dignidad.

Una de las grandes obligaciones en torno a la muerte es pensarla aun cuando pueda parecer una situación

lejana, no como una derrota del ser humano, sino como un proceso al cual vamos a llegar y el cual debemos ir absorbiendo y trabajar en el transcurso de nuestra vida con el fin de intentar que sea lo menos traumático posible.

En el pensamiento contemporáneo se habla poco de la calidad de muerte, no es un tema que genere interés, fundamentalmente porque éste no es un tema que reditúe en lo absoluto en términos económicos. El tema del bien morir, de la relación médico paciente o de la lealtad del médico hacia el enfermo ha perdido importancia en sintonía con la pérdida de debates éticos en todos los planos de nuestra sociedad.

El vocablo dignidad ha adquirido una especial fuerza retórica en los debates sobre eutanasia o ayuda médica al suicidio ³¹, y, lógicamente, sufre una constante manipulación en virtud de persuadir tanto por quienes promueven dichas prácticas como por quienes las rechazan. Poner en la centralidad, en tanto punto de partida epistemológico, a la dignidad del morir, ésta se ha convertido en la cuestión principal que enfrenta las históricas visiones de la vida y la muerte. Desde nuestro posicionamiento, y entendiendo la combinación de múltiples problematizaciones a que nos tiene acostumbrado el microcosmos del Derecho y del complejo estudio de las ciencias jurídicas y su implicancia en la sociedad, entendemos que existe un aspecto tan fundamental como categórico; y esto es que la profesión médica no puede eludir su responsabilidad frente a tamaña discusión sobre la muerte y el morir en sus relaciones con la dignidad humana.

31 JUAN PABLO II, *Carta Encíclica Evangelium vitae*, Librería Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, 1995.

Comprendiendo la dignidad humana como un aspecto central de todo estudio de carácter bioético, trascienden dos posiciones polares: la primera se rige por simplificar lo esencial de las interpretaciones que se hacen en la sociedad plural de hoy de la dignidad del morir, y la otra es ensayar una interpretación personal de lo peculiar que la dignidad humana adquiere en el transcurso de la enfermedad terminal y en el proceso del morir.

Esta suerte de dualismo filosófico en torno a la cuestión de la dignidad humana se ve representado en las siguientes dos posturas:

La primera insiste en afirmar una proclama de la dignidad intangible de toda vida humana, incluso cuando se trata en el camino hacia la muerte, ya que entiende que todas las vidas humanas y en toda su duración, desde la concepción a la muerte natural, están dotadas de una dignidad intrínseca, objetiva, poseída por igual por todos: esa dignidad es la que sacraliza en definitiva cada uno de los momentos por lo que pasa una persona a lo largo de su vida. Por otro lado, la segunda afirma que la vida humana es un bien precioso, nutrido de dignidad, que se ve repartido en forma desigual entre los seres humanos, y que, en cada individuo, sufre fluctuaciones con el transcurso del tiempo, hasta el punto de que puede extinguirse y desaparecer: la dignidad consiste en calidad de vida, en fundada aspiración a la excelencia. Cuando la calidad decae por debajo de un nivel crítico, la vida pierde su dignidad y deja de ser un bien altamente estimable. Sin dignidad, la vida del hombre deja de ser verdaderamente humana y se hace lamentablemente dispensable, en resumen: esa vida ya no es vida. Entonces, mal que nos pese en estas situaciones, la forzada anticipación de la muerte es la solución apetecible y necesaria cuando la vida pierde su dignidad.

Visto desde una perspectiva religiosa, específicamente cristiana, se mantiene la proclama del respeto a la vida, que se afianza en el hecho de que la dignidad humana es compartida por igual por todas las personas y asegura que esa dignidad no se deteriora con el paso de los años ni se degrada por la enfermedad y el proceso de morir ³².

En esta tradición, cada persona representa un ser de valor y dignidad intrínsecos, un agente moral, responsable y libre, que, por ser hecho a la semejanza de Dios (Génesis 1:26), es absolutamente resistente a la degradación ontológica. En consecuencia, el respeto de la dignidad intangible de toda vida humana será coextensivo con el tiempo de su muerte: todas las vidas humanas en toda su duración, desde la concepción a la muerte natural, están dotadas de una dignidad intrínseca, objetiva, poseída por igual por todos: esa dignidad sacraliza cada uno de los momentos en la vida de una persona.

Esta comprensión del hombre como imagen de Dios, aun a pesar de sus vicios y deficiencias nutrió su conceptualización de un gigantesco rigor moral y de una humanidad incomparable a la ley mosaica ³³, cuando se la compara con otras legislaciones de la antigüedad. Lo distintivo de ella es que ya no es aceptable marcar como indigna a ninguna persona ni por su clase social, ni por su color, ni por su aspecto.

Desde esta perspectiva, tanto los enfermos, los desahuciados como los moribundos se presentan como un acertijo para sus seres queridos, así como también para

32 JUAN PABLO II, *Carta apostólica Salvifici doloris*, Librería Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, 1984.

33 Ley mosaica se refiere a las leyes religiosas del Pueblo de Israel (Am Israel), escritas en la Santa Biblia

médicos y enfermeras. Son muchas veces un enigma, porque nos imponen la difícil tarea de descubrir y reconocer en su apariencia, cuál es efectivamente su voluntad y cómo traducir a través de ella la voluntad del ser humano.

Basándose únicamente en la trivialidad que nos ofrecen las apariencias, la enfermedad terminal, tan acompañada en ocasiones de dolor, angustia y ansiedad, en cierto modo deja de lado la dignidad del enfermo, ocultándose, incluso hasta hacer parecer que ésta no existe. Porque si, en cierto modo, la salud nos da la capacidad de alcanzar una cierta medida de plenitud humana, estar gravemente enfermo -y más aun en una situación terminal- limita, de modos y en grados diferentes, esa importante dimensión de la dignidad, en cuanto a su carácter intrínseco, que es la capacidad de desarrollar el proyecto de persona al cual cada uno de nosotros aspira y que nos es reconocido por las diferentes Convenciones internacionales de jerarquía constitucional.

La relevancia en las prácticas médicas que estos conceptos mencionados pueden tener es de gran interés para todos, en especial para aquellos que directamente participen dentro del sistema de salud, así como para los legisladores y juristas a quienes les podría ampliar su horizonte de comprensión sobre la muerte a la hora de debatir sobre los derechos fundamentales y regular este tópico tan laberíntico. Los conceptos de dignidad humana y cuidado de la muerte nos ayudan a poder entender los límites y necesidades que se suscitan en casos de eutanasia.

En rigor de esto, debemos considerar por un momento que esta práctica resulta revolucionaria, y en tanto su carácter disruptivo, supuso para el mundo -al momento de su surgimiento y en la actualidad- el ejercicio de una práctica ajena, cuando no contraria a la moral y a la éti-

ca. Sin embargo, la práctica de la medicina en la antigüedad y sus implicancias éticas no fueron ciegas a la idea de la dignidad del morir.

El punto era que la fragilidad extrema e irreversible, el hecho de ya que no existiera vuelta atrás, no parecía entonces digna de atención. La circunstancia en la que el médico debía decidir sobre el destino de aquella persona a la cual ya no era posible mantener con vida en una situación tolerable, concluían en una declaración con carácter de sentencia en aquel entonces -que aun con sus diferencias es la misma que se plantea en la actualidad- y se seguía en la antigüedad al pie de la letra. El médico, de algún modo, abandonaba al incurable.

Recordemos entonces que, en la tradición hipocrática, el médico se abstiene de proporcionar un veneno a su paciente para que éste pusiera fin a su vida. Eso era todo: el médico no tenía medicinas, ni heroicas ni eutanásicas, con que ayudarle. Lo que suele conocerse como “inutilidad terapéutica” obligaba a respetar el curso natural de un desenlace inevitable. En su famoso libro *La República*, PLATÓN resume la actitud de la medicina griega, incluida la escuela de Hipócrates, con estas palabras: “Esculapio enseñó que la medicina era para los de naturaleza saludable que estaban sufriendo una enfermedad específica. Él les libraba de su mal y les ordenaba vivir con normalidad. Pero a aquellos cuyos cuerpos están siempre en un estado interno enfermizo, nunca les prescribió un régimen que pudiera hacer de su vida una miseria más prolongada. La medicina no era para ellos: aunque fuesen más ricos que Midas, no deberían ser tratados”³⁴.

34 PLATÓN, *La República*, Gredos, Madrid, 2003.

A los elementos éticos anteriormente mencionados y al concepto de dignidad, debemos agregar la voluntad y la libertad del individuo. En este aspecto entendemos que no se puede de ninguna manera obligar a alguien a vivir en contra de su voluntad; esto se debe -entre otras razones- a que el daño que se ocasiona al hacerlo puede tener lugar tanto en su sufrimiento físico y moral como en su dignidad; ya que para muchas personas el daño no es el término de la vida, sino continuar una vida sufriendo, o quedar en estado vegetativo, como ser inocuo, sin sustancia vital y cerrado al mundo que conoce por completo.

El respeto a la vida tiene unos límites subjetivos que no deben ser quebrantados. Nadie debería tener la potestad de obligar a nadie a seguir viviendo en un estado que para la otra persona es indignante o humillante.

Debe señalarse también que siempre que la persona esté plenamente consciente, lúcida y en uso de su razón, se le debe respetar su capacidad de autodeterminación, de elegir su propio horizonte de vida. En caso de que la persona termine inconsciente antes de expresar su voluntad, deben tenerse en cuenta tanto los testimonios cercanos que atestigüen su voluntad, como la prueba escrita de sus pensamientos. En caso de no haber dejado nada por escrito, alguna persona cercana podría reconstruir su discurso en forma de consentimiento hipotético, o a la manera en que lo entiende DWORKIN: una reconstrucción de su integridad histórica que le otorgue coherencia a su vida o, más bien, a su muerte ³⁵.

35 DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, 1994.

Una perspectiva con un rigor filosófico fundamentalmente basado en nociones éticas y de valor de la dignidad humana, que se encuentre además cargada por este tipo de subjetividades, dignifica los procedimientos médicos y legales de la eutanasia, las relaciones entre los agentes sociales que participan de ella y, en general, la vida de cada uno de nosotros.

4. Derechos personalísimos: la autonomía de la voluntad como eslabón esencial del derecho a la eutanasia

El siguiente análisis sobre la eutanasia será abordado con completo énfasis en la autonomía de la voluntad, el fundamento de mayor peso en el camino a su regulación.

En un mundo donde la posibilidad de elegir se ve completamente limitada, donde la libertad termina siendo interferida, donde inclusive creemos tener la potestad para determinar libremente las elecciones que tomamos, siendo objetivos terminamos siendo presos de un sistema que sólo busca mantenernos al margen de la toma de decisiones personales y de ejercer la soberanía de nuestra vida. Aun así, sería incompleta la visión de la toma de decisión si la describiéramos desde el lugar utópico de poder elegir libremente, tanto las decisiones cotidianas como aquellas que requieren mayor interés. Abarca también la lucha por la no exclusión/marginación de aquellos que optan por ejercer este derecho.

Partiendo entonces de la base de que la autonomía debe servirnos de guía ante cada decisión y en todo momento, no se la puede dejar excluida cuando se trate de elegir, siempre que se pueda, la forma en la que queremos finalizar nuestra vida.

El derecho humano a la vida y su protección tanto por normativa nacional como internacional será siempre la prioridad dentro de una escala jerárquica de derechos que podamos visualizar, pero cuando esta vida de que se trata pasa a encontrarse en una situación donde prima el sufrimiento, la agonía, con presencia de enfermedades terminales, de padecimientos que impiden vivir en tranquilidad y dignamente, es donde se produce un quiebre en uno de los ejes estructurales de la autonomía. Puntualmente un quiebre en la trayectoria del derecho a elegir, porque pudiendo una persona escoger la forma en la que desea transitar su día a día desde que tiene uso de razón, se encuentra en la situación paradójica de estar transitando un estado de salud indigno -fundado en diferentes supuestos sobre los cuales profundizaremos más adelante- es que consideramos fundamental darle al sujeto la posibilidad de escoger qué desea para su vida.

Por supuesto y no está de más aclarar que velamos por la vida humana digna. Que entendemos que parte de vivir dignamente es morir dignamente, y que debe tener mayor peso la elección propia del paciente que el respeto por un protocolo tradicional.

El derecho a morir dignamente está relacionado con el reconocimiento jurídico de la dignidad y la autonomía de la persona humana. Dignidad y libertad amparadas tanto en nuestra Constitución Nacional como en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. A saber: Sobre la posibilidad de ejercer la plena autonomía, nuestra Constitución Nacional en su artículo 19 dice “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será

obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Plasmado también de manera implícita en el Preámbulo y en su artículo 33, y explícitamente en el artículo 42 indicando en su párrafo 1 (...) “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno(...)”.

Como también así en el artículo 75, inciso 22 que incorpora a partir de la reforma de 1994 con rango constitucional los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Entre ellos, podemos destacar los siguientes:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 5 inc. 1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos afirma en el artículo 25 que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La

prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Como también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 7: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Es menester destacar la sanción de la ley 26.742, “Ley de Muerte Digna”, donde los temas abordados se encuentran a la altura de la evolución social que atravesamos. Se evidencia que para haber llegado al punto de regularizar una temática tan trascendental en nuestro país como lo es la muerte digna, los hechos corrían al Derecho exigiéndole que ampare determinadas situaciones. No debemos quitar el foco de que estamos en presencia de un país sumamente arraigado a la religión, con puntualmente la religión católica como oficial del Estado. Principal fundamento de aquellos que se oponían a la sanción de ley de muerte digna, siendo los mismos que en su momento se opusieron a la legalización de interrupción del embarazo. Su arraigo al mantener esta postura está en un principio fundamental como lo es la protección a la vida, pero, dejando de lado luchas colectivas que vienen a demostrar que para avanzar es necesario abrir el abanico de opciones más allá de lo conocido y así poder crecer tanto a nivel social como jurídico.

La ley citada como aspecto novedoso hace alusión al “consentimiento informado y directivas anticipadas”.

De su simple lectura puede deducirse que para todo tratamiento médico se requiere el consentimiento del

paciente, entendiendo a éste como la elección tomada con intención, discernimiento y libertad. Lo novedoso se encuentra en la posibilidad de elección que tendrá el paciente (que transita una enfermedad terminal, irreversible, con una escasa esperanza de mejoría, o mismo en un estado agonizante), de rechazar cirugías, tratamientos médicos, de reanimación o inclusive procedimientos de hidratación o alimentación, como también así cuidados paliativos, cuando éstos no puedan garantizar una mejoría en el cuadro clínico y que sólo prolonguen su agonía.

Por ello, abarca tanto el consentimiento libre e informado del paciente, como la imposibilidad del médico de imponer un tratamiento que el enfermo no quiera, basándose en los códigos de ética medicinales, donde lo principal siempre es velar por la vida del paciente, encontrándose ahora en un pie de igualdad su dignidad y autonomía. Inclusive y referido a esto, la normativa legisla la prohibición de aplicar sanciones civiles, penales y/o administrativas al personal de salud que haga lugar a la decisión del paciente. En su artículo 11 bis la ley 26.529 refiere que: “Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de ésta”.

La elección pertenece en su totalidad al paciente. Claro que la misma deberá ser ejercida con plena capacidad, y habiendo sido previamente informado del tratamiento y sus posibles consecuencias. Para el supuesto de que el enfermo se encuentre en un estadio de capacidad restringida o incapacidad, la ley establece un orden prelativo de personas que podrán decidir por él, donde el ámbito de la autonomía se ve ciertamente limitado, pero se intentará que personas allegadas puedan generarle el menor sufrimiento posible.

Amparado por el Derecho de fondo, artículo 59³⁶ del

36 Artículo 59 CCYC. Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

- a) su estado de salud;
- b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) los beneficios esperados del procedimiento;
- d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;
- h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

CCYC de la Nación; como también así por los arts. 5 ³⁷

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

37 Definición. Entiéndase por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también

y 6³⁸ de la ley 26.529.

Avocándonos en el segundo punto que llamó nuestra atención, las D.A. (directivas anticipadas), la ley 26.742 limitó la forma de ejercer el mencionado consentimiento por medio de una redacción escrita sin excepción ante escribano público o juzgados de primera instancia de la localidad, con presencia de 2 testigos³⁹.

del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

38 Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

39 Art. 11 Ley. 26.742 Artículo 11. — Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer

directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que

Entendemos se trata de una cuestión de mera formalidad producto de la delicadeza del tema. Frente a escribano público para que haga fe del hecho y asegure la identidad del declarante, donde también deberá estar presente el cuerpo médico e indicarle al paciente el tratamiento de posible aplicación, lo cual quedará constatado en su totalidad en la historia clínica del sujeto.

Puntualmente cuando mencionábamos que los hechos ocurridos son los que obligan a nuestros legisladores a sancionar leyes como la presente, nos topamos con sucesos que sientan jurisprudencia y marcan firmemente el camino como lo es el caso “Bahamondez” de 1989. Si bien no constituye un ejemplo de eutanasia, pero contiene reflexiones vinculadas al tema. El caso consta de un testigo de Jehová que se rehúsa a recibir una transfusión de sangre, fundado en su religión, encontrándose en un delicado estado de salud. El cuerpo médico entendiendo que se trataba de un suicidio por medios no violentos, solicita autorización judicial para realizar la debida transfusión. El caso llega a la Corte Suprema cuatro años después cuando el paciente ya había sido dado de alta, pero la misma se expresa al respecto reconociendo el derecho a rehusar tratamientos médicos, sobre la base de que el titular nato del derecho a la salud es el propio paciente.

Los jueces fundan su decisión en el ya citado artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, y es valiosamente

impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

casi 20 años después de este fallo que se convierte en ley, la 26.742.

5. Derecho Comparado

El que aquí nos atañe, por diversas cuestiones ha sido uno de los temas considerados tabú en la mayoría de la sociedad occidental. Si bien existen varios países que hoy en día encuentran una regulación a la temática, muy pocos son los que lo han regulado y nos encontramos con la necesidad de descifrar cuál es la mejor manera de llevar este sistema a la práctica. Por consiguiente, resulta necesario dirigir nuestros ojos al Derecho Comparado con el objetivo de descubrir cuál es la regulación más óptima en esta materia.

Al día de la fecha nos encontramos con sólo siete países que consagran la eutanasia en sus ordenamientos jurídicos. Ellos son Países Bajos (2002), Bélgica (2002), Luxemburgo (2009), Colombia (2014), Canadá (2016), España (2021), y Nueva Zelanda (2021).

El caso colombiano es, quizás, el más atípico de los nombrados, dado que en el país sudamericano resulta de una creación pretoriana de la Corte Constitucional del mismo. Esto presenta ciertas complicaciones dado que, si bien cuando el máximo tribunal lo consagró, exhortó al Estado a realizar una ley que lo regule, debido a que actualmente no se encuentra regulada como debería ser. Esto termina generando que en el país sudamericano sólo existan ciertos principios rectores, pero falte un procedimiento completo para realizarse.

Uno de los componentes más importantes a analizar en esta cuestión, son los presupuestos necesarios para que se pueda efectuar la eutanasia; es así como encontramos dos aspectos de suma importancia que toman en cuenta los

países donde hoy en día se encuentra regulada: el consentimiento y las características de la enfermedad.

El consentimiento resulta un eje central de esta temática, y no es casual que así lo sea, como hemos mencionado anteriormente, el consentimiento informado forma parte de uno de los derechos más importantes que poseen los pacientes, y es en donde la autonomía de la voluntad se ve reflejada. Sin embargo, a la hora de establecer las bases necesarias para el mismo, los países difieren sobre el límite de edad y la forma de manifestar la voluntad que tiene la persona.

En primera medida, podemos observar que en lo que refiere a la de edad, la gran parte de los países requieren la mayoría de edad, del cual se alejan Bélgica y Holanda. Los primeros, permitiendo la eutanasia en mayores de edad, menores emancipados y menores con discernimiento. Por su parte, el sistema holandés se lo permite a pacientes de hasta 12 años, pero solicitando autorización del mayor a cargo de 12 a 16, y de 16 a 18 se requiere que los adultos a cargo participen en la decisión.

Por otro lado, la forma de prestar la voluntad presenta un desafío para los legisladores. Al estar decidiendo algo tan significativo como lo es darle fin a una vida, algunas leyes pusieron sus esfuerzos en que ésta quede verificada. Es por ello por lo que todos los países requieren que la misma se haya realizado sin presiones externas. En base a eso Holanda dispone que, para practicarla, el médico haya "...llegado al convencimiento de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada". Buscando también lo mismo, España pone como requisito la existencia de dos solicitudes del paciente: que sea por escrito y en un lapso mínimo de 15 días.

Con relación al otro punto de análisis en materia de requisitos para la eutanasia, las características de la en-

fermedad tienen un tratamiento bastante similar, y es que todas las leyes salen del mismo punto de partida, la existencia de una enfermedad que sea grave e incurable. El problema radica en lograr establecer qué se entiende por una enfermedad “grave e incurable”, cuestión que sigue generando puntos grises cuando lo llevamos al caso concreto. Por estos motivos y en búsqueda de dotar de precisión al concepto, Nueva Zelanda exige un pronóstico de vida inferior a los 6 meses para el paciente, mientras que países como Bélgica y Holanda agregan la necesidad de que el paciente tenga un padecimiento (ya sea físico o psíquico) que no pueda ser aliviado.

Se ha verificado que algunos países intentan limitar este derecho, agregando nuevos requisitos. Así son los casos de Nueva Zelanda y España donde exigen que el paciente sea residente del país, o de Canadá que solicita que el mismo tenga el tiempo suficiente para acceder a su sistema de salud.

La posibilidad de solicitar una eutanasia previamente a la existencia de una enfermedad genera controversias en el Derecho Comparado. Y no es menor el conflicto, dado que si admitimos las declaraciones anticipadas estaríamos facultando a una persona a decidir terminar con su vida en un futuro, poniendo en tela de juicio si persiste o no su voluntad. Los países que permiten esta posibilidad son Bélgica, Holanda, Colombia y España. En esta materia los legisladores belgas, en el artículo 4⁴⁰ de la ley relativa a la eutanasia establecieron lo siguiente:

“Toda persona mayor de edad o menor emancipado y capaz puede, para el caso en que se encontrase en situación de no poder manifestar su voluntad, consignar por

40 Ley n 2002009590, expte. 2002-05-28/37.

escrito, en una declaración, su voluntad de que un médico le practique la eutanasia si este médico constata:

- que padece una afección accidental o patológica grave e incurable;
- que está inconsciente;
- y que esta situación es irreversible en el estado actual de la ciencia”.

Esta declaración, en cualquiera de los casos, puede ser realizada o revocada en todo momento y debe hacerse por escrito, en presencia de dos testigos mayores de edad, uno de los cuales no tenga ningún interés material en el fallecimiento del paciente.

La declaración anticipada tiene un rol clave en este sistema, dado que sin ésta se le privaría a una enorme cantidad de pacientes, a los cuales su propia enfermedad les prohíbe manifestar su consentimiento, acceder a su derecho. Es por eso que entendemos que la declaración anticipada debe estar en todos los países que pretenden regular la eutanasia de una manera efectiva.

En búsqueda de controlar el accionar médico a la hora de realizar una eutanasia, tanto Bélgica como Holanda presentaron un sistema de organismos de control. Éstos se encuentran formados por un grupo de especialistas (en especial médicos y abogados), los cuales realizarán periódicamente dictámenes sobre las eutanasias practicadas. Ellos definirán si el caso reúne todos los requisitos para que se considere una eutanasia válida, así como también si el médico cumplió con todos los procedimientos necesarios para la misma. Esta comisión, además se encargará de llevar un registro de los casos de terminación de la vida a petición propia o de auxilio al suicidio que se le hayan notificado y hayan sido sometidos a su juicio. Luego de este breve resumen de la legislación existente sobre esta temática, podemos ver ciertas cosas:

La primera de ellas es el rol de la eutanasia a nivel global. Y es que, si bien existen países en los que está legalizada, al día de la fecha sólo seis cuentan con una ley de eutanasia, lo cual resulta cuanto menos bajo. Personalmente pensamos que lo mismo se debe a lo complejo que puede ser conseguir legitimidad popular para consagrar un derecho de esta índole. Por otro lado, entendemos que resulta menester remarcar la importancia que tiene la declaración anticipada en esta materia: si pretendemos que el derecho a la eutanasia sea real y efectivo no podemos omitir esta herramienta.

En cuanto a los organismos de control vemos que los mismos cumplen una función crucial en la faz práctica de este derecho, resultando imprescindible para los legisladores argentinos que deseen sancionar una ley de eutanasia.

La eutanasia no sólo es un fenómeno actual, sino que también presenta cada vez más conflictos a futuro. Es así como podemos ver que año tras año encontramos en esos países a más gente que desea acceder a este derecho, por lo que entendemos que es necesario dotar a los argentinos de esta posibilidad, con una ley precisa y efectiva.

6. Conclusiones

Sin duda alguna, podemos afirmar que, a pesar de tantos avances como sociedad, no pudimos avanzar en la concepción que se tiene sobre la muerte, continúa siendo un tema tabú al que nadie quiere dar respuesta en cuanto a su resignificación. Morir es parte de nuestro proceso, es un estadio más de nuestro paso por este mundo, todos nacemos y morimos, por diferentes causas, pero ese final llega a cada uno de nosotros. Aceptar la muerte como una etapa más del desarrollo del ser

humano es de suma importancia, para poder tratarla con el debido respeto que merece, y brindar la protección jurídica necesaria a aquellos que se encuentran en el proceso de morir. Todos merecemos una vida digna pero también merecemos una muerte digna, la dignidad no se acaba en el momento en que nos encontramos en el proceso de morir, sino que en este estadio es en donde más debe reflejarse la dignidad del ser humano que le es inherente y debe ser respetada.

La eutanasia busca humanizar y dignificar ese proceso hacia la muerte, respetando la decisión libre de la persona sobre su propia vida, respetar la decisión de cuando la persona siente que su vida ha llegado a su fin, evitando tratamientos que prolongan por poco tiempo la vida, donde la agonía y sufrimiento se hacen presentes. La eutanasia no busca la muerte, sino que busca que ésta sea lo menos traumatizante posible, brindando al paciente la tranquilidad y respeto que se merece.

Debemos abordar la cuestión desde una visión ética y de valor de la dignidad humana, logrando de esta forma dignificar los procedimientos médicos y legales de la eutanasia, las relaciones entre los agentes sociales que participan de ella y, en general, la vida de cada uno de nosotros. De esta forma, podemos garantizar el respeto a la autodeterminación de cada persona en las decisiones que refieren a su proyecto de vida y cuando este acaba.

La eutanasia es una deuda pendiente y debemos saldarla.

“No hay más que un problema filosófico verdaderamente serio: el suicidio. Juzgar si la vida vale o no vale la pena de vivirla es responder a la pregunta fundamental de la filosofía” (Albert CAMUS, *El mito de Sísifo*).

Bibliografía

CAMUS, Albert, *El mito de Sísifo*, Losada, Buenos Aires, 1953.

JUAN PABLO II. *Carta apostólica Salvifici doloris*, Librería Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, 1984.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Primera edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural, 2016.

DE OLAZÁBAL, Maria del Pilar, “Leyes de Eutanasia en Bélgica y Países Bajos: su análisis”, 2022. Id SAIJ: DACF220009SAIJ, Buenos Aires, Argentina.

DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, 1994.

KIEFFER, G. H., *Bioética*, Ed. Alhambra, Madrid, 1983.

PLATÓN, *La República*, Gredos, Madrid, 2003.

TINANT, Eduardo Luis, “Reflexiones sobre la Ley de Muerte digna”. Suplemento Especial de Buenos Aires, Argentina, 2012.

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Código Penal Canadiense. R.S.C., 1985, c. C-46 Constitución de la Nación Argentina

Convención Americana de Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ley 26.742

Ley 26.529

Ley de Comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio. Entrada en vigor: 1/04/2001. Países Bajos.



Ley 26691 relativa a la eutanasia. Entrada en vigor: 28/05/2002. Numero: 2002009590. Expte: 2002-05-28/37. Bélgica.

Ley Orgánica 3/2021. BOE-A-2021-4628. Entrada en vigor: 25/06/2021. España Leyes de Eutanasia en Bélgica y Países Bajos: su análisis.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos Fallo: “Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva E.P.S” Expte T-4.067.849. 15/12/2014. Colombia.

La evolución del espacio público como materia regulable. ¿Intersección entre el Derecho Público y el Derecho Privado?

Autor: Ricardo Germán RINCÓN

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Antecedentes históricos. 2.a. Roma. 2.b. Edad Media. 2.c. Los tiempos de la Modernidad. 2.c.1 Etapa constitutiva. 2.c.2 Etapa liberal. 2.c.3 Etapa social. 2.c.4 Etapa de los “derechos difusos”.- 3. A modo de conclusión.- Bibliografía

1. Introducción

El espacio integra junto con el tiempo una de las dos dimensiones que atraviesa nuestra existencia concreta. En este sentido, la ciencia nos enseña que la territorialidad es una de las características más distintivas de las especies que se incluyen dentro del reino animal.

La especie humana participa de esta característica con la salvedad de que su dimensión territorial se encuentra mediada por las construcciones culturales propias de cada tiempo y civilización, dejando de lado cualquier comportamiento instintivo.

La lucha por el espacio ha sido una constante de la historia de la Humanidad, resultando una de las causas más importantes de la guerra. Por otro lado, la regulación del uso y de la apropiación del espacio ha sido una de las principales preocupaciones de la autoridad pública desde los albores de su existencia.

El propósito de este trabajo es presentar una breve reseña de la evolución de la regulación del espacio público en general y concluir si esta materia ofrece un punto de

intersección entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

2. Antecedentes históricos

2.a. Roma

Asumiendo que nuestra base jurídica es de raíz romanista, podemos acudir a la fuente del Derecho Romano para encontrar algunos antecedentes históricos y culturales relativos a la regulación del espacio.

En Roma, el Derecho Romano dividía la tierra en dos ámbitos básicos: el público y el privado. El *ager privatus* correspondía a las tierras ubicadas dentro de la jurisdicción cercana a la misma Roma ⁴¹ cuyo *dominio* ⁴² era ejercido por colectivos humanos agrupados bajo la autoridad de un sujeto que ostentaba el título de *pater familias* ⁴³ y que asignaba lotes, animales de trabajo, esclavos, semillas, etc. a los integrantes de su colectivo. Entre las po-

41 La noción se fue luego ampliando a medida que Roma se iba expandiendo, dando lugar a la idea de “solo itálico”.

42 El dominio en su concepción romana se extiende “desde el Cielo hasta el Infierno” a partir de la superficie de terreno de que se resulta dueño. Es el derecho más fuerte y perfecto que una persona puede ejercer sobre una cosa.

43 La idea de *pater* no guardaba relación con una cuestión biológica. El *pater* era la cabeza de ese colectivo social al cual no sólo mandaba (hacia adentro) sino que también representaba (hacia afuera) frente a los otros colectivos con los que compartía el espacio y tenía relaciones de vecindad; frente a otros sujetos y frente a los dioses y demás potencias divinas que la cultura romana reconocía.

testades del *pater* figuraba entonces el *dominium*, cuya transmisión fue regulada por institutos propios del Derecho Privado con una importante incidencia del Derecho Público ⁴⁴.

El espacio ocupado por las distintas familias constituía el principal patrimonio de las mismas y los romanos rodearon su transmisión de una serie de requisitos y rituales ⁴⁵ tendientes a proteger a cada familia ante la posibilidad de malas administraciones de los bienes de cada familia por parte de sus *paters*.

En cuanto a la tierra que quedaba “por fuera de la tierra repartida entre las familias”, ésta conformaba el *ager publicus*, el cual podía ser puesto en producción ⁴⁶ pero nunca aprehendido. Cuando Roma se transformó en imperio y la tierra pública creció, se conservó la distinción entre tierras itálicas y tierras imperiales ⁴⁷ atravesada por la idea de tierra privada y tierra pública.

44 Téngase presente que los romanos conocieron el llamado *testamento in calatis comitia* como una de las formas más antiguas de testar que implicaba la proclamación/institución del heredero frente a la comunidad reunida en comicio. Este comicio era una reunión de carácter política que representaba a la asamblea de los guerreros de los pueblos indoeuropeos, lo cual le otorgaba un fuerte carácter público.

45 Ténganse presentes los actos realizados a través del cobre y la balanza (actos *per aes et libram*).

46 Los romanos inventaron para esto una institución que denominaron *ius in agro vectigalis*.

47 Será JUSTINIANO quien abuela la distinción entre los tipos de tierra.

En relación a la clasificación que los romanos hicieron de las cosas ⁴⁸, éstos distinguían las cosas *in commercium* de las cosas *extra commercium*. Esta distinción implicaba considerar que algunas cosas eran susceptibles de ser apropiadas por los sujetos y transmitidas, en tanto sobre otras era imposible constituir una relación de derecho real. Entre las cosas que no podían apropiarse se distinguía entre las que no eran susceptibles de apropiación por decisión de los dioses (*res extra commercii ex divini iuris*) o por decisiones de los hombres (*ex humani iuris*). Dentro de este último grupo aparecían las cosas comunes, las cosas públicas y las cosas de universidades.

Las cosas comunes eran aquellas que eran susceptibles de ser gozadas por todas los hombres y mujeres sin ninguna distinción y en igual medida por lo que carecían de valor económico. Se trataba de la luz del sol, las estrellas, el agua del mar, la lluvia que cae, etc.

Las cosas públicas eran aquellas que podrían haberse apropiado por parte de alguna familia o particular, pero que se decidía dedicarlo al uso común de todos los habitantes. Aquí entraban los ríos perennes, sus orillas, los caminos públicos, los puentes y los puertos.

Las cosas de universidades eran aquellas que se destinaban al uso público de una comunidad en particular. Dentro de este grupo corresponde citar los teatros, plazas, estatuas y fuentes, acueductos y alcantarillas, edificios públicos, calles. En algunos casos podían incluirse los muelles, acequias, lagares y molinos.

48 *Res-rei*, en latín. Téngase presente que cosa era todo ente material tangible que caía en el ámbito de los sentidos y que era susceptible de regulación jurídica.

Dentro de las cosas fuera de circulación económica por derecho divino aparecían las cosas sacras, las santas y religiosas.

Las cosas sacras o sagradas estaban consagradas al culto de los dioses y podían ser los templos, los jardines o bosques dedicados al culto. Las cosas santas tenían que ver con los ritos iniciáticos propios de la fundación de la ciudad de Roma ⁴⁹ y comprendían los muros y puertas de la ciudad. Las cosas religiosas, por su parte, incluían los sepulcros y elementos dedicados a los cultos familiares o domésticos.

Como puede apreciarse, el Derecho determinaba qué espacios quedaban reservados a la apropiación de los particulares y cuáles quedaban reservados al disfrute por parte de todos los habitantes, independientemente de la condición jurídica de cada sujeto ⁵⁰. En este sentido, debe considerarse que dentro de la cultura grecorromana la delimitación del espacio público era realizada en base a criterios culturales o funcionales. La regulación del espacio público quedaba en manos de las autoridades civiles, religiosas o militares; las cuales podían disponer la clausura, el desalojo, la demolición, la prohibición de circulación etc. conforme a las necesidades de cada momento en particular.

49 La leyenda de la fundación de Roma ofrecía una explicación muy didáctica del carácter santo de los elementos integrantes de esta categoría.

50 Existía una compleja clasificación de las personas en base a la posición que ocupaban respecto de las tres categorías en las que los romanos dividían a la población.

2.b. *Edad Media*

La Edad Media, etapa que continúa a la Edad Antigua, nos ofrece algunas características diferentes en relación con la utilización del espacio público.

En primer lugar debe tenerse presente que la ola de conversiones al cristianismo no eliminó los criterios de regulación del uso y ocupación del espacio público de raíz religiosa. Sólo simplificó este aspecto el hecho de que se atribuyese a la Iglesia la máxima potestad regulatoria ⁵¹.

La Edad Media implicó un retroceso de la vida urbana y del poder estatal. La coherencia que ofrecía el Derecho Romano cedió frente a la barbarización impuesta por la victoria de los vándalos, godos, francos, burgundios y demás pueblos.

Recién a partir de los siglos XII-XIII comenzó a experimentarse una lenta recuperación de la vida en las ciudades. La feudalización de la vida implicó que se perdiera la coherencia que el Derecho Romano le había otorgado a la regulación del espacio ⁵² y así surgieron tantas particularidades como villas, aldeas y ciudades se fueron desarrollando.

51 Téngase presente que la Iglesia va a regular principalmente el tiempo público, estableciendo el calendario de culto, los horarios de oración, los momentos de silencio y de ayuno, etc.

52 Piénsese que toda el área cultural del imperio romano estaba atravesada por las mismas reglas en materia jurídica. Esta unidad se rompió a consecuencia de la desaparición del imperio y de la instalación de los llamados “reinos romanogermánicos”.

En dicho sentido y durante la Edad Media española, la riqueza de la vida comunal se verá nutrida por los resultados del ejercicio del autogobierno. A lo largo de los siete siglos del llamado proceso de “Reconquista”⁵³ los príncipes cristianos estimularon la recolonización de las tierras ocupadas por los musulmanes ofreciendo el llamado “fuero de repoblamiento”. El fuero permitió que las comunidades que se asentaban obtuviesen la capacidad de gobernarse en sus asuntos propios locales a través de los ayuntamientos locales.

No obstante la riqueza y variedad de las distintas disposiciones, en términos generales las normas regularon el uso de calles, plazas, puentes y caminos, los espectáculos, juegos y representaciones que podían ofrecerse al público, los días y horarios de mercado, de apertura y cierre de posadas, tabernas, puertas de acceso a la ciudad, ubicación de cementerios, corrales y mataderos.

2.c. Los tiempos de la Modernidad

La Modernidad implica una modificación sustantiva de la vida social en el Occidente europeo. La sucesión de consecuencias que se desprenden de las Cruzadas, la Reforma, el desarrollo de la imprenta, la generalización del uso de la pólvora en la guerra, el “descubrimiento y conquista” de América, la consolidación de la monarquía frente al poder tradicional de la nobleza y del clero, la renovación de la vida urbana, el proceso de acumulación

⁵³ Entiéndese por tal al proceso que media entre la batalla de Covadonga librada aparentemente en el 722, atribuida al mitológico conde Don Pelayo y la caída de Granada en 1492 ante el ejército combinado de los Reyes Católicos.

pre capitalista y la revolución industrial, la revolución científica, la revolución de los transportes, el surgimiento de la burguesía y de la clase obrera, el liberalismo, el socialismo, etc. tuvieron (y tienen aún) un enorme impacto sobre las formas de socialización, de organización del poder y de las actividades económicas.

El espacio público aparece como una extensión de la soberanía. No se trata de una extensión físico-territorial sustraída a la regulación. Todo lo contrario. En la llamada “era de la propiedad privada”, se pierde de vista el hecho de que las extensiones territoriales sujetas al dominio de los particulares son mínimas en comparación con las tierras realengas/públicas.

2.c.1 *Etapas constitutivas*

Denominaremos etapa constitutiva a los tiempos que median entre los hechos que de acuerdo con los historiadores se señala el fin de la Edad Media y las revoluciones burguesas⁵⁴. En estos tiempos, las antiguas monarquías feudales se transformaron en reinos consolidados que se consideran el origen de los “Estados nacionales”. El proceso estuvo caracterizado por la concentración de poder

⁵⁴ Para el fin de la Edad Media se han propuesto 1453 por la caída de Constantinopla en poder de los turcos otomanos o 1492 a consecuencia del llamado “Descubrimiento de América” por parte de una expedición comandada por Cristóbal Colón bajo el estandarte de Castilla. En cuanto a las revoluciones burguesas, HOBBSBORN estudia el proceso desarrollado a partir de 1789 pero nosotros tomamos como antecedente de este movimiento a la Revolución Gloriosa que en 1688 depone a los Estuardos en Inglaterra y da origen al cogobierno con el Parlamento, iniciando el primer ensayo duradero de limitación al poder de los reyes.

en manos de los reyes, en desmedro de los otros agentes políticos del medioevo: los nobles, la Iglesia y las corporaciones urbanas.

En este período los reyes se convirtieron en uno de los ejes simbólicos en torno a los cuales se construyeron los Estados modernos ⁵⁵ y sus personas mismas se confundían con la del propio Estado ⁵⁶.

En esta etapa, el poder de regulación ha sido íntegramente transferido al monarca y éste es no sólo el heredero de los antiguos privilegios, sino el dueño de todos los bienes que no se encuentran en manos de particulares. Las tierras sin ocupar se transforman entonces en “tierras realengas” y sólo podrán ser explotadas con expresa autorización del rey, el cual puede acordar con determinados particulares que éstos las exploten a cambio de una participación del rey en las ganancias que dicha explotación produzca (regalías) ⁵⁷.

55 El historiador español COMELLAS ha destacado que este proceso de construcción de las monarquías modernas se realizó en base a una triple unidad de los antiguos reinos medievales: unidad dinástica, unidad religiosa y unidad lingüística. Estos tres componentes se unieron entre sí creando una sinergia tal en la que cada componente reforzaba a los otros dos y daba como resultado la aparición de los llamados “Estados nacionales”

56 RENOUVIN nos recuerda que Luis XIV fue uno de los principales exponentes de este momento y desarrolla en su *Historia de las Relaciones Internacionales* cómo el objetivo del rey era que “su” Francia alcanzase los “límites naturales”.

57 Bosques, minas, canteras, pesquerías eran consideradas propiedad del rey, de allí el término de bienes “realengos”. Su explotación se hacía contra el pago de un canon o “regalía”.

Los tiempos de la Modernidad Próxima ⁵⁸ han sido divididos en etapas asociadas a fenómenos relacionados con los derechos incorporados a los cuerpos legales constitucionales y, así, consideramos sucesivamente a las etapas liberal, social, ambiental y de la sociedad de la información y de la comunicación ⁵⁹.

2.c.2 *Etapas liberal*

Un aspecto a considerar en esta evolución es el tema de la consideración en relación a la seguridad, entendida como protección contra los efectos de la delincuencia. Aquí señalamos el tema de que es la Modernidad la que

En este sentido, portugueses y españoles realizaron su expansión ultramarina asociándose la corona con el capital privado. En el caso de la conquista española el acuerdo con la corona se formalizaba mediante un contrato denominado “capitulación” y se especificaba en ella que debía separarse el “quinto real” de todo lo que se obtuviese en materia de metales y piedras preciosas

58 En lugar de aceptar la existencia de una Edad Contemporánea, elegimos rechazar ese postulado y sostener que los tiempos modernos pueden dividirse teóricamente en dos grandes momentos: el de la Modernidad Inicial o Remota que abarca la consolidación de los Estados nacionales bajo los regímenes monárquicos autoritarios con economías monetizadas y pre-industriales; y la Modernidad Próxima caracterizada por las revoluciones política, económica y científica desatadas desde fines del siglo XVIII hasta la fecha. La llamada “post-modernidad” es para nosotros un momento más de esta Modernidad Próxima.

59 En la explicación usual que se da de esta evolución, se asocia cada etapa con la incorporación de una determinada categoría de derechos humanos a los textos constitucionales.

condena la vagancia y la mendicidad, disponiendo penas destinadas a castigar a los “vagos y mal entretenidos”⁶⁰.

Mientras que en la Antigüedad las autoridades de las ciudades disponían de distribuciones gratuitas de alimentos y en la Edad Media el mendigo, como el enfermo, eran una oportunidad para el ejercicio de la piedad y de la caridad cristianas, la Modernidad anatematiza a la pobreza; la expulsa del centro urbano y la aprieta “contra los bordes” o la encarcela. La Modernidad crea el concepto de “marginalidad” a partir de la revolución industrial y su correlato sociodemográfico en las ciudades⁶¹.

Existe por otro lado y desde hace tiempo, una percepción instalada en el imaginario de la intelectualidad del Derecho argentino acerca de que “Derecho es sinónimo de Derecho Privado”. Esta percepción se ha visto plasmada fundamentalmente en la organización curricular de los planes de enseñanza del Derecho, en los cuales el Derecho Privado y sus capítulos/manifestaciones han desarrollado extensamente los contenidos correspondientes a estas materias, en desmedro del estudio del Derecho Público⁶².

60 Recuérdese las regulaciones en tiempos de Rivadavia y las que fueron denunciadas por José HERNÁNDEZ en el *Martín Fierro*.

61 Téngase presente que la noción de marginalidad se instala en las ciencias sociales latinoamericanas a partir de la década de los años sesenta del siglo pasado a partir de los postulados de las teorías de la dependencia y de la modernización.

62 Cf. RINCÓN, R. G., “Adaptación de la estructura curricular en la organización de la carrera de abogacía. Una invitación a repensar la organización de la carrera”, ponencia a la

El énfasis privatista en el estudio del Derecho es, sin duda, un correlato de la ideología liberal que desarrolló, impulsó y finalmente estableció la idea del Estado mínimo ⁶³. Bajo dicho modelo estatal, los particulares se encuentran entre sí y libremente ofrecen sus productos y servicios, transando su valor y aplicando la autonomía personal.

El desarrollo capitalista ha llevado a la regulación del espacio público la idea de “negocio”, que no tiene parangón con las viejas instituciones romanas del *vectigal* o la enfiteusis. Aquellas antiguas regulaciones tenían como objetivo lograr que las tierras públicas se cultivasen ⁶⁴, con el consiguiente beneficio que implicaba para la comunidad contar con mayores reservas de cereal. Los plazos de “arriendo” podían llegar a los 99 años en caso de la enfiteusis y no tienen comparación con la velocidad y volatilidad actual del mercado inmobiliario.

Ahora bien, la concepción capitalista del espacio implica su consideración como una mercadería más, mensurable en dinero y transable como objeto de un contrato, que ha llevado en este último tiempo a que se hable, incluso,

Comisión 13 de Enseñanza del Derecho en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017.

63 Recuérdese cómo a partir del siglo XVII comienzan a elevarse voces en torno a la idea de limitación de los poderes de los gobernantes en beneficio de la libertad de los sujetos individuales. Mencionemos como ejemplos solamente al inglés John LOCKE y al suizo Jean-Jacques ROUSSEAU.

64 Al respecto pueden consultarse diversos trabajos que desarrollan la influencia de la mentalidad agrícola en el espíritu romano (Ej. R. LÓPEZ - *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 2002 - academia.edu).

del “consumo” del espacio público ⁶⁵. Téngase presente, como ejemplo, el extraordinario desarrollo de la publicidad visual que ha llevado incluso a que consorcios de propietarios de edificios de departamentos obtengan una renta por dar a alguno de sus muros la función de “pantalla” en la que se fija un mensaje publicitario ⁶⁶. Este aspecto lo analizaremos más adelante.

El desarrollo del liberalismo sirvió de sustrato a las teorías que desarrollaron la concepción de la “autonomía de la voluntad” asentando sobre la idea de la libertad y el supuesto de la capacidad jurídica entendida como la posibilidad de que los sujetos desarrollasen libremente sus potencialidades resolviendo así la satisfacción de sus necesidades y el logro de la “felicidad” ⁶⁷. Esa libertad para operar tuvo como base una teoría de la personalidad jurídica que reconocía que no existía persona sin patrimonio ⁶⁸ y que atribuía a la ley el poder de determinar

65 Los especialistas en urbanismo señalan que a partir de los años noventa del siglo XX se incorpora la noción de *espacio privado de uso público* de la mano del fenómeno del consumo.

66 Basta recorrer cualquiera de las principales avenidas de nuestras ciudades como para comprobar la realidad del fenómeno aludido.

67 La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos contiene la siguiente afirmación: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad;...”.

68 La tesis fue desarrollada por AUBRY y RAU e inspiró a generaciones de civilistas argentinos, entre los que pueden destacarse SALVAT y LLAMBÍAS.

cuáles bienes eran susceptibles de ser apropiados por los particulares y cuáles no.

A partir de la sanción del Código de Napoleón, en el mundo del Derecho continental ⁶⁹ se produjo un movimiento codificador que fue estableciendo un patrón de reglas generales y sistemáticas que definieron el campo de qué era lícito y posible en materia patrimonial.

Los Códigos, entre ellos el argentino, reconocieron la existencia de bienes que no eran susceptibles de ser apropiados por los particulares, por integrar el dominio del Estado. A su vez, los Estados fueron definidos en su extensión y posibilidades jurídicas por instrumentos jurídicos que se denominaron (y aún se denominan) “Constituciones”.

El desarrollo de los Estados dio lugar a la aparición de diversas regulaciones sobre los bienes que por su contenido y orientación fueron clasificadas como normas civiles, penales, comerciales y administrativas. Ellas, desde distintas perspectivas, han regulado el acceso a los bienes por parte de los particulares. Por otro

69 Corresponde tener en consideración que las tradiciones jurídicas europeas nos permiten reconocer la existencia, desde la Revolución Francesa en adelante, de dos sistemas jurídicos diferentes: el llamado sistema continental basado en la autoridad de la ley creada por los órganos legislativos, y el sistema anglosajón o del *common law* basado en la autoridad de los precedentes sancionados por los tribunales de Justicia en la interpretación de las leyes. Los países colonizados por Gran Bretaña han desarrollado sistemas a semejanza de la metrópoli, en tanto los colonizados por España, Portugal Holanda y Francia desarrollaron una organización que tomó como modelo a la organización francesa (es decir, continental).

lado, los textos fundantes del orden jurídico (esto es, las Constituciones) establecieron al derecho de propiedad privada muy pocos límites. Entre éstos puede encontrarse el concepto de expropiación basado en la utilidad pública y reconocido ya en la Constitución argentina de 1853.

2.c.3 *Etapa social*

La crítica a las consecuencias sociales de la revolución industrial inspiró a muchos pensadores desde el siglo XIX, dando origen a una reflexión que saldría del plano de lo teórico para impactar en la organización de movimientos de filiación política radical frente a los postulados del liberalismo decimonónico.

El pensamiento social planteó otra forma de relación posible respecto de la distribución de los bienes y del acceso a la riqueza junto a una crítica muy profunda sobre las condiciones de vida de los sectores populares y asalariados. Los efectos de estas posturas se hicieron sentir en la llamada legislación social que comenzó a ser aprobada en la segunda mitad del siglo XIX y que impactaría en los textos constitucionales en 1917 ⁷⁰.

En la etapa que se inicia con la finalización de la Gran Guerra y la Gran Depresión, el mundo asiste a una re-

70 Las Constituciones sociales se inician en 1917 con las Cartas Constitucionales surgidas de las revoluciones mexicana y bolchevique. En la Argentina los derechos sociales se constitucionalizan en 1949 y tras la abrogación de dicha norma por parte del gobierno militar, serán incorporados en el art. nuevo, luego 14 bis, por la Convención Constituyente de 1957. GARGARELLA (2014) realiza un interesante análisis de este fenómeno de renovación de los textos constitucionales latinoamericanos.

configuración del Derecho y la Política, con la aparición de modelos de Estado interventores ⁷¹ que darán origen a la proliferación de una fecunda legislación que irán encarnando en normas concretas los llamados derechos humanos de segunda generación.

Algunos de los modelos de Estado adoptados en este período definirán la relación con las cosas de una manera diferente a como lo había hecho el liberalismo hasta ese momento con su modelo de Estado-gendarme. En este sentido, las Constituciones soviética y de sus países de influencia establecieron la propiedad social de la tierra en manos del Estado y de las comunidades que éste permitiera, dejando a los particulares sólo la propiedad privada de los bienes consumibles. En América Latina, esta nueva visión se hizo sentir en los textos constitucionales surgidos a partir de 1917 como consecuencia de la Revolución Mexicana.

La visión social de la propiedad quedó como rehén de la llamada Guerra Fría, impulsando los Estados Unidos su noción de propiedad privada, asociada a su espíritu capitalista, como un contenido propio del estilo de vida del llamado “Primer Mundo”. No obstante, algunas cuestiones se incorporaron, incluso, a las legislaciones de los países capitalistas y los Estados avanzaron sobre el “libre albedrío” de los particulares estableciendo pro-

71 A KEYNES se le atribuyen las bases teóricas de lo que se llamará “Estado de bienestar”, modelo en el cual el Estado interviene en algunas áreas de la economía respetando las reglas de la democracia burguesa. Los otros dos modelos son de corte autoritario: el modelo stalinista (reproducido luego en China, Cuba, etc.) y el modelo fascista que será derrotado en Europa en la Segunda Guerra Mundial.

hibiciones de explotación, privilegios en favor del Estado, etc. ⁷².

2.c.4 *Etapa de los “derechos difusos”*

Llamaremos de este modo a la cuarta etapa que reconocemos en la evolución jurídica de los tiempos modernos. Las décadas de los años sesenta y setenta del siglo XX pueden tomarse como revolucionarias en varios sentidos. Entre éstos, no es un dato menor el hecho de que los jóvenes hubiesen por primera vez enfrentado el mandato de sus mayores negándose a ir a la guerra ⁷³.

El rock, la píldora anticonceptiva, el desarrollo de la televisión, el acceso a la educación básica de millones de individuos como resultado de las políticas de intervención social desarrolladas por los gobiernos, fueron algunos de los elementos que impulsaron este “cambio de tiempo”. En ese marco, se producen las manifestaciones pacifistas en favor del desarme y del fin de la carrera armamentista así como la aparición de los llamados “partidos verdes”.

Las cuestiones ecológicas se incorporaron a la agenda del debate público y surgió el tema del denominado “Derecho Ambiental”. Sus posiciones teóricas fueron adoptadas como bandera por los movimientos juveniles y contestatarios y sus detractores se burlaron de ellos aduciendo una supuesta baja “potencia ideológica” en sus formulaciones que no les permitía, en teoría, competir con los partidos tradicionales formados en la aspereza

⁷² Especialmente sensible ha sido en Occidente la regulación de la explotación de los llamados minerales estratégicos y la generación de la energía.

⁷³ Circunstancia harto visible en el transcurso de la llamada Guerra de Vietnam.

de la discusión ideológica entre la izquierda y la derecha “clásicas”.

Las elecciones fueron transformando esta percepción y, a la par que los partidos verdes iban ganando cada vez mayor número de representantes, los sociólogos y filósofos iban definiendo las características de la sociedad de consumo, de la globalización, de la posmodernidad y de la sociedad de la información. Entre estos fenómenos culturales, el mundo de los juristas desarrolla la idea de los llamados derechos difusos o de tercera generación, a la par que se difunde, también, la idea de las acciones de clase. Uno de los frutos de estas reflexiones es el reconocimiento de la autonomía del Derecho Ambiental y la migración de contenidos de los antiguos Derechos Agrario y Minero del ámbito del Derecho Privado al del Derecho Público.

Este proceso de publicización del Derecho Ambiental lleva a la recepción de cuestiones ambientales por parte de los textos constitucionales y, por otro lado, su contenido se transforma en uno de los principales temas de debate legislativo.

La situación descrita se da en paralelo con otras evoluciones que impactaron fuertemente sobre la sociedad y que llevaron a la elaboración de diferentes denominaciones para explicar el fenómeno. Así, éste es no sólo el tiempo de los derechos ambientales sino también el tiempo de la “sociedad del consumo”⁷⁴, de la “sociedad post-

74 Debe recordarse en relación a este tópico el “*special message to Congress on protecting the consumer interest*” desarrollado por el presidente Kennedy el 15 de marzo de 1962 en el cual expresa que “*Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private decision*”.

industrial” o de la “sociedad del conocimiento”⁷⁵. En esta sociedad se ha desarrollado, por ejemplo, el fenómeno de los “espacios privados de uso público” que impactan sobre la forma en que se desenvuelve la vida cotidiana de buena parte de la población.

Estas circunstancias han impactado sobre el encuadre jurídico de las sociedades, las cuales han procedido a actualizar sus posiciones axiológicas. A partir de estas actualizaciones, los nuevos paradigmas se han encarnado en normas (tanto constitucionales como legales, administrativas y jurisprudenciales) y procedimientos tendientes a dar una organización a las nuevas realidades que van apareciendo.

La noción de “materia regulable” se ha visto ampliada por la tecnología a planos no susceptibles de ser representados (ni siquiera imaginados) medio siglo atrás. Las consecuencias de la tecnología en la vida cotidiana, y no sólo en los medios de comunicación, han impactado también sobre las reglas de sociabilidad, produciendo aun más situaciones que deben regularse⁷⁶.

75 Resulta evidente que al científico social le resulta bastante complejo establecer categorías de explicación unívocas y omnicomprendidas a medida que pierde perspectiva temporal y espacial respecto de los fenómenos que estudia. Al priorizar un aspecto determinado, ese aspecto impregna su mirada. Citamos a FOUCAULT, GUARDINI, DELEUZE, FUKUYAMA, PÉREZ GÓMEZ y BAUMAN como ejemplo de intelectuales que han pretendido explicar los tiempos actuales desde sus propias perspectivas.

76 Métodos de reproducción asistida, personas transexuales, familias ensambladas, semillas transgénicas, internet, telefonía celular, GPS, energía solar, etc.

El impacto de la modernización afecta a instituciones tan antiguas y enraizadas en nuestra cultura como son los derechos reales, bastando simplemente tener conciencia de las nuevas realidades incorporadas al listado de derechos reales reconocidos por el art. 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación ⁷⁷.

En esta etapa presente se desarrolla el concepto de *espacio público* de la mano de múltiples miradas ⁷⁸ que van modelando el mismo a la par que éste se instala como eje destacado en la agenda de los gobiernos.

3. A modo de conclusión

En principio corresponde tener presente que la legislación en materia ambiental es, en nuestro país, competencia de los Estados provinciales por ser materia no expresamente delegada al gobierno nacional ⁷⁹⁻⁸⁰. Esto no obsta a que en el ámbito del Congreso de la Nación se

77 Frente a otros capítulos del Derecho Privado como el Derecho de familia, de las obligaciones o los contratos que muestran un gran dinamismo, los derechos reales son de una gran estabilidad. Téngase presente que mientras la autonomía de la voluntad permite a las personas acordar, modificar, transmitir o extinguir entre sí las obligaciones, los derechos sobre las cosas son creados exclusivamente por la ley.

78 Sobre el espacio público encontramos literatura proveniente de la Arquitectura y el Urbanismo, de las Ciencias Políticas, de las Ciencias de la Comunicación, de la Sociología, del Derecho y la Economía, entre otras.

79 Cf. Art. 1 Constitución Provincia de Buenos Aires.

80 Cf. Art. 28 Constitución Provincia de Buenos Aires.

discutan leyes convenio a las que puedan adherirse las provincias y que promuevan aspectos relacionados a la regulación del ambiente, tema que podremos abordar en una futura investigación.

Si consideramos asimismo que la noción de espacio público tiene fuertes vínculos con la idea de comunidad local, estando muchas veces asociada a criterios de tipo urbanístico, resulta claro que el tema, en general, se convierte más en materia de regulación por parte de los gobiernos locales, de proximidad, que con gobiernos de tipo central. La cercanía de espacio con sus legisladores resulta de fundamental importancia para resolver las cuestiones en torno a la legitimidad social de las decisiones que sobre la regulación del espacio público se tomen. Algunas cuestiones, sin perjuicio de lo expuesto, están reguladas por normas de fondo como ser el art. 124 de la Constitución Nacional o los arts. 1887, 2034 o 2084 del CCyC que delimitan el marco sobre el cual los diferentes niveles de organización estatal ejercerán su poder regulatorio.

Los gobiernos locales obtienen una importante fuente de recursos de la regulación sobre el espacio público: habilitación de construcciones en altura o en profundidad, reserva de espacios verdes, tarifado del estacionamiento, asignación de balnearios, cámpings y lugares de recreación y esparcimiento, establecimiento de ciclovías, autorización de recorridos de líneas locales de colectivos y asignación de paradas, concesión de espacio para instalación de mesas y sillas, kioscos de diarios y revistas y de flores, horarios para sacar residuos, espacios accesibles con mascotas, etc.⁸¹.

81 Incluso el gobierno local ha llegado a reglamentar el sentido en el que se debe barrer una vereda.

Sin duda que la noción de espacio público presenta un importante punto de intersección entre el Derecho Público y el Derecho Privado. La vida cotidiana de relación y comercio se desarrolla y despliega en su marco y genera una gran variedad de situaciones y experiencias sujetas a la evolución de las formas y hábitos sociales y de la tecnología, etc. El margen de ejercicio del Derecho Privado sobre el espacio público, no obstante, se condiciona a la noción de utilidad pública y a la imposibilidad de ejercer derechos de prescripción adquisitiva contra los bienes públicos.

Bibliografía

ABBATI, E. L. y ROCCA, I. (2018), *Manual de alquileres del nuevo Código Civil y Comercial*, García Alonso, Bs. As.

ARAMBURU, R. del V. (2017), “El corte furtivo de árboles e intervenciones de la *Lex Aquilia* y la *Lex* de las XII tablas en Paul.,9 *ad Sa.*, Digesto 47.7.1”, en Anales N^o 47 UNLP, Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales

CARTA, A. (2017), *Acciones posesorias y acciones reales*, Estudio, Bs. As.

DE ROSA, D. (2017), “Constitucionalización del derecho privado y sus implicancias en el nuevo Código Civil y Comercial y en especial los derechos reales”, en Anales N^o 47 UNLP, Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales

FAZIO DE BELLO, M. E. (1998), *La medianería como problema urbano*, La Rocca, Bs. As.

GUARDINI, R. (1981), *Obras completas*, Cristiandad, Madrid.

NEGRI, H. (2016), *Sobre el derecho y los derechos del Hombre*, Abeledo-Perrot, Bs. As.

NONNA, S. (2017), “La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argen-



tina”, en Anales N^o 47 UNLP, Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales.

OTERO, E. (2020), “El incendio como factor generador de responsabilidad en el contrato de locación inmobiliaria. Un aporte analítico a partir de los cambios normativos recientes”, en Revista Código Civil y Comercial, Febrero 2020, Thomson Reuters-La Ley, Bs. As.

PEÑA GUZMÁN, L. A. y ARGÜELLO, L. R. (1962), *Derecho Romano*, TEA, Bs. As.

RABINOVICH BERKMAN, R.D. (2001), *Derecho Romano*, Astrea, Bs. As.

RINCÓN, R. G. (2017), “Adaptación de la estructura curricular en la organización de la carrera de abogacía. Una invitación a repensar la organización de la carrera”, Ponencia a la Comisión 13 de Enseñanza del Derecho en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, 2017.

Rincón, R. G., “¿Es la superficie un acto de disposición? Análisis de la autonomía municipal a la luz del régimen de administración de los bienes inmuebles municipales en territorio bonaerense” en Anuario 2021, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UDE Librería Editora Platense, La Plata.

ROSATTI, H. D. (2012), *Tratado de Derecho Municipal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

TULIA, M. A. (2016), *Código de Faltas Municipales de la Provincia de Buenos Aires*, Librería Editora Platense, La Plata.

La penalización del maltrato animal en la sociedad colombiana del siglo XXI

Autores: Sheila ZAPATA MERCADO ⁸²
Santiago DE MOYA PÁEZ ⁸³

Resumen

En el presente artículo, el **objetivo específico** es comparar la Ley de protección animal de Colombia, con relación a la Ley de protección a los animales de México, a su vez analizar la violencia y el maltrato animal padecido por los animales domesticados, en la ciudad de Barranquilla.

Materiales y métodos

Se fundamenta en una investigación, enfoque y método mixto, cuyo objetivo radica en direccionar la revisión de las vivencias de los animales, sus experiencias al cambiar su hábitat. En cuanto al paradigma, éste es el histórico-hermenéutico y empírico-analítico, porque se hizo una reconstrucción e interpretación teórica que fundamenta la investigación en curso en conexidad con la valoración de datos; el diseño es cualitativo-histórico- y cuantitativo-cuasi exploratorio. De igual forma, se destacan las estadísticas emitidas por las encuestas y en-

82 Estudiante de la Universidad Simón Bolívar-Sede Barranquilla, semestre X correo institucional sheila.zapata@unisimon.edu.co.

83 Estudiante de la Universidad Simón Bolívar-Sede Barranquilla, semestre VIII correo institucional santiago.demoya@unisimon.edu.co.

trevistas realizadas en donde se encontró la observación participante en la cual se interactúa continuamente con las personas que tienen mascotas bajo su protección -sujeto de investigación- y con la aplicación de las entrevistas semiestructuradas, se amplió la información obtenida con preguntas abiertas y cerradas en las que se apertura la espontaneidad y al mismo tiempo precisión en algunos datos. Finalmente, la población elegida fueron todas las personas con mascotas y personas con fundación animal; se llevó a cabo la entrevista al concejal Juan Camilo Fuentes Pumarejo, quien mencionó cómo se llevará a cabo el proyecto que desde el año 2015 comenzó a ejecutar. En ese mismo sentido, se identificó la tipificación de la ley que protege a los animales en violencia y en condición de abandono la cual no es ejercida en la ley 1774/2016; en **Conclusión:** En Colombia la penalización animal no ha sido ciertamente puesta en práctica, ya que no ven las acciones como casos importantes para levantar un proceso ante personas que tomen actitudes violentas en contra los animales en estado de calle, o quienes los abandonan, por razones visibles el maltrato, el abandono, entre otras acciones que afecten la integridad y la vida del animal, no es realmente de mucha importancia para las autoridades, aunque en la actualidad muchas personas sean sensibilizado en cuanto al tema.

Palabras clave: Abandono animal, animales domésticos, protección animal y violencia animal.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Problema. a) Objetivo general. a) Objetivo específico.- 3. Metodología.- 4. Discusión.- 5. Legislación de protección animal en México.- 6. Ley en Colombia que protege y penaliza la violación a la integridad animal. a) El Artículo 339B de la Ley 1774/2016. b) El Artículo 3º Principios.- 7. Conclusión. Referencias. Leyes

1. Introducción

Alrededor de la década de los 80 y 90 del pasado siglo, tuvo un alto índice de crecimiento el maltrato y la violencia animal. El interés por ayudar a los animales y que sean vistos y valorados como seres sintientes se dio primero en España alrededor del año 1978; en ese mismo año gracias al interés social se logró adoptar una normativa protectora del animal, en la parte Constitucional y Legal, la cual dio paso a la creación de los derechos universales de los animales. Años después, Colombia se puso en marcha a defender los animales donde se procedió a decretar la Ley 84 de 1989 receptado en el Código Civil y el Código Penal de Colombia donde se plasmaron una serie de derechos salvoguardables. El maltrato animal viene de muchos años atrás, pero ha crecido significativamente en el siglo XX y lo que va del presente, quizás a un nivel desproporcionado que requiere de la intervención eficaz, con celeridad y efectiva de instituciones internacionales y nacionales; y en este caso de Colombia, porque se ha convertido en un problema sin solución aparente.

2. Problema

Uno de los aspectos más relevantes en el país colombiano son aquellos tratos que se les da a los animales, como lo son las diferentes modalidades de causarle daño a su integridad y su vida; ahora bien, la realidad social es en la que se muestra el poco interés por los seres vivos, pues hay quienes creen que son algo que existe y que éstos no tienen derechos que recaigan sobre ellos, que no sienten o que no piensan, y la realidad es que los seres vivos como en este caso los animales tienen más razonamiento al abstenerse de lastimar a una persona por el

simple hecho de que se los han inculcado desde pequeños. Aquí el gran debate es: ¿los animales piensan más que los humanos?; pero es difícil para muchos admitir una realidad que se vive con la violencia animal volviéndose parte de la cotidianidad social, no para ser excluidos o despojados de sus derechos como seres vivos, sino para ser integrados a la sociedad, sociedad que los rechaza; es poco el porcentaje de la sociedad que si vela por la protección animal, pero lamentablemente son juzgados socialmente por ser “buen samaritano”. Pero ¿qué hace el Estado para impedirlo? Es por ello por lo que nace la siguiente pregunta problema: ¿En el marco del Estado Social de Derecho colombiano la normativa de protección a los animales es garantista de sus derechos?

a) Objetivo general

Analizar los factores que influyen sobre el maltrato animal en Colombia.

b) Objetivo específico

1) Interpretar la Ley de “protección animal” desde la perspectiva de la derogación del Art. 655 del Código Civil Colombiano.

2) Interpretar las penalizaciones en los actos violentos sobre los animales, existentes en la Ley 1774/2016.

3. Metodología

El tipo de investigación es mixta, en cuanto estuvo conformada por componentes cualitativos y cuantitativos, que permitieron el análisis del fenómeno social, a partir del hallazgo de la importancia de la protección animal en Colombia. Se recorrieron las calles de Barranquilla casa por casa, en los barrios San Felipe, los Andes, el

Prado, Cuchilla Billete y por último, se asistió al evento denominado ANIMALATON, con el propósito de percibir cómo vive cada mascota en sus hogares y fuera de ellos, distinguiendo de esta forma su integración y relación con sus dueños. Por otro lado, se determinó cómo sobreviven diariamente, a pesar de encontrarse abandonados.

En consonancia con ello, el proyecto de investigación en curso se sustentó en una investigación de enfoque mixto (cualitativo y cuantitativo), cuyo objetivo radica en direccionar la revisión de las vivencias de los animales, sus experiencias al cambiar su hábitat, según lo perciben los adultos responsables de su cuidado. En cuanto al paradigma, éste es el histórico hermenéutico y empírico analítico, porque se hizo una reconstrucción e interpretación teórica que fundamenta la investigación en curso, en conexidad con la valoración de datos; el diseño es cualitativo-histórico y cuantitativo-cuasi exploratorio.

Respecto a la clasificación general de método, éste partió de casos específicos, particulares a generales; y cuantitativo, de casos generales a particulares. En cuanto a su enfoque se utilizó la etnografía, porque el investigador se integró en la población observada e interactuó de tal forma que logró permear en su quehacer diario e intento de interpretar su contexto y las percepciones propias de los investigados. Referente a los instrumentos y técnicas de recolección de información, se encontró la observación participante, la cual permitió la interacción continua de las personas que tienen mascotas bajo su protección -sujeto de investigación- y con la aplicación de las entrevistas semiestructuradas, se amplió la información obtenida con preguntas abiertas y cerradas en las que se aperturó la espontaneidad y al mismo tiempo, la precisión en algunos datos. Finalmente, la población elegida fueron todas las personas que tuvieran mascotas a su cargo y grupo

de personas formadas como fundación animal; principalmente se logró entrevistar a Juan Camilo Fuentes Puma-rejo, quien comentó sobre sus proyectos desde el 2015 y los diversos planes a futuro.

4. Discusión

El maltrato animal es una decisión del hombre, y es por ello que para FERNÁNDEZ (2013) el maltrato animal es descrito como un conjunto de conductas y proceder es inapropiados e inadmisibles, provenientes de los individuos, con la finalidad de causar sufrimiento, dolor, angustia e, incluso, causando el fallecimiento de éstos. De esta forma, surge una clasificación de los tipos de maltrato animal. Es directa, cuando existe la intención de lesionar, herir y torturar a los animales, e indirecta, relacionado con el actuar respecto al cuidado básico, atención y protección, tal como lo es proporcionar adecuadamente los alimentos y refugio al animal. Por lo tanto, para GARCÍA (2015) con el pasar de los años, los animales han alcanzado mayor trascendencia e importancia por el sencillo hecho de vivir dentro de la sociedad; por ello, logran la protección y ayuda por parte de determinados derechos y, en coherencia, la expedición de tutelas por parte de los individuos, siendo éste un mecanismo de defensa para aquellos derechos vulnerados, lo que conlleva la aprobación y aceptación de diversas leyes. Sin embargo, aun concurriendo la normativa que pretende amparar y proteger a los animales, prevalece el desconocimiento de éstas y más que ello, los individuos violadores. Es labor del Estado fomentar, y de las entidades privadas incitar a la sociedad al cuidado de los animales, a la prevención del maltrato y la pedagogía, en cuanto al cuidado y la utilidad de la normativa sancionadora. De conformidad con SAIDIZA y CARVAJAL

(2016), ha sido incuestionable la crisis a la que se ha visto aproximado el modelo de Estado de Derecho, así como el deterioro del sistema de garantías que le es inherente.

A pesar de lo anterior y como lo ha manifestado MOLINA (2017), en Colombia siempre se ha apelado a las leyes como mecanismo para enmendar problemas sociales y en este sentido, tanto la Ley 84 de 1989 como la Ley 1774 de 2016 se constituyen así como las principales normas de protección animal en Colombia, las cuales tienen por objeto la protección contra el sufrimiento y el dolor animal causado de manera directa o indirecta por acciones humanas. La protección que brindan estas leyes surge en virtud de que en el ordenamiento jurídico colombiano se ha reconocido a los animales como sujetos de especial protección para el Derecho, encuadrándose así como sujetos de derecho bajo una categoría diferente a la de persona, lo cual les permite ser cobijados por el sistema legal, evitándose y protegiéndose de conductas tendientes a menoscabar lo que la Ley 1774 ha denominado el bien jurídico de la vida, la integridad física y emocional de los animales. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Ley 84 de 1989 fue la que en un primer momento se constituyó como la normatividad de protección animal, se hace necesario evidenciar que fue ahí en donde se dio de manera más detallada la regulación en torno al tema; por consiguiente, dentro de su articulado se desarrollaron las principales disposiciones que regirán el tema de conservación y protección animal. En consecuencia, desde sus primeras disposiciones, la Ley 84 de 1989 empezó a plantear sobre cuáles animales recaería la protección de la norma. En un primer momento establece que albergará a los animales silvestres, bravíos o salvajes y los domésticos o domesticados, cualquiera sea el medio físico en que se encuentren o vivan, en libertad o en cautividad, de

forma tal que, de entrada, la ley tiene un amplio espectro de protección para los animales. En consonancia con ello se cita a SANDOVAL y VARGAS (2018) donde ellos plantean que la implementación de mecanismos e instrumentos judiciales para el adecuado tratamiento y cuidado para los animales, tanto en Colombia como los distintos países latinoamericanos, se establece en el Código Penal e inclusive, en las diversas leyes existentes en cada país; encontrándose en ellas las sanciones y consecuencias generadas por el hombre en su trato cruel contra estos seres; por lo tanto, ÁLVAREZ y TELLO (2018) afirman que la legislación penal colombiana muestra los avances aprehendidos por parte del Derecho Penal colombiano, y que resulta evidente el desconocimiento general y/o público de aquellas sanciones procedentes, consecuencias del mal actuar de los individuos. Si la normativa fuese correctamente aplicada, se obtendrían resultados y/o efectos majestuosos, siendo para los futuros infractores una advertencia para prevenir futuras acciones; es por ello, por el desconocimiento y la carencia de las condenas y sanciones existentes, que las leyes no resultan efectivas.

Siendo así, se procede con la recopilación de datos obtenidos. Para SINGER (1985) los animales no pueden ser considerados como sujetos de derechos entendiéndose como personas, sino que éstos pueden tener un reconocimiento desde el Derecho que les permita ser considerados como sujetos de derecho con relevancia jurídica animal. Por consiguiente, evidencia que existe una confusión entre las categorías de persona y personalidad jurídica, de modo tal que propone eliminar estos conceptos para ir erradicando la diferenciación entre hombres y animales, al interior del Derecho.

Por lo anterior, SINGER (1999) define a la persona como todo ser autoconsciente capaz de concebirse a sí mismo

como diferente y existente en el tiempo y en el espacio, razón por la que establece que al igual que los hombres, los animales también tienen estas capacidades y que por ese hecho, las relaciones entre el hombre y los animales deben regirse por el principio de igualdad y de utilidad, concluyendo así que no existe beneficio lo suficientemente importante como para justificar las actitudes de abuso frente a un animal. Es decir que es coherente pensar que los animales son seres razonables que sienten y piensan: por ciertos motivos los animales forman lazos fuertes de afectos con sus dueños ya que tienen la misma igualdad.

Por otro lado, el filósofo Tom REGAN (2003), en su libro *The Case for the Animals Rights*, sustenta que los animales son sujetos de derechos por el simple suceso de que a los animales -al ser seres vivientes- la vida misma les otorga determinados derechos, de modo tal que el autor sostiene que es la vida misma la fuente de derechos de los animales, por tanto el Derecho debe proceder a proteger la vida de los animales como seres vivos que tienen facultades cognoscitivas, conductuales, emocionales, propias de lo que hoy por hoy se entiende como sujeto de derechos.

Según REGAN, la primera cuestión que debe tratar el Derecho para reconocer a los animales como sujetos de derechos es la transformación de sus estructuras y no el ordenamiento de éstas, dado que si verdaderamente se quiere otorgar derechos a los animales es necesario que se revalúe toda la concepción sobre la que se ha edificado el Derecho, de modo tal que éste extienda su visión hacia los animales. Otro autor que aboga por el reconocimiento de los animales como sujetos de derechos es RYDER (2000), quien plantea que, al igual que los hombres, los animales también sienten dolor e históricamente, el dolor ha sido fuente de derechos, en la medida en que tanto los esclavos

como las mujeres iniciaron rebeliones en contra del sistema hegemónico con el fin de dar finalización al intenso dolor que causaba el hecho de estar subordinado ante un sujeto que sí era reconocido por el Derecho como una persona capaz de detentar y cumplir con derechos y obligaciones. Así pues, para RYDER existe una tercera fuente de reconocimiento de derechos para los animales la cual no necesariamente proviene de una concepción utilitarista o cognoscitiva, puesto que para él, el reconocimiento de los animales por el Derecho proviene de que éstos también son seres sintientes con capacidad de sentir dolor y que por este motivo, el Derecho debe inmiscuirse en las relaciones animal racional-animal no racional, de manera que se limite el actuar del hombre sobre los animales.

Para los autores colombianos CÁRDENAS y FAJARDO (2007), sólo ciertos animales que guardan determinada similitud con los hombres son sujetos de reconocimiento de una subjetividad jurídica, puesto que se les reconoce sólo a determinados animales la capacidad de tener conciencia y de expresar de manera no lingüística sus necesidades, deseos y satisfacciones. Para estos autores, la fuente del reconocimiento de los animales como sujetos de derechos está determinada por la capacidad de ciertos animales de tener un sistema cognitivo mayor al del resto, de forma tal que se les reconozca como sujetos de derechos y que para que éstos puedan hacerse efectivos sólo sea necesario la intervención de un agente oficioso que obre a nombre de ellos. Es así como afirma RYDER (2010) que la fuente del derecho animal es la capacidad de éstos de sentir dolor. Es decir, el punto de partida principal de esta investigación es evidenciar esas capacidades que tiene el hombre para causarle dolor al animal y no ser embestido por las leyes que penalizan tales conductas. Por último, para ARIAS (2016), el pensamiento que va en-

trelazado con el de SINGER es el siguiente: el hombre para vivir y sobrevivir ha introducido un conjunto amplio de leyes, convenciones, reglas y significados, los cuales otorgan unos elementos comunes que buscan la realización y el orden social. Es en la sociedad precisamente donde el hombre proclama su poder y sus avances científicos, los cuales considera indudablemente universales. Dicho antropocentrismo singular permite que el hombre dude al preguntarse por la pertinencia de su responsabilidad en el cuidado y protección de los animales no humanos.

5. Legislación de protección animal en México

La legislación mexicana de protección animal, en el artículo 4° de la Ley de protección a los animales del Distrito Federal, define a los animales como todo aquel ser vivo no humano, sintiente, consciente, constituido por diferentes tejidos y con un sistema nervioso; por otro lado, concibe al maltrato como todo hecho, acto u omisión del ser humano, que pueda originar dolor y sufrimiento, afectando de esta forma el bienestar del animal, poner en peligro su vida o afectar gravemente su salud; en el artículo 4°Bis se señalan las obligaciones de los habitantes del Distrito Federal, como lo son las de garantizar la protección animal, brindar atención y asistencia; así como presentar la debida denuncia ante las respectivas autoridades, de cualquier acto irregular o de maltrato; promocionar la cultura de protección, atención y trato digno a través de comités ciudadanos, y velar por la correcta aplicación de la ley expuesta.

Seguidamente, la Ley de protección a los animales en su artículo 24°, considera que todos aquellos actos de crueldad deben ser sancionados conforme se manifieste en la Ley misma y obrando en conjunto con la Ley penal;

en ese sentido, señala dentro de la clasificación de actos inadecuados y prohibidos el numeral VII, el cual manifiesta que aquel individuo que incite a un animal a atacar a otro, o a las personas, originando luchas y/o peleas provocadas, haciendo de éste un espectáculo público o privado, será sancionado de acuerdo lo señale la legislación; asimismo, se menciona en el artículo 25°, numeral VII, dentro de las prohibiciones por cualquier motivo, la celebración de peleas entre animales. En consideración con lo anteriormente mencionado, cabe resaltar, que dentro de la Ley 84/1989, el artículo 6° presenta la clasificación de todos aquellos actos considerados maltrato y crueldad animal, y en la misma legislación se señalará la sanción correspondiente. No obstante, dentro de las excepciones suministradas en el artículo 7° se consideran excluidos dentro de lo que se denomina para la legislación maltrato animal, el rejoneo, coleo, corridas de toros, novilladas, corralejas, así como riñas de gallos y los procedimientos utilizados en estos espectáculos; siendo así, en Colombia existe una ley con relación a ello, la modificación de la Ley 1774/2016, en el artículo 339B, parágrafo 3° alude que quienes adelanten las conductas señaladas y descritas en el artículo 7° de la Ley 84/1989 no serán objeto de las penas en la presente Ley.

6. Ley en Colombia que protege y penaliza la violación a la integridad animal

La ley penal en Colombia busca proteger la vida y la integridad del animal. En la actualidad se tiene en vigencia y en conocimiento ante la sociedad la Ley 1774, la cual establece que ante los actos dañinos y de crueldad contra los animales se hacen valer los derechos que un día fueran expuestos en la “Declaración Universal de los

Derechos del Animal”, la cual no ha sido de mucho interés. Quien causare un daño o lesiones que afectaren de manera grave la salud o integridad física de un animal será sancionado con multas de 5 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por lo tanto, cabe resaltar que en casos en que existan aquellos delitos que vayan en contra de la integridad y la vida del animal, ya sea doméstico, silvestre, vertebrado, exótico entre otros, se le cause un daño irreversible como lo es la muerte o lesiones graves a su salud, la pena será de prisión entre 12 a 36 meses e inhabilidad especial de 1 a 3 años para poder ejercer la profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multas de 5 a 60 SMMLV (Ley 1774/2016. Enero 06. Colombia). Siendo éstas las sanciones impuestas a los colombianos que cometan faltas graves que atenten contra la integridad animal y la vida del mismo, tendrán que cumplir el castigo penalizado que recaerá sobre ellos.

De esta misma manera se mostrará cuáles son aquellos maltratos, abusos, violencia y trato cruel que son penalizados y no obstante ello las penas de prisión aumentan a la mitad a tres cuartas partes si se cometen las conductas que se encuentran en:

a) El Artículo 339B de la Ley 1774/2016

- *Con sevicia.* En este primer inciso se describe lo que mayormente se ve en Colombia: los dueños de los animales creen que por ser ellos sus amos pueden maltratarlos, violentarlos de cualquier forma, o creen que por ser animal deben atenderlo de manera violenta; éste es el método de maltrato animal más conocido aparte de las torturas al dejarlo atado a plena luz del día y sin agua o incluso bajo sol y lluvia por días de seguido y sin comida.

- *Cuando una o varias de las conductas de maltrato se lleven a cabo en la vía o en sitios públicos.* En este segundo inciso, se trata más que todo lo que se ve en los carros muleros cuando llevan a los caballos o burros con sobrecarga y sin darles un buen comer y mucho menos con hidratación, el animal ya se encuentra en un estado de cansancio, fatiga, agotamiento excesivo, deshidratación y bajo un cuidado deprimente, y aun así lo colocan a realizar trabajo de día y noche y días seguidos con sobrecarga provocando así que el animal se desplome causándole heridas leves, graves o incluso causándole la muerte de manera violenta.

- *Si para maltratar se valen de menores de edad o si el hecho se realiza en presencia de ellos.* Muchas veces en Colombia se evidencia en noticias e incluso en redes cómo perros atacan a niños, sin ver el fondo de la situación que dio lugar al ataque; siendo la causa de la educación que los padres inculcan a los niños o la costumbre de dejar que el niño agrede al animal con una piedra, lo patee, le eche agua, le cause fastidio o le cause dolor que a tal punto el animal se coloque en una posición de autodefensa y al momento del niño replicar dichas acciones el animal responda de una forma agresiva, siendo esto bajo la supervisión del adulto, es decir del padre o tutor.

- *Cuando se cometan actos sexuales con los animales.* Esta clase de casos de violación sucede de manera esporádica, pero a pesar de ser así los casos que salen de ellos es alarmante ya que la sociedad colombiana debería tener otra clase de percepción.

- *Cuando el delito de maltrato animal lo cometiera un servidor público o quien ejerza funciones públicas.*

Ésas son las acciones anteriores que van a la duplicación de la sanción penal que recibirá el individuo si lo cometiere, por lo tanto, se evidenciara que dentro de la

misma ley se habla sobre esos principios que se tienen para el cuidado, la protección y la integridad del animal, la cual se encuentra en:

b) El Artículo 30. Principios

1. *Protección al animal.* El trato a los animales se basa en el respeto, la solidaridad, la compasión, la ética, la justicia, el cuidado, la prevención del sufrimiento, la erradicación del cautiverio y el abandono, así como de cualquier forma de abuso, maltrato, violencia, y trato cruel;

2. *Bienestar animal.* En el cuidado de los animales, el responsable o tenedor de ellos asegurará como mínimo:

- Que no sufran hambre ni sed;
- Que no sufran injustificadamente malestar físico ni dolor;
- Que no les sean provocadas enfermedades por negligencia o descuido;
- Que no sean sometidos a condiciones de miedo ni estrés.

7. Conclusión

Actualmente a la Ley 1774 de 2016 no se le ha atribuido su función principal, que se basa en respetar la integridad de los animales ya que ellos son seres sintientes; por ende el presente proyecto se fundamentó en la orientación a los ciudadanos para poder penalizar las acciones de personas que atenten contra los derechos de los animales, para darles un mejor bienestar y cuidado y puedan subsistir, para estar en un mejor entorno sin ser parte de ningún tipo de maltrato.

Ahora bien ¿en dónde se ve la efectividad de la Ley 1801 de 2016? Claramente, no existen albergues municipales y mucho menos protección a los animales que

se encuentran vagando por las calles. Por eso el Estado colombiano debe propender a la prevención y promoción de la protección de los animales. En Colombia a la presente ley no se le ha dado la atención complementaria para poder ayudar a los animales; cabe resaltar que se han implementado fundaciones que se encargan de darle apoyo a la presente ley, ya que su principal objetivo es rescatar animales en abandono y encontrarles un hogar. Sin embargo, son fundaciones o campañas que no generan muchos recursos económicos ya que éstas reciben el capital por medio de sus propios ingresos, campañas para recaudar fondos y en otros casos muchos pidiendo limosna.

Otro proyecto de ley que fue aprobado por el Congreso de la República fue la prohibición de vehículos de tracción animal, el cual se implementó por el estado de salud que presentan los caballos y el trabajo excesivo diario; aparte de que por la nueva implementación de trabajos para la suspensión de arroyos en muchos sectores de Colombia las calles cambiaron y esto afectó a muchos caballos puesto que sus patas se veían afectadas por los agujeros que drenan el agua del arroyo, lo cual hacía que se rompieran sus patas y al no tener los recursos necesarios para los tratamientos de estos animales sus heridas se infectaron, lo cual los conduce a la muerte; por todas estas situaciones se presentó este proyecto de ley en el que desde hace muchos años se trabajó para implementarlo en la sociedad, pero el problema en sí radica en que desde que se implementó este proyecto hasta la fecha se siguen percibiendo en las calles los mismos vehículos de tracción animal en muy malas condiciones.

Realizando estas comparaciones de penalización por el maltrato animal en México y en Colombia, se puede evidenciar que muy a pesar de que México tenga mayor

orden acerca de las sanciones penales sobre quienes cometen esos actos violentos sobre los animales, no tienen al animal reconocido como en Colombia por un ser vivo, si no que aún sigue siendo un objeto, sobre el que recaen todos sus derechos de protección para su vida digna y ante todo su integridad.

Referencias

ÁLVAREZ, P. M., & TELLO, M. D. (2018), “El maltrato animal en el Derecho Colombiano. El nuevo estatus de los animales sintientes”. Universidad Santo Tomás. Recuperado de: <http://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/14302/2018mariatello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ARIAS, D. (2016), “Entre el anti-especismo y el derecho de los animales (Aproximaciones para una fundamentación filosófica)”. *Revista Principia Iuris*, 13(25), 43-64. Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1121/1084>

CÁRDENAS, A., FAJARDO, R. (2007), *El derecho de los animales*, Bogotá, Legis.

COHEN, C., & REGAN, T. (2000), *The Animal Rights Debate*, Boston, Rowman & Littlefields Publishers.

GARCÍA SOLÉ, M. (2015), “El delito de maltrato a los animales. El maltrato legislativo a su protección”, *Revista de Bioética y Derecho*, pp. 43-53.

“Ley de protección de los animales del distrito federal (27 de junio, 2017)”. Recuperado de. REITZ, J. C. (1998), “How to Do Comparative Law., Oxford, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 46, No. 4, pp. 617-636.

REGAN, T. (2003), “The Case for Animal Rights”. En: *In Defense of Animals (13-26)*. Nueva York, Basil Blackwell, 1985, Recuperado de: <http://www.animal-rights-library.com/texts-m/regan03.pdf>.

RYDER, R. (2000), *Animal Revolution*, Londres, Berg Publications Ltd.

RYDER, R. (2010), *Speciesism Again: the original leaflet*, Inglaterra, Critical Society.

SANTIAGO FERNÁNDEZ, L. (2013), “El maltrato animal desde un punto de vista criminológico”, *Revista Derecho y Cambio Social*, Madrid.

SINGER, P. (1999), *Liberación animal*, Madrid, Trotta.

SINGER, P. (1985), *Liberación animal: una ética nueva para nuestro trato hacia los animales*, Editorial Cuzamil.

SINGER, P. (2009), *Ética práctica*, Ediciones Akal, Madrid.

UNESCO y ONU (1978), Declaración Universal de los Derechos del Animal, adoptado por la Liga Internacional de los Derechos del Animal y por las Ligas Nacionales afiliadas tras la 3ª Reunión sobre los Derechos del Animal, Londres, 21 al 23 de setiembre de 1977. La declaración proclamada el 15 de octubre de 1978 por la Liga Internacional, las Ligas Nacionales y las personas físicas asociadas a ellas, fue aprobada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y, posteriormente, por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

VALLAEYS, F. (2006), “Ética de tercera generación (Cuarta parte)”, Blog de Ética RUS, Pontificia Universidad Católica del Perú, Disponible en:

<http://blog.pucp.edu.pe/item/5154>. *El maltrato animal. Una reflexión desde la sostenibilidad y las tradiciones culturales 39-43*

VEGA, V. K., & VARGAS, C. X. (2018), *Maltrato animal en Colombia*, Universidad la Gran Colombia. Recuperado de:

https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4351/Maltrato_animal_Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y



Leyes

Colombia, Ley 1801 de 2016, Bogotá, Legis.

Colombia, Ley 1774 del 2016, Bogotá, Leyer.

Colombia, Ley 599 de 2000, Código Penal de Colombia,
Bogotá, Legis.

Colombia, Ley 84 de 1989, Bogotá, Legis.

Medios de comunicación: entre la libertad de expresión y los discursos de odio. El desafío de lograr un equilibrio que garantice derechos

Autoras: María Lis AMAYA y Ana Clara D'OVIDIO

“No comparto lo que dices, pero defenderé hasta la muerte tu derecho a decirlo”
Evelyn Beatrice HALL, 1906

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. De la libertad de expresión a los discursos de odio: ¿cuál es el límite? - 3. Libertad de expresión: recorrido legislativo en relación a sus alcances y límites.- 4. Medios masivos de comunicación y construcción de subjetividad.- 5. Reflexiones finales.- Bibliografía

1. Introducción

En el presente trabajo nos proponemos reflexionar respecto a la tensión existente entre la libertad de expresión y los discursos de odio, entendiendo a estos últimos como un uso indebido de la libertad de expresión con miras a menoscabar, perseguir, segregar, justificar privaciones en el ejercicio de derechos o ataques violentos a ciertas personas o grupos por motivos de etnia, nacionalidad, sexo, religión, posición económica, opinión política o de cualquier otro aspecto.

Al reflexionar en torno a la tensión existente entre la libertad de expresión y los discursos de odio, formulamos ciertos interrogantes que intentaremos ir retomando a lo largo del escrito:

¿Existen límites para expresar pensamientos, creencias u opiniones? ¿Hasta dónde ampara el Derecho a la libertad de expresión? ¿Existe un límite entre la libertad de expresión y los discursos de odio? ¿Cómo pueden coexistir el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación? Dedicaremos un apartado a analizar desde una perspectiva interdisciplinaria ambos conceptos con el objetivo de colaborar a la discusión y al análisis en torno a una temática compleja, teniendo en cuenta que los límites del discurso del odio son tan difusos que, en ocasiones, pueden entrar en conflicto con el derecho fundamental de la libertad de expresión.

En un segundo momento realizaremos un acercamiento al rol de los medios masivos de comunicación y su impacto en la construcción de subjetividad, entendiendo que históricamente han ocupado un rol fundamental en la construcción social de la realidad.

Por último, retomaremos algunas líneas que nos permitan reflexionar en torno al desafío que implica poder lograr una transmisión responsable, desde una defensa de los derechos humanos y respeto por la diversidad.

2. De la libertad de expresión a los discursos de odio: ¿cuál es el límite?

El derecho a la libertad de expresión está consagrado en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se señala que: “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. Posteriormente, ese derecho ha que-

dado protegido en infinidad de Tratados internacionales y regionales.

Matías RODRÍGUEZ (2017) señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacó en varias oportunidades que la libertad de expresión debe ser entendida desde una doble perspectiva: como derecho individual de las personas de expresar sus propios pensamientos e ideas, y como derecho colectivo de la sociedad de recibir ideas y pensamientos de los demás y de estar bien informados.

En este sentido, el autor sostiene que la censura previa o anticipada se encuentra expresamente prohibida por la Constitución Nacional y diversos Tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. Sin embargo, tanto el Pacto de San José de Costa Rica como la jurisprudencia nacional establecen que cuestión aparte será la responsabilidad posterior a la difusión de la información.

Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana, luego de reconocer el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión y que no puede admitirse la censura previa sino sólo responsabilidades ulteriores, dispone que estas responsabilidades deben ser para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (RISSE FERRAND, 2020).

Dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha desarrollado una amplia doctrina y jurisprudencia sobre lo que envuelve a este derecho, sobre todo por la triple función que tiene la libertad de expresión: es el derecho a pensar por cuenta propia pero también el derecho a compartir sentimientos e ideas sin ningún tipo de discriminación; es clave para el ejercicio de otros derechos y es piedra angular de la democracia, pues para

conformar una sociedad libre y democrática es necesario que ésta esté suficientemente informada. Este desarrollo va en consonancia a lo que previamente señaló el Comité de Derechos Humanos: “las libertades de información y de expresión son piedras angulares de toda sociedad libre y democrática” (Caso Aduayom y otros c. Togo).

Dado que no existe una definición consensuada para entender qué es el discurso de odio, tomaremos la caracterización propuesta en el Informe sobre discurso de odio elaborado por el INADI (2020), donde se atiende a su complejidad y se lo aborda desde una perspectiva amplia e interdisciplinaria, sin reducirlo a un estudio meramente jurídico.

Estas expresiones, en sus múltiples niveles, son utilizadas para acosar, perseguir, segregar, justificar la violencia o la privación del ejercicio de derechos, generando un ambiente de prejuicios e intolerancia que incentiva la discriminación, la hostilidad o los ataques violentos a ciertas personas o grupos de personas; por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición social (GAGLIARDONE *et al*, 2019).

Podemos pensar a los discursos de odio como discursos sociales que producen y/o profundizan la intolerancia, discriminación y violencia al interior de un grupo social en un determinado momento histórico. Siguiendo a Marc ANGENOT (2012), los discursos sociales pueden ser entendidos como todo aquello que se dice y escribe en un determinado momento histórico en una sociedad dada. Componen memorias discursivas cargadas de ciertas formas de conocer, representar y entender el mundo, atravesadas por intereses sociales que determinan lo que legítimamente se puede decir y lo que no.

Estos discursos no pueden ser pensados por fuera de cierta concepción del mundo y conductas aceptadas y/o rechazadas en función de ella, donde no queda lugar para la diferencia. De esta forma, se trata de articulaciones discursivas que actúan negando la existencia de multi-versales, fomentando prejuicios y tendiendo a la eliminación de todo aquello que no se ajuste a una única forma de entender y habitar el mundo. A su vez, utilizan mecanismos discursivos que sirven para construir una imagen simplificada, exagerada y distorsionada del grupo que es objeto de odio (INADI, 2020). Entre estos mecanismos podemos señalar la construcción del otro como diferente, identificando un “ellos” como diferente a un “nosotros”, y la generalización, que elimina las diferencias individuales del grupo, asociándolo a características negativas que contribuyen a justificar la discriminación y la violencia contra este grupo.

Natalia TORRES y Víctor TARICCO (2019) sostienen que los discursos de odio se ubican en una tensión entre el derecho a expresar todo tipo de ideas en el debate público y la necesidad de garantizar a todas las personas la posibilidad de ejercer en pie de igualdad sus derechos.

Los discursos de odio son ataques dirigidos a personas o grupos de personas cuya forma de entender y habitar el mundo se visualiza como amenazante de un ordenamiento social (pre)existente idealizado. El concepto de discursos de odio (en plural) refiere a un género discursivo compuesto por distintos tipos de discursos violentos o agresivos hacia grupos sociales que se intenta segregar. Este género discursivo comprende: a) el “discurso de odio” (en singular), que atenta contra la vida de una persona o grupo de personas, y se corresponde con los mensajes de incitación al odio o la violencia; b) los “discursos discriminatorios” que amenazan la dignidad ciudadana de una

persona, o grupo de personas, y pretenden segregar, discriminar o impedir el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones; y c) el “discurso hostigador” que busca limitar la libertad de expresión de una persona, o grupo de personas, obturando su participación en el espacio público a través del acoso o el amedrentamiento (TORRES, N. y TARICCO, V.; 2019, p. 18).

Martín RISSO FERRAND (2020), por su parte, dirá que la expresión de “discurso del odio” puede usarse al menos en tres sentidos: 1) como simple referencia a un discurso, 2) como algo que debe ser combatido y evitado mediante la educación, la sanción ética y social, y 3) como algo que debe ser sancionado penalmente.

Siguiendo al autor, por un lado podemos señalar que “discurso del odio” se asocia con un sujeto racista, homofóbico, misógino, xenófobo, etc., y para cuestionar este discurso se invocan ideales de tolerancia, respeto y solidaridad. Por otro lado, en muchas ocasiones se utiliza la denominación de “discurso del odio” como forma de estigmatizar a quien, supuestamente, ha incurrido en esta práctica o como una justificación para limitar el ejercicio de la libertad de expresión. Así, vemos la complejidad que implica el acercarse a dicho concepto, donde no podemos perder de vista que buscar su regulación implica imponer limitaciones a la libertad de expresión.

Tal como sostienen Natalia TORRES y Víctor TARICCO (2019), es importante tener en cuenta que la forma en que los discursos de odio han sido definidos en los diferentes marcos jurídicos vigentes da cuenta de la manera en que se ha intentado resolver el conflicto entre libertad de expresión y promoción de la igualdad. Así, en el próximo apartado se buscará realizar un sucinto análisis de la legislación argentina e internacional en relación a la libertad de expresión y sus límites, entendiendo que no

se trata de un derecho absoluto, pero cuyas violaciones o restricciones innecesarias o desproporcionadas no sólo afectan a aquellas personas que de forma directa ven vulnerado el ejercicio de su derecho, sino también pueden constituir una afectación a toda la sociedad en la medida en que cesa el libre flujo de ideas, opiniones e informaciones.

3. Libertad de expresión: recorrido legislativo en relación a sus alcances y límites

La actividad legislativa en materia de libertad de expresión, en los últimos años ha tenido un copioso desarrollo, y ello es plausible observar en la despenalización del desacato, la Ley Kimel de 2009 que modificó las bases de calumnias e injurias en búsqueda de la libertad de expresión favoreciendo el discurso, la ley 11.723, entre otros.

Pero debemos partir de la base de que no es un derecho absoluto y requiere para su restricción el cumplimiento de determinados requisitos a saber: a) Debe estar establecido por una ley b) Tiene que perseguir un determinado objetivo c) Debe cumplir con los requisitos de necesidad de una sociedad.

Dicha restricción la encontramos en el título V, capítulo I, Sección novena, artículos 1770 y 1771 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y en el código Penal de la Nación en los artículos 109 a 117 bis, ley 11.179.

Ya lo ha manifestado la Corte Suprema en el caso “Campillay”, en el que refiere textualmente “...el derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador pueda determinar a raíz de los abusos cometidos mediante su ejercicio... Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión,... tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela

en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas...” (Considerando 5°).

En Argentina se encuentra garantizado, a nivel Constitucional en los artículos 14⁸⁴ y 32⁸⁵ de la Constitución Nacional, pero a su vez se encuentra reglado en diversos Tratados Internacionales con rango constitucional⁸⁶, lo

84 Constitución de la Nación Argentina, Artículo 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

85 Constitución de la Nación Argentina, Artículo 32: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

86 Constitución de la Nación Argentina, Artículo 75, inciso 22: “...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Pro-

que incluye primordialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos citada anteriormente.

En Argentina no existe legislación específica en materia de discurso de odio; la Convención Americana sí lo prohíbe en su artículo 15 inc. 5, pero es evidente que su tratamiento debe ser debatido en una agenda de trabajo a futuro entre los diferentes actores por el peligro que ello genere censura o la autocensura, trastocando otro derecho fundamental como la libertad de expresión propiamente citada.

4. Medios masivos de comunicación y construcción de subjetividad

En la actualidad, el discurso de odio se genera y propaga principalmente a través de tres canales que se retroa-

toloco Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

limentan entre sí: los medios de comunicación, internet -donde la facilidad de permanecer en el anonimato facilita su propagación y dificulta su sanción- y el espacio público -donde puede adoptar múltiples formas y producirse en varios contextos: pintadas, actos de vandalismo, insultos o improperios, etc.- (INADI, 2020).

Aquí nos centraremos específicamente en el lugar que tienen los medios de comunicación en la generación y difusión de los discursos de odio.

Los medios de comunicación son productores de subjetividades, sentidos e imaginarios sociales. Históricamente, han ocupado un rol fundamental en la construcción social de la realidad, dado que transmiten verdades parciales y particulares, verdades subjetivas, en las que se cuele la ideología. Como sabemos, no existe LA verdad, sino “versiones” de lo que acontece (URIOS, 2015), discursos con el poder de construir verdades, donde no podemos perder de vista para quién y en qué momento histórico-social se construyen.

La subjetividad -social o singular- no es el producto absoluto de la verdad, sino de la cultura, de la historia y de la sociedad, no se la puede comprender sin abordar el contexto de surgimiento. Las normas sociales, que regulan los vínculos y los lazos en la sociedad, lo que se constituye como lo “socialmente aceptable” -normas, pautas culturales-, no son nunca ni neutrales ni objetivas, sino que tienen como origen los intereses de quienes ejercen el poder social, y que sólo buscarán mantener esos espacios de poder; el modo de hacerlo será mediante la neutralización, con su incorporación al sentido común compartido. En esto, los medios de comunicación, con su función reproductora, tienen un papel fundamental (URIOS, 2019, p. 29).

Los medios de comunicación tienen la capacidad de generar, normalizar o reafirmar estereotipos y prejuicios de

acuerdo al tratamiento que hacen de la realidad, lo cual está basado en una violencia simbólica que transmite y reproduce dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales.

Aquí podemos introducir los aportes de Pierre BOURDIEU, quien entiende a la violencia simbólica como “una violencia que se ejerce con la complicidad tácita de quienes la padecen y también, a menudo, de quienes la practican en la medida en que unos y otros no son conscientes de padecerla o de practicarla” (BOURDIEU, 1997, p. 21). “La violencia simbólica es más fuerte, entrañable, compleja y rizomática que la violencia física. Mientras la violencia física aparece a simple vista, la violencia simbólica se camufla en las raíces del ser” (PEÑA COLLAZOS, W., 2009, p. 70).

En la sociedad se ejerce el poder de las relaciones de fuerza y la imposición de “unos” sobre “otros”, generando una arbitrariedad cultural que liga a los individuos y los sujeta irremediabilmente a la violencia simbólica. Así pues, la sociedad está constituida por relaciones de fuerza, y el poder simbólico es ejercido imponiendo un arbitrario cultural, que crea dominantes y dominados (PEÑA COLLAZOS, 2009).

Eugenio ZAFFARONI desarrolla conceptualizaciones en torno a la criminología mediática, señalando que frecuentemente se va implantando en la subjetividad de la población el enfrentamiento con el semejante vulnerable, al que los medios han etiquetado como el potencial peligroso.

De esta forma, se crea una realidad y se la busca instaurar como “LA” realidad, al tiempo que se persigue la construcción del otro como diferente, identificando un “ellos” y un “nosotros” atravesado por una ideología determinada que sustenta la distinción.

Este otro, como han demostrado diferentes estudios, resulta siempre menos conocido por sus propios atributos que por las fantasías y temores que encarna. Como plantea Slavoj ZIZEK (2009), cuando recupera a Jaques LACAN, el otro sólo puede ser conocido a través de una presuposición, como “un objeto de creencia” (TORRES & TARICCO, 2019, p. 4).

ZAFFARONI (2013) va a decir que “la criminología mediática siempre apela a una creación de la realidad a través de información, sub información y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, y basada en una etiología criminal simplista asentada en la ‘causalidad mágica’” (p. 216).

Los medios de comunicación no sólo van a mediar entre la realidad social y la experiencia - individual o colectiva-, sino que también son protagonistas en esta mediación a partir de las selecciones que realizan para enmarcar un hecho noticioso.

Si bien no se puede negar la importancia de los medios de comunicación para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tampoco podemos perder de vista el carácter selectivo que asume la elección de la noticia a ser comunicada, en función de diversos intereses de quien comunica.

Tal como sostienen Walter BARBOZA y Marcos PERCO (2020), cada vez que leemos un diario, vemos televisión o escuchamos radio, debemos preguntarnos “qué se dice, por qué se dice lo que se dice, en qué contexto, con qué fin, cómo se dice, a quiénes se dirige y qué cosas se dejan de decir. Estos interrogantes nos pueden ser de mucha utilidad, si aceptamos que allí donde se supone que los medios narran lo objetivo sólo hay una interpretación, de otra interpretación” (p. 6).

En este sentido, podemos situar los aportes de ZAFFARONI (2013) cuando señala que el aspecto central de la

versión actual de la criminología mediática proviene del medio empleado: la televisión. Por eso, cuando decimos “discurso” es mejor entender “mensaje”, en consonancia con la imposición de imágenes.

Los medios son actores activos de transformaciones sociales, toman una porción parcializada de la realidad y generan verdades a partir de sus propios intereses ideológicos y, de este modo, construyen percepciones en la sociedad. Se trata de la construcción, selección y jerarquización de la información en tanto los medios son quienes legitiman la palabra de unos por sobre la de otros, se selecciona qué se difunde y qué se oculta en una decisión subjetiva, y se hace en forma intencional (URIOS, R., 2018, p. 34).

Si tenemos en cuenta el gran papel que tienen los medios de comunicación en el seno de una sociedad, y el hecho de que a partir de la difusión de información y contenidos podrían influenciar comportamientos en las audiencias, resulta fundamental atender a la gran responsabilidad que les cabe en la promoción del respeto y el ejercicio de los derechos de las personas. De aquí podemos pensar la responsabilidad social de los medios de comunicación, que implica la existencia de responsabilidades y deberes de éstos respecto de la información que generan y entregan a la sociedad.

Al respecto, Romina URIOS (2015) sostiene que la teoría de la responsabilidad social se fundamenta en la libertad de expresión, no como una libertad ilimitada, sino que los medios como agentes con funciones sociales, responsabilidades y un deber moral de difundir información necesaria para la sociedad, deben además considerar la pluralidad de ideas (RODRÍGUEZ & ALGARRA, 2008).

Para contrarrestar discursos de odio instalados es necesario repensar el rol del Estado y la importancia que

adquiere el diseño e implementación de políticas públicas que -contra una pretensión unificadora de los discursos de odio que amenaza el ejercicio efectivo de los derechos humanos-, fomente la deconstrucción de los estereotipos y promueva el pluralismo, con miras a garantizar el acceso de todos y todas al debate público.

Si los discursos de odio son centralmente un tipo de discurso autoritario que busca imponer una forma única de interpretación de la realidad, si los entendemos como prácticas articuladas a partir de temores históricamente constituidos y prejuicios socialmente sostenidos, la respuesta debe consistir en una política integral que construya intervenciones a partir de la comprensión de la problemática y aplique medidas que permitan garantizar el pluralismo, proteger a los grupos vulnerables y nutrir el debate público con las voces de todos y todas. (TORRES, N. y TARICCO, V., 2019, p. 19).

5. Reflexiones finales

En virtud de lo expuesto, podemos señalar que en ocasiones el ejercicio de algunos derechos puede entrar en pugna con el goce de otros, lo cual genera una discusión histórica acerca de la jerarquía de los distintos derechos que conforman los denominados “Derechos Humanos”.

Ante los discursos de odio que intentan instalar una única visión del mundo, deslegitimando e invisibilizando la pluralidad y los multiversales que nos atraviesan, es preciso promover una defensa de la diversidad de voces que, posicionada desde un paradigma de derechos humanos, nos permita dejar de ver al otro/lo otro como una amenaza, resignificando la alteridad y teniendo a la empatía como horizonte.

En esa dirección, romper determinados estereotipos nos permitirá acercarnos en un punto, o por lo menos comenzar a instaurar un debate, claro y justo sobre los discursos de odio y los alcances de su responsabilidad.

Definitivamente, libertad de expresión y discurso de odio son distintos conceptos. No puede disfrazarse de libertad de expresión la pretensión de sostener que el prójimo pueda no tener el mismo derecho que el que se expresa. Y en algunos casos esa diferencia de derechos implica hasta el derecho a vivir. Ejercer el derecho de libertad de expresión debe subyacer en la responsabilidad que de él deriva. Entre otras medidas, por ejemplo, deberíamos no aceptar la publicación de opiniones en portales de usuarios de cuentas anónimas y sin posibilidad de identificación (Ariel GELBLUNG y Raúl MARTÍNEZ FAZZALARI, 2021).

Para finalizar, es cierto que existen leyes y copiosa jurisprudencia en Argentina en esta materia, que han intentado e intentan limitar el daño que se produce fijando parámetros de responsabilidad, que por razones de extensión de investigación resulta imposible citar. No obstante, creemos que los límites del discurso del odio siguen siendo tan difusos que, en ocasiones, entran en conflicto con el derecho fundamental de la libertad de expresión. Y es necesario un tratamiento interdisciplinario integral para frenar la propagación de los discursos de odio que se generan, trabajando en una agenda concreta de cara al futuro no sólo en el ámbito judicial y legislativo sino también en la sociedad propiamente dicha.

Bibliografía

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (2020). Informe: discurso de odio. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/>

sites/default/files/12_01_2021_informe_discurso_de_odio.pdf

RISSO FERRAND, M. (2020), “La libertad de expresión y el combate al discurso del odio”. *Estudios constitucionales*, 18(1), 51-89. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000100051>

RODRÍGUEZ, M. (2017), “Libertad de prensa y responsabilidad de los medios”. Disponible en: <http://www.saij.gov.ar/matias-rodriiguez-libertad-prensa-responsabilidad-medios-dacf170341-2017-08-08/123456789-0abc-defg1430-71fcanirtcod>

TORRES, N. y TARICCO, V. (2019), “Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos”. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Facultad de Derecho, Universidad de Palermo. Disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2019/cele/Abril/Los-discursos-de-odio_Torres-y-Taricco.pdf

URIOS, R. A. (2015), “La influencia de los medios de comunicación en la construcción de realidad. El estereotipo del delincuente”, VII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XXII Jornadas de Investigación XI Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

URIOS, R. A. (2019), “La construcción de la figura del ‘loco peligroso’ en los medios de comunicación impresos”, diario El Día y diario Hoy. Tesis de maestría. Facultad de Periodismo y Comunicación Social, Universidad Nacional de La Plata.

ZAFFARONI, R. (2010), *La cuestión criminal*, Buenos Aires, Editorial Planeta.



Criptomonedas: certezas e interrogantes sobre lo que son, y lo que no son

**Autores: Adrián Emir GOCHICOA,
Agostina DI GIACOMO y
Gastón MENDY.**

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Tokens y criptoactivos.- 3. Moneda, dinero ycriptomonedas.- 4. Criptomonedas y su regulación en el Derecho argentino.- 5. Conclusión

1.- Introducción

El presente trabajo está referido al fenómeno global del sistema de criptomonedas (Tokens fungibles) y las NFTs (Tokens no fungibles), a propósito del reciente dictamen de AFIP 02/2022 para el impuesto de bienes personales donde se las conceptualiza como activos financieros.

Con la aparición y desarrollo de “Internet” a lo largo de los años se produjeron cambios profundos de índole económica, social y cultural. En la actualidad la forma de producir como la forma de consumir los bienes y servicios se vieron sustancialmente afectadas con la aparición de la denominada “Internet de las cosas”, la “economía digital” y el “comercio electrónico” (o e-business o e-commerce), y recientemente la tecnología blockchain y las criptomonedas.

Desde el punto de vista económico-financiero aparecieron nuevos productos y servicios financieros con la aplicación de tecnologías de la información y de la comunicación, produciendo en consecuencia la digitalización paulatina del sistema financiero.

Surgiendo así el concepto de *Fintech* para referirnos a la tecnología aplicada a las finanzas, que a grandes rasgos abarca temáticas referidas a medios e infraestructura de pagos digitales, la implementación de tecnologías y sistemas transversales, nuevos canales alternativos de crédito y ahorro, y soluciones por medio de la tecnología blockchain o cadena de bloques.

Son conceptualizadas ⁸⁷ como *los servicios financieros mediante el uso de tecnologías modernas*, los cuales abarcan los sectores de Préstamos, Pagos digitales, Blockchain y Criptoactivos, seguros digitales, Inversiones, Servicios B2B o entre empresas, el Financiamiento colectivo, la Seguridad informática, entre otros sectores conforme a su actual expansión.

En este marco y ya centrándonos en la temática del presente trabajo, los “criptoactivos”, desde lo jurídico comprenden no sólo aspectos referidos al Derecho Privado (Derecho contractual por ejemplo) sino que se proyecta sobre el Derecho Público incluyendo aspectos penales, tributarios, y de soberanía monetaria en cierto punto.

La presente tiene como objetivo señalar qué son, y qué no son, desde este aspecto jurídico.

Hasta aquí, puede verse que en los denominados “criptoactivos” confluyen cuestiones económico-financieras y jurídicas, además de las propias tecnológicas (Tecnología blockchain). Pero debe señalarse que este sistema, se engloba aun en un fenómeno mayor como lo es el de “tokenización de la economía”.

87 *Fintech: aspectos legales*. Compilado por Santiago J. MORA; Pablo Andrés PALAZZI, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, ISBN 978-987-86-2192-0.

Así el fenómeno de “tokenización” implica la creación o emisión de estas unidades de valor en una blockchain que representen un bien o una parte de éste, o tengan una función dentro del sistema o fuera de él. Permite el fraccionamiento como el intercambio o comercio de esas unidades representativas de un todo o de una parte de un todo. Dentro de este fenómeno o desarrollo tecnológico aparecen los criptoactivos: Criptomonedas (en el sistema de blockchains son un Token moneda o de pago o payment tokens o cryptocurrencies) y las NFT o tokens no fungibles.

Este proceso de tokenización de la economía, o de distintos sectores de ella, produce nuevas formas de comercializar y prestar servicios mediante activos virtuales.

Concluyendo esta introducción y vinculado con el objetivo de este trabajo (el análisis de los criptoactivos desde el aspecto jurídico), debe señalarse que esta vinculación de lo económico y lo jurídico se traduce en nuestro ordenamiento jurídico en el fundamento de su incipiente regulación, en especial respecto al reciente dictamen de AFIP que las conceptualiza como activos financieros.

2. Tokens y Criptoactivos

A efectos de explicar estos conceptos, partimos del fenómeno de “tokenización” que como se indicó implica la creación o emisión de estas unidades de valor en una blockchain que representen un bien o una parte de éste, o tengan una función dentro del sistema o fuera de él (tokens).

Ahora bien cuando hablamos de tokens se entiende por “tokens” en el marco de las “blockchain” como *un registro en la base de datos descentralizada, que puede representar una moneda, una propiedad, una acción, un activo*

financiero y cualquier otra cosa del mundo real ⁸⁸, y en igual sentido como *unidades que son registradas por una blockchain* ⁸⁹. Se trata de datos o paquetes de datos que tienen una función representativa de una cosa o bien e implican un valor.

Según su función se suelen distinguir los token en: a) Token moneda o de pago, o criptomoneda (payment tokens o cryptocurrencias), que se utiliza como medio de pago o intercambio entre los usuarios, b) Token de utilidad o cupón digital (utility tokens, user tokens o app coins), el cual permite utilizar servicios accesorios a la plataforma, C) token como valor negociable (tokenized securities o asset tokens), los cuales emulan los valores negociables cartulares, participaciones en futuros ingresos pero en las blockchain.

Un token puede tener o cumplir varias funciones a la vez. En todos los casos estos tokens se encuentran sometidos al software o programa de la blockchain, de tal manera que se crean e intercambian conforme lo determina ese programa.

Dentro de este fenómeno aparecen los criptoactivos, concepto que incluye a las criptomonedas y las NFT.

La tokenización de bienes, en cuanto unidad de valor y representación, se realiza en una blockchain. El sistema

88 “La tecnología blockchain: contratos inteligentes, ofertas iniciales de monedas y demás casos de uso”, por Santiago J. MORA en La Ley 2019-B, N° 62 Buenos Aires, Argentina -Lunes 1 de abril de 2019.

89 “Primer caso argentino sobre ‘apropiación’ de criptomonedas”, CHOMCZYK, Andrés-PALAZZI, Pablo A., La Ley, 2019-B, Año LXXXIII, N° 68, Buenos Aires, Argentina - Miércoles 10 de abril de 2019.

de “blockchain” se enrola dentro de los sistemas de bases de datos descentralizadas o registros distribuidos (distributed ledger technologies).

La doctrina ⁹⁰ es coincidente en su descripción y establece que estaríamos frente a lo que podría ser como un registro público online entre los usuarios donde se asientan datos como fechas, signos, operaciones, archivos, entre otros. Se indican como características:

- la garantía respecto a las transacciones a través de firmas criptográficas posibilitando conocer el origen de las mismas

90 GRANERO, Horacio R. Publicado el 07/03/2018, “Los contratos inteligentes y la tecnología ‘blockchain’ (su encuadre en el Código Civil y Comercial de la Nación)” el-Dial.com.; GRANERO, Horacio R., Dirección. *E-Mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral*, libro digital, EPUB. Archivo Digital: descarga y online ISBN 978-987-1799-92-3.; PALAZZI, Pablo A.-CHOMCZYK, Andrés, “Primer caso argentino sobre ‘apropiación’ de criptomonedas”, La Ley 2019-B Año LXXXIII N° 68 Buenos Aires, Argentina -Miércoles 10 de abril de 2019; GRANERO, Horacio, “Contratos inteligentes y blockchain. ¿Las cadenas de bloques pueden convertir a Uber en pasado de moda?”; DUNAYEVICH, Julián y FRANCA, Daniel, “Blockchain Federal Argentina: una plataforma multiservicios basada en el modelo de gobernanza multisectorial”, en *Fintech, aspectos legales*, cit.; Fernando Omar BRANCIFORTE, *Aspectos legales blockchain, cryptoactivos, smart contracts y nuevas tecnologías*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021. HEREDIA QUERRO, Sebastián, *Smart Contracts ¿Qué son? ¿Para qué sirven? ¿Para qué no servirán?*, 2020, Ed. 1 Editores.

- la certeza en cuanto a las fechas y contenido de dichas transacciones en virtud de la imposibilidad de modificar los paquetes de datos

- la ausencia de intermediarios entre las transacciones.

La tokenización de bienes en una blockchain, desde lo tecnológico se complementa con la aparición de los denominados “contratos inteligentes” o smart contracts.

Su utilización en las “blockchains” implica técnicamente la posibilidad de incorporar o crear paquetes de datos en la cadena de bloques que constituyan programas informáticos autoejecutables (contratos inteligentes o smart contracts).

Consisten en un programa informático (software) que se ejecuta automáticamente (autoejecutables), por lo cual pueden ser parte de la ejecución o cumplimiento de un contrato pero no se identifiquen con estos, ya sea que ese contrato esté o no registrado también en la blockchain. Este software como tal implica un algoritmo que conlleva un conjunto de órdenes o instrucciones escrito en códigos informáticos para los ordenadores sobre la base de cierta información necesaria interna o externa. La página web Blockchain Federal Argentina ⁹¹, los define señalando que *son más bien flujos de tareas programables dentro de Blockchain, que abren la posibilidad de desarrollar aplicaciones.*

Por lo cual los denominados criptoactivos se desarrollan en el sistema de blockchains y, excepto los que se basan en el sistema de Bitcoin -como más abajo veremos-, utilizan contratos inteligentes o smart contracts.

⁹¹ <https://bfa.ar/blockchain/smart-contracts>.

Volviendo a los criptoactivos, las criptomonedas (en cuanto moneda virtual y a su vez token fungible) y las NFT (tokens no fungibles) tienen en común que son unidades registradas en una blockchain. Ambos son tokens criptográficos, tienen una (o varias) función de representar un bien o derecho, su emisión es descentralizada ante la inexistencia de un ente bancario, financiero o estatal que controle dicha emisión y circulación.

Ahora bien, los NFT o los tokens no fungibles son únicos de tal manera que no resultan intercambiables por otros NFT. También constituyen la representación de un derecho o valor, pero no tienen en sí una función de pago. En la creación o acuñación se realiza a través de una plataforma donde se cargan archivos digitales en formatos de imágenes (JPEG, PNG, GIF), videos (MP4, MPEG, AVI), y audios (WAB, MP3).

En el marco del régimen de la Propiedad intelectual regulado principalmente por la ley 11.723, puede señalarse que una NFT puede ser y/o representar perfectamente una obra intelectual en los términos del art. 1 de la ley 11.723 ya que la amplitud que dicho artículo abarca, comprende toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La tokenización de obras permite también la explotación económica que el autor desee y al implicar la tecnología blockchain un registro online que se caracteriza por ser inmutable, la creación de un NFT en cuanto obra intelectual puede registrar a su creador en cuanto usuario de la plataforma donde se crea, y asegurar los derechos morales de paternidad sobre la obra.

En conclusión, los criptoactivos (las criptomonedas y los tokens no fungibles) son tokens criptográficos, tienen una (o varias) función de representar un bien o derecho, su emisión es descentralizada ante la inexistencia de

un ente bancario, financiero o estatal que controle dicha emisión y circulación.

3. Moneda, dinero y criptomonedas

Como se indicó desde el punto de vista tecnológico las criptomonedas son en el sistema de blockchains un token moneda o de pago (payment tokens o cryptocurrencies), o sea son unidades registradas en esa red y que tienen una función representativa de un valor, y en cuanto la legislación lo permita son representativos de un derecho.

La cuestión a dilucidar es si pueden o no considerarse en la actualidad a los criptoactivos una moneda o dinero.

Debe recordarse el origen del *sistema de criptomonedas* como un nuevo sistema de pago. El contexto de la aparición de este sistema fue la crisis económica-financiera del año 2008 en EE.UU. que se propagó al resto del mundo, donde una de las principales bancas internacionales (Lehman Brothers) quebró. La crisis no fue productiva sino propia de los mercados financieros, e implicó en la mayoría de los países la falta de liquidez y de crédito de las entidades financieras privadas.

En este contexto aparece Satoshi Nakamoto creando la primera criptomeda llamada “Bitcoin”, con su artículo sobre la tecnología de Bitcoin denominado “White paper”⁹² y la publicación del software para ejecutarlo.

La finalidad es crear un sistema de pago digital sin la intervención de terceros intermediando (entidades financieras), atento a que “...el comercio en Internet ha llega-

92 “Bitcoin: un sistema de dinero en efectivo electrónico peer-to-peer”, Satoshi NAKAMOTO satoshin@gmx.com www.bitcoin.org. Traducido al español por @breathingdog.

do a depender casi exclusivamente de las instituciones financieras como terceros de confianza en el proceso de los pagos electrónicos...”. Se indica que este sistema sufre la debilidad inherente al modelo basado en confianza: -Las transacciones completamente irreversibles no son posibles; -El coste de esta mediación incrementa los costes de transacción.

Así las cosas, “...Es necesario, por tanto, un sistema de pago electrónico basado en prueba criptográfica en lugar de confianza, permitiendo que dos partes interesadas realicen transacciones directamente entre ellas, sin necesidad de un tercero de confianza...”⁹³. En una breve descripción del sistema propuesto se señala que “...Una forma de dinero en efectivo electrónico puramente peer-to-peer debería permitir enviar pagos online directamente entre las partes y sin pasar a través de una institución financiera...”⁹⁴.

Por lo cual cuando hablamos del sistema de criptomoneda, hablamos de un sistema de pago digital sin la intervención de terceros intermediando, o sea fuera del sistema financiero formal, fuera del alcance de gobiernos y organizaciones internacionales.

Ahora bien, desde el punto de vista económico cuando hablamos de “Moneda”, hablamos de un bien que sea un instrumento para el intercambio de otros bienes (medio de cambio), una unidad de valor de otros bienes, y una reserva de valor.

En este sentido las criptomonedas pueden ser intercambiadas por bienes y servicios, por otras criptomonedas o por monedas de curso legal, pudiendo también

93 Idem nota anterior.

94 Idem nota anterior.

conservarse con la finalidad de especular un mayor valor, y permitiendo también cuantificar el valor de otros bienes ⁹⁵.

En este sentido participa dentro del concepto económico de “moneda”. Con la aparición de lo “digital” y en especial con las criptomonedas en la actualidad puede distinguirse las “monedas virtuales” de las “moneda Fiat” o “dinero fiduciario” y del “dinero electrónico”.

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) a través de dos documentos (2014 y 2015) ⁹⁶ conceptualiza a las monedas virtuales como “una representación digital de valor que puede ser comerciada de manera digital y funciona como (1) un medio de intercambio; y/o (2) una unidad de cuenta; y/o (3) un depósito de valor, pero no tiene estatus de moneda de curso legal (es decir, cuando se presenta a un acreedor, es una oferta válida y legal de pago) en cualquier jurisdicción. No es emitida ni garantizada por cualquier jurisdicción y cumple con las funciones anteriores sólo por acuerdo dentro de la comunidad de usuarios de la moneda virtual... la moneda fiat (también conocido como ‘moneda real’, ‘dinero real’ o ‘moneda nacional’), que es la moneda de moneda y papel

95 “Monedas virtuales. Una primera aproximación al Bitcoin”, MORA, Santiago J. Publicado en: LaLey 31/12/2015, 1 Cita Online: AR/DOC/3860/2015; “Las monedas virtuales en el Derecho argentino. Los Bitcoins”, por ERASO LOMAQUIZ, Santiago E. Publicado en: La Ley 31/12/2015, Cita Online: AR/DOC/4070/2015.

96 Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales (cambiadores de moneda virtual convertible) junio 2015 GAFI; Monedas virtuales (definiciones clave y los riesgos potenciales de ala/cft) junio 2014 GAFI

de un país que es designada como su moneda de curso legal; circula; y es habitualmente utilizada y aceptada como un medio de intercambio en el país expedidor...el dinero electrónico, que es una representación digital de moneda fíat utilizada para transferir electrónicamente el valor denominado en moneda fíat. Dinero electrónico es un mecanismo de transferencia digital para moneda fíat -es decir, electrónicamente transfiere el valor que tiene la condición de moneda de curso legal-”⁹⁷.

Además se distingue dentro de las monedas virtuales:

- Las monedas virtuales convertibles *las cuales tienen un valor equivalente en moneda real y se pueden intercambiar de acá para allá por moneda real* y las monedas virtuales no convertibles *las cuales pretenden ser específicas a un dominio o mundo virtual particular*;

- Las monedas virtuales centralizadas *que tienen una autoridad única de administración (administrador) -es decir, un tercero que controla el sistema-. Un administrador emite la moneda; establece las reglas para su uso; mantiene un travesaño central de pagos; y tiene autoridad para redimir la moneda (retirla de circulación)*, de las monedas virtuales descentralizadas *(también conocidas como cripto-monedas) son monedas virtuales distribuidas, de fuentes abiertas, basadas en matemáticas persona a persona que no cuentan con un autoridad central de administración y ningún monitoreo o supervisión central* ⁹⁸.

Por último el documento del GAFI define también a las criptomonedas señalando que *se refiere a una moneda virtual convertible descentralizada, basada en la matemática que está protegida por criptografía. Es decir, in-*

97 Idem nota anterior.

98 Idem nota anterior.

corpora principios de la criptografía para implementar una economía distribuida, descentralizada y segura de información. Criptomonedas depende de claves públicas y privadas para transferir el valor de una persona (individuo o entidad) a otro y debe ser firmada criptográficamente cada vez que se transfiere ⁹⁹.

Con similar criterio en la doctrina ¹⁰⁰ existe acuerdo en que las criptomonedas son monedas virtuales de emisión descentralizada basada en la tecnología de blockchains, o sea que no tienen respaldo de ningún Estado.

4. Criptomonedas y su regulación en el Derecho argentino

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos regulación de las “monedas virtuales” en la Comunicación “A” 6823 y la Comunicación “A” 7030 emitidas por el Banco Central de la República Argentina.

También las resoluciones de la AFIP (Resolución General 4614/2019, modificada por la Resolución General No. 4647/2019), y la ley 27.430 dónde se incorporó como hecho

99 Ídem nota anterior,

100 “La tecnología blockchain: contratos inteligentes, ofertas iniciales de monedas y demás casos de uso”, cit.; “Primer caso argentino sobre ‘apropiación’ de criptomonedas”, cit.; “Régimen aplicable a las criptomonedas a tenor del derecho privado”, por Lourdes LUCERO y José María SABAT MARTÍNEZ en revista El Derecho, Buenos Aires, lunes 3 de agosto de 2020 • ISSN 1666-8987 • N° 14.902 • AÑO LVIII • ED 288; “Monedas virtuales. Una primera aproximación al Bitcoin”, cit.; “Las monedas virtuales en el Derecho argentino. Los Bitcoins”, cit.

imponible en la Ley del Impuesto a las Ganancias en su artículo 2 a las operaciones con monedas digitales ¹⁰¹.

Por último la Resolución 300/2014 emitida por la Unidad de Información Financiera, y el reciente dictamen 2/2022 de AFIP para Bienes personales ley 23.966).

Sólo en estas últimas encontramos una conceptualización de lo que debe entenderse por “criptomonedas”. Las resoluciones del BCRA están referidas a limitaciones en el uso de dólares para su adquisición o la necesidad de liquidarlas para el pago de obligaciones en el extranjero antes de solicitar operar en el mercado de capitales, y las resoluciones de AFIP están referidas principalmente a información financiera.

La Resolución 300/2014 de la UIF en su artículo 2 define a las “Monedas Virtuales” como “la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción. Agregándose que las monedas virtuales se diferencian del dinero electrónico, que es un mecanismo para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción”.

101 A nivel provincial, en Córdoba el artículo 1, punto 48 de la ley 10.724 que modifica el Código Tributario provincial de Córdoba, incorpora como actividad gravada para el impuesto sobre los ingresos brutos en el art. 178 a “La prestación de servicios de cualquier naturaleza, vinculados directa o indirectamente con operatorias relacionadas con monedas digitales”.

Recientemente el dictamen 2/2022 de AFIP para Bienes personales (ley 23.966) le reconoce a las criptomonedas la naturaleza jurídica de “activo financiero” señalando que “...Se puede caracterizar a las criptomonedas como una nueva clase de activo financiero, no tradicional y basado en la tecnología blockchain el cual versa, en definitiva, acerca de una anotación electrónica que incorpora el derecho a una cantidad de dinero determinada, que puede tipificarse como títulos valores, toda vez que participan de las características principales que poseen estos últimos...”¹⁰².

Como puede apreciarse la conceptualización de las “monedas virtuales” en la Resolución 300/2014 es similar a dada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) a través de dos documentos (2014 y 2015)¹⁰³ está estrechamente vinculada a la definición de lo que se entiende por “criptomonedas”. Así se entiende las “monedas virtuales” como un token moneda o de pago, (payment tokens o cryptocurrencies), que se utiliza como medio de pago o intercambio entre los usuarios.

Ahora bien, en el dictamen 2/2022 de AFIP (Impuesto de Bienes Personales) al considerar a las criptomonedas como activo financiero, como la inclusión como hecho imponible en la Ley del Impuesto a las Ganancias de las ganancias de operaciones con monedas digitales, resulta una conceptualización más amplia que entenderla como

¹⁰² http://biblioteca.afip.gob.ar/dcp/DID_K_000002_2022_06_16.

¹⁰³ Directrices para un enfoque basado en riesgo para monedas virtuales (cambiadores de moneda virtual convertible) junio 2015 GAFI; Monedas virtuales (definiciones clave y los riesgos potenciales de ala/cft) junio 2014 GAFI.

una moneda virtual. En este sentido se las entiende como un token como valor negociable (tokenized securities o asset tokens), los cuales emulan los valores negociables cartulares, participaciones en futuros ingresos pero en las blockchain.

Como se señaló, un token puede tener o cumplir varias funciones a la vez. Corresponde profundizar el análisis conforme nuestro Derecho sobre la conceptualización de las “criptomonedas”.

En primer lugar, tanto en la Resolución 300/2014 como en su similar dada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) a través de dos documentos (2014 y 2015) se resalta que las “monedas virtuales” no constituyen dinero.

Así partiendo de la diferencia entre las monedas virtuales y monedas fiduciarias, debe descartarse que las “criptomonedas” sean dinero. En nuestro ordenamiento jurídico la ley 24.144 referida a la Carta Orgánica del BCRA en su artículo 30 señala que “el Banco Central es el encargado exclusivo de la emisión de billetes y monedas de la Nación Argentina y ningún otro órgano del gobierno nacional, ni los gobiernos provinciales, ni las municipalidades, bancos u otras autoridades cualesquiera, podrán emitir billetes ni monedas metálicas ni otros instrumentos que fuesen susceptibles de circular como moneda”. Por su parte se aclara en dicho artículo que se entenderá que son susceptibles de circular como moneda, cualesquiera fueran las condiciones y características de los instrumentos, cuando el emisor imponga o induzca en forma directa o indirecta, su aceptación forzosa para la cancelación de cualquier tipo de obligación.

En el artículo 31 se señala que los billetes y monedas del Banco tendrán curso legal en todo el territorio de la República Argentina por el importe expresado en ellos.

Por lo cual se entiende por dinero en nuestro país la moneda fiduciaria (Art. 31 de la ley 24.144), o sea los billetes y monedas emitidos por el BCRA que tienen curso legal en el territorio nacional, es decir que se impone su aceptación forzosa para la cancelación de obligaciones por el valor nominal en ella indicada. Las criptomonedas, si bien pueden cumplir las funciones de la moneda tal como se indicó, no son en nuestro país dinero por no ser moneda de curso legal.

En segundo lugar, descartado que hablemos de dinero cuando hablamos de “criptomonedas”, debe señalarse que debe entenderse que los “criptoactivos” (tanto los tokens fungibles sean de pago, de utilidad o como valor negociable, como los tokens no fungibles) en nuestro Derecho conforme al CCyC, jurídicamente son bienes inmateriales (Arts. 15 y 16 del CCyC) y como tales se incluyen en el concepto constitucional de propiedad (Art. 17 CN.).

En cuanto bienes inmateriales, tienen una función representativa de un valor, y en la medida que la legislación lo permita son representativos de un derecho. En esta sintonía puede entenderse la consideración en el reciente dictamen de AFIP de las criptomonedas como “*activo financiero*”.

Así en este sentido, es cierto que se enmarca en la tendencia de regulación de los servicios financieros mediante el uso de tecnologías modernas (FinTech) que abarca también pagos digitales, canales digitales de crédito y ahorro, seguros digitales, Inversiones, Servicios B2B o entre empresas, la Seguridad informática, entre otros sectores conforme a su actual expansión. Puede verse en este sentido el proyecto de ley MICA en la Unión europea.

Pero la amplitud en cuanto entender a las “criptomonedas” como *una anotación electrónica que incorpora el derecho a una cantidad de dinero determinada, que pue-*

de tipificarse como títulos valores presenta como objeción que abarcarían a las NFT, diferentes a las criptomonedas, que no sólo incorporan *el derecho a una cantidad de dinero* sino que en el marco del régimen de la Propiedad intelectual regulado principalmente por la ley 11.723, una NFT puede ser y/o representar perfectamente una obra intelectual en los términos del art. 1 de la ley 11.723 y registrar los derechos morales de paternidad del autor sobre esa obra.

Por último en cuanto a la referencia de ser una *anotación electrónica que puede tipificarse como títulos valores* implica conceptualizarlos como tokens con valor negociable.

En nuestro Derecho el artículo 1815 del CCyC los *títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo*. Ahora bien, estos títulos de valores pueden ser cartulares (Art. 1830), previéndose en el art. 1836 que los “títulos valores tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares, para su ingreso y circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación bancaria o de anotaciones en cuenta”.

El art. 1850 referido a los títulos de valores no cartulares señala que “la transmisión o constitución de derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, una caja de valores, una entidad financiera autorizada o un escribano de registro”.

Por su parte la ley de Mercado de capitales (ley 26.831 y modif.) en su artículo 2 define a los valores negociables como “los Títulos de valores emitidos tanto en forma car-

tular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuotapartes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros”¹⁰⁴.

De lo expuesto respecto a la ley de Mercados de Capitales surge que en nuestro Derecho resulta necesaria la autorización y control de la Comisión Nacional de Valores como autoridad central de contralor de estas operaciones, y los valores negociables implican la incorporación de un crédito incondicional e irrevocable que si es no cartular debe serlo en un sistema de anotaciones en cuenta o un registro especial del emisor.

104 Se define también a los mercados como “sociedades anónimas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores con el objeto principal de organizar las operaciones con valores negociables que cuenten con oferta pública, quedando bajo competencia del citado organismo las actividades afines y complementarias compatibles con el desarrollo de ese fin y a los mercado de capitales como el ámbito donde se ofrecen públicamente valores negociables u otros instrumentos previamente autorizados para que, a través de la negociación por agentes habilitados, el público realice actos jurídicos, todo ello bajo la supervisión de la Comisión Nacional de Valores”.

La cuestión a dilucidar, se señala ¹⁰⁵ es si la tecnología “blockchain”, como base de datos, puede constituir un sistema de anotaciones en cuenta o un registro especial, y sujetarse a la regulación de oferta pública de valores negociables. La doctrina citada en general sostiene un criterio negativo en cuanto a las criptomonedas configuradas como medio de pago por no incorporar una obligación incondicional e irrevocable en un documento, pero se muestra favorable en caso de tokens de utilidad y tokens como valor negociable.

5. Conclusión

Solo a modo de conclusión del presente trabajo se señalan las ideas principales:

- Los “criptoactivos” abarcan aspectos económicos-financieros y jurídicos, además de los propios tecnológicos (Tecnología blockchain).

- Los “criptoactivos” se enmarcan en el fenómeno de “tokenización” de bienes.

- Los “criptoactivos” abarcan criptomonedas (en el sistema de blockchains son un token moneda o de pago o payment tokens o cryptocurrencies) y las NFT o tokens no fungibles. Ambos son tokens criptográficos, tienen una (o varias) función de representar un bien o derecho, su emi-

105 “Régimen aplicable a las criptomonedas a tenor del Derecho Privado”, por Lourdes LUCEROY y José María SABAT MARTÍNEZ, cit.; “Criptoactivos en los mercados financieros y cambiarios”, por Juan M. DIEHL MORENO y Santiago E. ERASO LOMAQUIZ en *Fintech: aspectos legales*, cit.; “Algunas ideas sobre una eventual regulación de las ofertas iniciales de security tokens” por Marina BERICUA y Santiago J. MORA en *Fintech: aspectos legales*, cit.

sión es descentralizada ante la inexistencia de un ente bancario, financiero o estatal que controle dicha emisión y circulación.

- En el marco del régimen de la Propiedad intelectual regulado principalmente por la ley 11.723, puede señalarse que una NFT puede ser y/o representar perfectamente una obra intelectual en los términos del art. 1 de la ley 11.723 ya que la amplitud que dicho artículo abarca, comprende toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

- Las criptomonedas son monedas virtuales de emisión descentralizada basada en la tecnología de blockchains, o sea que no tienen respaldo de ningún Estado. No constituyen dinero, y como moneda virtual y cuando también tengan como función la de ser un token como valor negociable pueden entenderse como activo financiero.

- Los “criptoactivos” (tanto los tokens fungibles sean de pago, de utilidad o como valor negociable, como los tokens no fungibles) en nuestro Derecho conforme al CCyC, jurídicamente son bienes inmateriales (Art. 15 y 16 del CCyC) y como tales se incluyen en el concepto constitucional de propiedad (Art. 17 CN.).

Principios orientadores para una Teoría Crítica de la Justicia. Una propuesta a partir del pensamiento de Rawls

Autor: Dr. Pedro Luis BRACHO FUENMAYOR ¹⁰⁶

Resumen

En este artículo se presenta la propuesta de unos principios orientadores para la construcción de una Teoría Crítica de la Justicia sustentado en el pensamiento de John RAWLS, cuyos planteamientos dejaron que sus conceptos estuvieran fundamentados en el momento histórico, en su tiempo, espacio, en el contexto donde se desenvolvían, con sus conocimientos, experiencias, habilidades, elementos que le dieron bases teóricas para expresar objetivamente su posición acerca de la justicia. Por ello, desde el punto de vista descriptivo analítico, se aportan principios importantes y orientadores tomándose en cuenta los aportes de RAWLS, como filósofo rector de este estudio, para proponer la historicidad, temporalidad, especialidad, objetividad, subjetividad, razonabilidad, racionalidad, interdisciplinariedad, transdisciplinariedad, taxatividad, legalidad y universalidad, como principios que deben analizarse en el momento de hablar sobre jus-

106 Dr. Pedro Luis Bracho Fuenmayor. Ph D. Académico Universidad de Tarapacá C.I: 26.683.114-5 Celular: (+56) 9 4162 6342 Correo electrónico: brachop@hotmail.com Dirección: Avenida 4 Sur No. 2652, Departamento 904, Torre E, Condominio Las Terrazas, Comuna Iquique, Región de Tarapacá, Iquique.

ticia, en el ámbito de las ciencias jurídicas y políticas, que permitirían desarrollar acciones justas en función de las circunstancias que experimenta el hombre en cualquier sociedad.

Palabras clave: Justicia, John RAWLS, teoría crítica, principios orientadores.

Correo electrónico: pbrachof@academicos.uta.cl

Abstract

This article presents the proposal of guiding principles for the construction of a Critical Theory of Justice, based on the thought of John Rawls, who in the development of his approaches let their concepts be based on the historical moment, in their time, space, in the context where they developed, with their knowledge, experiences, skills, elements that gave him theoretical bases to objectively express his position on justice. Therefore, from the analytical descriptive point of view, important and guiding principles are provided, taking into account the contributions of Rawls, as the guiding philosopher of this study, to propose historicity, temporality, specialty, objectivity, subjectivity, reasonableness, rationality, interdisciplinary, transdisciplinarity, taxativity, legality and universality, as principles that must be analyzed when talking about justice, in the field of legal and political sciences, which would allow the development of just actions according to the circumstances experienced by man in any society.

Keywords: Justice, John RAWLS, critical theory, guiding principles.



SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Principios orientadores para la formulación de una Teoría Crítica de la Justicia.- 3. Consideraciones finales.- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Al analizar la justicia según el pensamiento de John RAWLS, se han podido detectar distintos puntos de vista de este filósofo en la trayectoria de sus producciones, donde a pesar de que mantiene su posición acerca de la equidad, la libertad, el reconocimiento de derechos y deberes, realiza una serie de modificaciones e incorpora en sus últimas obras, enfoques que se aproximan un poco a los fundamentos de sus críticos, especialmente a los planteamientos de NOZICK, DWORKIN, SEN, NUSSBAUM, WALZER y HABERMAS, entre otros filósofos, quienes exponen antagonismos y correspondencias de sus ideas con la postura rawlsiana.

Es pertinente recordar que la justicia es un valor, por ello, depende de cómo la sociedad y las creencias de los individuos la consideran, siendo una virtud cardinal con la cual se da una inclinación para otorgar a cada uno lo que le corresponde, pertenece o le concierne. Se parte del hecho real de que todos los individuos en cualquier tipo de sociedad que se desenvuelva, aspira a ser tomado en cuenta, ser tratado con respeto, donde su dignidad humana es inviolable, deseando tener las mismas oportunidades de otros en cuanto al aspecto personal, social, profesional, laboral, una justa distribución de las riquezas, pero también en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones para su comunidad, sus congéneres, siguiendo las normas y reglas establecidas en la Constitución, en las leyes y los reglamentos.

Por ello, lo ideal es cumplir con esta virtud según lo planteaba ARISTÓTELES (1985), quien suponía que justicia significa ser respetuoso de las leyes, y para alcanzarlo es necesario practicar el bien con todos para lograr un bienestar colectivo, donde lo que es bueno y correcto para una persona, debe ser así para las otras, satisfaciendo cada quien sus intereses sin afectar los comunes, todo con el propósito de tener una convivencia democrática y armoniosa, con equilibrio y fundamentos filosóficos que la sostienen.

Es complicado pensar en la justicia con estas dos vertientes, lo ideal y lo institucional, así como también es difícil desvincularla de las tantas disciplinas y espacios donde puede ser analizada según el contexto, y según quien la interpreta, puesto que el perfil de esa persona, conduce a inferir aspectos distintos, tal vez con el mismo propósito, respeto, sea quien sea esa persona, trato igual para todos, en calidad de vida, salud, educación, oportunidades de estudio, de trabajo, en defensa de sus derechos y la vez, para el cumplimiento de sus deberes, por lo que se puede tener argumentos en contra de la justicia de una norma jurídica, sin embargo, la norma sigue vigente mientras no haya sido derogada. En el campo moral en cambio, no se concibe una situación semejante; considerando que, si existen argumentos válidos que fundamentan el juicio negativo sobre la razonabilidad o moralidad de una conducta, de una costumbre o de una norma, pueden ser determinadas como no morales o a la inversa.

Resalta que la justicia desde las ciencias jurídicas y políticas, asume la teoría y práctica con los sistemas y comportamientos de los individuos en la sociedad, involucrando otras ciencias como la Sociología, Economía, Derecho, sin obviar sus aportes de ciencias específicas como la Filosofía, Epistemología, Axiología, desde vértices

metodológicos pragmáticos que permiten entender este fenómeno en distintas perspectivas, tomando en cuenta que el fundamento de la justicia para RAWLS está basado en la igualdad, en cuanto a las oportunidades de la persona dentro de la sociedad donde se desenvuelve y analizar esto sería volver a los inicios, por cuanto es importante:

Adecurar la situación al momento específico, esto, sin desviarse de las leyes y normativas, pero sí, considerar los hechos, cómo se dieron, cómo se dan, dónde, por qué, en relación al caso que se esté estudiando, por cuanto, a pesar de expresar que todos los seres humanos son merecedores de este don, virtud, valor o condición, debe ser expuesto e interpretado su comportamiento, según sean las circunstancias (BRACHO, 2021a, p. 130).

Es así como los análisis e interpretaciones que resultan del estudio profundo acerca de la justicia de RAWLS, permiten resaltar fundamentos para la formulación de principios orientadores dirigidos a la construcción de una Teoría Crítica de la Justicia, considerando los aportes rawlsianos, quien propone una clara praxis de la justicia enmarcada en la libertad y la equidad, la imparcialidad, el deber moral, desde lo individual a lo institucional, dando respuesta a la interrogante: ¿cuáles principios orientadores pueden formularse para la construcción de una Teoría Crítica de la Justicia?, enunciando como objetivo pertinente: formular principios orientadores para la construcción de una Teoría Crítica de la Justicia.

2. Principios orientadores para la formulación de una Teoría Crítica de la Justicia

En la vida toda acción del hombre debe ser guiada por normas, por un canon, de allí que el criticismo kantiano tratara de fundamentar un canon basado en una siste-

matización de principios aclarando el uso de las facultades que se ponen en juego, a través del sujeto, en el conocimiento. Por lo expuesto, los principios dirigirán las acciones por el camino correcto, de allí que la persona razona acerca de lo que debe hacer, tomando en cuenta su autonomía, siempre y cuando, de acuerdo con KANT (1996), esté dentro de los cánones de la ley moral, indicando “pues ahora ya vemos que, cuando nos pensamos como libres, nos incluimos en el mundo inteligible, como miembros de él, y conocemos la autonomía de la voluntad con su consecuencia que es la moralidad” (p. 60), pero si por el contrario se sienten obligados, son pertenecientes de un mundo sensible y al mismo tiempo, inteligible.

Ahora bien, cuando RAWLS (1971) plantea sus principios dentro de la teoría de la justicia, asume que éstos orientarán la acción del hombre dentro de la sociedad, partiendo de la posición inicial y el velo de la ignorancia, obviando la capacidad de razonar acerca de lo que es justo, correcto, adecuado o no, considerando una postura impensable, cuestión que, en cualquier tiempo, condición o situación, se hace difícil de entender y aceptar. Todas las acciones del individuo lo llevan a pensar en lo que hace, y está en la posibilidad de entender lo establecido dentro de la sociedad, es más, si le conviene o no en caso que vaya en detrimento de su seguridad, de su vida, salud, educación, actividad laboral, aunado a tener la autonomía de decidir dónde puede obtener mayor productividad, desarrollo y éxito.

Esta situación analizada, implica que el principio de igualdad, de desigualdad con su debida distribución de riquezas, no siempre será aceptada por el individuo como justa, asumiéndose que la posición de RAWLS, estaba sustentada en el contractualismo, lo cual guiaba su pensamiento, y de allí su versión de la teoría de la igualdad. No

obstante, sin entrar en detalles específicos de cualquier país, sociedad, situación social, económica, política, ideológica, es preciso expresar que la justicia debe ser interpretada desde distintos principios orientadores, según se reconozca o por el contrario, existe injusticia.

Desde este aspecto es importante que se propongan políticas con las cuales se pueda asegurar la participación e inclusión de los grupos subordinados en las instituciones sociales y políticas, de allí la necesidad de integrar elementos que, desde una filosofía moral, relacionen cómo responder en justicia a las demandas de los grupos subordinados, guiada por la agitación que producen en la vida pública las víctimas de las injusticias.

Al respecto, GRUESO (2012) expresa que la justicia es dar reconocimiento a la necesidad humana, considerando que “el debido reconocimiento no es sólo una cortesía sino una obligación moral” (p. 72), de allí que lo propone para darle una importancia igual o mayor a la de la redistribución, y en ese orden de ideas, sostiene que el tema de la redistribución no ha perdido la centralidad en la justicia social que le ha concedido la tradición filosófico-política, aunque es importante asumir la justicia desde otras perspectivas filosófico-políticas, especialmente aquellas orientadas a la pura reflexión normativa, de allí que muchos filósofos acatan esa directriz, lo deja ver el modo como articulan la reflexión moral con el análisis científico-social.

Por eso se pueden conseguir razones complejas desde lo político y lo jurídico que se han ido planteando, y dan origen a unos principios orientadores para la formulación de una Teoría Crítica sobre la justicia, aquellos aspectos que en cuanto a tiempo, espacio, especificidad, objetividad, subjetividad, razonabilidad, racionalidad, taxatividad, inter disciplinarietàad, transdisciplinarietàad, lega-

lidad y universalidad, permitan interpretar la justicia como fenómeno social, sea visto como virtud, valor o condición, para satisfacer los derechos, deberes, responsabilidades, compromisos del hombre en el escenario donde se desenvuelva con iguales oportunidades y libertad de acción.

Desde la perspectiva del investigador, fundamentado en las ciencias jurídicas y políticas, la justicia debe ser interpretada como un fenómeno o hecho enmarcado en varios principios orientadores que lo guiarán de acuerdo a como se pueda entender, por ello, ofrece como aporte de este estudio el análisis de distintos principios para ser usados como punto de discusión cuando se quiere asumir la justicia, proponiendo los principios de historicidad, temporalidad, especialidad, objetividad, subjetividad, razonabilidad, racionalidad, como también la interdisciplinariedad, transdisciplinariedad, taxatividad, legalidad y universalidad, que se explican a continuación:

El principio de *historicidad* supone que es el momento donde se da el análisis el que determina cómo interpretar los hechos asumiendo posiciones, decisiones y cómo la mayoría de los conceptos en ciencias sociales, es complejo y multívoco. Se entiende según su significado que es la existencia real y comprobada de un acontecimiento pasado que se pretende sea histórico, así como la importancia y trascendencia de un acontecimiento o hecho que le permite formar parte de la historia. Se plantea que:

“La historicidad se refiere al conjunto de circunstancias que a lo largo del tiempo constituyen el entramado de relaciones en las cuales se inserta y cobra sentido algo, es el complejo de condiciones que hacen que algo sea lo que es: puede ser un proceso, un concepto o la propia vida” (GIROLA, 2011, p. 123).

En filosofía, la historicidad es entendida como el estudio de un fenómeno, su comprensión dándole atención al hombre, lo que ahondando y ampliándose, ha devenido en un mejor conocimiento del tiempo propio del hombre, y, por tanto, en la tesis de la exclusiva historicidad de lo humano y de toda la realidad que le es aneja. Por eso, los filósofos que desde hace ya casi medio siglo, vienen pugnando por esa metafísica, plantean la necesidad de una razón vital, es decir, de una razón histórica capaz de forjar los conceptos aptos para apresar las peculiaridades ontológicas de la vida, pudiéndolas entender según cómo sucedieron y cuáles eran las circunstancias de ese momento.

Resulta claro que hay sectores donde sus respectivas historias no constituyen una condición obligada, por cuanto en cada momento que el hombre se ocupa con esos saberes, se puede hacer física sin historia de la física, o matemáticas sin historia de las matemáticas. Entonces, el concepto de lo histórico como fundamento de la vida humana, la hace inconclusa, considerando que la persona es un hecho histórico en sí, siendo un ser único, singular, individual e irreplicable, donde cada acción propia tiene su radical historicidad, asumiéndose cuando se interpreta la justicia como virtud y valor filosófico y moral dentro de la sociedad.

Este principio se asume dentro de la Teoría Crítica de la Justicia, porque es importante que quien la analice tome en cuenta aspectos que afectan el contexto histórico cultural para comprender la justicia, la incidencia de los conceptos en la manera de percibir esa realidad, asumiendo múltiples factores históricos, temporales y representacionales en la construcción de la noción de modernidad a lo largo del tiempo, por lo tanto, debe considerarse el entramado de relaciones (sociales, políticas, culturales,

lingüísticas y de todo tipo) en el cual, el concepto surge y del cual extrae en principio su significado.

Otro principio orientador para la formulación de una teoría crítica sobre la justicia, es la *temporalidad*, por cuanto cada situación debe ser asumida, conceptualizada e interpretada según el tiempo en que se produce. Ya se sabe que la historicidad del hombre le viene de la peculiar temporalidad dada en un ser que es precisamente el único que toma conocimiento de sí mismo, se preocupa por lo que es y por lo que quiere ser, ocuparse previamente con el futuro.

La temporalidad se refiere según GIROLA (2011) a “problematizar la experiencia del devenir: el pasado ya no es, salvo porque lo estamos trayendo al presente por un interés o pregunta específica. El futuro aún no es, salvo porque lo estamos intentando construir o prever desde el presente” (p. 23), lo cual implica establecer una relación entre el transcurrir del tiempo, la acción humana y la transformación del mundo social, así como con los instrumentos conceptuales con los que pretende conocerlos. Expresa, la temporalidad puede proporcionar un eje para organizar la información, por cuanto su propósito es poner en relación el pasado, el presente y el futuro, asociándola con un antes y un después (o varios), así como con la idea de sucesión. Puede verse también como transitoriedad, reafirmando el carácter instrumental, hipotético y precario de los conceptos que se asumen.

Entonces, analizar la justicia en cualquier circunstancia de la vida, en cualquier momento, espacio y tiempo, implica que no puede desvincularse de las normas, de las leyes, y por eso, cuando se trata de asumir una posición al respecto de ésta, la persona a pesar de sus posiciones, pensamientos y enfoques, debe aceptar que su decisión está supeditada a los planteamientos filosóficos y lega-

les ya establecidos. Sin embargo, en ocasiones no existen esas normas para darle interpretación a los hechos, lo cual implica tomar una posición específica para los mismos.

Cuando esta situación se observa, debe darse paso al principio de *especialidad*, que sería la acción que, en el momento, aunque no esté escrita ni se den antecedentes al respecto, debe asumirse, cuestión que posiblemente en el aspecto legal sucede y por ello se habla de lagunas y vacíos de la ley, por cuanto es un punto determinante cuando suceden conflictos que deben ser solucionados con las normativas del Derecho.

Según BOBBIO (1987) “el principio de especialidad normativa hace referencia a la materia regulada, al contenido de la norma” (p. 344), y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, afecta exclusivamente a una especie de dicho género, por ello, se da preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad. Es normal el caso de que la aplicación de una norma dirigida a regular un determinado comportamiento de una categoría de personas, ponga de relieve la presencia de una categoría especial a la que no conviene la disciplina general, de allí, la exigencia, para respetar las reglas de la justicia y no regular de manera igual a personas pertenecientes a categorías distintas, de derogar la disciplina de la norma general y de crear una norma especial.

La primacía de la norma especial sobre la general es la expresión de la exigencia del camino de la justicia, que se representa como procedente de lo abstracto a lo concreto, de la legalidad a la equidad. En favor de la norma especial hay una presunción de mayor justicia, precisamente porque el ideal del ordenamiento justo es aquel en el que

se da a cada uno lo que le corresponde, por la singularidad que le distingue como persona frente a las demás personas.

Otro principio es la *objetividad*, que es basarse en la realidad concreta de lo que se ve, de lo que se capta por medio de los sentidos, sin dejarse llevar por suposiciones o juicios de valor, basados en la razón teórica, en lo que se sabe y analiza. Debe asumirse lo concreto, y aunque la justicia como valor es algo abstracto, las acciones de los hombres determinan que es justo y que no, por ello, cuando se quiere analizar un hecho, referido a los derechos, deberes, responsabilidad, libertad, igualdad de los individuos, hay que aceptar lo que se está visualizando, oyendo, sintiendo, de allí la dificultad y complejidad de decidir acerca de la justicia, aunado a la situación que generan las personas o sujetos que la interpretan, porque tienen distintos puntos de vista, lo perciben a su manera, y muchas veces según su interés.

Al respecto, PASTENE (2015) sostiene que este principio “se concibe como el deber de investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad ...” (p. 55), por lo tanto, la objetividad es cualidad de objetivo porque existe realmente fuera del sujeto que lo conoce, implicando un proceso libre de sentimientos a favor o en contra, por cuanto las emociones nublan y sesgan el proceso, de allí que si se analiza la justicia, quien la interpreta debe estar al tanto de todos los detalles que ocurrieron, siendo una situación muy especial para quien lo hace, por cuanto en ocasiones es posible ser parcial y es algo que debe evitarse totalmente.

La objetividad reporta beneficios para la persona y el sistema social, el proceso penal, el respeto al debido proceso y los derechos del imputado; además de ser una garantía de racionalidad y justicia para cualquiera

que pudiera verse involucrada en una investigación penal. Este principio se encuentra profundamente unido a otros principios rectores que rigen la actividad de los organismos que imponen justicia en cualquier país, tales como el principio de legalidad, de debido proceso y de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, derivando precisamente de esta consideración, la importancia de éste y su efectivo cumplimiento para la configuración de un sistema de justicia respetuoso de los derechos y garantías en el marco de un Estado de Derecho.

Es importante asumir también la *subjetividad* en la Teoría Crítica de la Justicia, toda vez que el ser humano está cargado de una dimensión afectiva que lo lleva a entender los hechos según él cree que son y le convienen, por ello es complejo y difícil aceptar que cuando se trata del estudio de la justicia, o de resolver un conflicto social, legal, institucional, la persona que interpreta sea totalmente objetiva, dejando escapar en momentos sus sentimientos y emociones, o tal vez, sus prejuicios acerca del evento estudiado porque se da un proceso individualizado.

AQUINO (2013) manifiesta que la subjetividad “es resultado de los mecanismos de normalización en el individuo, es decir, de la forma en que los dispositivos disciplinarios se articulan entre sí y producen un tipo de mentalidad congruente con las condiciones culturales existentes” (p. 261), de allí la importancia de entenderla desde el ámbito de las ciencias sociales, en particular la sociología, la antropología y los estudios culturales, con la idea de poner sobre la mesa las discusiones que a veces no se hacen explícitas al momento de analizar la producción de subjetividades en experiencias concretas, en este caso, sobre la justicia.

El individuo tiene la capacidad de captar las situaciones, lo hace con sus sentidos, los percibe, dejando que su sistema cerebral lo entienda y razona para definir qué es, cómo es, qué debe hacer, en fin, para tomar decisiones. Esta opción de razonar es muy importante cuando de justicia se trata, puesto que contrario a la posición inicial y el velo de la ignorancia de RAWLS, necesariamente la persona puede identificar los hechos y caracterizarlos si son buenos o malos, correctos o no, adecuados o por el contrario, lo afectan de manera personal y al colectivo.

Esto indica que cuando se está tratando cualquier asunto referido a la justicia, puede ser que el sujeto involucrado actúe de manera tal que convenza a quien escucha, y se dé ese proceso individualizado que impide ser objetivo, racional, por ende, se producen efectos positivos para el implicado mas no justo y determinado según el debido proceso. Entonces, es necesario dentro de una Teoría Crítica de la Justicia, aceptar una concepción tradicional del sujeto, quien piensa como un individuo completamente dotado de conciencia, como una entidad autónoma y estable, como la fuente independiente y auténtica de la acción y el sentido.

Asimismo, se asume el principio de *racionalidad*, importante para interpretar la justicia desde una teoría crítica, tomando en cuenta que, para la persona, los actos que ejecuta deben partir de su proceso analítico, razonando acerca de lo que es correcto, bueno, adecuado, qué es lo justo y qué no lo es. La razón es una de las capacidades que distingue al hombre del animal, le da inclusive la posibilidad de exigir sus derechos y cumplir sus deberes al saber que lo debe hacer.

“La racionalidad ha sido a lo largo de la historia del derecho, un tema que ha causado alergia a la mayoría de juristas en el mundo, dando como resultado la negación

al estudio de la racionalidad del derecho y dejando la discusión sólo para los sociólogos y filósofos” (RODRÍGUEZ y DÍAZ, 2011, p. 162).

No obstante, a través de la Filosofía del Derecho algunos teóricos han abordado el tema, manifestando que no es posible comprender la racionalidad como un ente desvinculado de la ejercitación de la razón por ser la capacidad de conocer el porqué de las cosas, llevando al individuo a argumentar deductivamente, estableciendo relaciones de consecuencia entre los enunciados, dándole respuesta a sus inquietudes.

Ahora bien, la racionalidad demuestra que la persona hace uso de la razón como regla y medida de los actos humanos, no como mero mecanismo o automatismo, sino con una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes, de no ser así, habría incoherencia, irracionalidad en los planteamientos y decisiones que asume, en este caso de estudio, con respecto a la justicia, a pesar de ser un asunto de carácter cualitativo, donde tal vez, la subjetividad pueda estar presente, el individuo debe mantener su objetividad y razón para resolver los conflictos que pudieran presentarse.

Entonces, cuando se analiza la justicia, la manera de asumirla, conceptualizarla e interpretarla, es variada, depende del análisis racional que de ella se hace, fundamentado por las experiencias, los conocimientos, el área del saber al que se dedica, que permiten evidenciar las distintas posiciones en las personas. Todos razonan, pero cada quien lo hace según su mapa, y esto impide que el concepto de justicia y su aplicación sea considerado por todos, igual.

De allí que llegar a consensos es muy difícil, pueden encontrarse como lo expone RAWLS, equilibrios reflexivos,

pero se sabe que al debatir los significados de la justicia y de lo justo, parece ser un destino de la Filosofía, por ser una tarea interminable, o mejor, inconcluyente, porque ninguna de las soluciones teóricas del Derecho o de la Filosofía alcanzan a estabilizar la polémica sobre lo justo. Aunque, quizá la respuesta a esta aparente paradoja sea que la justicia funciona más allá del pensamiento filosófico, se instala en el lenguaje real y en las relaciones sociales reales sin dar cuenta de dónde procede su normatividad.

Pareciera que todo lo racional es razonable, de hecho, son muchas las personas que utilizan el término con el mismo significado, y no, están equivocados, ser racional es trabajar con la razón, pero, sin embargo, se asume la *razonabilidad* en este estudio, como ese motivo para hacer, de estar seguro qué es lo que debe hacer, más que por qué debe ser. Desde esta perspectiva, lo irrazonable se convierte en el límite negativo de toda argumentación jurídica, de lo que no puede hacerse, no es eficaz; no produce aceptabilidad en el auditorio. Razonable es, al contrario, lo que resulta aceptable por la comunidad.

En este sentido, MUÑOZ (2007) considera que “la razonabilidad como virtud es una manera de ser tolerante de forma solidaria, es entender al conciudadano, escucharlo, saber que juntos acordaron las reglas de cooperación y actuar y dar razones a partir de tales normas” (p. 9), entonces, es la virtud más importante de los ciudadanos democráticos, una forma de actuar que rechaza la humillación, la violencia y construye la posibilidad de ver diversas razones, que permite entender que los demás no son aquellos que piensan, creen, sienten, que son distintos.

De allí que la razonabilidad puede ir acompañada de lo racional porque contribuye a que las personas acepten

las diferencias entre unos y otros, estando en la capacidad de compartir y escuchar ideas, donde todos puedan participar, es una virtud de la democracia, y por supuesto de la justicia, al considerar que todos tienen las mismas oportunidades de vivir, superarse y contribuir con la sociedad, al llegar a acuerdos entre los ciudadanos haciéndola más estable, aceptando que la diversidad es un hecho y en un mundo de diferentes la tolerancia es fundamental para alejar la violencia de la vida. Al respecto de este punto, RAWLS (2000) insistió en que, dentro de la concepción kantiana:

“Las personas son ‘razonables’ y ‘racionales’”, basándose en la dualidad del término alemán “*vernünftig*”, usado para referirse a “racional” como a “razonable”, que puede tener el sentido amplio de “razonable” así como también, el sentido más estrecho (generalmente el de los economistas) de “racional”” (RAWLS, 2000, p.164).

Con esto, explicaba que una persona puede tener una propuesta racional pero no es razonable, por cuanto quien hace la propuesta está presentando un trato que claramente beneficia sus intereses, siendo racional en el sentido estrecho, aunque a la vez, por injusta o desproporcionada, su propuesta difícilmente será aceptada por su contraparte, de allí, que sea irrazonable, por tanto, para el filósofo, razonable es ser sensato, y estar preparado para escuchar razones. Para RAWLS (2000) la diferencia entre razón teórica y práctica es: la primera “se encarga del conocimiento de objetos dados, y la lógica trascendental establece los principios que hacen posible el conocimiento sintético a priori de tales objetos” (p. 150). En cambio, la práctica se ocupa de la manera como se construyen objetos de acuerdo con una idea (o una concepción) de éstos.

Por ello, sugiere ver este intento de estudiar los principios a partir de los cuales actúa la voluntad pura, cómo

la búsqueda de aquellos principios a partir de los cuales un agente ideal, racional y razonable, actuaría para respetar la ley moral, incluso si al actuar así, tuviera que ir en contra de todos sus deseos dependientes de objetos, de todas las motivaciones empíricas, de la idea de buena voluntad, que es algo que se logra.

Como se observa, la razonabilidad como principio lleva a las personas a tener una motivación que dirija sus actos de cooperación, tolerancia, intentando ofrecer respuesta únicamente a los problemas morales fundamentales para la existencia de la sociedad plural, problemas de la ética pública, de allí que RAWLS (1971) en la Teoría de la Justicia considera que el mundo social modificado que se deriva de su Teoría será estable si cualquier persona querrá, al fin de cuentas, alcanzar el bien supremo. Además, la razonabilidad otorga estabilidad a la sociedad. Sólo si los agentes son razonables es posible el consenso entrecruzado y el uso de la razón pública para resolver problemas.

Otro principio propuesto es el de *taxatividad*, que hace referencia a la exigencia de certeza o determinación de la ley y por tanto, donde cada hecho sea expuesto de manera clara y precisa para ser entendido correctamente, lo cual lo hace indiscutible, incuestionable o irrefutable. Por lo general se asocia lo taxativo a lo terminante, concluyente. En el caso de la justicia, el principio de taxatividad pretende que lo que se determine como justo, correcto, sea preciso, indicando acciones claras para que las mismas sean cumplidas fielmente por los hombres que tienen a su cargo y no existan actos de insurrección o amotinamiento. Además, se propone que al hacer un análisis acerca de la justicia se pueda limitar a un caso o normas específicas, tomando en cuenta las circunstancias, para que cualquier obligación genere lo que son efectos jurídicos en el caso del Derecho, de allí, se hace imprescindible

que aparezca recogida como tal en lo que es el ordenamiento jurídico.

Para YARZA (2011) cuando se habla de taxativo en el caso de la justicia hay que ser claro y concreto, por cuanto explica que se relaciona con distintas ideas como trato igualitario, reciprocidad, “pero también con la de compensación o corrección; luego, somos justos si no discriminamos en el trato, si aplicamos las mismas normas a todos, si no tenemos favoritismos o preferencias afectivas a la hora de aplicar una norma” (p. 13), entonces se es justo, porque se es equitativo, aunque no igualitario. No siempre justicia e igualdad son intercambiables, lo cual implica que en el momento de analizar una situación de justicia, deben asumir la taxatividad, que sería cuando se han establecido expresamente sus criterios de uso, y ellos ofrecen una guía explícita para controlar si su aplicación es correcta o incorrecta.

Por tanto, el principio exige precisión a la hora de formular los supuestos de hecho que viene dada por dos vías diferenciadas, reducir la imprecisión de los conceptos que se utilizan para fijar comportamientos que se van a considerar como prohibidos, por creer que los mismos dan lugar a una conducta delictiva, así como lograr la preponderancia de los conceptos descriptivos frente a los conceptos valorativos para la determinación de un delito concreto, lo cual contribuye al análisis de lo justo y de lo injusto.

En tal sentido, cuando se establece una Teoría Crítica de la Justicia, se considera justificable el principio de taxatividad porque el analista debe buscar el ideal ilustrado de certeza que considera que sólo las leyes precisas pueden ser conocidas correctamente por sus destinatarios, evitando de este modo, las conductas prohibidas, de allí que si las leyes y normas sociales no se precisan po-

drán generar problemas cuando se quiera trazar los planes y exponer cuáles conductas se pueden tener y cuáles no, incumpliendo muchas veces por desconocimiento.

Cuando se analiza la justicia, se está introduciendo el sujeto en una disciplina que determina lo que es y cómo debe ser entendida, asumiendo que es una virtud, un valor, que tiene principios, puede ser discutida desde su episteme, la Axiología, la Sociología, el Derecho, si se quiere, es universal. Para PEÑUELA (2005) “Lo disciplinar y lo no disciplinar son dos elementos complementarios en el abordaje de procesos como la construcción de objetos de estudio, la solución de problemas concretos (praxis) y las diversas formas de aprehender la realidad (discursos)” (p. 44).

Entonces, el concepto de disciplina, poco a poco, se fue considerando sinónimo de especialización siendo importante eliminarlo para evitar la fragmentación, la disyunción-reducción, porque es más importante integrar todo aquello que una vez fue separado, pasando de lo disciplinar a lo interdisciplinario. Entonces, la *interdisciplinariedad* se da según PEÑUELA (2005) “cuando varias disciplinas abordan un mismo problema u objeto de estudio y cada una aporta desde su saber, elementos para una mejor comprensión. Pero ninguna sufre cambios o modificaciones determinables” (p. 49), explicando que el problema es el centro de la acción y su impacto está determinado por la pertinencia de la interacción de las disciplinas en aportar nuevas soluciones (o elaboraciones si es un objeto de estudio), que, en este caso, es la justicia y su teoría.

Destaca entonces que, al hacer un análisis de la Teoría Crítica de la Justicia, hay que asumir la interdisciplinariedad, porque este valor o virtud es asunto de vida, tanto física como emocional, es social, es legal, ideológi-

ca cristiana, y por ende, en cualquier disciplina que sea interpretada, busca el respeto al hombre, sus derechos, deberes, compromisos, responsabilidad social, y por esto, se considera difícil hacer una análisis desde una sola disciplina como tal. Tal vez, sí es posible verla más en lo individual que en lo institucional, social y legal o viceversa, pero es complejo tratar de evadir efectos e incidencias de una disciplina en cuanto a la otra.

En ese orden de ideas, MORÍN (2007) explica que la *transdisciplinariedad* “es un esquema cognitivo que permite ‘atravesar’ las disciplinas, es el espacio entre dos dimensiones donde se evidencia un constante flujo de información, no se ocupa de los métodos” (p. 312). Enfatiza en las ciencias sociales, tratando de sortear esta dificultad que surge en el quehacer “interdisciplinario”, ahora inter-poli-multi-trans-meta-disciplinario, en la búsqueda de articulación en el trabajo investigativo, así, algunas personas no logran pasar de las investigaciones exploratorias-descriptivas y otras no logran una adecuación de la teoría al contexto social en el cual se desenvuelven, son parte importante del quehacer del investigador.

En ese orden de ideas, OSORIO (2012) expresa que para los pensadores que promueven la transdisciplinariedad no es únicamente una estrategia pragmática en torno a los problemas concretos de una investigación multi-poli o pluridisciplinariedad, no es únicamente un enfoque ampliado desde el punto de vista metodológico para el análisis de fenómenos interrelacionados o de interdisciplinariedad, sino además, una nueva visión de la realidad, una organización compleja epistemológica del conocimiento y una novedosa actitud ante sí mismo, ante el conocimiento y ante el mundo. Lo que caracteriza a la transdisciplinariedad no es sólo la realidad interactuante sino totalizadora.

El análisis de la justicia parte desde la percepción y el perfil de quien la interpreta así como por el paradigma en el cual se inscribe el investigador, el clásico o el de la complejidad, por cuanto el carácter interdisciplinario de la teoría crítica no tiene discusión, pero la forma de describir el sistema como un todo en interacción con los elementos de la realidad social, contribuye con la comunicación científica global en la medida en que cada disciplina interactúa con el universo científico, rompe las fronteras disciplinares, la convierte en una teoría transdisciplinaria.

Por ello, la esencia de esta teoría crítica ubica a todo su sistema y lo que con ella interactúa en una nueva concepción de la realidad y el hecho de que las disciplinas específicas que conforman el sistema contengan la información como elemento unificador la hace trascendente en la medida en que la propia información origina, consolida los fenómenos transdisciplinarios, esencialmente complejos, establece el reconocimiento del mundo actual bajo la premisa de la unidad del conocimiento sin la pérdida de la autenticidad disciplinaria, reconoce los factores sociales, económicos, ideológicos y políticos en medio de los cuales se desenvuelven las prácticas de las disciplinas que la conforman.

La Teoría Crítica de la Justicia, se vincula con lo legal, sobre todo al asumir los planteamientos de interdisciplinaria y transdisciplinaria, indicando que toda acción tiene un basamento legal al cual responder, enfatizando que la justicia es un derecho individual mantenido y soportado por las instituciones sociales, por ello, el principio de *legalidad*, el cual fue concebido por los revolucionarios franceses, que suponía la existencia del Estado nacional con presencia de tres poderes públicos en colaboración armónica y sinceramente comprometidos con el desarrollo del pueblo al que representaban y pro-

tegían; siendo las garantías judiciales ante toda defensa contra el poder arbitrario del soberano; situación que a mediados del siglo XX tendió a modificarse.

El principio de legalidad es hijo de los principios de libertad, igualdad y fraternidad, tiene además la paternidad responsable del llamado Estado de Derecho, invocando el respeto por el orden jurídico, la tridivisión del poder público y el control de las autoridades públicas; todo dentro de la consigna de la exaltación de la dignidad humana, asumiendo patrimonio de la modernidad y conquista medular de los derechos humanos, y a la vez, generador de una tradición jurídica en todo el sistema romano germánico, que por lo mismo, debe ser preservado (VELÁZQUEZ, 2012, p. 93).

Para el autor citado, la libertad reflejada en su esencia, en la materialización de lo intangible de su alcance, de manera que el albedrío del hombre lo conduce a la posibilidad de hacer todo lo que se quiera en tanto no esté prohibido; también la igualdad en la medida que como la ley contiene un mandato universal e impersonal, tiene como destinatarios a la totalidad de los integrantes del pueblo sin distinción alguno; y la fraternidad proyectada en la aspiración que el mandato legal conduzca a generar la mayor cantidad de felicidad compartida por el más alto número posible de personas.

El principio de legalidad, en su actual formulación supone la primacía de la ley como fuente creadora de delitos y penas, recogido a nivel formal, en prácticamente todos los ordenamientos. Con este principio se garantiza que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como una infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley, al aplicar justicia.

Del principio de legalidad derivan también otras dos garantías: la jurisdiccional y la de ejecución. En la primera se recogen los denominados derechos fundamentales procesales, donde todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que pueda producirse indefensión, además, tener derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

A pesar de que la justicia ha sido estudiada por diversos filósofos, sociólogos, psicólogos, juristas y es un tema que se trata en cualquier disciplina bien sea social, económica, política, ideológica, religiosa, así como en distintos espacios geográficos, tomando en cuenta su historicidad y temporalidad, amerita ser tomada en cuenta por todos, con fundamentos universales, aunque según sea la circunstancia, con metodologías distintas.

Por ello, otro principio importante para la Teoría Crítica de la Justicia es la *universalidad*, la cual indica la igualdad en cualquier espacio y tiempo, en distintas áreas del saber, es decir, todas las personas merecen tener igualdad de trato y de oportunidades, considerarse un ser único, individual con características y personalidad que lo lleven a tener un comportamiento específico según la situación, pero que al momento de ser analizada su conducta, no pueden ser obviados sus motivos, condiciones, hecho que es igual en cualquier parte del mundo.

Para KAUFFMAN (1998) el principio de universalidad implica en general el problema de “cómo pueden ser fun-

damentadas de forma universalmente obligatoria las normas éticas y jurídicas, problema que está en estrecha conexión con la polémica entre las doctrinas del Derecho natural y el positivismo” (p. 13). Es condición trascendental para que pueda argumentarse racionalmente, para estar realmente en condiciones de entender algo, pero para la fundamentación de la universalidad de los derechos humanos no basta con esto; se necesita más bien un principio de universalizabilidad en cuanto al contenido.

Por tanto, la universalidad de la justicia, abordada desde tiempos remotos, “aspira que, en cualquier lugar, con cualquier persona o sociedad, ésta sea respetada. Se define como un principio moral con el cual se busca obrar y juzgar respetando la verdad y dando a cada uno lo que le corresponde. Es un bien común para la sociedad” (BRACHO, 2021b, p. 45), de allí que toda persona tiene derechos humanos universales, iguales para todos en todo el mundo; así lo contemplan los Tratados internacionales, con miras de llegar a ser críticos de la justicia.

3. Consideraciones finales

En ese orden de ideas, y determinándose que la justicia es un derecho universal contemplado en las normativas de las organizaciones internacionales, debe tomarse en cuenta al desarrollar la Teoría Crítica lo que autores expertos en el área aportan así como contemplar los estatutos que al respecto se han formulado y buscan se dé la igualdad en los hombres, las mismas oportunidades, un trato justo que se adecue a las especificaciones legales expuestas taxativamente, asumiendo el respeto a la dignidad humana y brindar opciones que satisfagan de manera igualitaria, las necesidades y expectativas de las personas en cualquier sociedad, sin importar el modelo

socioeconómico que prevalezca, sin dejar que lo político e ideológico incida en el hacer correcto del hombre sobre el hombre.

Es pertinente mencionar que los principios expuestos no son los únicos, para el investigador, son los que deben precisarse cuando se quiere construir una Teoría Crítica de la Justicia, pero que en determinado momento podrá incorporar otros en relación a la contextualización, reciprocidad, sin obviar los expuestos por los filósofos mencionados a lo largo de la presente reflexión, puesto que mientras más profunda sea la interpretación de los hechos tomando en cuenta lo teórico y lo práctico, mejores serán las conclusiones que de este análisis se obtengan, por lo cual, para mantener una posición precisa de lo expuesto, son una aproximación de los principios orientadores que se sugieren a raíz de todos los fundamentos planteados.

Por lo tanto, pueden conceptualizarse los principios como leyes naturales enraizadas en la estructura de todas las sociedades civilizadas a lo largo de la Historia y de aquellas instituciones que han perdurado, tomando en cuenta la justicia, la rectitud, integridad, honestidad, la confianza, la dignidad humana, el servicio o idea de contribuir, el potencial, entre otros. Tales principios son verdades profundas, de aplicación universal y se aplican a los individuos, las familias, los matrimonios, y organizaciones de todo tipo.

Entonces, se consideran directrices para la conducta humana que han demostrado tener un valor duradero, permanente. Para captar su naturaleza únicamente basta con considerar vivir una vida basada en sus opuestos tales como la mala fe, el engaño, la bajeza, la inutilidad, la mediocridad, entre otros, que en este caso servirán para la aplicación de los principios presentados que de-

ben orientar una Teoría Crítica de la Justicia, analizada desde distintos puntos para ser más profundo y complejo el estudio, y por ello, se logre más justicia en las decisiones asumidas en cada caso.

Referencias bibliográficas

AQUINO MORESCHI, Alejandra (2013), “La subjetividad a debate”, *Sociológica*, año 28, número 80, pp. 259-278 septiembre-diciembre. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305029973009>.

ARISTÓTELES (1985), *Ética a Nicómaco*, España, Centro de Estudios Públicos.

BOBBIO, Norberto (1987), *Teoría general del derecho*, Colombia, Temis.

BRACHO FUENMAYOR, Pedro Luis (2021a), “Teoría de la justicia de John Rawls, desde una perspectiva de la filosofía política”. En *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 12, N° 2, 109-132. En DOI 10.7770/RCHDCP-V11N2.ART2650 a.

BRACHO FUENMAYOR, Pedro Luis (2021b), “Justicia desde la óptica de John Rawls y Robert Nozick: una perspectiva comparada”. En *Revista Cuestiones políticas*, Vol. 39 N° 70 (2021), 44-65. En DOI:

GIROLA, Lidia (2011), “Historicidad y temporalidad de los conceptos sociológicos”. *Sociológica*, año 26, número 73, 13-46. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=305026708002>

GRUESO, Delfín Ignacio (2012,). “Teoría crítica, justicia y meta filosofía. La validación de la filosofía política en Nancy Fraser y Axel Honneth”. *Departamento de Filosofía, Eidos*, n° 16 (2012) 70-98 <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85423394004>

KANT, Immanuel (1996), *Crítica de la Razón Pura*, México, Alfaguara.

KAUFMANN, A. (1998), “La universalidad de los derechos humanos. Un ensayo de fundamentación”, *Persona y Derecho*, 38 (1998): 11-34. <https://hdl.handle.net/10171/13673>

MORÍN, E. (2007), “Complejidad restringida, complejidad general”. En *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Vol. 12, No.38 81-135.http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-52162007000300009

MUÑOZ, Luis (2007), “La razonabilidad como virtud” (Tesis doctoral), España, Universitat Autònoma de Barcelona, <https://www.tdx.cat/handle/10803/5179?show=full&locale-attribute=es>

OSORIO, Sergio (2012), “Pensamiento complejo y la transdisciplinariedad: fenómenos emergentes de una nueva racionalidad”, *Rev. fac. cienc .econ.*, Vol. XX (1), 269-291.http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-68052012000100016&script=sci_abstract&tlng=es

PASTENE, Paulina (2015), “El principio de objetividad en la función persecutoria del ministerio Público ¿Abolición o fortalecimiento?” (Trabajo de grado), Chile, Universidad de Chile, <https://docplayer.es/42744454-El-principio-de-objetividad-en-la-funcion-persecutora-del-ministerio-publico-abolicion-o-fortalecimiento.html>

PEÑUELA, Alejandro (2005), “La transdisciplinariedad. Más allá de los conceptos, la dialéctica”, *Andamios*, Año 1, No, 2, 43-77, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-00632005000300003&script=sci_abstract

Rawls, John (1971). *A Theory of Justice*. Reino Unido. Cambridge University Press.

RAWLS, John (2000), *Lectures on the history of moral philosophy*, EE.UU., Harvard University Press.



RODRÍGUEZ, Ferney y DÍAZ, Sandra (2011), “La racionalidad de las decisiones judiciales”, Justicia, No. 19 - 166-178 - www.unisimonbolivar.edu.co/publicaciones/index.php/justicia

VELÁSQUEZ V., Fernando (2012), “La flexibilidad del principio de legalidad y los crímenes que agravan a la humanidad”, Cuadernos de Derecho Penal, julio de 2012/91/105. https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/download/399/346/

YARZA, Claudia (2011), “Consideraciones sobre la justicia y las políticas de derechos”, Política y Cultura, primavera 2011, núm. 35, pp. 7-25. <https://www.redalyc.org/pdf/267/26718442002.pdf>

El acceso, la permanencia y el egreso en la Universidad: igualdad real ¿una utopía?

Autora: Lucrecia CONTARDI GONZÁLEZ ¹⁰⁷

Resumen

La Universidad es una de las instituciones más antiguas, cuyo fin primordial es la búsqueda del saber conjuntamente con la formación de futuros profesionales, responsables y capaces de aportar soluciones a los problemas de la sociedad.

La educación, como derecho humano, está reconocida en diversos Pactos y Tratados de derechos humanos internacionales que la República Argentina ha incluido como parte de su Constitución Nacional desde su última reforma en el año 1994. Asimismo, el Estado como garante de los derechos humanos debe asegurar y promover el derecho a la educación como cualquier otro derecho, desplegando e implementando políticas integrales que erradiquen el principal obstáculo para su igual ejercicio: la existente desigualdad social y económica.

107 Auxiliar docente de primera categoría Ad Honorem con funciones de adjunta interina en la asignatura Historia

Constitucional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales- Universidad Nacional de La Plata.

Auxiliar docente de primera categoría en la asignatura Introducción al Estudio de las Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales- Universidad Nacional de La Plata.

Mail: lucreciacontardigonzaez@gmail.com

El presente trabajo busca reflexionar acerca del derecho a la educación superior -haciendo especial hincapié en el acceso a la Universidad-, y en cómo juega, en ese sentido, para la permanencia, egreso y conquista de objetivos, el tipo de conocimiento que en la misma se produce y enseña.

Palabras claves: Educación Superior – Igualdad- Enseñanza – Aprendizaje – Conocimiento -Derechos Humanos.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El acceso a la Universidad: ¿igualdad real o igualdad formal?.- 3. La articulación entre el conocimiento y los objetivos de permanencia y egreso de los estudiantes.- 4. Conclusión.- Bibliografía

1. Introducción

La educación superior debe ser entendida como un bien público y social, un derecho humano y una responsabilidad por parte de los Estados. Todos los Estados deben garantizar el acceso real de todos los ciudadanos a ella, y a tal fin, las políticas educacionales nacionales se erigen como un recaudo *sine qua non* para favorecer ese acceso a una educación superior de calidad, a través de medidas y acciones consecuentes.

El derecho de acceder a la Universidad es un derecho humano y, por tanto, un derecho complejo dado que, en virtud de ese carácter, se ubica en medio de una trama de condicionamientos con otros derechos. Es decir, para que ese derecho pueda efectivizarse, tonarse operativo en la realidad es necesario que otros derechos/aspectos que se vinculan con él -alimentación, vivienda/espacio propicio

para el estudio, vestimenta, transporte, acceso a la tecnología, etc.- se encuentren satisfechos o garantizados.

Conforme la Declaración Universal de los Derechos del Hombre “toda persona tiene derecho a la educación” y “(...) el acceso a los estudios superiores será igual para todos (...)”¹⁰⁸.

En ese sentido, tanto el Estado como las Universidades deben intervenir en pos de garantizar el derecho de acceso a la Universidad, pero también ampliando ese conjunto de derechos humanos -a través de políticas que atenúen o mitiguen la desigualdad social y económica-, a efectos de favorecer no sólo el ingreso, sino también la permanencia, el egreso y cumplimiento de objetivos.

Ahora bien, en este orden de ideas cabe preguntarnos: el acceso a la Universidad ¿cumple con el criterio de una real igualdad de oportunidades, o queda limitado al principio de igualdad formal del artículo 16 de nuestra Carta Magna? ¿Es un derecho o es un privilegio?

Por otra parte, habiendo logrado acceder, ¿cómo influye el tipo de conocimiento que se produce y enseña en la Universidad? Los procesos de masificación y ampliación en el acceso implican que los sectores sociales -que se encontraban excluidos del sistema- traigan consigo conocimientos hasta entonces invisibilizados, considerados irrelevantes para el ámbito académico-universitario, caracterizado por su fuerte base científica, como su fundador Joaquín V. González pregonó en sus orígenes.

Aquí es donde deviene imperiosa la necesidad de ubicar las prácticas docentes en la intersección entre el conocimiento disciplinar-científico y el conocimiento no cien-

108 Artículo 14 de la Constitución Nacional. Artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

tífico -como saberes populares y subalternos-, intentando ampliar el diálogo entre esos tipos de conocimientos. En palabras del propio Boaventura DE SOUSA SANTOS, sería construir una ecología de saberes ¹⁰⁹.

2. El acceso a la Universidad: ¿igualdad real o igualdad formal?

Al hablar de educación -del latín *educere*, guiar, conducir; o *educare*, formar, instruir- se hace referencia al proceso de enseñanza-aprendizaje, mediante el cual se transmiten conocimientos, valores, costumbres, al proceso de socialización, en el que participan distintos actores sociales, donde se asimilan normas de conductas, hábitos, modos de ser, formas de actuar.

El artículo 14 de la Constitución Nacional y los instrumentos de Derechos Humanos -con rango constitucional, de acuerdo al artículo 75 inciso 22 de nuestra Ley Fundamental- sostienen que el derecho de acceso a la educación es igual para todos; de allí que se le atribuya a la educación un rol clave para lograr que los individuos puedan igualarse en oportunidades, y capacitarse para lograr una digna subsistencia, y mejorar su nivel de vida.

No obstante, ese escenario ideal puede, a veces, no corresponderse con la realidad: generalmente la desigualdad en la distribución de la riqueza conlleva un disímil reparto de oportunidades en cuanto al acceso a la educa-

109 Boaventura DE SOUSA SANTOS, “Descolonizar la Universidad. El desafío de la justicia cognitivo social”. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20210909014553/Descolonizar-universidad.pdf>.



ción y al conocimiento, no cumpliendo el sistema educativo con una acción igualadora.

Un primer orden de desigualdades puede ubicarse en el acceso a las instituciones -en nuestro caso particular, la Universidad- y otro, frecuentemente subestimado, se localiza en el tramo de la permanencia y el egreso.

En lo que respecta al acceso a la Universidad, es dable destacar que, en nuestro país, existen ciertos incentivos para ingresar pese a no provenir de un estrato social privilegiado. De hecho, la mayoría de las Altas Casas de estudios argentinas tienen una combinación entre gratuidad e ingreso irrestricto, lo cual es prácticamente único a nivel mundial. En una gran cantidad de países, para ingresar a una Universidad, hace falta rendir un examen -eliminadorio- y hay que abonar una cuota. Incluso, la elección de la carrera está condicionada a un puntaje otorgado por los exámenes de ingreso. Es decir, los aspirantes no sólo se ven condicionados por el dinero con el que deben contar para el pago de una matrícula, sino que también por todo su bagaje cultural previo, los conocimientos ya adquiridos, su formación y la posibilidad o no de prepararse previo a rendir, lo que incide, muchas veces de manera determinante, en el ingreso.

En nuestro sistema educativo, la combinación entre gratuidad e ingreso irrestricto debería tener un efecto más positivo sobre la incorporación de estudiantes de menores recursos a la Universidad. Por un lado, la gratuidad hace asequible el costo de estudiar. Por el otro, la ausencia de exámenes definitivos y/o eliminatorios de ingreso posibilita que, quienes tuvieron una formación más pobre o deficiente en sus colegios de orígenes, tengan mayor posibilidad de nivelarse con quienes tuvieron una mejor preparación.

Sin embargo, en la realidad, a pesar de que esos factores influyen no son determinantes. Sí, las Universidades públicas no son aranceladas, pero no por ello son gratuitas. Si los estudiantes no cuentan con recursos para trasladarse, ¿cómo cursan? ¿Si no pueden comprar apuntes, libros y los materiales? Y aun en el inevitable contexto de virtualidad, producto de la pandemia mundial que nos tocó atravesar, si no cuentan con los dispositivos tecnológicos adecuados o conexión a una red de internet, ¿cómo materializamos ese derecho humano y esa igualdad de oportunidades?

En este punto, cabe preguntarse: la gratuidad ¿realmente asegura el acceso, la permanencia y la graduación?

El derecho a la educación superior es un derecho humano, pero justamente en virtud de ese carácter, se ubica en una trama de condicionamientos con otros derechos. Es decir, para que pueda realmente efectivizarse, tonarse operativo es necesario que otros derechos/aspectos que se vinculan con él -como la alimentación, la vivienda/espacio propicio para el estudio, vestimenta, transporte, acceso a la tecnología, conectividad a internet, etc.- se encuentren satisfechos o garantizados.

De lo antedicho se colige también que, de igual manera, por la misma razón que esos derechos se implican, la vulneración de uno redundaría en la afectación del otro.

Nuestra Constitución se estructura sobre la base del constitucionalismo liberal o clásico, contando con una sección relativa a las declaraciones, los derechos y las garantías, y con otra alusiva a la división de poderes, con la consecuente asignación de funciones y/o atribuciones para cada uno de ellos.

En la primera parte consagra explícitamente el derecho de enseñar y aprender en su artículo 14, como un de-

recho civil -tal como ya hemos hecho mención al comienzo de este trabajo-, pero a su vez, también aparece el derecho a la educación en la parte orgánica como una ineludible responsabilidad del Estado, dado que consagra en el artículo 75 inciso 19 que corresponde al Congreso de la Nación “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento(...). *Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional* respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la *responsabilidad indelegable del Estado*, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y *la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.* (...)” ¹¹⁰.

El Estado debe garantizar el derecho a la educación, debe desplegar e implementar políticas integrales que mitiguen y erradiquen uno de sus principales obstáculos: la desigualdad social y económica. Debe brindar formación a los ciudadanos, procurar la expansión de su cobertura y desplegar estrategias que aseguren el acceso. También debe garantizar la calidad de la oferta educativa que se brinda.

110 Artículo 75 inciso 19 de la Constitución Nacional <https://www.congreso.gov.ar/constitucionSeccion1Cap4.php> (la cursiva me pertenece).

No obstante la innegable responsabilidad estatal a través de sus diversas políticas, no menos cierto es que existe una responsabilidad de las propias Universidades. La Universidad debe contar con políticas que garanticen el acceso de todas las personas, independientemente del sector social al que pertenezcan, pero ello debe ir acompañado de un proyecto institucional que permita asegurar su permanencia y la conquista de los objetivos propuestos. Los procesos de masificación que se pretenden conquistar en el ingreso deben ser sostenidos con proyectos que fortalezcan la tarea de los docentes, y con acompañamiento para con los estudiantes en su trayectoria pedagógica por la Universidad. De modo contrario, así como se lograría una gran masificación a la hora del ingreso, la exclusión que luego provoca el sistema también se terminaría dando a gran escala.

En ese sentido, surge un nuevo interrogante: ¿cómo juega, para la permanencia, y el egreso, el tipo de conocimiento que en la propia Universidad se produce y enseña?

En el acápite siguiente, nos abocaremos a este punto.

3. La articulación entre el conocimiento y los objetivos de permanencia y egreso de los estudiantes

El inicio de la vida universitaria supone una mutación entre el estatus de mero alumno de secundario al de estudiante universitario. Y superar con éxito ese umbral implica una ruptura con el universo familiar conocido, pero a la vez una afiliación cognitiva e institucional en el nuevo escenario de aprendizaje.

“Al ingresar a la universidad se produce un nuevo encuentro (o desencuentro) con los conocimientos, científicos, filosóficos o literarios propios de la carrera elegida;

pero también con una cultura particular que requiere la apropiación de sus códigos, sus costumbres, sus lenguajes y lugares...y esto lleva un tiempo: tiempo en el que se va conociendo y reconociendo esta nueva cultura y en el que además cada sujeto se va pensando a sí mismo como partícipe (o no) de ella”¹¹¹.

Lograr esta afiliación parecería garantizar el éxito en una carrera universitaria, pero sin embargo ese proceso de transformación reviste mayor complejidad de la que aparenta.

La Universidad tiene como fin primordial la formación de futuros profesionales, responsables y capaces de aportar soluciones a los problemas de la sociedad.

El proceso de enseñanza y aprendizaje tendiente a formar esos profesionales se define a partir de los estilos de aprendizaje que influyen en la forma en que se selecciona y presentan los contenidos a los estudiantes.

¿Qué rol desempeñan los profesores en ese proceso? ¿Cómo influye ese tipo de conocimiento que se produce académicamente en la trayectoria pedagógica de quienes la transitan?

El punto de partida deviene de la constatación acerca de que una gran parte del conocimiento del que disponemos se apoya en un colonialismo cultural que hunde sus raíces en las bases epistemológicas, tanto de la producción como de la enseñanza en nuestras Universidades, lo que redundará en clases “soliloquio”, que concibe a los profesores en el rol de meros transmisores de información.

111 VÉLEZ, G. (2005), “El ingreso: la problemática del acceso a las culturas académicas de la Universidad”, Colección de Cuadernillos de actualización para pensar la Enseñanza Universitaria.

En este sentido, es dable tener presente que cuando hablamos de conocimiento científico aludimos al conjunto de hechos verificables y sustentados en evidencia recogidos por las teorías científicas, así como el estudio de la adquisición, elaboración de nuevos conocimientos mediante el método científico ¹¹².

Este tipo de conocimiento requiere para su expresión, tanto verbal como escrita, de un lenguaje técnico, el que varía conforme la disciplina que se esté abordando, es decir, es propio de cada ciencia.

El conocimiento epistemológico es el que produce y enseña nuestra Universidad. Podríamos decir que, en la misma, se ha monopolizado esta clase de saber a la vez que se reducen y rechazan otros tipos de saberes -como los saberes legos y subalternos-. Se produce, de este modo, una monocultura del saber.

Sin perjuicio de ello, y sin perder de vista que en la formación de futuros profesionales es imprescindible tener en cuenta la episteme propia de cada Facultad en cuestión, no menos cierto resulta que hacer hincapié en el conocimiento científico solamente y considerarlo la única forma de conocimiento válido, contribuye a la marginalización de grupos sociales que disponen solamente de conocimiento popular, afectando la democratización y la inclusión, eje central de las políticas públicas.

El autor portugués Boaventura DE SOUSA SANTOS introdujo el concepto de “ecología de los saberes” ¹¹³, tendiente a construir diálogos concretos entre el saber universitario, la alta cultura y la ciencia con los saberes populares y

112 https://es.wikipedia.org/wiki/Conocimiento_cient%C3%ADfico.

113 Boaventura DE SOUSA SANTOS (op. cit.).

subalternos dado que, de ese modo, se podrán acortar las distancias entre ambos tipos de conocimientos.

El autor considera fundamental este concepto porque para él, “la injusticia social contiene en su seno una injusticia cognitiva”.

La realidad evidencia un enorme desgaste del modelo de enseñanza actual, lo que conlleva no poder detectar las falencias que presentan los estudiantes universitarios -que muchas veces los hace desistir del objetivo-, y recaer en frases tan reiterativas por los docentes, tales como “no leen”, “no comprenden lo que leen”, “no tienen interés en estudiar”, “leen la bibliografía una semana antes del parcial y así es imposible”, entre otras.

Estas circunstancias descriptas desde la teoría se ponen de relieve, particularmente, en materias de primer año en Derecho, como Introducción al Estudio de las Ciencias Sociales e Historia Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP, en la que a los alumnos les cuesta enormemente poder articular, relacionar -y en consecuencia internalizar- sus conocimientos previos (saberes legos, populares, etc.) con lo que para ellos se presenta como “nuevo” o “desconocido” (que tiene que ver con lo epistemológico), lo que provoca que muchas veces terminen desertando.

Es imposible, en el marco del proceso de enseñanza, pensar el aprendizaje como si se tratara de compartimentos estancos. Todo acto de aprendizaje por parte del individuo supone recurrir a la experiencia previa, a lo familiarizado (a su bagaje cultural) para -desde ese lugar- apropiarse de las características del objeto de conocimiento.

En virtud de ello, se hace imperiosa la necesidad de ubicar las prácticas docentes en la intersección entre el conocimiento disciplinar, el conocimiento socialmente

significativo y los saberes populares, prácticos y alternativos.

El aprendizaje implica una práctica, pero esta última no puede ser ensayo y error o mero refuerzo; se debe pensar en una práctica que recree los conocimientos, los descontextualice y re-contextualice. Para ello no sólo es importante que los estudiantes adquieran un método; también lo es que desarrollen sus procesos cognoscitivos, analizando, comparando, hipotetizando, induciendo y deduciendo, generalizando y particularizando, trabajando con categorías conceptuales; todo ello con el fin de comprender los distintos tipos de conocimientos, relacionarlos, y la posibilidad de transferirlos en distintas situaciones.

Que el saber científico pueda dialogar con el saber popular, con los saberes tradicionales. Como diría el citado autor portugués la copresencia de conocimientos variados, cada uno validado por sus propios criterios, reunidos y discutidos de manera conjunta a la luz de las necesidades pragmáticas de las luchas sociales ¹¹⁴.

De esta manera se lograría una real democratización externa de la Universidad, donde se generen condiciones propicias que garanticen no sólo el acceso de todos los sectores sociales sino también su permanencia y egreso, a través de una verdadera igualdad social.

4. Conclusión

A modo de conclusión, teniendo en cuenta los ejes planteados en la introducción, considero que, si bien es cierto que en los últimos años se ha avanzado mucho respec-

114 Boaventura DE SOUSA SANTOS (Op. cit.).

to del acceso a la Universidad y la inclusión de diversos sectores sociales, creo que aún falta para poder lograr la verdadera democratización, entendiendo esta última en sentido restringido, como lo hace la autora Adriana CHIROLEU, al relacionar dicho concepto poniendo el foco en la reducción de las desigualdades sociales.

El hecho de que las Universidades públicas no sean aranceladas, bajo ningún punto de vista implica que sean gratuitas. Es necesario que los estudiantes cuenten con recursos para trasladarse, comprar apuntes, materiales de estudio, entre otras cuestiones.

La gratuidad universitaria no es sinónimo de igualdad: no se igualan las diferentes condiciones económicas, culturales y académicas de quienes, desde trayectorias biográficas antagónicas, ingresan a la Universidad; y aunque si bien es cierto que la gratuidad no iguala, cualquier mecanismo de arancelamiento de la educación aumentaría automáticamente la desigualdad existente.

No obstante lo antedicho, considero que estamos frente a una igualdad formal, una igualdad de iguales en iguales circunstancias. La educación superior es un derecho humano, pero justamente en virtud de ese carácter y su inserción en una trama de condicionamientos con otros derechos, para poder plasmarse en la realidad, deviene imprescindible que esos derechos y/o aspectos básicos anteriormente mencionados se encuentren satisfechos.

Por otra parte, el ingreso irrestricto -en sentido de ausencia de exámenes definitivos y eliminatorios- sólo garantiza el acceso a la institución, pero no la permanencia en ella y su posterior egreso. Es fundamental tener presente que tanto la permanencia y el egreso también dependen de las condiciones sociales, cognitivas, culturales, económicas y el desempeño en los diferentes cursos destinados a lograr una articulación entre

aquello que se presenta como “nuevo” y “desconocido” (lo epistemológico) con los aprendizajes y prácticas adquiridos previamente.

Estimo imprescindible poder poner en práctica la “ecología de saberes” del autor DE SOUSA SANTOS ya citado, para poder construir diálogos concretos entre el saber universitario, la alta cultura y la ciencia con los saberes populares y subalternos y de ese modo, contribuir a evitar la marginalización de grupos sociales que disponen solamente de conocimiento popular.

Debe romperse la lógica lineal del proceso enseñanza y aprendizaje. Es evidente que los profesores requerimos aprender o reaprender para poder enseñar, y acortar -de ese modo- la brecha cada vez más extensa que existe en la actualidad entre lo esperado por el propio sistema universitario, y el nivel alcanzado por los estudiantes.

Será fundamental contemplar y diseñar en la currícula prácticas de intervención pedagógica acordes a los sujetos de este tiempo que poseen realidades diferentes, y operan socialmente distinto, ocupando las redes sociales y las tecnologías un nivel preponderante.

Deviene imperiosa la necesidad de fortalecer estrategias de enseñanza innovadoras para alcanzar cambios duraderos y profundos en la praxis de los sujetos de aprendizaje, formando profesionales reflexivos, críticos y capaces de realizar cosas nuevas.

Bibliografía

ALONSO, Laura, “Universidad e inclusión en Argentina”, Capítulo 6 del libro *El derecho a la Universidad en perspectiva regional* (págs. 133 a 142).

Boaventura DE SOUSA SANTOS, “Descolonizar la Universidad. El desafío de la justicia cognitivo social”, <http://>

biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20210909014553/Descolonizar-universidad.pdf.

Constitución Nacional.

Clase 3 “La Universidad en los procesos contemporáneos de producción, circulación, transmisión y reproducción de saberes, conocimientos y culturas”, Seminario: “Problemáticas político-pedagógicas de la educación superior”.

-CHIROLEU, Adriana, “Democratización e Inclusión en la Universidad Argentina: sus alcances durante los gobiernos Kirchner (2003-2015)”, Capítulo 5 del libro *El derecho a la Universidad en perspectiva regional* (págs. 109 a 132).

DEL VALLE, Damían; SUASNÁBAR, Claudio; MONTERO, Federico, “Perspectivas y debates en torno a la Universidad como derecho en la región”, Capítulo 1 del libro *El derecho a la Universidad en perspectiva regional* (págs. 37 a 60).

-Wikipedia https://es.wikipedia.org/wiki/Conocimiento_cient%C3%ADfico.

**Programas
de Extensión
UDE - 2022**



● Resumen de las actividades de Extensión a cargo del Dr. Martín GAGLIARDI

En mi carácter de Coordinador de la Secretaría de Extensión, realizaré una breve síntesis de las jornadas que se realizaron a lo largo del año 2022; previo a ello pasaré a explicar de qué se trata esta tarea que tanto esfuerzo y trabajo nos lleva al equipo que conformamos en el Decanato de la Facultad de Derecho de la UDE.

La Extensión Universitaria procura generar y mantener la relación de la Universidad con la sociedad, en ese sentido todo proyecto de extensión constituye prácticas de educación formal e informal, académicas, basándose en el conocimiento disciplinar, cultural, artístico, humanístico, entre otros.

En ese orden de ideas, se realizaron las siguientes actividades:

Título de la actividad: El camino del emprendedor

Tipo de actividad: Jornada

Disciplina básica y área específica: Derecho

Breve descripción de las actividades realizadas: Jornada para que se conozca cómo crear y desarrollar un emprendimiento exitoso. Expositoras: Tercila RINAUDI, Andrea SÁENZ y Karina ALAIMO.

Coordinadora: Dra. María Lis AMAYA

Fecha: 30/03/2022 17 hs

Cantidad de participantes: 50 personas

Título de la actividad: Repaso de los más gravitantes pronunciamientos jurisprudenciales 2021 PBA en materia tributaria, breve mención a la ley impositiva 2022

Tipo de actividad: Jornada

Disciplina básica y área específica: Derecho financiero

Breve descripción de las actividades realizadas: Jornada de reflexión sobre los pronunciamientos jurisprudenciales más actuales en materia tributaria.

Coordinadores: Observatorio de derecho tributario y financiero a cargo de la Dra. Mercedes SASTRE y Romina GÓNGORA

Fecha: 15/03/22

Cantidad de participantes: 30 participantes

Título de la actividad: Fintech y banca digital

Tipo de actividad: Jornada

Disciplina básica y área específica: Derecho

Breve descripción de las actividades realizadas: Jornada reflexiva sobre el tratamiento tributario y regulatorio

Coordinadores: Dr. Javier GOBBI

Fecha: 11/04/2022

Cantidad de participantes: 25 participantes

Título de la actividad: Jornada preparatoria de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Tipo de actividad: Jornada

Disciplina básica y área específica: Derecho. Breve descripción de las actividades realizadas: Jornadas Preparatorias sobre las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que se llevaron a cabo en septiembre 2022 en la Provincia de Mendoza. Algunos de los expositores fueron: Dr. Fabio ARRIAGADA: Derecho Romano / “La legítima en Roma”. Dr. Homero PICONE: Instituciones del Derecho Civil / “Derechos Personalísimos y Nuevas tecnologías”. Mauro LETURIA: Derechos Reales / “Temas actuales de derecho de autor” Dra. Yamila ZAMANIEGO: Derechos Reales / “Propiedad horizontal y sus formas análogas que dan nacimiento a nuevos derechos reales”. Dra. Ana JUAN: Derecho de Familia / “El Referente Afectivo: Una realidad

con suficiente entidad. Su cuestión de alimentos”. Dra. Rita CORDERA: Derecho de la Navegación / “Derecho de la Navegación: Vías del Nuevo Código Civil y Comercial en el Transporte Aéreo y Marítimo”.

Coordinadores: Dr. Germán RINCÓN/ Dr. Pablo PUENTE

Fecha: 27/06/2022

Cantidad de participantes: 60 participantes

Título de la actividad: Repetición de tributos locales. Alternativas del contribuyente y recaudos a cumplir

Tipo de actividad: Jornada

Disciplina básica y área específica: Derecho

Breve descripción de las actividades realizadas: Jornadas de reflexión sobre los tributos locales

Coordinadores: Observatorio de Derecho Tributario y Financiero a cargo de la Dra. Mercedes SASTRE y Romina GÓNGORA

Fecha: 30/06/2022

Cantidad de participantes: 25 participantes

Título de la actividad: Travesticidio, identicidio y violencia policial

Tipo de actividad: Jornada

Disciplina básica y área específica: Derecho

Breve descripción de las actividades realizadas: Jornada de reflexión sobre violencia

Coordinadores: Dra. Analía REYES

Fecha: 06/07/2022

Cantidad de participantes: 32 participantes

Título de la actividad: Taller Concurso Universitario de Litigación Penal.

Tipo de actividad: Concurso

Disciplina básica y área específica: Derecho

Breve descripción de las actividades realizadas: en este taller se abordó especialmente el aprendizaje de las técnicas de litigación en las audiencias previas al juicio, más precisamente, las relativas al control de la acusación y de medidas cautelares

Coordinadores: Dra. Analía REYES

Fecha: 3 de agosto al 11 de noviembre del año 2022

Cantidad de participantes: 25 participantes

Título de la actividad: Análisis de cobertura de medios en casos judiciales

Tipo de actividad: Jornada

Disciplina básica y área específica: Derecho

Breve descripción de las actividades realizadas: Análisis de cobertura de medios en casos judiciales, un recorrido reflexivo

Coordinadores: Dr. Martín LASTRA

Fecha: 02/09/2022

Cantidad de participantes: 35 participantes

Título de la actividad: IV Concurso de artículos de investigación en la Facultad de Derecho de la UDE

Tipo de actividad: Concurso

Disciplina básica y área específica: Derecho

Breve descripción de las actividades realizadas: Llamado a IV Concurso de artículos de investigación en la Facultad de Derecho de la UDE

Coordinadores: Dr. Mauro LETURIA

Fecha: 30/11/2022

Título de la actividad: Taller de litigación de juicio por jurados

Tipo de actividad: Taller. Actividad en apoyo del Equipo de Litigación de la UDE



Disciplina básica y área específica: Derecho

Breve descripción de las actividades realizadas: 5 encuentros, gratuitos. Un taller que abordó las destrezas para litigio en juicio por jurados.

Coordinadores: Dra. Analía REYES

Fecha: 17 de octubre al 3 de noviembre de 2022

Cantidad de participantes: 31 participantes

Título de la actividad: Liderazgo, gestión, resolución de conflictos e inteligencia artificial

Tipo de actividad: Jornada

Disciplina básica y área específica: Derecho

Breve descripción de las actividades realizadas: Jornada de reflexión en torno a la resolución de conflictos e inteligencia artificial. Expositores: Dra. Rosario Marcela SÁNCHEZ, Federico G. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ y Karina DI CUNZOLO

Coordinadores: Dra. María Victoria GISVERT

Fecha: 05/10/22

Cantidad de participantes: 42 participantes

Título de la actividad: Ganancias, un martes 13 para la equidad tributaria

Tipo de actividad: Jornada

Disciplina básica y área específica: Derecho

Breve descripción de las actividades realizadas: Jornadas para pensar y reflexionar en torno a la equidad tributaria

Coordinadores: Observatorio de Derecho Tributario y Financiero, a cargo de la Dra. Mercedes SASTRE y Romina GÓNGORA

Fecha: 13/12/2022

Cantidad de participantes: 42 participantes

La Extensión Universitaria procura generar y mantener la relación de la Universidad con la sociedad, siendo el mecanismo de interacción que permite dinamizar la vinculación entre los diferentes actores universitarios y el medio, con el fin de proponer respuestas alternativas a cuestiones de la sociedad.

Si bien la Universidad no tiene como función la resolución directa de los problemas sociales, sanitarios, educativos o económicos de las regiones próximas, sí tiene la responsabilidad de generar nuevas ideas que permitan hacerlo. Pensar hoy la Universidad y sus sentidos implica pensarla hacia sí misma y, al mismo tiempo, hacia la realidad social en que ella despliega sus prácticas. Intervenir en el campo de las necesidades sociales puede ser una elección, pero para quienes estamos en las Universidades públicas es también un deber.

¿Cuál es el rol que le corresponde desempeñar a la Extensión Universitaria en el contexto de la sociedad contemporánea? ¿Qué papel juega en la sociedad del conocimiento y de la información que se está configurando y en un contexto dominado por los fenómenos de la globalización y la apertura de los mercados?

Por último, no puedo dejar de lado el gran desafío de los nuevos escenarios educativos, agregamos nosotros, el paradigma de la educación permanente, del aprendizaje permanente, es el que nos permitirá disponer de la llave para ingresar en el nuevo milenio.

Todo proyecto de Extensión Universitaria que se promueve desde esta Facultad constituye prácticas de educación formal e informal, académicas, basándose en el conocimiento disciplinar, cultural, artístico, humanístico, deportivo, etc.

Definir una política de extensión y vinculación con la sociedad que oriente las actividades, integre a todas las



unidades académicas y áreas centrales y promueva la participación de profesores, alumnos y miembros de la comunidad.

Resumen de las actividades de gestión y coordinación a cargo de Dr. Pablo Federico PUENTE.

1. Informe pormenorizado de la Coordinación de la carrera de Abogacía (Presencial y Distancia)

Temas generales que se trataron en las reuniones con docentes: Presencial y Distancia

***Biblioteca:** en este punto la mayoría de las cátedras se comprometieron a hacer una visita a la biblioteca a ver qué bibliografía hay con respecto a su materia y en caso de necesitar solicitarla al Decanato o a Biblioteca.

***CVAR:** ingresar y adjuntar cualquier cambio en su CV.

***CONEAU:** se les informó a todas las cátedras de la carrera, que no dejamos de estar en etapa de acreditación, por lo que necesitaremos de su colaboración permanente.

***Horarios de cursada:** se les informó el horario de la cursada y su estricto cumplimiento. VIA FORMATO DIGITAL y PRESENCIAL.

*** Campus:** cargar todo tipo de actividad (clases grabadas, material de estudio, programa, etc.) no sólo para las materias virtuales sino también presenciales.

***Asistencia de los docentes:** se les informó a los docentes que previo a la clase pasen a firmar por Alumnos (presencial) y que la asistencia es fundamental, que el docente debe pasar lista y cargarla al Siu Guarani, no puede agregar alumnos manualmente ni en la lista de asistencia, ni en el acta de examen final. En virtual por medio del Siu Guarini.

***Promoción de la cursada y notas:** notificadas a todas las cátedras.

***Programas solicitados:** hemos solicitado los programas a las cátedras junto con la organización de las clases a todas las cátedras.

***Extensión e Investigación:** aquí la mayoría de las cátedras se comprometieron a realizar actividades en este ciclo lectivo. Se realizaron Jornadas, encuentros y eventos.

***Aula Virtual:** todas las cátedras han sido anoticiadas de la plataforma del aula virtual de nuestra Universidad. Su manejo y uso y su contacto son las SIED Virtuales de manera permanente.

En conclusión, la mayoría de las cátedras, se han mostrado agradecidas y satisfechas con la comunicación, han prestado su conformidad y casi ninguna ha dejado observaciones, la experiencia fue altamente favorable.

2. Curso de ingreso 2022 Presencial y Distancia (virtual)

2.1 Fundamentación

La implementación del Ciclo de Ingreso responde al interés y preocupación de esta Institución por ofrecer a los estudiantes un espacio cuyo propósito general es trabajar en la etapa de transición del nivel medio al primer año de la carrera, y les permita o facilite la iniciación, prosecución y finalización de una carrera universitaria, que supone el abordaje de un conocimiento que se profundiza y complejiza progresivamente.

Se trata de acompañar al ingresante en su labor de apropiación tanto del espacio geográfico, como del conjunto de normas y valores que regularán su vida universitaria; de las características conceptuales de la carrera que encarará; la familiarización progresiva con el vocabulario específico de la disciplina y la adquisición de estrategias cognitivas que le permitan resolver adecua-

damente las situaciones de aprendizaje que tendrá que afrontar en esta etapa de su proceso de formación.

El ingreso a los estudios universitarios es entendido como un proceso en el que intervienen múltiples factores. Entre ellos es de destacar que las representaciones sociales sobre la educación universitaria y sobre las prácticas de lectura y estudio ocupan un lugar central como aspectos que, muchas veces, obturan las posibilidades de una buena inserción académica de los ingresantes.

Las representaciones sociales, al operar como marco de interpretación del entorno, regulan las vinculaciones con los otros y orientan y organizan las conductas y comunicaciones. En este sentido, la representación de la educación aparece asociada a elementos simbólicos que connotan valoraciones positivas como los referidos a futuro, formación, aprendizaje y enseñanza, estudio, responsabilidad, dedicación, sacrificio, compromiso; pero involucran, también, aspectos negativos como lo son los temores frente a un ámbito y disciplina desconocidos, poca confianza respecto de la propia capacidad de estudio, incertidumbres, dudas relacionadas a la elección vocacional, entre otros.

Ello implica considerar, en primera instancia, tanto el conocimiento institucional de este ámbito de estudios y la oferta académica general, como así también la exploración vocacional a nivel personal.

Las cuestiones hasta aquí expuestas hacen que el eje vertebrador del presente curso se sitúe en el compromiso de posibilitar que los ingresantes se sientan activamente comprometidos con la puesta en común, desarrollo y resignificación de sus concepciones y representaciones previas, a fin de facilitar su inserción y permanencia en la universidad.

2.2 Destinatarios del Programa

Los destinatarios del Ciclo son todos los aspirantes a ingresar al primer año de la carrera de Abogacía, de la Facultad de Derecho, de la Universidad del Este.

2.3 Objetivos

- Posibilitar una adecuada ambientación del estudiante a la dinámica del espacio universitario.
- Acompañar a los ingresantes en el esclarecimiento de sus dudas, incertidumbres, temores, confusiones.
- Afianzar la comprensión de la relación entre la elección vocacional y la vida universitaria.
- Favorecer la creación de espacios de trabajos críticos y reflexivos en un contexto de participación e intercambio de experiencias.
- Contribuir al posicionamiento del alumno como actor de su propio proceso de aprendizaje.
- Presentar los contenidos que serán considerados afines a las materias del primer año de cursada de la carrera.
- Propiciar que los ingresantes puedan problematizar sus estrategias de aprendizaje en orden a mejorar las competencias básicas de lectura, comprensión y producción de textos.

2.4 Justificación de la organización curricular

A fin de responder a lo precedentemente señalado, la organización curricular estará centrada en torno a tres ejes, a saber:

- Conocimiento del ámbito universitario y del rol profesional elegido.
- Familiarización en contenidos afines a las primeras materias de la carrera.
- Orientación vocacional y ocupacional.



De este modo, se ha diseñado:

- Dos módulos de trabajo de carácter teórico y práctico, centrado en contenidos de Derecho y de Historia, a fin de acercar a los estudiantes a los ejes temáticos de las primeras materias de la carrera y situarlos en la línea espacio temporal. También se procura ofrecer en estos encuentros un posicionamiento epistemológico respecto de la Ciencia Jurídica.
- Un espacio de orientación en relación a la elección de la carrera, el desempeño académico y la práctica profesional futura. Se han diseñado dos encuentros uno a cargo de un abogado especialista en Ciencias de la Educación para tratar el tema de la adaptación del estudiante que proviene del nivel medio a los estudios superiores. Un segundo módulo está destinado a ofrecer un panorama de la vida profesional del abogado.

FACULTAD DE Abogacía CURSO DE INGRESO 2022

CRONOGRAMA: SEMANA del 7 de marzo al 11 de marzo de 2022

Día	Fecha	H o - r a - r i o	Contenidos y Actividades	Dónde	Q u i é - n e s	R e - c u r - s o s
1	Lunes 7 de marzo de 2022	18.00 a 21.00 hs	Palabras de Bienvenida Presentación y seguimiento de la Carrera.	P R E - S E N - C I A L V I R - T U A L	G E R - M Á N / P A B L O	
2	Martes 8 de marzo de 2022	18.00 a 21.00 hs	Principios y contratos de consumo. Derecho del Consumidor.		FRAN - C I S C O L ó p e z S i m p - s o n	C a - ñ ó n

**Anuario. Principales actividades de la Facultad
de Derecho y Ciencias Sociales - Año 2022**

3	Miércoles 9 de marzo de 2022	18.00 a 21.00 hs	Lineamientos Generales del Derecho Penal		Santiago Irisarri	C a - ñ ó n
4	Jueves 10 de marzo de 2022	18.00 a 21.00 hs	Lineamientos Generales del Derecho Civil y Procesal		L i s Amaya Victoria Gisvert	C a - ñ ó n
5	Viernes 11 de marzo de 2022	18.00 a 21.00 hs	Introducción al Derecho y Palabras reflexivas del alumno avanzado en la Carrera Dr. Alberto Pérez Núñez		C. Pereyra A. Pérez Núñez	

Funciones cumplidas:

- Supervisé el desarrollo curricular del plan de estudios.
- Elevé al Decanato los programas de las asignaturas.
- Supervisé las actividades docentes de la carrera y el cumplimiento de los lineamientos pedagógicos establecidos en las diferentes modalidades de dictado.
- Asesoré a docentes y estudiantes sobre incumbencias, metodología de estudio, elaboración de los programas de asignaturas, guiones didácticos en las modalidades a distancia y cuestiones académicas de la carrera a su cargo.
- Colaboré con los asistentes de la Facultad en hacer cumplir a docentes y alumnos los requerimientos administrativos. (Inscripción a las materias, fechas de entregas de calificaciones, subir notas al SIU, entre otras) colaborando y formando parte de los equipos de trabajo de la Facultad



- Llevé el Registro de Pasantías de los estudiantes de la carrera y gestione todo lo concerniente a las mismas

- Estimulé a la participación de docentes y estudiantes en los programas y actividades de extensión e investigación que sean desarrollados por la Facultad y por la Universidad

- Elevé al Decanato un informe anual 2021 de las actividades llevadas a cabo, así como de las previsiones a ser consideradas para el ciclo lectivo posterior.

- Gestioné lo necesario para el desarrollo y operación del plan y programas de estudio bajo la responsabilidad del Decanato.

- Promoví las actividades de difusión sobre el plan de estudios a cargo del decanato.

- Promoví el ingreso de estudiantes presenciales y distancia.

Intercambio con las Sied Virtuales: Mariana GIGENA, Eugenia MARTINELLI y Verónica CASTRILLÓN:

El Intercambio es diario y cotidiano, en donde las SIED virtuales tienen contacto directo con las cátedras, y el control del Campus Virtual. Su desempeño es “*altamente satisfactorio*”, tanto en la recepción y comunicación con los docentes como con el Decanato. De la misma manera Verónica CASTRILLÓN, con quien tenemos contacto asiduamente, y su respuesta siempre es clara, rápida y satisfactoria.

Dr. Pablo Federico PUENTE

Coordinador de la Facultad de Derecho

UDE

Graduados del año 2022

PROCURADORES

- Alves, Fernando Alfredo Leonel
- Haring, Johana Betsabé
- Taulo, José Ricardo
- Paladini Garro, María Florencia
- Chaparro Martinich, Ezequiel Alejandro
- Raina, Virginia
- Luna, Carlos Darío
- Marconi, Luis Hernán
- Vázquez, Ricardo Ariel

ABOGADOS/AS

- Arias, Mariana Soledad
- Chaparro Martinich, Eduardo Alejandro
- Chaparro Martinich, Ezequiel Alejandro
- Chávez, Ángel Facundo Martín
- Díaz, María Victoria Mercedes
- González Adel, Julieta Celeste
- Herrera, Carolina
- Luna, Carlos Darío
- Maiza, Débora Verónica
- Manfredi, Tatiana Naimé
- Musarra, Marcelo Gabriel
- Paladini Garro, María Florencia
- Pellón, Daniela Andrea
- Perotti, Darío Alberto
- Ruiz Díaz, María Lorena
- Saavedra Echevarría, Leidy Laura
- Sumihiro, Victoria Denise

-Trabella, Yanina Paola

MARTILLEROS Y CORREDORES PÚBLICOS

- Balmas, María Virginia
- Chiostrri, Franco Osvaldo
- Domina, Juan José
- Garay, Mónica Susana
- García, Sebastián Augusto
- Medina, Agustín Carlos
- Ramos Mendoza, Jacquelín
- Solano, Marcelo Martín

